

PROPUESTA ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL CHILENO

DELITOS DE TERRORISMO

Por Myrna Villegas Díaz.

I. INTRODUCCIÓN

El problema central en la tipificación de los delitos de terrorismo reside en la ausencia de un aunamiento de criterios en torno al concepto del mismo, debido a la multiplicidad de formas que el fenómeno puede adoptar. Ello a menudo induce a confusiones que luego se plasman en los respectivos ordenamientos jurídicos internos. Ha de partirse distinguiendo entre terrorismo internacional, terrorismo transnacional y terrorismo interno. Terrorismo internacional es el que comprende los incidentes con consecuencias internacionales y que supone un cierto grado de concertación, solidaridad y asistencia entre distintas organizaciones terroristas del mundo, sea que se trate de terrorismo insurgente, estatal o paraestatal. El terrorismo transnacional es aquel que traspasa fronteras nacionales, involucra acciones de violencia en más de un país y sus víctimas pueden tener diferentes nacionalidades. El terrorismo interno, es aquel que no trasciende los límites de la jurisdicción estatal que sirve como referencia, sin perjuicio de conexiones que pueda tener con organizaciones afines en el extranjero¹.

A efectos de la tipificación de delitos de terrorismo en un código penal, interesa solo el terrorismo interno, sin perjuicio de las connotaciones que trajere consigo su conceptualización a nivel internacional y que debieran considerarse en mayor o menor medida en la tipificación interna.

La conceptualización del terrorismo puede hacerse desde un plano objetivo, subjetivo y objetivo-subjetivo.

Las **definiciones objetivas** son aquellas que definen el terrorismo exclusivamente en base a la naturaleza de los medios empleados, generalmente catastróficos o estragantes². Estas definiciones presentan el problema de imposibilitar la distinción entre conductas de violencia política y conductas de violencia social (ej. uso de artefactos explosivos o incendiarios para levantar barricadas), así como con la delincuencia común (incendios, postura de artefactos explosivos). Este concepto, totalmente, objetivo fue asumido por la

¹ Pérez Cepeda, A. (2010) Definición del delito de terrorismo como delito internacional, Serrano PiedeCasas, J.R. – Demetrio, E. (Dir.) *Terrorismo y Estado de Derecho*, (pp. 53-79) Madrid: Iustel, pp.54 y 55. Antes, Villegas, M. (2002). Terrorismo: Un problema de Estado. Tesis doctoral Univ. Salamanca, . Disponible en www.cybertesis.cl

² Quintano Ripollés, (1967) Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo IV, Madrid: Ed. Rev. de Derecho Privado, p.25; Ramacciotti, B. (1996) El terrorismo como crimen internacional. Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría de Asuntos Jurídicos. *Cursos de Derecho Internacional XX-XXI*, años 1993-1994, Washington D.C.

primera ley 18.314 en nuestro país (1984), y que fuera derogado por la ley 19.029 de 1991. Minoritariamente hoy reclama interpretación en algunos casos emblemáticos³.

Dentro de las definiciones subjetivas podemos encontrar tres tipos de definiciones:

- Aquellas que aluden a los efectos o resultados de alarma pública o intimidación que causa a la actividad terrorista⁴ (ej. art. 139 CP Federal Mexicano). Son las definiciones más antiguas, pero no por eso menos vigentes⁵ (art. 421-1 Código Penal Francés, en parte la legislación argentina a través del art. 41 quinquies de la ley 26.764/2011, art. 144 CP colombiano, art. 139 CP federal Mexicano).
- Aquellas que acentúan el terror o la intimidación, como finalidad en el sujeto al momento de cometer la conducta, como sucede en la actual ley 18.314 chilena y con la legislación argentina ya mencionada, y con la Decisión marco del Consejo de Europa (2002)
- Aquellas que acentúan el terror la intimidación como medio en la conducta. (Definiciones Convenios Internacionales sobre terrorismo de naciones Unidas)

Las definiciones que conciben el terrorismo acentuando el terror o la intimidación como efecto o resultado de la actividad terrorista son las más antiguas pero al mismo tiempo tautológicas (definen terrorismo en base al terror), y hacen referencia a una especie de conmoción interna en los sujetos o en la población, que no es fácil de aprehender en derecho penal sustantivo. Algo similar sucede con las definiciones que atienden a los efectos o resultados de alarma pública o a la finalidad interna del sujeto activo de causar temor a la población pues al psicologizar el concepto de terrorismo acarrear evidentes problemas de prueba. Al mismo tiempo, impiden diferenciar conductas terroristas de otras conductas de delincuencia común⁶ que también pudieran reclamar efectos de alarma pública (ej. estudiantes enardecidos atacando postes de alumbrado público o levantando barricadas), o intenciones de atemorizar a los eventuales sujetos pasivos (narcotraficantes contra el cartel rival). Sin embargo, tienen una ventaja respecto de aquellas que solo atienden a la finalidad política en el autor (ej. CP español) pues estas últimas desconocen

³ voto disidente fallo 4 TOP Stgo. RIT O-150-2012 de 15/08/2012, v/s Luciano Pitronello

⁴ Jiménez de Asúa, (1967). Tratado de Derecho Penal, Tomo III y Tomo III, 4ª ed.; Buenos Aires: Losada. p. 1158, Carrillo Salcedo; J.A. (1988) Bilan de recherches de la section de langue française du centre d' étude et de recherche de l' académie. Académie de Droit International de La Haye. *Les aspects juridiques du terrorisme international*, (19- 53, p.21,

⁵ Martínez Cardós, (1998), El terrorismo: aproximación al concepto, *Actualidad Penal*, 1998, núm.1, margs. 479-487, marg. 479, Gaete González, E. (2002) La tipificación jurídica del terrorismo, *Rev. de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXIII, 441-451, p.441

⁶ Villegas, (2006). Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. *Revista Política Criminal* 2, (A3), pp.1-31, Santiago de Chile: www.politicacriminal.cl

normativamente la cualidad del uso de la violencia para generar miedo como tendencia o medio en la conducta del terrorista para alcanzar un fin político⁷.

Dentro de estas definiciones subjetivas se encuentran también aquellas que, combinando uno o más de los elementos anteriormente anotados, agregan la finalidad de obligar indebidamente a la autoridad o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de ejecutarlo, idea en la que ha venido insistiendo la legislación internacional comparada a propósito del terrorismo internacional, y cuya plasmación más fiel es la definición contenida en la Decisión Marco del Consejo de Europa de 13 junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI). Este instrumento, que marca el actual escenario político criminal de la normativa antiterrorista en Europa, recoge por primera vez una definición jurídica de terrorismo con carácter vinculante para los Estados miembros. Definición poco feliz que a solo dos años de su implementación en las legislaciones nacionales fue objeto de fuertes críticas debido a su amplitud⁸. La ley 18.314 también contempla esta alusión en el art. 1, así como también aparece en el CP argentino (art. 144 quinquies ley 26.764/2011) y en el art. 139 CP Federal mexicano.

Los conceptos provenientes del derecho internacional, hacen referencia al terrorismo internacional o transnacional, siendo ésta la razón de esmeradas pero descuidadas tipificaciones que resaltan al terrorismo como violencia indiscriminada, que ataca a personas inocentes, violación a las leyes de la guerra únicamente materializable por parte del Estado y no por particulares⁹.

Son estas alusiones las que generan cierto tipo de confusión y polemización en torno al concepto de terrorismo a la hora de definir que se entenderá por delito de terrorismo en una legislación nacional, pues al intentar trasvasiarlas en códigos penales o leyes acarrear graves problemas con el principio de legalidad, como ha sucedido con la Decisión Marco del Consejo de Europa.

A nivel interno, el concepto de terrorismo debe procurar reflejar la esencia del fenómeno (bien descrito en los convenios internacionales) pero con referencia a un bien jurídico “determinable” y no indeterminado como son por ejemplo las alusiones al orden público, la paz pública o la seguridad pública. Y si ha de contemplarse una finalidad terrorista, como elemento subjetivo en el tipo – y no dolo específico o “dolo terrorista” (como se señaló durante la discusión parlamentaria que precedió a la ley 20.467 chilena¹⁰)- éstos deben construirse en referencia a ese bien jurídico.

Definiciones objetivo subjetivas son aquellas que definen el terrorismo en base esencialmente a la presencia del elemento estructural (organización terrorista) pero

⁷ Villegas, 2006, Pérez Cepeda, 2010, p.76, Llobet, M (2010). Derecho Penal del Terrorismo, p.66

⁸ Gómez Martín, V. (2010). Notas para un concepto funcional de terrorismo, Serrano PiedeCasas, J.R. – Demetrio, E. (Dir.) *Terrorismo y Estado de Derecho* (pp. 25-52). Madrid: Iustel, p.28

⁹ Por esta razón manifiesto mis dudas en orden a si los esfuerzos por unificar criterios en un Convenio Universal sobre terrorismo, pueden realmente contribuir a delimitaciones del terrorismo en el ámbito del derecho penal interno.

¹⁰ Ver Historia de la ley 20.467, pp. 49, 99,106

contemplando al mismo tiempo la finalidad terrorista, en una redacción no siempre feliz. Tal ocurre con &129a y & 129b StGB que hubo de recoger en parte la definición realizada por la Decisión Marco del Consejo de Europa.

A partir de la definición que se adopte, se determina los lineamientos político criminales a seguir en el tratamiento jurídico del terrorismo y se produce un efecto en cascada hacia otras figuras.

En nuestra actual regulación los núcleos problemáticos parecieran ser: el concepto de terrorismo y su penalidad, la identificación del bien jurídico protegido, los actos de colaboración (financiamiento al terrorismo) y el derecho penal premial (arrepentimiento eficaz y desistimiento).

Intentaremos referirnos a todos ellos.

II. CONCEPTO DE TERRORISMO EN EL DERECHO PENAL CHILENO.

1. Marco constitucional

Debe considerarse que el texto legal que primeramente se refirió al terrorismo en nuestro país, fue la propia Constitución de 1980, a cuyo amparo nació la ley 18.314 de 1984. A pesar de que algunos constitucionalistas estiman que las Cartas Fundamentales deben guardar silencio sobre el terrorismo (Ruiz Tagle, 2003, pp.94-95), pareciera ser que el problema no reside en la referencia constitucional, sino en el aspecto del terrorismo al cual se le da relevancia dentro de la Carta Fundamental.

El art. 9 de la CPR destaca la idea terrorismo como ataque a los derechos humanos¹¹, lo cual no es ningún rasgo distintivo *per se*, pues la mayoría de los delitos atacan derechos humanos) con un atentado a las estructuras democráticas, para lo cual establece una serie de limitaciones al terrorista condenado que nos permiten deducir que el constituyente reconoce la finalidad política y que por la misma razón la tipificación debe ser estricta en el sentido de impedir que puedan calificarse como tales conductas que no lo son, a saber:

- *Ubicación sistemática de la norma que hace referencia al terrorismo*

La referencia al terrorismo es dentro de las Bases de la Institucionalidad, en relación al peligro que esta clase de conductas suponen para el sistema democrático.

- *Rango de la ley que debe tipificar las conductas terroristas*

El rango de la ley es de quórum calificado, es decir

- *Sanciones accesorias para el terrorista*

¹¹ Art. 9 inciso 1: “el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”

Todas las disposiciones constitucionales que se refieren a sanciones accesorias y consecuencias de la comisión del delito hacen referencia a las posibilidades de participación dentro de una democracia: Pérdida del derecho al sufragio por el procesado (art.16 CPR), pérdida de la calidad de ciudadano para el condenado (art.17 CPR) y además inhabilitación 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 CPRCh).

En conexión con lo que ya venía señalándose en numerosos tratados internacionales sobre terrorismo, anteriores a la constitución de 1980, se priva a los delitos de terrorismo de su carácter de delito político y se le considera delitos comunes para todos los efectos legales, añadiendo que a su respecto no procederá el indulto particular salvo para conmutar la pena de muerte por presidio perpetuo. Si el constituyente hace esta referencia es porque considera que el terrorismo es un delito político, y no un simple método de acción criminal (como se observa en la historia de la ley 19.027).

Respecto a la referencia al terrorismo como un atentado a los derechos humanos, debe hacerse hincapié en que desde antiguo y en el derecho internacional se ha identificado al terrorismo como una violación masiva y sistemática a derechos humanos. No obstante, a objeto de no convertir al terrorismo en un cajón de sastre de cualquier conducta, a la hora de tipificarlo en el código penal, deberá admitirse que este atentado no es a cualquier derecho humano, sino solo a derechos humanos fundamentales (*Del Barrio y León Reyes, Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos, 1990, p.126; Villegas, M. Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal, 2006, p.8*). En conexión con la finalidad política, dentro de los derechos humanos fundamentales está el derecho a utilizar los mecanismos de participación democrática que el mismo sistema ofrece.

No en vano se ha definido al terrorista como aquel que agrede “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*”, empleando para ello un accionar masivo y sistemático. Es la reacción natural ante la incapacidad del terrorista de acceder al poder haciendo uso de los mecanismos que el sistema político ofrece, empleando el temor como medio en la conducta para conseguir el sometimiento de la población o parte de ella a sus propósitos utilitarios (*Domínguez Vial, Terrorismo y Derechos Humanos, Comisión Chilena de derechos humanos, 1990, p.21*).

Luego, una primera interrogante es si debemos obviar este concepto constitucional de terrorismo al momento de tipificar o tan siquiera interpretar la actual normativa. Pienso que no, dado que este concepto constitucional puede servir como fundamento para la construcción de un injusto penal más restrictivo.

2. Concepto en la ley 18.314.

Artículo 1º.- Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el

temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años.

La exclusión contenida en el inciso anterior no será aplicable a los mayores de edad que sean autores, cómplices o encubridores del mismo hecho punible. En dicho caso la determinación de la pena se realizará en relación al delito cometido de conformidad a esta ley.

Al igual que en todas las legislaciones sobre terrorismo, los delitos que se tipifican son de forma libre, es decir, delitos comunes agravados por las características terroristas de su comisión, conductas que se describen en el art. 2. Luego, son las características entregadas por el art. 1 las que definen tal o cual conducta como terrorista.

Llama la atención es que se alude a estas conductas como “delitos terroristas”, obviando que el terrorismo es un fenómeno que se realiza mediante acciones delictivas. “Terroristas” son los sujetos que cometen estas actividades. Luego, los delitos son “de terrorismo” y no “terroristas”.

2.1. Bien Jurídico protegido

En nuestra legislación antiterrorista existe una confusión en torno a cuál es el bien jurídico que se pretende proteger. Su indeterminación impide a éste cumplir con su función garantizadora de carácter cognoscitivo (no se sabe qué es lo que se protege) mermando el principio de legalidad que, entre otros, exige la determinación, certeza o taxatividad en las normas penales. Y ante todo, que la incriminación penal de “actos” se haga “desde” el bien jurídico, esto es, sobre la base del principio de exclusiva protección de los mismos, para describir una conducta en su desvalor social objetivo.

En mi interpretación, el objeto de tutela penal presenta un carácter dual: por una parte bienes jurídicos individuales, y por otra bienes jurídicos colectivos. La naturaleza de “los bienes jurídicos colectivos” que se ven afectados se deduce la finalidad “terrorista” contenida en el art. 1 y que consiste en la finalidad de “intimidar a la población o un sector de ella de ser víctima de delitos de la misma especie. Ello lleva a identificar el objeto de protección penal con *la seguridad pública*, similar a los conceptos de “tranquilidad pública” u “orden en las calles, y que constituyen conceptos jurídico indeterminados. Por ende, la función garantizadora del bien jurídico queda en entredicho debido a su indeterminación.

2.2. La finalidad terrorista

El art. 1 define a la conductas terroristas en función de la finalidad del sujeto de “causar temor a un sector de la población o parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie” (delitos de terrorismo), sin que sea preciso que efectivamente la población resulte

atemorizada, ya que los tipos penales que sobre su base se construyen (enumerados en el art. 2 en relación con art. 1) se entienden consumados cuando se ha puesto en peligro concreto el bien jurídico colectivo, lo que se produce desde que existen actos ejecutivos idóneos para producir el riesgo¹².

No obstante ello, y por la forma a través de la cual se presume legalmente esta finalidad, pareciera ser que en definitiva el terrorismo está definido por los efectos o resultados de alarma pública que pueda causar la conducta. Es así como, consciente el legislador que la finalidad de causar temor es algo que se encuentra en el ánimo interno del agente, y por ende, de difícil prueba, introduce algunos elementos objetivos sobre la base de los cuales, se presume legalmente que dicha finalidad concurre:

- *sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados,*
- *sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas,*
- *sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.*

a) La presunción simplemente legal

El recurso al sistema de las presunciones judiciales para eliminar las dificultades de prueba, es algo que el derecho penal moderno tiende a rechazar puesto que se violenta con ellas el principio de tipicidad y de legalidad o reserva. El tipo penal conceptualizado como la descripción pormenorizada que hace la ley de una conducta prohibida, tiene una función de garantía al ser una concreción del principio de legalidad. La ley penal debe referirse a hechos concretos y no puede dar simples criterios de punibilidad. El único sentido en que puede interpretarse la reserva en materia penal, para que constituya garantía, es como una referencia a hechos definidos y precisos, en suma, acciones humanas. Si la ley penal pudiera señalar simples criterios de penalidad, como lo es el caso de las circunstancias que permiten dar por probada la finalidad terrorista, dejaría de ser una garantía.

A pesar de estas consideraciones, este sistema no ha sido nunca ajeno a la legislación antiterrorista¹³, y no solo sigue existiendo en la actual ley 18.314, sino que se

¹² A esta conclusión se llega desde que considero que estos elementos subjetivos como de tendencia interna intensificada. De considerarles como elementos subjetivos de tendencia interna trascendente tendríamos que decir que los delitos enumerados en el art. 2 tienen técnicamente la estructura de una tentativa castigada como delito consumado: la sola intención o finalidad de atemorizar (elemento subjetivo) es lo que caracteriza la dirección de la acción hacia la lesión del bien jurídico, y por este hecho el tipo anticipa la consumación.

¹³ Antes de la reforma de la ley 20.467 el inciso 2 del numeral 1 de la ley 18.314, después de objetivar la finalidad terrorista “por la naturaleza y efectos de los medios empleados” o por “la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas”, señalaba en el inciso 2 : “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”.La ley 20.467 suprimió este inciso y reformó el art. 1. Asimismo en el primer proyecto de ley de conductas terroristas se

observa también en otras disposiciones del ordenamiento jurídico chileno, así por ejemplo, los casos de quiebra fraudulenta y culpable (art. 219 de la Ley de Quiebras) y algunas figuras de incendio que tienen como sujetos activos a los comerciantes (art. 483 CP), en los que se sustituye la tipificación de las conductas por el sistema de presunciones simplemente legales, todo lo cual, como ha señalado la doctrina¹⁴, constituye una infracción a la exigencia de tipicidad, exigencia que por lo demás tiene rango constitucional (art. 19 n°3 CPRCH). No es improbable, por tanto, que nos encontremos ante un problema de constitucionalidad ya que como aciertan MEDINA y MERA, en estos casos, “la ley escamotea la descripción de la conducta, presumiendo que ésta se ha realizado cuando concurren las circunstancias por ella señaladas”¹⁵.

b) El tipo penal abierto

La “evidencia”, tal como la ha considerado la jurisprudencia es la “certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella”¹⁶. En este caso se trata de la certeza de que el acto obedece a un plan premeditado, elemento que se introduce en la legislación chilena, y que tiende a la consideración del “terrorismo selectivo”. Se trata en este caso, en mi opinión, al menos de un acto preparatorio que evidencia de alguna manera el propósito de atentar contra el bien jurídico. Un acto preparatorio especialmente punible que se concreta en la existencia de un plan diseñado por una organización. Sin embargo, cuando señala “sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados”, no hay siquiera atisbo de un acto preparatorio, y tras la reforma de la ley 20.467/2010, estos medios pueden ser cualquiera, con lo cual estamos ante un tipo penal abierto. Cabe indicar que antes de la reforma de la ley 20.467, la existencia de una presunción de la finalidad terrorista en el inciso 2 del Num. 1 del art. 1 permitía, de alguna manera, interpretar la naturaleza de los medios como medios catastróficos, estragantes o armas de gran poder destructivo. Al haber desaparecido la presunción, dichos elementos pueden ser de cualquier naturaleza (cuchillos, piedras, palos), es decir, un medio inidóneo para llevar a cabo una estrategia masiva y sistemática de vulneración a derechos fundamentales.

quiso establecer como única causal de conducta terrorista el “provocar maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella”, como elemento genérico a fin de calificar de terrorista cualquier conducta, lo que indudablemente habría llevado a un tipo penal abierto atentando expresamente contra el principio de legalidad. Es por ello que se acordó finalmente especificar cada una de las conductas en diversos numerales quedando este elemento genérico contenido en el artículo 1° n° 16 como una más de las conductas terroristas. A este elemento genérico se agregaba “el fin de obtener el cambio político, o uno revolucionario, por la vía armada”. La fórmula genérica contenida en él fue objetada por la Junta de Gobierno pues sus términos eran tan amplios y poco precisos que en la práctica todo crimen o simple delito podría ser calificado de terrorista si concurrían ciertos elementos objetivos que se presume son propios de los actos de esa especie. A mayor abundamiento y hasta antes

¹⁴ MEDINA, C.- MERA, J., Sistema jurídico y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico N°6, Septiembre, 1996, pp. 388 y ss.

¹⁵ MEDINA, C.- MERA, 1996, p. 389.

¹⁶ Informe Fiscal N° 498 de 9-2-1993, (fs. 532) apelación a S. de 1ª instancia de 30-11-1992 posteriormente confirmada por SCA de San Miguel de 17-5-1993, causa Rol N° 103-93, C/ Roberto Irrazábal y otros.

La objetivación que se hace de la finalidad intimidatoria mediante la referencia a que el *delito se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias*, no es nueva en la ley actual. Antes ocupaba un lugar autónomo como finalidad terrorista, actualmente es una de las formas en las que se evidencia la finalidad de causar temor. Esta finalidad “coactiva” ha recobrado fuerza en los instrumentos internacionales posteriores a los atentados de 11 S, según veremos seguidamente, pero acarrea algunos problemas.

De entrada, contribuye aun mas a la amplitud del tipo penal, desde que no se sabe de qué naturaleza puedan ser estas exigencias. Pudieran ser políticas, pero asimismo pudieran no serlo. Y así por ejemplo, pudiera castigarse a título de terrorismo conductas que claramente tienen otro carácter, aun cuando de grave criminalidad, como por ejemplo, el narcotraficante que secuestra a un juez para conseguir que liberen al jefe del cartel, o en su mayoría conductas de violencia social: el estudiante que lanza una bomba molotov para armar una barricada, exigiendo al gobierno educación gratuita y de calidad, indígenas que cometen incendios a fin de lograr la devolución de alguna tierra, ciudadanos que se apoderan de un medio de transporte público (ej. toma del metro o de microbuses) para inhibir el aumento del pasaje de la locomoción colectiva.

A mayor abundamiento produce un problema de concurso de leyes entre la ley 18.314 sobre conductas terroristas y la ley 12.927 sobre seguridad del Estado ya que una de las hipótesis delictivas de la primera consiste en ejecutar el delito de “secuestro” (art. 2 n°1) con la finalidad de causar temor, dándose esta finalidad por probada si se comete el delito para “arrancar o inhibir resoluciones a la autoridad o imponer exigencias” (art. 1), hipótesis que a la vez se encuentra tipificada en el art. 5 b) de la ley 12.927, como delito contra la seguridad interior del Estado, en los siguientes términos: “*Los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad privaren de libertad a una persona, serán castigados con presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio.(inciso1)*”.

Así las cosas, un delincuente común que secuestra a una persona e impone exigencias a la autoridad (ej. que le entregue un helicóptero para huir del país), perfectamente puede cometer un delito de terrorismo pero también uno contra la ley de seguridad del Estado.

c) Problemas de doble incriminación

Los tipos penales de terrorismo se configuran por la presencia de la finalidad de causar temor, y ésta se presume legalmente por el hecho de emplearse para la ejecución del delito cualquier medio de comisión, toda vez que la fórmula empleada es abierta “naturaleza y efectos de los medios empleados”, luego, se producen problemas respecto de la mayoría de los tipos penales contenidos en el art. 2, en donde no debería resultar aplicable.

Por ejemplo, de darse por probada la finalidad de causar temor por la naturaleza de los medios empleados pudiera considerarse terrorista si una pandilla juvenil da muerte o causa lesiones con cuchillos sistemáticamente a los de su banda rival. Asimismo sería terrorista cualquier tipo de incendio, cualquiera hubiese sido el método empleado para

iniciar el fuego, por “los efectos del medio empleado” o cuando se tratare del empleo de medios catastróficos, en cuyo caso las conductas del art. 2 num.4, pues dentro de la multiplicidad e indeterminación de los medios de comisión, el empleo de algunos de ellos, a saber “bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos”.

Luego, en todos estos casos, los medios empleados no serían un eventual “medio de comisión” sino que se encontrarían incorporados en la descripción de las respectivas conductas típicas. Hay que recordar que medios de comisión son los instrumentos utilizados para ejecutar la acción típica, que el legislador designa como “instrumentos del delito”, y que carecen de taxatividad, certeza o determinación ya que su naturaleza dependerá del tipo de delito de que se trate. Así por ejemplo, el delito de estragos puede cometerse a través de bombas explosivas o también a través de sumersión o varamiento de nave (arts. 480 y 481 CP), el delito de incendio puede ejecutarse a través de la utilización de líquidos inflamables (petróleo, gasolina), o de un artefacto explosivo (arts. 474 y ss. CP). El darle, por ejemplo, al artefacto explosivo o al artefacto incendiario el carácter de medio de comisión del tipo penal descrito en el art. 2 nº 4, o del 2 Num. 1 en relación con el art. 474 o 476, implicaría que la conducta típica podría prescindir del mismo y verificarse por otros medios. Dicho de otra manera, de ser considerado un medio de comisión, y de suprimirse el artefacto explosivo o incendiario, el tipo penal carecería de sentido e ilicitud.

Pareciera ser que estamos ante una doble incriminación atentando contra el principio de *ne bis in ídem* ya que, al revestir los medios empleados las características de elemento de la existencia del tipo y eventual medio de comisión se observa una doble fuente de ilicitud, la primera para la existencia del delito, y la segunda para la calificación terrorista del mismo.

d) La ausencia de la finalidad política en el concepto de terrorismo y el temor o intimidación

La norma del art. 1 omite la finalidad política a que alude la Constitución apartándose no solo de ella sino asimismo de una larga tendencia legal comparada y doctrinaria¹⁷.

La ventaja de contemplar la finalidad política en el concepto de terrorismo es que evita la eventual persecución a título de terrorismo de conductas de violencia social o violencia espontánea¹⁸. Sin embargo, la desventaja de contemplar esta finalidad política, especialmente cuando se hace referencia a un orden constitucional es que pudieran incluirse dentro del fenómeno terrorista situaciones de conflicto armado interno (no internacional) que el Estado resiste a calificar como tales a fin de poder aplicarles legislación antiterrorista¹⁹.

¹⁷ Bascuñán, A. El delito de incendio terrorista, p.5; Villegas, M. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, 2006

¹⁸ Villegas, 2006, p.18, Lamarca, C. “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 535-559

¹⁹ Pérez Cepeda, 2010

La finalidad de causar temor a la población o parte de ella como elemento típico y que permite cualificar como terroristas las conductas descritas en el art. 2 tiene una fuerte carga psicológica que acarrea serios problemas probatorios, como ya se ha podido comprobar en algunos fallos²⁰. La finalidad de intimidar no es el elemento definitorio del terrorismo, sino más bien un medio en la conducta del terrorista, para tratar de conseguir un ulterior resultado político. Así lo consideraba la jurisprudencia incluso ad portas de la entrada en vigencia de la ley 19.027 de 1991 que reformó la ley 18.314: “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”²¹.

En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina: “*La ley chilena padece de un defecto fundamental, pues al margen de las dificultades sustantivas y probatorias que acarrea la introducción de un elemento subjetivo del tipo (finalidad de causar temor), le asigna relevancia decisiva como objeto del mismo a un propósito que sólo se dará casualmente, porque no coincide con las finalidades políticas habituales de la actividad terrorista... en la dinámica de la actividad terrorista el temor de la población no es nunca un fin, sino en el mejor de los casos un medio para la consecución de sus verdaderas finalidades políticas*”²².

e) La ausencia del elemento estructural

Por otra parte, el concepto de terrorismo contenido en la ley 18.314 prescinde de la organización terrorista como elemento del tipo penal, optando por su punibilidad autónoma vía delito de asociación ilícita terrorista, desviándose de una tendencia que en el ámbito comparado había encontrado reconocimiento institucional y doctrinario (Ej. CP Alemán, CP Español, con la sola excepción del art. 577) al menos hasta los atentados de 11 s.

La tendencia comparada a considerar la organización como elemento central en lo injusto penal obedece a la significación que tiene la organización en la cualificación de la violencia terrorista, dado que una estrategia masiva y sistemática de violaciones a derechos humanos fundamentales solo es posible de materializar cuando es patrocinada y ejecutada por una organización. No obstante, había normas en algunas legislaciones que por excepción contemplaban la posibilidad de terrorismo individual. Así sucedía con Gran Bretaña, por ejemplo. Tras los atentados de 11 Septiembre 2001, y al alero de la política exterior de cooperación con los países aliados que realizó Estados Unidos, la legislación internacional sobre terrorismo emanadas de naciones Unidas y del Consejo de Europa ha consagrado la posibilidad del terrorismo individual, produciendo un efecto en cascada hacia las legislaciones nacionales, algunas de las cuales han encontrado amparo a sus normas ya contempladas por excepción (ej. art. 577 CP español)

²⁰ Sentencia 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de 15-08-2012, RIT O-150-2012 v/s L. Pitronello.

²¹ SCA de Santiago, de 13-11- 1992, considerando séptimo (caso Edwards), en GJ N°149, 1992.

²² Hernández Basualto, Algunas modificaciones a la ley N°18.314. Informe en Derecho N°3, Febrero 2011 p.8 y 9

En este sentido Cancio Meliá²³ critica duramente la reforma de 2010 a los delitos de terrorismo en el CP español, desde que ha relajado el elemento estructural en los delitos de terrorismo, incorporando una forma de organización bastante menor (“grupo terrorista”), indicando que “esta regulación desconoce la realidad de las organizaciones terroristas, en la que no hay nada parecido a una ‘militancia pasiva’”.

III. SOBRE EL CONCEPTO DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y COMPARADA.

2.A. NORMATIVA ONU

En general la normativa internacional a nivel mundial se inclina por definir el terrorismo sobre la base del recurso al terror contra la población como *modus operandi*²⁴, aunque sin descuidar la finalidad política, la que, en todo caso, es mucho más genérica que la mera alteración del orden constitucional, esto es, la obtención de un objetivo o concesión política, independientemente de su contenido concreto.

Debe hacerse hincapié que esta normativa se encarga de delimitar a grandes rasgos el concepto de “terrorismo internacional” y no el de terrorismo interno.

Así por ejemplo, las siguientes Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas:

- Resolución General de Naciones Unidas sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional A/RES/51/210 de 16 de enero de 1997

“Reitera que los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos;”

- A/RES/52/164 de 9 de enero de 1998

“Profundamente preocupada por la persistencia en el mundo entero de actos de terrorismo internacional en todas sus formas y manifestaciones, incluidos aquellos en que hay Estados directa o indirectamente involucrados, que ponen en peligro o cobran vidas humanas inocentes, redundan en detrimento de las relaciones internacionales y pueden comprometer la seguridad de los Estados,

Profundamente alarmada por el aumento en muchas regiones del mundo de actos de terrorismo basados en la intolerancia o el extremismo,

Alarmada por los crecientes y peligrosos vínculos entre los grupos terroristas, los traficantes de drogas y sus bandas paramilitares, que han recurrido a todo tipo de actos de

²³ Cancio Meliá, M. Cap. 61. Delitos de terrorismo. Álvarez García, F.J.- González Cussac, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (pp.521-532), Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 525

²⁴ Pérez Cepeda, 2010, p. 58.

violencia, poniendo así en peligro el orden constitucional de los Estados y violando los derechos humanos fundamentales,

Así también parece advertirse de otros convenios internacionales destinados a castigar actos que en general pudieran causar terror o alarma pública, como por ejemplo el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de diciembre de 1997 que sanciona, a “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.

Y el Convenio para la Represión del Financiamiento del terrorismo (1999), que castiga, entre otros a “quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza ó contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.” (art. 2)

Tal vez más confusa en relación al orden de importancia que se da al recurso al terror como modus operandi es la normativa aparecida tras los atentados de 11 S. Así por ejemplo la A/RES/ 1566/ 2004 parece resaltar el recurso al terror por sobre la finalidad política.

Recuerda que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza

Sin embargo, la A/RES/60/288 Estrategia Global de Naciones Unidas contra al terrorismo, destaca claramente la finalidad política (ordenamiento jurídico interno de los Estados y la democracia):

“Reafirmando que los actos, métodos y prácticas de terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituyen actividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizando los gobiernos legítimamente constituidos, y que la comunidad internacional debe adoptar las medidas necesarias a fin de aumentar la cooperación para prevenir y combatir el terrorismo, Reafirmando también que el terrorismo no puede ni debe vincularse a ninguna religión, nacionalidad, civilización o grupo étnico”,

2.B. NORMATIVA EUROPEACOMUNITARIA Y LEGISLACION COMPARADA

2.B.1. NORMATIVA EUROPEA COMUNITARIA

En la normativa comunitaria europea, debe describirse el tratamiento que se ha dado en el marco de la Unión Europea y las iniciativas que se han adoptado en el seno del Consejo de Europa²⁵.

A nivel de la Unión Europea, las primeras normas que aparecen tras los atentados de 11 S son los Acuerdos del Consejo de la Unión de 6 y 27 dic. 2001 en los se adoptan varias medidas para prevenir y reprimir el financiamiento del terrorismo. De estos acuerdos nace la Orden Europea de detención y entrega (julio 2002). En ellos se configuran como delitos de terrorismo una serie de delitos graves cometidos dolosamente (atentados contra la vida e integridad personal, toma de rehenes, secuestro de aeronaves) que se consideran terroristas cuando:

1. Los actos tienen la capacidad para causar serios daños a un Estado o a una organización internacional
2. El autor actúe con la finalidad de:
 - a) intimidar seriamente a una población,
 - b) de querer obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo, o de
 - c) desestabilizar seriamente las estructuras políticas, jurídico constitucionales, económicas o sociales de un Estado o de una organización internacional

Es preciso destacar que estos acuerdos fueron tomados por el Consejo de la Unión Europea

En 2002, nace la Decisión Marco sobre la Lucha contra el Terrorismo (Consejo de la Unión Europea, 13 de junio 2002) que describe al terrorismo como:

²⁵ Pérez Cepeda, 2010, pp.60 y ss.

“los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,*
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,*
- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;*

Tales actos serían:

- a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;*
- b) atentados graves contra la integridad física de una persona;*
- c) secuestro o toma de rehenes;*
- d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;*
- e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías*
- f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;*
- g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;*
- h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;*
- i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h).*

A su vez, en el ámbito del Consejo de Europa, el *Convenio para la Prevención del Terrorismo* (Consejo de Europa, 16 de mayo de 2005), no define los actos de terrorismo, limitándose a señalar que se consideran tales los que se enumeran en el anexo²⁶, y que son la mayoría de los tratados internacionales que hasta la fecha se habían firmado.

Sin embargo, en su preámbulo muestra una inclinación en sentido similar a la Decisión Marco:

“Reconociendo que los delitos terroristas, así como los previstos por el presente Convenio, sean quienes fueren sus autores, no son en ningún caso justificables con consideraciones de naturaleza política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa o de cualquier otra naturaleza similar... Recordando que los actos terroristas, por su naturaleza o contexto,

²⁶ Artículo 1. Terminología. 1. A los efectos del presente Convenio, se entenderá por «delito terrorista» cualquiera de los delitos incluidos en el ámbito de aplicación y definidos en uno de los tratados enumerados en el anexo.

tienen por objeto intimidar gravemente a una población, o presionar indebidamente a un gobierno o a una organización internacional para que cumplan o se abstengan de cumplir cualquier acto, o para desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”.

¿Que puede extraerse de estas definiciones?

- a) Se acentúa la finalidad política, aunque con una referencia mas amplia que al mero orden constitucional.

La Decisión marco hace referencia a que el terrorismo se ejecuta mediante actos intencionados que por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional. Por otra parte la finalidad política puede advertirse desde que esos actos intencionados se cometen con el fin de “desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional, o con el fin de obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. En este punto cabe preguntarse si acaso además de la violencia subversiva (subversión relativa a cualquier país u organización internacional) no se estaría incriminando también la violencia de opresión y la de emancipación, depositando en este sentido una herramienta peligrosa en manos de los Estados y gobiernos contra sus opositores políticos.

- b) No aparece claramente mencionado el recurso al terror como modus operandi para consecución de finalidad política, siendo uno de los fines (alternativos) que puede perseguir el terrorista.
- c) Prescinde del elemento organizacional
- d) Si se miran los convenios que se citan para definir actos de terrorismo y en especial el Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, o el convenio para la prevención y represión del financiamiento al terrorismo se advierte también el *fin o intención de matar o de causar heridas corporales o graves daños importantes a la propiedad o al medio ambiente.*

Esta finalidad es la que menos peso tiene en las definiciones ya que este requisito es exigido objetivamente como resultado de la actividad terrorista y no como elemento subjetivo. No obstante, sirve como criterio de interpretación a la hora de delimitar los bienes jurídicos protegidos.

La escasa precisión técnica de la definición europea de delitos de terrorismo, y muy especialmente la que se recoge en la Decisión Marco está provocando una defectuosa y tardía transposición en las legislaciones europeas. Así se advierte del Informe de la

Comisión Europea (8 de junio 2004 SEC (2004) 688) y de la Memoria del coordinador europeo en la lucha contra el terrorismo (junio 2005).

El informe de la Comisión Europea (2004) señala:

“Se desprende de la comparación de las legislaciones nacionales que existen diferencias en cuanto al alcance y método de aplicación. Por lo tanto, también debe prestarse atención a si el alcance del artículo 1, se ha cubierto, teniendo en cuenta tanto su intencionalidad como elementos objetivos. En cuanto al elemento intencional mayoría de los países han seguido la redacción de la Decisión marco, ya sea literalmente (Bélgica, Dinamarca, Irlanda) o muy cerca (Austria, Portugal, Finlandia, Suecia). Otros (España, Francia e Italia) utilizan diferentes fórmulas que incluyen conceptos indeterminados que en un principio parecen lo suficientemente amplia como para cubrir la intención requerida.

El proyecto de ley irlandesa establece que, si teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, el tribunal está convencido de que es razonable suponer que el acto fue cometido con fines terroristas se presumirá que tuvo finalidad terrorista. La definición del Reino Unido parece ser por una parte, más restrictiva, ya que no se refiere a las organizaciones internacionales como el "blanco" de presión o a las estructuras fundamentales de un país, mientras que al mismo tiempo exige el fin de promover una causa política, religiosa o ideológica. Por otro lado, podría ir más allá del elemento intencional de la Decisión marco pues este último propósito es suficiente para calificar las acciones que implican el uso de armas de fuego o explosivos como terroristas, incluso si no están diseñados para influir en el gobierno o intimidar al público.

Los principios de seguridad jurídica y la interpretación estricta de las normas penales, junto con el hecho de que, en principio, la legislación nacional sólo cubre los intereses públicos nacionales requeriría la dimensión internacional del terrorismo para ser claramente cubierto por la legislación nacional. La Comisión no tiene pruebas para concluir que este aspecto está suficientemente cubierto por los Estados miembros que no se refieren a él específicamente.”

2.B.2. LEGISLACION EUROPEA COMPARADA

Se han escogido tres países: España, Alemania, Italia.

España:

El CP español ubica los delitos de terrorismo en un capítulo especial destinado a tratar las organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo, y sobre la base de los siguientes elementos:

- a) La organización como elemento central en los tipos penales. No obstante en las últimas reformas ha habido un relajamiento del concepto de organización terrorista, a consecuencia de la implementación de la decisión Marco. También se menciona ahora a “grupos terroristas”, reforma que ha sido criticada profusamente por la

doctrina debido a que la estaría privando de su carácter de delito de organización al contemplar una estructura mucho menor²⁷.

- b) Finalidad política: “subversión del orden constitucional o alteración grave de la paz pública”
- c) La finalidad de causar temor se contempla solo en el caso del terrorismo individual, como medio para contribuir a la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública²⁸,

Alemania

A su vez, el Stgb alemán los ubica entre los delitos contra el orden público, y los tipifica en base a lo siguiente²⁹:

²⁷ Artículo 571. 1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. 2. Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce.

3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis) y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente.

²⁸ Artículo 577. Los que, sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaran a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior.

²⁹ §129a. **Bildung terroristischer Vereinigungen**

(1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind,

1. Mord (§ 211) oder Totschlag (§ 212) oder Völkermord (§ 6 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechen (§§ 8, 9, 10, 11 oder § 12 des Völkerstrafgesetzbuches) oder

2. Straftaten gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b

zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind,

1. einem anderen Menschen schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 bezeichneten Art, zuzufügen,

- a) Elemento estructural: incurre en delitos de terrorismo quien forma o pertenece a una organización terrorista, o comete ciertos delitos perteneciendo a dicha organización
- b) La organización terrorista se define en función de los fines que persigue, tales son cometer delitos comunes de cierta gravedad: asesinato u homicidio, genocidio, crímenes de guerra, delitos contra la libertad personal (secuestro extorsivo y toma de rehenes), graves daños físicos o mentales a un ser humano mediante violencias, incendios graves, destrucción de edificios, delitos contra el medio ambiente, algunas infracciones de la ley de control de armas, entre otros.
- c) Cuando se trata de algunos delitos tales como: infligir graves daños físicos o mentales a una persona, delitos catastróficos (incendios graves, destrucción de propiedades), delitos contra el medio ambiente, ley de control de armas, entre otros, a la circunstancia de cometer estos delitos perteneciendo a una organización, se añade la de que el sujeto tiene que haber actuado con la finalidad de intimidar a la población, obligar indebidamente y mediante la fuerza o amenaza de ella a una autoridad pública u organización internacional, o la finalidad de destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional o para dañar o afectar de manera significativa a un Estado u organización internacional.
- d) No considera el terrorismo individual.

Italia

El CP italiano ubica los delitos de terrorismo dentro de los delitos contra el Estado. Su concepto está diseñado sobre la base de:

- a) Elemento estructural. Toda la sección de delitos de terrorismo tipifica la asociación terrorista, y las actividades que con ella se relacionan tales como: la pertenencia a la misma, el reclutamiento de personas para ello, colaboración con la asociación, adiestramiento de personas con fines de terrorismo internacional,

-
- 2. *Straftaten nach den §§ 303b, 305, 305a oder gemeingefährliche Straftaten in den Fällen der §§ 306 bis 306c oder 307 Abs. 1 bis 3, des § 308 Abs. 1 bis 4, des § 309 Abs. 1 bis 5, der §§ 313, 314 oder 315 Abs. 1, 3 oder 4, des § 316b Abs. 1 oder 3 oder des § 316c Abs. 1 bis 3 oder des § 317 Abs. 1,*
 - 3. *Straftaten gegen die Umwelt in den Fällen des § 330a Abs. 1 bis 3,*
 - 4. *Straftaten nach § 19 Abs. 1 bis 3, § 20 Abs. 1 oder 2, § 20a Abs. 1 bis 3, § 19 Abs. 2 Nr. 2 oder Abs. 3 Nr. 2, § 20 Abs. 1 oder 2 oder § 20a Abs. 1 bis 3, jeweils auch in Verbindung mit § 21, oder nach § 22a Abs. 1 bis 3 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen oder*
 - 5. *Straftaten nach § 51 Abs. 1 bis 3 des Waffengesetzes zu begehen,*

- b) Finalidad política: Asociaciones terroristas son las que persiguen fines de terrorismo internacional o la subversión del orden constitucional³⁰.
- c) Estas personas pueden llevar a cabo cualquier delito, perteneciendo a la organización, pero la conducta será terrorista si puede acarrear un grave daño a un país o a una organización internacional y cuando ella se comete con la finalidad de intimidar a la población *o presionar indebidamente a un gobierno o a una organización internacional para que cumplan o se abstengan de cumplir cualquier acto, o para desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional*”³¹.

Es decir la finalidad de intimidación aparece como un medio en la conducta del terrorista cuya pertenencia a la organización es necesaria para la comisión de delitos. En mi interpretación el terrorismo individual aparece difuso y simbólicamente referido a los delitos de colaboración con organización terrorista.

2.C. NORMATIVA INTERAMERICANA Y LEGISLACION COMPARADA

2.c.1. NORMATIVA INTERAMERICANA

A nivel latinoamericano, la Convención Interamericana contra el Terrorismo (Barbados, junio 2002), si bien no define el terrorismo y se limita a señalar que a efectos de la convención por delito de terrorismo se entenderá los señalados en los instrumentos internacionales que describe en el art. 2, y que son los aprobados por naciones unidas.

Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.

b. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.

c. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973.

³⁰ Art. 270-bis. *Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico. Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.*

³¹ Art. 270-sexies. *Condotte con finalità di terrorismo. 1. Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia.*

- d. Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.
- e. Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980.
- f. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.
- g. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.
- h. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988
- i. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997.
- j. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.

A diferencia de la normativa antiterrorista europea, la normativa latinoamericana, y en relación al concepto de terrorismo, destaca lo siguiente:

- a) el terrorismo tiene una finalidad política, más bien circunscrita a la protección de los respectivos órdenes constitucionales democráticos. Así se desprende de su preámbulo:

“RECONOCIENDO la amenaza que el terrorismo representa para los valores democráticos y para la paz y la seguridad internacionales y que es causa de profunda preocupación para todos los Estados Miembros;

CONSIDERANDO que el terrorismo constituye un grave fenómeno delictivo que preocupa profundamente a todos los Estados Miembros, atenta contra la democracia, impide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de la toda la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región;

TENIENDO PRESENTE que la Carta Democrática Interamericana reconoce el compromiso de los Estados Miembros de promover y defender la democracia representativa, y que ningún Estado democrático puede permanecer indiferente frente a la clara amenaza que el terrorismo representa para las instituciones y libertades democráticas;

- b) De buena parte de su articulado se desprende que la Convención concibe al terrorismo como un delito de organización toda vez que se dedica especialmente a establecer obligaciones para los estados en materia de financiamiento al terrorismo y medidas contra el lavado de dinero, así como cooperación policial y judicial en ámbitos transfronterizos, todo lo cual muestra que esta convención considera que el terrorismo es una forma de crimen organizado y no un simple método de actuar que pudiera ser llevado a cabo individualmente.

2.C.2. LEGISLACION COMPARADA LATINOAMERICANA

En general en las legislaciones latinoamericanas se advierte como común denominador la no exigencia de que el terrorista forme parte de una organización, con excepción de Bolivia, que contempla como excepción el terrorismo individual, y Ecuador que considera como elemento del tipo penal el formar parte de organizaciones terroristas, grupos, pandillas, etc.

En cuanto a las finalidades en general se advierte en la mayoría de ellos la exigencia de una finalidad de intimidación a la población, sea como medio en la conducta, sea como resultado de la actividad terrorista (caso mexicano, caso colombiano). La finalidad política está reconocida en Guatemala, Honduras y Bolivia.

Estados Unidos

El Código de Estados Unidos, modificado por las sucesivas Actas Patriotas, define los actos de terrorismo en forma amplísima.

- a) La sección 802 del Acta Patriota modifica la sección 2331 del Título 18 del Código de los Estados Unidos, definiendo el terrorismo internacional de la misma manera que el terrorismo "doméstico" o terrorismo interno³².

³² §2331. *Definitions*

As used in this chapter-

- (1) *the term "international terrorism" means activities that-*
 - (A) *involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State;*
 - (B) *appear to be intended-*
 - (i) *to intimidate or coerce a civilian population;*
 - (ii) *to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or*
 - (iii) *to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and*
 - (C) *occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum;*
- (2) *the term "national of the United States" has the meaning given such term in section 101(a)(22) of the Immigration and Nationality Act;*
- (3) *the term "person" means any individual or entity capable of holding a legal or beneficial interest in property;*
- (4) *the term "act of war" means any act occurring in the course of-*
 - (A) *declared war;*
 - (B) *armed conflict, whether or not war has been declared, between two or more nations; or*
 - (C) *armed conflict between military forces of any origin; and*
- (5) *the term "domestic terrorism" means activities that-*
 - (A) *involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State;*
 - (B) *appear to be intended-*

“actividades que implican actos violentos o peligrosos para la vida humana y que constituyen una violación para las leyes de los Estados Unidos o de cualquier otro estado, y cuya intención sea: (i) intimidar o coaccionar a la población civil ;(ii) influir en la política de un gobierno mediante la intimidación o la coerción, o (iii) pueda afectar a la conducta de un gobierno por la destrucción masiva, el asesinato o el secuestro”

- b) La sección 808 del Acta Patriota I, modifica la sección 2332b del Título 18, definiendo el crimen federal de terrorismo en referencia al terrorismo transnacional³³.
- c) En ninguna de las definiciones (terrorismo internacional, transnacional e interno o doméstico) considera la organización como elemento central del tipo penal, pues prácticamente no hace referencia a ellas

(i) to intimidate or coerce a civilian population;
(ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or
(iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and
(C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States.
(Added Pub. L. 102–572, title X, §1003(a)(3), Oct. 29, 1992, 106 Stat. 4521; amended Pub. L. 107–56, title VIII, §802(a), Oct. 26, 2001, 115 Stat. 376.)

³³ §2332b. *Acts of terrorism transcending national boundaries*

(a) Prohibited Acts.-

(1) Offenses.-Whoever, involving conduct transcending national boundaries and in a circumstance described in subsection (b)-

(A) kills, kidnaps, maims, commits an assault resulting in serious bodily injury, or assaults with a dangerous weapon any person within the United States; or

(B) creates a substantial risk of serious bodily injury to any other person by destroying or damaging any structure, conveyance, or other real or personal property within the United States or by attempting or conspiring to destroy or damage any structure, conveyance, or other real or personal property within the United States;

in violation of the laws of any State, or the United States, shall be punished as prescribed in subsection (c).

(2) Treatment of threats, attempts and conspiracies.-Whoever threatens to commit an offense under paragraph (1), or attempts or conspires to do so, shall be punished under subsection (c).

(b) Jurisdictional Bases.-

(1) Circumstances.-The circumstances referred to in subsection (a) are-

(A) the mail or any facility of interstate or foreign commerce is used in furtherance of the offense;

(B) the offense obstructs, delays, or affects interstate or foreign commerce, or would have so obstructed, delayed, or affected interstate or foreign commerce if the offense had been consummated;

(C) the victim, or intended victim, is the United States Government, a member of the uniformed services, or any official, officer, employee, or agent of the legislative, executive, or judicial branches, or of any department or agency, of the United States;

(D) the structure, conveyance, or other real or personal property is, in whole or in part, owned, possessed, or leased to the United States, or any department or agency of the United States;

(E) the offense is committed in the territorial sea (including the airspace above and the seabed and subsoil below, and artificial islands and fixed structures erected thereon) of the United States; or

(F) the offense is committed within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States.

(2) Co-conspirators and accessories after the fact.-Jurisdiction shall exist over all principals and co-conspirators of an offense under this section, and accessories after the fact to any offense under this section, if at least one of the circumstances described in subparagraphs (A) through (F) of paragraph (1) is applicable to at least one offender.

- d) Los delitos que se pueden cometer son casi cualesquiera delitos comunes (homicidios, secuestros, mutilaciones, lesiones graves, robos con resultado de lesiones, robos con arma de fuego, ata, secuestra , mutila , comete un asalto que resulta en lesiones corporales graves o asaltos con un arma peligrosa a cualquier persona dentro de los Estados Unidos, creación de riesgos graves de daños corporales mediante destrucción o daños a la propiedad pública o privada, amenazas, conspiración de los mismos).
- e) Las circunstancias para la calificación terrorista cuando se trata de terrorismo transnacional son variadas, encontrándose entre ellas algunas que claramente no importarían un acto terrorista. Ej. que el delito afecte o pueda afectar las relaciones comerciales entre países, utilizar para la comisión del delito el correo o cualquier agencia de comercio interestatal o extranjera, que el delito se cometa dentro del territorio de los estados unidos, entre otros).

México

Ubica sus delitos de terrorismo en un Capitulo específico dentro del CP, que se intitula: terrorismo. Los elementos de la definición son³⁴:

- a) El uso de medios catastróficos para la comisión de delitos contra las personas, las cosas o servicios públicos.
- b) La alarma pública o temor como resultado de los actos.
- c) Finalidad política (atentar contra la seguridad nacional) o coactiva (presionar a la autoridad para que tome una determinación)

Guatemala

Ubica a los delitos de terrorismo en el CP dentro de los delitos contra el orden público. Diseña un concepto de terrorismo con referencia a los siguientes elementos³⁵:

³⁴ Artículo 139.- Se impondrá pena de prisión de seis a cuarenta años y hasta mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad para que tome una determinación. La misma sanción se impondrá al que directa o indirectamente financie, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, en apoyo de personas u organizaciones que operen o cometan actos terroristas en el territorio nacional.

³⁵ Artículo 391. Terrorismo. Comete el delito de terrorismo quien con la finalidad de alterar el orden constitucional, el orden público del Estado o coaccionar a una persona jurídica de Derecho Público,

- a) Finalidad: hay un reconocimiento a la finalidad política (protección del orden constitucional democrático), sin embargo esta finalidad se difumina en el mismo artículo al aludir también a la protección del orden público, y a la finalidad coactiva en contra de la autoridad u organización internacional
- b) La finalidad de causar temor a la población está ausente en el tipo penal (poseen un tipo penal autónomo de intimidación pública (art. 392 CP) que no es un delito de terrorismo.
- c) Relajación del elemento estructural: el terrorismo es posible de llevar a cabo por actores organizados o individuales, pues no hace referencia para la construcción del tipo penal a la organización terrorista.

Colombia

Regula los delitos en el Código penal entre los delitos contra la seguridad pública. Los elementos centrales de la definición son³⁶:

- a) la actividad terrorista se define por los resultados de alarma pública que ésta produce (“el que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella)
- b) el uso de medios catastróficos para la comisión de la conducta
- c) relativa amplitud de bienes jurídico protegidos (vida, integridad física, propiedad pública o privada)
- d) existe también un tipo penal de terrorismo agravado cuando se cometa delitos en el marco de un conflicto armado³⁷.

nacional o internacional, ejecutar acto de violencia, atentare contra la vida o integridad humana, propiedad o infraestructura, o quien con la misma finalidad ejecutar actos encaminados a provocar incendio o a causar estragos o desastres ferroviarios, marítimos, fluviales o aéreos. El responsable de dichos delitos será sancionado con prisión inmutable de diez (10) a treinta (30) años, mas multa de veinticinco mil dólares (US\$25,000.00) a ochocientos mil dólares (US\$800,000.00) de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional. Si se emplearen materias explosivas de gran poder destructor para la comisión de esta de este delito, el o los responsables serán sancionados con el doble de las penas."

³⁶ Artículo 343. Terrorismo. *El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta. Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y la multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Bolivia.

El Código penal boliviano ubica los delitos de terrorismo entre los delitos contra la seguridad interior del Estado³⁸. Sus elementos distintivos son:

- a) la consideración de la organización como elemento central en el tipo penal
- b) reconocimiento a la finalidad política
- c) finalidad de intimidar a la población aparece alternativamente a la finalidad política.
- d) Relativa amplitud de bienes jurídicos a proteger: vida, integridad corporal, libertad de circulación, propiedad.

Argentina

El CP argentino ha optado por considerar al terrorismo como una circunstancia agravante de cualesquiera clase de delitos contenidos en el CP³⁹, tipo cláusula general, y que no reconoce en el terrorismo finalidad política, más bien opta por la idea europea de considerar una finalidad terrorista de intimidación y una finalidad coactiva hacia la autoridad u organizaciones internacionales.

IV. PROPUESTA PARA EL DERECHO PENAL CHILENO

³⁷ Artículo 144. Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de doscientos cuarenta (240) a cuatrocientos cincuenta (450) meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2666.66) a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

³⁸ Artículo 133.- (terrorismo).- El que tomare parte, actuare al servicio o colabore con una organización armada destinada a cometer delitos contra la seguridad común, la vida, la integridad corporal, la libertad de locomoción o la propiedad, con la finalidad de subvertir el orden constitucional o mantener en estado de zozobra, alarma o pánico colectivo a la población o a un sector de ella, será sancionado con presidio de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que le corresponda si se cometieren tales delitos.

³⁹ Art. 41 quinquies: Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieron lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

1. El mandato de los tratados internacionales

Chile ha suscrito y ratificado buena parte de los tratados internacionales que se han mencionado. A tales efectos debe considerarse especialmente la Convención Interamericana contra el terrorismo.

En casi todos los tratados internacionales que Chile ha suscrito y ratificado, se establecen normas que indican que nada de lo que en ellos se diga puede ser interpretado o usado para pasar a llevar derechos humanos internacionalmente reconocidos así como positivizados en las cartas fundamentales.

Así por ejemplo, la Convención Interamericana contra el terrorismo señala en su art. 15 que. “ 1. *Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.*” Y “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.*”.

Algo similar repite el Convenio para la Represión de atentados terroristas cometidos con bombas⁴⁰ (art. 19) y el Convenio para la Prevención y represión de financiamiento al terrorismo⁴¹ (art.21)

Este mandato implica entonces que los Estados no están autorizados para- en nombre de la lucha contra el terrorismo- vulnerar o relativizar garantías de los individuos, y entre otros, y como importantísimos, el principio de taxatividad o certeza en las normas penales, seguridad jurídica, proporcionalidad, entre otros.

2. La determinación del bien jurídico protegido

La determinación del objeto de tutela jurídico penal no se realiza al margen de procesos ideológicos y de transformaciones económicas, políticas y sociales. Es evidente

⁴⁰ 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.*

2. *Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el derecho internacional humanitario y que se rijan por ese derecho, no estarán sujetas al presente Convenio y tampoco lo estarán las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas del derecho internacional.*

⁴¹ Art. 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 propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario y otros convenios pertinentes.*

que el poder político utiliza todos los medios de control social de que dispone para reprimir la criminalidad, *debiendo* tener como último recurso el derecho penal. No existiría problema- al menos en teoría- si lo que se protegiera fueran efectivamente los intereses generales de la sociedad, mas la realidad de los códigos penales muestra que lo que el legislador tiende a proteger son intereses de ciertos sectores de la sociedad, “transformándoles” en intereses generales por medio del control penal. Esto es especialmente notorio cuando se trata de la sanción de las más graves formas de criminalidad, como el terrorismo. No es difícil que sea la razón de Estado la que impregne las directrices legislativas, en lugar de la razón jurídica, y que en definitiva sean los intereses de la clase política los que resulten protegidos, en lugar de los intereses de la sociedad.

De allí que considero importante el determinar el “qué y por qué” se protege por el derecho Penal. Al revelarse el qué y el por qué de la punición, se abre al mismo tiempo, la posibilidad de una revisión crítica de la norma sancionadora y de todo el ordenamiento penal⁴², y en el caso específico del terrorismo, se evita convertir al derecho penal en un factor de discriminación o estandarización ideológica.

Partiendo de los criterios trascendentalistas en los que el bien jurídico gira en torno a la persona humana como ente social, en una sociedad democrática, pienso que el contenido material del bien jurídico está determinado por la presencia de relaciones sociales concretas y dialécticas o en conflicto que exigen la protección de ciertos bienes jurídicos, que en el caso del terrorismo tienen una naturaleza primordial de carácter colectivo por cuanto se trata de un ataque a la sociedad en su conjunto y no a un sector de la misma.

Sin embargo, la sola relación social en conflicto no puede darnos una luz en orden a cuales son estas exigencias de protección, ya que no ha de olvidarse que “ la importancia de los bienes jurídicos afectados por la actividad terrorista constituye la última "ratio" de intervención del recurso al Derecho penal y la justificación de la tipificación de las conductas desarrolladas en su ámbito”⁴³. De ahí que, pienso, debe acudir a un criterio de valoración de este contenido material y que estimo se circunscribe a los derechos humanos, entendidos como necesidades humanas, cuya determinación es social e histórica, y por tanto, sujeta a revisión. “Tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso..., sólo podemos tener como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su satisfacción de forma incondicional”⁴⁴.

⁴² Hormazábal, H. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal), Edit. P.P.U., 1991, 1991, p.10. En igual sentido Terradillos Basoco, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”, RFDUCM, n° 63, 1981, pp. 123-149, esp. p. 149.

⁴³ STC 136/1999 de 20 Julio, delito de colaboración con banda armada. Fund. Jdco sexto. (Caso Mesa Nacional de HB).

⁴⁴ Hierro, L. “¿Derechos Humanos o Necesidades Humanas?”, en Rev. Sistema, N°46, enero, 1982, pp.57-61.

La adopción de este criterio de valoración resulta de especial importancia tratándose de los delitos de terrorismo ya que su característica esencial de los actos de terrorismo es precisamente la vulneración de los derechos humanos. Ha de tenerse presente que ellos no pueden ser confundidos con todos los derechos fundamentales ya que, como se ha dejado entrever al hablar de las características del terrorismo, los derechos contenidos en la Carta Fundamental, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no son todos ni los únicos derechos posibles (de ahí que su contenido sea determinado sobre la base de las valoraciones sociales e históricas). Sin embargo, en la medida que estos derechos forman parte del ordenamiento consagrado en la Constitución, que a la vez da las líneas programáticas para la protección de intereses de la colectividad y la incriminación de los mismos mediante el derecho penal ante su ataque (Programa Penal de la Constitución), resulta claro que el contenido material del bien jurídico entendido como relación social dialéctica exige la protección de algo que importa a la comunidad toda: ***el respeto a las garantías que la constitución consagra.***

Y dentro de estas garantías, en una sociedad democrática, ***se encuentra la de la participación ciudadana a través de vías o cauces legales que, en todo caso, han de ser materiales y no meramente formales.*** Es esto lo que en definitiva, el terrorismo no respeta, y en lugar de utilizar los cauces institucionales “materialmente” garantizados, utiliza como método de lucha política una violencia indiscriminada, pretendiendo, sobre la base del miedo o la intimidación, que la población o un amplio sector de la misma adhiera a sus postulados políticos. Se trata de la imposición, por la fuerza, de una determinada ideología política. ***Luego, el bien jurídico de naturaleza colectiva que resulta objeto del ataque no es otro que el ordenamiento constitucional democrático originado en la manifestación de la voluntad popular. De ahí la importancia de considerar o valorar el elemento político en el injusto penal.***

Estas consideraciones resultan válidas tanto para el terrorismo insurgente, como para el terrorismo patrocinado desde las instituciones estatales. No es posible sostener en un sistema que se declare democrático, que “quien mata ‘para preservar el orden constitucional’ realiza una conducta menos reprobable (no terrorista) que quien lo hace para “modificar el orden constitucional” (terrorista)”. Tanto la conducta del insurgente como la del agente del Estado, lesionan el ordenamiento constitucional, especialmente en este último caso, ya que quienes forman parte de las estructuras de poder tienen una calidad de garantes del orden establecido, elemento que podría ser añadido como un plus en el injusto penal.

Desde el punto de vista sustantivo penal, no veo otra manera de llegar a una delimitación del objeto de tutela penal más acorde con los postulados básicos de un derecho penal del hecho, y que exigen el cumplimiento de los principios de legalidad, taxatividad, certeza o determinación, seguridad jurídica y exclusiva protección de bienes jurídicos, entre otros. La incriminación penal ha de dirigirse solo a las ofensas más graves (carácter de última ratio) y dentro de las mismas, la selección de los bienes que el derecho penal pretende proteger a través de delitos de nomen iuris propio tiene que condecirse con la entidad de los mismos (importancia social) y la naturaleza del ataque. Por otra parte, la referencia a un bien jurídico colectivo “determinable” (mucho más que la alteración de la seguridad pública, o el genérico concepto de orden público) permite que se construyan tipos

penales de peligro concreto en relación a ese bien jurídico y no en relación al bien jurídico individual (que llevaría a la construcción de tipos de peligro abstracto). Así las cosas, si bien el objeto material del delito, el substrato empírico del bien jurídico, aquello sobre lo cual recae directamente la conducta del agente son bienes como la vida, la integridad física, la salud o la libertad de las personas, esto no significa que el tipo penal deba agotarse en la lesión de los mismos, sino que basta que los actos realizados por el agente tengan materialmente la capacidad de alterar el ordenamiento constitucional democrático.

Desde la perspectiva político criminal, al conseguir una delimitación del bien jurídico en los delitos de terrorismo, éste puede cumplir eficazmente con su función de límite al ius puniendi estatal, poder sancionador que en esta materia generalmente tiende a hacer primar la razón de Estado, por sobre la razón jurídica, situación que se produce toda vez que existe una utilización generosa de la función simbólica del derecho penal y que se plasma con creces en las legislaciones de emergencia. El derecho penal no puede transformarse en un instrumento de estandarización ideológica y “transformar” los intereses dominantes en la sociedad en los intereses de quienes detentan el poder, destinando su protección a estos últimos a través de preceptos tan confusos como el de “interés general”.

Por otra parte, estimo que los **bienes jurídicos individuales** que se ven afectados por la comisión de los delitos comunes a través de los cuales se expresan los delitos de terrorismo (por eso se les llama delitos de forma libre), deben restringirse a la vida, la integridad física y la libertad, y la propiedad pública o privada en su función social.

Pareciera no haber dudas en relación a que el terrorismo debe castigar atentados de cierta gravedad, por lo mismo, los atentados contra la vida, y la integridad física (lesiones graves y menos graves) deben estar contemplados en los delitos de terrorismo.

En cuanto a la propiedad, y siendo suficiente la legislación penal común para hacer frente a conductas atentatorias contra ella, debe restringirse su protección a través de la ley de conductas terroristas, en la medida en que la afectación a esta propiedad implique una afectación a la función social de la misma.

En este sentido, hay que tener presente que el Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (N. York, 1997), que castiga los atentados cometidos con medios catastróficos contra la propiedad, con o sin riesgo para personas, cuando ésta cumple una función social⁴⁵.

⁴⁵ ART. 2. 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.

De acuerdo con el art. 1 se entiende por "instalación de infraestructura" 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.

Si este Convenio que delimita conductas cometidas con medios catastróficos, y que por ende, normalmente entrañan un riesgo para personas, restringe la protección de la propiedad privada a su función social, no veo cual sería la razón para no considerarlo en nuestra legislación. A mayor abundamiento, y a propósito de la polémica que se ha generado a raíz de los delitos de incendio terrorista, cabría preguntarse si la especificidad del terrorismo viene dada por el riesgo para personas que importan los delitos de incendio y que fue el argumento que se vertió en la discusión parlamentaria (véase Historia de la ley 20.467, pp.190 -191), y cómo se condice esto con la protección de la misma en la legislación internacional (ej. Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas) y en otras legislaciones (ej. CP español, etc.). Si bien es cierto, en otros CP existen delitos de incendio terrorista, o colocación de bombas o artefactos explosivos en propiedades particulares, sus tipos penales tienen otra clase de restricciones que impiden que los tipos penales de terrorismo se conviertan en un cajón de sastre de cualquier conducta, por ejemplo: finalidad política, elemento estructural.

2. Sobre la finalidad de alterar el orden constitucional como elemento de lo injusto

La finalidad de alterar el orden constitucional es un elemento subjetivo de lo injusto y no un dolo específico. El dolo, entendido como el conocimiento y voluntad de realizar el ilícito, se refiere a la realización de los elementos del tipo, sin abarcar la lesión del bien jurídico pues éste es previo al ilícito penal. El dolo del autor, por tanto, abarca la conducta violenta e idónea para la lesión del bien jurídico, dejando fuera la circunstancia exigida por la descripción típica. Las pretensiones intencionales del agente son elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, ya que basta con que el autor confiera a la acción típica un especial sentido subjetivo, sin que se exija un resultado en orden a que efectivamente el autor alcance sus propósitos, es decir, que efectivamente el ordenamiento constitucional democrático se vea alterados. Basta con el “resultado de peligro” para el mismo.

Esto determina que, al momento de decidir que en el tipo penal debe estar presente esta finalidad en el sujeto, los delitos de terrorismo deben ser contruidos como *delitos de tendencia interna intensificada y no delitos de intención*. Estos últimos por su estructura semejante a la de una tentativa castigada como delito consumado, impiden prohiar un criterio penal garantista acorde con los derechos humanos. En ellos la acción se dirige por el elemento subjetivo hacia la lesión del bien jurídico, consumándose el tipo con la sola realización del acto dirigido hacia la consecución de un resultado valorativo, resultado que queda fuera del tipo. En cambio, en los delitos de tendencia intensificada, basta con que el agente confiera a la acción un sentido subjetivo especial, que viene a *concretar la forma de lesión de la conducta típica*, sobre la base de este elemento subjetivo.

La consumación en los delitos de terrorismo, de acuerdo al criterio que aquí se sostiene, se producirá cuando se comprueba al menos el resultado de peligro (concreto) para el bien jurídico colectivo, para lo que hace falta la producción de los actos ejecutivos

3. Sobre el elemento estructural u organizativo

La doctrina comparada ha dicho que el terrorismo es un delito de “organización” que se

caracteriza por la dimensión colectiva de la organización ilícita, la significación pública de su existencia⁴⁶, el potencial humano y técnico disponible para la realización de delitos, una organización externa que hace posible una voluntad común, una finalidad criminal sistémicamente constitutiva, y la disposición interna de adhesión a la organización por parte de sus miembros⁴⁷, en definitiva, “una estructura que se proyecta mas allá de la comisión de unos hechos concretos”⁴⁸.

De ahí, que a pesar de la consideración del terrorismo patrocinado por individuos al margen de una organización ha sido una constante en las legislaciones nacidas con posterioridad a los atentados de 11 S, puede manifestarse lo erróneo de dicha opción.

Considerando el bien jurídico protegido, ha de partirse de la base, como se ha dicho, que el terrorismo es una estrategia política que utiliza la violencia como método y pretende someter u obligar a la población sobre la base del miedo para que adhiera una determinada concepción política. Así ocurre tanto el terrorismo insurgente como en el terrorismo patrocinado desde el Estado. Una estrategia como la descrita, con sus objetivos – insisto solo puede ser llevada a cabo por una organización terrorista, es decir, es el elemento organizativo el que confiere al terrorismo el carácter de estrategia, sin perjuicio de que no pueda ser considerado como una forma de criminalidad organizada y sometida a su mismo tratamiento jurídico porque el elemento valorativo primordial es la intencionalidad política, intencionalidad de la que carece el crimen organizado.

Y es que la finalidad política que se reconoce en el terrorismo y que se concreta en la lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático no parece tener posibilidades de materialización cuando no existe la organización. No es posible que la acción individual pueda concebirse como delito de terrorismo.

La doctrina que argumenta en su favor alude en primer lugar 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. XX⁴⁹. La denominada “acción individual” del anarquismo no puede identificarse de manera exacta con el terrorismo⁵⁰, pues esta consideración responde mas 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 terroristas⁵¹.

⁴⁶ Cancio Meliá- Silva Sánchez (2008), Delitos de organización, Montevideo, p.34

⁴⁷ Mañalich, J.P. (2011). Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno, p.281

⁴⁸ Cancio, M. (2010) El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español. Luzón Peña (Dir). Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, p.992

⁴⁹ Así Cuerda Arnau, M. (1995) Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, pp. 374 y ss. Núñez, F. (1983). El terrorismo anarquista (1988-1909), Madrid, p.38.

⁵⁰ Así Woodcock, G. (1962) L’anarchia, Fetrini, Milano, p.12.

⁵¹ Ampliamente, Villegas, M. 2002, [www.cybertesis](http://www.cybertesis.com), cap. 6

La segunda razón que suele argumentarse a favor de la existencia de un terrorismo individual es una *razón sustantivo penal* y que hace radicar el concepto de terrorismo en el empleo de determinados medios lesivos para ejecutar la acción. Se atiende a un derecho penal “objetivo” que atiende al “daño producido”⁵². En mi opinión: **Primero**, como se ha dicho antes, esto supone desconocer la naturaleza histórica y social del fenómeno terrorista, ya que no todo delito cometido a través de determinados medios lesivos puede ser calificado como terrorista, recordemos los delitos políticos. **Segundo**, por respeto al principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos hay que señalar que no es el “acto” especialmente violento lo que determina la calificación jurídica sino la lesión o posibilidad de lesión al bien jurídico protegido. **Tercero**, es difícil pensar que un individuo aislado pueda lesionar o poner en peligro el ordenamiento constitucional. **Cuarto**, la consideración del terrorismo individual trae aparejada la posibilidad de una extensión indebida del ámbito de lo punible hacia otras formas de violencia, generalmente social. No es errado pensar que este tipo de normas se están estableciendo en algunos códigos penales (ej. art. 577 CP español) para poder castigar a título de terrorismo a todos aquellos a los cuales no se les puede probar la pertenencia a una organización terrorista.

Por ello es que estimo que la calificación jurídica de terrorismo a los actos especialmente violentos realizados al margen de una organización y con la finalidad de alterar el ordenamiento constitucional es errónea. El elemento organizativo es consustancial al terrorismo, porque “la organización cualifica la violencia”⁵³ transformándole en un instrumento al servicio de una estrategia política, y a la vez, objetiviza la finalidad política, esto es, los individuos se unen en estas agrupaciones con el objeto específico de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido (ordenamiento constitucional democrático). Aceptado que sea que la organización es “un dato criminológico real”⁵⁴ y que el terrorista para llevar a cabo su actividad normalmente integra una banda armada o grupo terrorista, el problema radica en su inclusión o no como elemento formal de la definición de terrorismo.

3.a. Razones para aceptar la consideración del elemento organizativo en lo injusto penal. Ventajas.

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. Así no pueden ser encuadrarse dentro del concepto de terrorismo las conductas desplegadas por piquetes de huelga de trabajadores, por grupos de autodefensa estudiantil y en general las de violencia callejera, así como tampoco las conductas de

⁵² Cuerda Arnau, 1995, p. 376, Ramón Chornet, C. (1993) Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional; Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, p.106.

⁵³ En España, Lamarca, C. (1985) Tratamiento Jurídico del Terrorismo, Madrid: p.451. En Chile Del Barrio y León Reyes, (1990). Terrorismo, ley antiterrorista y Derechos Humanos. Santiago de Chile: Universidad Academia de Humanismo Cristiano, p.206.

⁵⁴ Terradillos, J.(1988) 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, p.60.

“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.
- 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 comparada⁵⁵. En las legislaciones, con mayor claridad se advierte en el Stgb, quien diseña el concepto de terrorismo sobre la base de la organización terrorista. También puede advertirse en el CP español, el que contempla por excepción la figura del terrorismo individual, y en la Terrorism Act. 2005 en Gran Bretaña, que también contempla por excepción la figura del terrorista individual.

3.b. Problemas que ocasiona la consideración del elemento estructural. Desventajas.

Las desventajas que ocasiona la inclusión de la organización en lo injusto penal provienen, a mi entender, no de la consideración del elemento estructural en sí, sino más bien del tratamiento agravatorio propio de los delitos de terrorismo sacrificando el principio de legalidad en materia penal. La doctrina que plantea la innecesariedad de este elemento estructural no se ha pronunciado claramente al respecto, limitándose a señalar que éste no tiene la entidad suficiente para constituirse en elemento formal de la definición, y que basta para incriminar estas conductas la intencionalidad política, la grave lesión al bien jurídico y la idoneidad de los medios empleados a efectos de poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático⁵⁶.

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). Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional, Madrid: Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, pp.32 y ss.; De Prada Solaesa, (1996). "Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995", *Jueces para la Democracia* N° 25, (marzo 1996), p.74. En Chile, Del Barrio y León Reyes. 1990, p. 206. En la doctrina comparada, Pignatelli, (1982) "Natura del terrorismo e repressione penale" en *La Magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione de sinistra*", en *Quaderni di Questione Giustizia*, Ed. Franco Angeli, Milano, p.20 y ss., esp. p.252. Cfr. Lamarca, 1985, 1982, p.252. Guillaume, G.- Levasseur, G. 1977, pp.59 y ss. Patalano, 1971, pp.152 y ss. Cfr. Por todos Lamarca, C. 1985, pp.91-92.

⁵⁶ Arroyo Zapatero, (1985) *Terrorismo y Sistema Penal*", en *Reforma, Política y Derecho*, Actas del Curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, p. 155-210, esp. p.163; Terradillos, J. 1988, p. 60. En su opinión inicial Serrano Piedecabras, Jr. (1988) *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Editorial PPU, Barcelona, pp. 177-178, Cuerda Arnau, 1995, pp. 372,374, 376; Ramón Chornet, C. 1993, pp.105-106. Similar, Polaino Navarrete, M. (1997) "Delitos contra el Orden Público (V).

Tomando como base la legislación española, en mi opinión el problema mas grave que se advierte, y quizá el único importante, es la incriminación de las conductas de colaboración con organizaciones terroristas. Ellas constituyen, en realidad, actos preparatorios sancionados como favorecimiento, en contra de la regla general de impunidad de los mismos, y que no constituyen ni provocación, ni conspiración, ni proposición para delinquir, ni tampoco alcanzan la categoría de tentativa idónea ni inidónea.

Cabe señalar que si bien el fundamento político criminal de la tipificación delictiva de este tipo de conductas de favorecimiento obedece a la ya consabida razón de combatir el terrorismo en todas sus formas, prevenir la comisión de este tipo de delitos y agravar las penas, por otra parte también parece que el legislador intenta soslayar un problema procesal de prueba, sacrificando el principio de proporcionalidad en las penas. Si la colaboración es prestada por un extraneus, es decir, un ajeno a la organización terrorista ¿por qué otorgar el mismo desvalor a la conducta de quien comete un delito concreto “perteneciendo” a una asociación ilícita”, que a quien lo comete “colaborando” con ella?. Parece ser que efectivamente quisiera evitarse la prueba relativa a la pertenencia o integración en una asociación ilícita terrorista.

3.c. Sobre la penalización autónoma del delito de asociación ilícita terrorista.

Pareciera ser que no existiría distinción entre la asociación ilegal y los actos preparatorios. Desde luego, ambos implican un adelantamiento de la punibilidad⁵⁷ ya que quien integra una asociación ilícita es sancionado independientemente de la efectiva comisión de otros delitos utilizando la asociación como medio. Compartiendo la opinión de QUINTERO OLIVARES⁵⁸ estimo que no deja de ser incomprensible el castigo “de los que se agrupan para decidir agruparse para luego delinquir”, y que en todo caso, de ser necesario el castigo a fases anteriores del delito, existe la fórmula de la tipificación expresa o específica, evitando las descripciones genéricas de los actos preparatorios punibles.

A la luz de las consideraciones realizadas cabe preguntarse si es jurídico y político criminalmente adecuado contemplar la asociación ilícita como tipo penal autónomo. Desde luego, como se ha señalado, la asociación ilícita constituye un adelantamiento de las barreras de protección penal, adelantamiento que por otra parte ha sido utilizado históricamente para reprimir las mas variadas formas de disidencia⁵⁹.

Delitos de terrorismo”, en Curso de DP. español. PE., dirigido por M. Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, p. 902.

⁵⁷ Así Bueno Arús, (1986)“Principios generales de la legislación antiterrorista”, en Estudios de Derecho Penal en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, *RFDUCM*, Monográfico N° 11, pp.135-145, esp. p. 138.

⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, G. (1999); “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borrallo, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, pp.177-190, p.186 nota 9.

⁵⁹ En este último sentido QUINTERO OLIVARES, 1999, p. 179.

La configuración típica de este delito, y especialmente cuando se trata de terrorismo, parece querer salvar un vacío legal que tiene por objeto incriminar penalmente la conducta de quienes sin haber cometido delito alguno, deben, por razones de política criminal, ser castigados en razón de su adhesión a una determinada idea política.

El mero hecho de asociarse, integrar una organización que tiene un programa delictivo, supone un peligro abstracto para la lesión del ordenamiento constitucional democrático. Peligro abstracto cuya diferencia con el “concreto” ha sido enfocado desde la perspectiva “ex ante” de la conducta (peligrosidad de la acción) o “ex post” (resultado de peligro)⁶⁰. Concordando con CARO CORIA creo que la distinción entre peligro abstracto y concreto radica “en si para la tipicidad es suficiente un mero desvalor de acción, o si es necesario además un desvalor de resultado”⁶¹, de donde resulta que el peligro abstracto solo exigiría la comprobación de la peligrosidad ex ante de la conducta, cuestión que en el delito de asociación ilícita resulta discutible.

Técnicamente se corresponde con los delitos de mera actividad, sin embargo debe realizarse una valoración en torno a la *idoneidad* de la conducta para poner en riesgo el bien jurídico protegido. ¿Puede el mero hecho de afiliarse a una asociación cuyo objeto sea alterar el orden constitucional ponerlo en riesgo?. En mi opinión, la conducta de quien meramente se afilia o integra a este tipo de asociaciones no resulta idónea para poner en riesgo el ordenamiento constitucional democrático.

Si se quiere tipificar autónomamente la asociación ilícita terrorista, lo lógico sería hacer radicar –desde el punto de vista de la técnica penal- el fundamento de la incriminación en la posibilidad de riesgo al ordenamiento constitucional democrático, riesgo que aparentemente se produciría por el hecho de poseer la organización un programa político destinado a atentar contra este bien jurídico, cumpliendo por otra parte las características de ser una organización armada.

Sin embargo, no parece tener materialización en la medida en que no se pone en marcha o al menos se realiza una tentativa de poner en marcha el plan de la asociación. Y en todo caso, a efectos de punición, bastaría con el delito de asociación ilícita común.

Ahora bien, si se considera la pertenencia o integración a la organización o asociación ilícita terrorista como un elemento de lo injusto penal en los delitos de terrorismo, y a la vez se incriminara penalmente la conducta de quienes no han realizado dichos delitos específicos, con un tipo penal autónomo, se produciría un problema de doble incriminación, que podría resolverse mediante la vía del concurso, y no siempre de manera adecuada a los principios garantistas.

⁶⁰ CARO CORIA, D. Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, pp.468 y ss.

⁶¹ CARO CORIA, 1999, p. 469.

Baste recordar a este respecto los problemas que se han ocasionado en la legislación española, que contempla la asociación ilícita como tipo penal autónomo y a su vez la pertenencia a la misma como elemento de lo injusto en el articulado de los delitos de terrorismo. En no pocas ocasiones el Tribunal Supremo español ha negado la posible consunción de la asociación en los específicos actos delictivos respecto a los integrantes⁶².

De allí que resulte dudosa la idea de la punición autónoma de la asociación ilícita terrorista, porque supone una incriminación adicional para todos los delitos que se cometan desde la actividad de una organización terrorista⁶³. Si lo que políticamente se persigue es la sanción agravada a conductas de terrorismo, y en ellas el elemento estructural u organizativo se encuentra inserto como parte del tipo objetivo de los delitos no parece adecuado incriminar autónomamente la conducta de quienes aún no han cometido este tipo de delitos, y cuya sanción es además desproporcionadamente más grave que la del resto de las asociaciones ilícitas. Si de agravar las penas se trata, parece ya suficientemente grave el tratamiento punitivo de los tipos penales de terrorismo.

Si de lo que se trata es de incriminar penalmente a las asociaciones ilegales que operan al amparo del aparato estatal, siempre sería preferible reconstruir los criterios de imputación para su sanción, que deberían ir paralelos a los de la persona individual⁶⁴.

4. Elementos para un concepto de terrorismo y propuesta.

Tras lo expuesto, y como una sugerencia de lo hasta ahora estudiado, estimo que un concepto de terrorismo en el derecho penal interno debería considerar que en él concurren copulativamente los siguientes elementos:

1. Delitos comunes cometidos por sujetos que pertenezcan a una organización terrorista, siendo éste el elemento central y definitorio del tipo penal.
2. La organización terrorista debería ser aquella que comete delitos de cierta gravedad con la finalidad de conmover los cimientos de la sociedad democrática. En este sentido la alusión es a la finalidad de alteración o destrucción del orden constitucional democrático. Con ello se cumple el reconocimiento a la finalidad política y la protección al bien jurídico, a través del elemento teleológico.
3. Los delitos que cometa esta organización deberían circunscribirse a la afectación de la vida, la integridad física, la libertad, la salud de las personas y la propiedad pública.
4. La comisión debe realizarse a través de medios violentos, para que pueda destacarse su carácter de atentado indiscriminado contra derechos humanos. En este sentido, la

⁶² STS 30-1-1989.

⁶³ En este sentido se pronuncia QUINTERO OLIVARES: “Fuera del ámbito del art. 515, la comisión del delito en el marco de una organización criminal es una posibilidad ya contemplada en diferentes materias, como son el terrorismo, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, o la tenencia y depósito de armas...”. QUINTERO OLIVARES, 1999, p. 190.

⁶⁴ En este sentido, ZÚÑIGA, L. “Las consecuencias penales de los hechos cometidos por entes colectivos: de la responsabilidad individual a la responsabilidad colectiva” en AA.VV. *Las consecuencias jurídicas del delito. II Congreso Internacional de Derecho penal*, Lima, Ara eds., 1997, p.358.

conducta debe: a) emplear medios catastróficos o estragantes; y b) emplear la intimidación o el temor como método.

Manifiesto, en todo caso, mis dudas en orden a que el temor o la intimidación deben estar presentes explícitamente en un tipo penal, debido a la psicologización que ello supone de un concepto que es jurídico.

Muy probablemente con un contenido con el que se propone, podemos arribar a una comprensión que diga relación con la esencia del terrorismo en cuanto fenómeno social, y que en algún momento describía Domínguez Vial: la conducta violenta, apartada de los cauces democráticos de participación que forma parte de la estrategia política de una organización y que implica una agresión directa o indirecta a los derechos inherentes a la persona humana, al Estado de Derecho que se funda en ellos y al régimen democrático coherente con los principios y normas propias al derecho a la libre determinación del pueblo, conducta que debe ser idónea para imponer a la sociedad o una parte de ella, sobre la base del miedo o temor, el sometimiento a las ideas o los propósitos políticos de dicha organización.

Muy probablemente un concepto con los elementos que se proponen resulte demasiado restrictivo a la luz de los tratados internacionales y otras legislaciones comparadas que se han visto ampliadas tras la hipertrofia legislativa consecuencia de los atentados de 11 S, de la cual no se han escapado ni siquiera los países latinoamericanos, quienes han debido introducir normas que prácticamente ni siquiera aplican (caso guatemalteco, caso hondureño).

Por otra parte, nuestra realidad como país latinoamericano dista bastante de la de países europeos o de los Estados Unidos. Otros son los focos centrales de nuestra preocupación en el ámbito criminal (narcotráfico, maras, altos índices de criminalidad violenta). En este sentido, y con excepción de Colombia, que contiene incluso un tipo específico de terrorismo agravado para enfrentar políticamente ciertas conductas que se producen a causa de la guerra civil no declarada que mantiene desde hace casi medio siglo, otros países no presentan criminalidad terrorista en comparación con los atentados del terrorismo islámico internacional y transnacional que afectan a norteamericanos y europeos.

En este sentido, mi opinión es que no debe legislarse sobre terrorismo en Chile, y debería derogarse la ley 18.314 que regula conductas terroristas y fija su penalidad.

Sin embargo, se reconoce que tal declaración y opinión, están lejanas al quehacer político de nuestro país, y especialmente cuando hemos suscrito y ratificado tratados internacionales que de una u otra manera obligan a castigar el terrorismo, lo menos para prevenir su financiamiento. En este sentido, y sin estar demasiado convencida todavía de lo que se propone, sugeriría lo siguiente:

- a) Tipos penales de terrorismo deberían estar en el Código penal dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado. Consciente de que esto supone una

derogación de la ley 12.927, sobre seguridad de Estado, la que me parece carente de todo sentido en una democracia.

b) Una propuesta de redacción provisoria de los tipos base sería:

Art. 1. Comete delitos de terrorismo quien perteneciendo a una organización terrorista atentare gravemente en contra de la vida mediante la comisión de homicidios, la integridad física y la salud causando mutilaciones o lesiones graves, y/o la propiedad pública o instalaciones de infraestructura, utilizando armas o artefactos de gran poder destructivo tales como bombas, artefactos explosivos o incendiarios, armas de fuego automáticas, o medios tóxicos, corrosivos, infecciosos u otros que pudieren causar grandes estragos.

Comete estos mismos delitos quien perteneciendo a una organización terrorista atentare gravemente contra la libertad mediante la comisión de secuestros o sustracciones de menores.

El responsable de los mismos será castigado con las penas correspondientes a las correspondientes infracciones señaladas en el código penal, quedando facultado el juez para aumentarlas en un grado o no aplicarlas en su mitad inferior.

art. 2. Son organizaciones terroristas aquellas asociaciones que contando con una estructura orgánica, jerarquía, reglas propias y disciplina ulterior capaz de generar entre sus miembros vínculos de alguna manera estables o permanentes, cometa delitos de los enumerados en el artículo anterior con la finalidad de alterar el orden constitucional o la de contribuir a este fin usando la intimidación como método para influir en la población o una parte de ella.

Precisiones:

- a) No se contempla la tipificación autónoma del delito de asociación ilícita terrorista por las razones más arriba expresadas, y en definitiva para no infringir el ne bis in ídem, pues el estar incluida la organización terrorista en el injusto penal de los delitos de terrorismo, no puede contemplársela en un tipo penal autónomo sin que al mismo tiempo se produjera la siguiente paradoja y es que la organización revestiría un doble carácter: de un lado elemento de lo injusto común a todo tipo penal de terrorismo, y a su vez elemento de lo injusto del tipo específico de asociación ilícita.
- b) Se obvia la finalidad de arrancar o inhibir resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias toda vez que se entienden incorporada en el uso de la intimidación como método para alcanzar un fin político.
- c) Se especifica claramente la estructura de la organización terrorista a objeto de no caer en imprecisiones que pudieran llevar a castigar a título de terrorismo a

pequeños grupos de personas que puedan cometer delitos graves, pero sin que tuvieren capacidad de poner en peligro al orden constitucional.

V. ACTOS DE COLABORACIÓN: FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO

1. Diagnóstico de la tipificación actual

La figura de financiamiento al terrorismo está contenida en el art. 8 de la LCT, introducido por la ley **19.906** de 13 de Nov. de 2003, a raíz de los compromisos internacionales adquiridos a través de la firma y ratificación del Convenio para la Represión de la financiación del terrorismo y la Resolución 1373 de Naciones Unidas.

Art. 8. El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2º, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal.

La redacción que se observa, en gran parte está tomada de lo indicado por el Convenio para la Represión de atentados terroristas cometidos con bombas, cuyo art. 2 señala:

Artículo 2

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado; o

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza ó contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Esta disposición, que da directrices para su transposición en el ordenamiento jurídico interno, tiene una técnica legislativa que plantea una tipificación de dudosa correspondencia con el principio de legalidad, debido a su amplitud. No obstante lo cual, muchos Estados, han la han copiado en forma casi literal (ej. Guatemala, Honduras, etc.) sin reparar que en

el art. 21 del mismo Convenio⁶⁵ se ordena a los Estados restringir la interpretación de sus disposiciones para protección de los derechos humanos, entre ellos, los que dicen relación con la certeza y seguridad jurídica.

Nuestro legislador no solo transcribe la disposición, sino además introduce hipótesis delictivas que amplían aún más el tipo penal. Veamos por qué:

La conducta típica consiste en “solicitar”, “recaudar” o “proveer de fondos” directa o indirectamente con la finalidad de que se usen para la comisión de delitos de terrorismo.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española⁶⁶, el vocablo “**solicitar**” tiene siete acepciones distintas, de las cuales dos podrían ser aplicables al precepto in comento: “Pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado!”, “Instar, urgir”

Por su parte “**recaudar**” tiene tres acepciones: “Cobrar o percibir dinero”, “Asegurar, tener, o poner en custodia, guardar”, “Alcanzar, conseguir con instancias o súplicas lo que se desea”.

Por último “**proveer**” tiene cinco acepciones, de las cuales tres son compatibles con la frase “proveer de fondos” que señala el precepto: “Preparar, reunir lo necesario para un fin”, “Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin”, “Tramitar, resolver, dar salida a un negocio”.

- a) De acuerdo a lo que mayoritariamente estima la doctrina comparada⁶⁷, cuando se sanciona la colaboración en el terrorismo, lo es de aquella que se traduce en actos materiales y que tiene una finalidad próxima o inmediata, llegando a ser irrelevante la colaboración con la finalidad mediata (alteración del orden constitucional). Esta colaboración normalmente se traducirá en la *aportación de financiamiento a una determinada estructura u organización (terrorista)*, y va desligada de un acto delictivo concreto, esto es, se trata de una provisión de fondos no vinculable a delitos de terrorismo determinados. Consiste en poner a disposición del terrorista determinadas aportaciones. Luego, al incluir el vocablo solicitar se está castigando un acto preparatorio que no dice relación con una verdadera aportación a la comisión de delitos de terrorismo. Una persona que “pretende, pide o busca algo”, “insta o urge”, no se aviene con esta idea.

El colaborador es un “extraneus” a la organización, y el “intraneus”, esto es, la persona que integra una organización terrorista, es castigada en la medida que comete actos de terrorismo. El “extraneus” se castiga a título del acto de colaboración cometido, o bien del

⁶⁵ 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 propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario y otros convenios pertinentes.*

⁶⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, vigésimo segunda edición, 2001.

⁶⁷ Por todos Muñoz Conde, F. (1996); Derecho Penal. Parte Especial, Edit. Tirant Lo Blanch, p.783; Calderón Cerezo- Choclán Montalvo (1999), *Derecho Penal. T. II. Parte Especial*; Edit. Bosch.

delito concreto cometido. El “intraneus” no realiza actos de colaboración, pues tales actos le corresponden en virtud de la estrategia y táctica elaborada por la asociación ilícita terrorista a la cual pertenece. Dicho de otra manera, al intraneus le corresponde realizar tales actos en virtud de la *jerarquía y disciplina* propias de una organización terrorista.

- b) Por otra parte, la colaboración que se sanciona es la que se traduce en actos materiales idóneos para lesionar el bien jurídico protegido, y requiere de dolo, entendiéndose que éste concurre cuando existe en el colaborador la conciencia de que está favoreciendo la actividad y finalidades terroristas y la voluntad o intención preeminente de prestar dicha ayuda. Por esta misma razón el vocablo “indirectamente” genera también un problema, ya que “colaborar indirectamente” se aparta de la exigencia del dolo que requiere la conducta.

Lo anterior sin perjuicio de que concurriría en el precepto un elemento subjetivo distinto del dolo, que desvincularía el financiamiento de la efectiva realización de un delito de terrorismo específico. Elemento que daría lugar a una especie de delito de resultado cortado, respecto del colaborador.

- c) En cuanto a la conducta de “recaudar”, es incomprensible su inclusión en el tipo penal, toda vez que en el Mensaje Presidencial de la ley 19.906, que fue la que incluyó este precepto como art. 8, se señala que al que solo recauda, pero no provee de fondos, no le puede caber responsabilidad en ningún delito de terrorismo. Ello se ve reforzado por el sentido natural y obvio de la palabra recaudar. El que recauda “cobra o percibe dinero”, “asegura, tiene o pone en custodia, o guarda”, o bien “alcanza, consigue con instancias o súplicas lo que desea”.

d) En cuanto a la penalidad, me parece que existe una infracción al principio de proporcionalidad, ya que se aplica la misma pena sea que el colaborador aporte directa o indirectamente a la actividad terrorista.

Se ha dicho antes que nuestra realidad como país en cuanto al fenómeno criminal del terrorismo es completamente distinta a la de los norteamericanos y europeos. Luego, así como antes he indicado que en mi opinión no debiera legislarse sobre terrorismo, pienso que en este sentido también la punición de actos de colaboración con el terrorismo se hace innecesaria. Especialmente si consideramos que se trata de un adelantamiento excesivo de la barrera de protección penal, puesto que pueden llegar a castigarse comportamientos que están alejados de la esfera de protección del bien jurídico.

La única posibilidad de castigar la colaboración, sin pasar a llevar principios es cuando el sujeto provee de fondos. ***En tal sentido los actos de colaboración, en cuanto financiamiento al terrorismo pueden quedar comprendidos a título de autoría o participación en el concreto delito de que se trate, de conformidad con las reglas generales de participación previstas en el Código Penal.***

Coherentes con nuestra postura de no castigar en forma autónoma la asociación ilícita terrorista, porque ella formaría parte de lo injusto penal en el terrorismo, no es posible castigar la colaboración que no se traduce en un acto delictivo concreto. El sujeto que pertenece a una organización terrorista es castigado por el delito concreto cometido

(tentado o consumado), y el que colabora allegando fondos a dicha organización, sería castigado en la medida en que la organización terrorista haya puesto en marcha su plan, como partícipe.

VI. ATENUACIÓN PUNITIVA POR COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA: El arrepentimiento eficaz y el desistimiento.

a) Consideraciones Generales.

El derecho penal premial se ha constituido en un instrumento de utilización frecuente en contra de las organizaciones terroristas, como técnica de control social enmarcada en la legislación de emergencia que se aplica a las mismas. Por derecho penal premial debemos entender aquel fenómeno en virtud del cual, tras la pena que corresponde por la comisión de un ilícito, viene aplicado un premio consistente en una despenalización⁶⁸. Se trata de “incentivar” al sujeto en la colaboración con la justicia para el desmantelamiento de las organizaciones terroristas, independientemente de la producción en el mismo de un determinado estado psicológico que efectivamente de cuenta de su reinserción social. A ello se agrega el peligro inminente para la verdad procesal, toda vez que el sujeto que encontrándose en una situación de desventaja y accede a la “negociación” con las autoridades no da garantía de la fiabilidad de sus declaraciones.

Así ha sucedido recientemente con la declaración de un sujeto en el marco del conflicto territorial en la Araucanía. El sujeto declaró en un juicio como testigo con reserva de identidad de haber participado junto con otros en unos cortes de ruta (Peaje Quino), el atentado contra de un bus (Caso Tur bus) e incendios, hechos todos los cuales habían sucedido en tiempos próximos en la zona. Ante la reclamación de la defensa en orden a que esta persona no era un testigo sino un coimputado, el Ministerio Público inició investigación en su contra, y procedió a formalizarlo en un proceso distinto, en otro tribunal, siguiéndosele un procedimiento abreviado. Se le concedió la atenuación prevista en el art. 4 de la ley 18.314 (arrepentimiento eficaz), resultando condenado a un total de cuatro años y medio de privación de libertad en calidad de autor de los delitos de asociación ilícita terrorista, homicidio terrorista frustrado e incendio común, concediéndosele el beneficio de libertad vigilada⁶⁹.

⁶⁸ Resta, Eligio (1983). “*Il diritto penale premiale: Nuove strategie di controllo sociale*”, en *DDDP*, N° 1, pp.41-68, esp. p.41.

⁶⁹ STG de Victoria, 22 de octubre de 2010, RIT N° 1134-2009, RUC 0900969218-2, contra Raúl Castro Antipán. Se reproduce parte de considerando y resolutive del fallo: “*En ese entendido, a juicio de esta sentenciadora concurren como circunstancias atenuantes la del artículo 11 N° 6 del Código Penal, respecto a todos los delitos, toda vez que el imputado cuenta con irreprochable conducta anterior, las del artículo 4 de la Ley 18.314 para los delitos de asociación ilícita terrorista y homicidio frustrado reiterado terrorista y la del artículo 11 N° 9 del Código Penal respecto del delito*”

Posteriormente, y en el juicio oral que se llevó a cabo en contra de los otros imputados, que habían sido sindicados por él como responsables del delito de atentar contra un bus de la empresa tur bus, el tribunal oral absolvió a los acusados de los cargos formulados, considerando poco creíble la declaración de dicho testigo⁷⁰.

de incendio, asimismo concurre respecto de este último la agravante del artículo 12 N° 20.”..... “**I.-** Que, se **CONDENA** a **RAÚL ARTURO CASTRO ANTIPÁN**, ya individualizado, a las siguientes penas: a) **SESENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÍNIMO**, como autor del delito de **Asociación Ilícita Terrorista**, previsto en el artículo 2° N° 5 de la Ley 18.314, en grado de consumado; b) **QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN GRADO MEDIO**, como autor del delito de **Homicidio Frustrado Reiterado terrorista**, en perjuicio de las víctimas de iniciales R.N.Z.C, R.I.S.A, G.V.M.R y su hija menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, en relación con los artículos 7° del mismo texto normativo y artículos 1° y 2° N° 1 de la Ley 18.314; c) **TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MENOR EN GRADO MÁXIMO** y al pago de una **MULTA de CINCO UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES**, como autor del delito de **Incendio de cosa mueble**, previsto y sancionado en el artículo 477 N° 1 del Código Penal, respecto del camión patente WW.6147, en grado de consumado. Todos cometidos en la comuna de Victoria con fecha 10 y 11 de octubre de 2009. **II.-** Que, se condena además, a la pena accesoria de **inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena**. **III.-** Que, en virtud del artículo 9 de la Constitución Política de la República, se le condena además, a la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigente de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, **por el plazo de quince años**. **IV.-** Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 letras a) y c) de la Ley 19.910, se ordena la **toma de muestras biológicas por el Servicio Médico Legal de Temuco**, su determinación y registro de huellas genéticas en el Registro de Condenados del Sistema Nacional de Registros de ADN a cargo del Servicio del Registro Civil e Identificación, debiendo el condenado concurrir al Centro de Reinserción Social de Temuco para su notificación. **V.-** Que concurriendo en la especie, respecto del acusado, los requisitos establecidos en el artículo 15 de la ley 18.216, se le concede el beneficio de **Libertad Vigilada durante el tiempo de las condenas**, con las condiciones señaladas en el artículo 17 de la ley antes citada, la que deberá cumplir en la **sección de Tratamiento en medio libre de Gendarmería de Temuco**, desde que se presente o sea habido. Si el beneficio le fuere revocado, deberá ingresar a cumplir la pena en forma efectiva, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo privado de libertad. **VI.-** Que se concederá al condenado la facultad de cancelar la multa impuesta en **CINCO CUOTAS** mensuales y sucesivas, contados desde los cinco días siguientes a la notificación del presente fallo. Si el sentenciado no pagare la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución y de apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada 1/5 de Unidad Tributaria Mensual a que ha sido condenado, esto es, **veinticinco días**. **VII.-** Que no se le condena en costas por haber ahorrado gastos al Estado.”

⁷⁰ STOP TEMUCO, de 29 agosto 2013, R.U.C.: 0900697670-8, R.I.T.: 099/2013, c/ José Eugenio Queipul Hueiquil y otros, apoderamiento o atentado al transporte público, amenazas de carácter terrorista, daños simples, tenencia ilegal de arma de fuego, municiones y otros, tenencia de armas prohibidas. Se reproduce considerando: “...la principal prueba aportada por los acusadores es lo expuesto por el testigo y coautor de dichos ilícitos, Raúl Castro Antipan, quien narró con detalles las situaciones previas y coetáneas a la ocurrencias de los hechos el día 28 de julio de 2009; sin embargo, de lo expuesto ,se puede colegir, que éste sólo habría actuado en situaciones previas y en las maniobras de corte de dos caminos vecinales, de cinco que se cortaron dicha noche, que tampoco participó directamente en el corte de la ruta cinco a la altura del by pass y en la posterior detención del bus y los tres camiones, ni en los daños ocasionados en los mismos; en tal sentido, los antecedentes aportados, parecen ambiguos e insuficientes para determinar especialmente la

Este ejemplo es una muestra de lo absurdo a que puede llevar el derecho penal premial, en donde hoy día, el “arrepentido” es el único condenado por una asociación ilícita terrorista cuya existencia no pudo ser demostrada.

Como se observa, el otorgamiento de este verdadero premio queda reservado al Poder Judicial, constituyendo “auténticas formas impropias de gracia”⁷¹ en cuya virtud, en muchas ocasiones se ha llegado a eximir de la pena correspondiente al delito cometido. Tal es la situación contenida en el actual art. 9 de la ley 18.314, que establece una exención de pena para el desistimiento de la tentativa de cometer delitos de terrorismo.

En otras ocasiones, este beneficio toma la forma de “remisión” de la pena, como ocurría en el caso del art. 57 bis b) del CP español de 1974, y por último, puede adquirir la forma de atenuación especial (atenuante específica), que es la situación que se regula en el art. 4 de la ley 18.314, que establece una rebaja de la pena, que puede llegar hasta dos grados. En este último caso, se trata de una “atenuación específica de la pena” que procede respecto de un comportamiento post delictivo ya que tiene lugar después de la consumación del delito por el que ha sido formalizado el sujeto, y que, como es patente en el actual art. 4° de la ley 18.314 chilena, no limita sus efectos al delito en el que el sujeto hubiese tomado parte y por el cual se encuentra formalizado, sino a otros relacionados con la actividad de organizaciones terroristas. Con ello se produce una distorsión en la relación

participación en calidad de autores, en los términos reseñados por las acusaciones.[...] También merece dudas la credibilidad de Castro, ya que si reconoció tanto en el procedimiento abreviado por el que fue condenado, como en la audiencia, los hechos y su participación, parece, incoherente con su calidad de colaborador de Carabineros, que, solo casi dos meses después de ocurridos le expresa al Capitán Marín su participación y entrega los detalles de los mismos, además la declaración del abogado Maturana, la que no parece tener motivos gananciales, también incorpora otro elemento de duda respecto a su credibilidad. Que, además, si bien es cierto el artículo 4 de la ley 18.314 permite, otorgar beneficios de rebajas de penas, a aquellos participantes que hagan saber a la autoridad anticipadamente los proyectos o preparaciones de actividades de carácter terroristas, a objeto de evitar que éstas se produzcan o aminorar sus consecuencias, o impedir la comisión de otros delitos y también entregar los antecedentes para lograr la detención o individualización de los autores en esta clase de delitos, figura conocida como “delación compensada” a la que se acogió el testigo y co partícipe Raúl Castro, y por lo que fue condenado en procedimiento abreviado por el Juzgado de Garantía de esta ciudad. Sin embargo, no obstante a la legalidad de esta figura, como lo ha señalado la doctrina Penal Internacional, la delación compensada, per se no puede servir de prueba para condenar a un individuo; sólo son antecedentes para que las policías, puedan averiguar los hechos y recabar otros medios probatorios para llevarlos a juicio, lo que no sucedió en la especie o, a lo menos, fueron insuficiente para tales efectos, por los fundamentos expuestos en los considerandos precedentemente. Por los mismos fundamentos, la débil prueba aportada, no permite tampoco acreditar participación de los acusados en los ilícitos establecidos en el artículo 6 letras a y d) de la ley 12.927 Sobre Seguridad del Estado, por los que fueron acusados por el Ministerio del Interior, a través de la Intendencia Regional. Como tampoco en los tres delitos de daños a los camiones, que se han tenido por acreditados, en que con dicha prueba no fue suficiente para determinar sus autores, ni que los acusados tuvieran participación en dichos ilícitos.” (considerando décimo tercero).

⁷¹ De La Cuesta Arzamendi; J. M. (1986) “Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, CPC °30, pp. 559-603, esp. p.581.

delito-pena⁷², pues se presenta un elemento ajeno al delito (comportamiento post delictivo) y que resulta determinante en la atribución de la responsabilidad penal.

Debido a estas consideraciones es que se plantea el problema respecto de la naturaleza jurídica de las figuras premiales, ya que resultan difíciles de asimilar a las coordinadas penales tradicionales⁷³. Reconduciendo a categorías dogmáticas tradicionales la doctrina estima que, una figura como la del art. 4 de la ley 18.314 es una figura intermedia entre el arrepentimiento y el desistimiento⁷⁴.

Hay que tener presente, que como ha señalado la doctrina, que los comportamientos post delictivos no afectan al binomio antijuridicidad- culpabilidad, puesto que ellas quedan determinadas al momento de la consumación⁷⁵. Si concebimos el Tipo, como tipo de injusto, es decir, como conjunto de características en las que se materializa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no puede aceptarse que la antijuridicidad resulte afectada por comportamientos que han tenido lugar una vez que la lesión o puesta en peligro ya se han verificado. Si la culpabilidad la entendemos en el contexto del Derecho penal del hecho, esto es, como “culpabilidad por el hecho”- y no como “culpabilidad por la conducción de vida” o “culpabilidad de hecho y autor” (HERTZ)⁷⁶- no puede admitirse que ésta resulte modificada por comportamientos del sujeto que se verifican con posterioridad a la realización del tipo de injusto. Por esta razón estimo erróneas las posturas de quienes⁷⁷, plantean que esta atenuación de la pena se fundamente desde el punto de vista de la culpabilidad.

De esta manera no puede sostenerse que la presencia de un elemento ajeno al comportamiento delictual tenga la capacidad de afectar a los restantes elementos del delito (antijuridicidad, culpabilidad). Máxime, como bien señalaba CUERDA ARNAU⁷⁸ cuando

⁷² En este sentido, en España De La Cuesta Arzamendi, J.M. 1986, p.580, Lamarca, C. 1985, p. 321. En Chile, Molina, Rodrigo. Mera, Jorge; (1994)“Ley de Arrepentimiento Eficaz”- Sus principales problemas-, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, p.11. Mujica Montes, A.- Riego, Cristián (1994); “Ley sobre arrepentimiento eficaz”, Universidad Diego Portales, Fac. de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, pp. 28-29.

⁷³ CAMPO MORENO, J.C. (1997) Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial. Edit. General de Derecho, Valencia, p. 110.

⁷⁴ Valle Múñiz, J.M.- Fernández Palma, R. (1999). “De los delitos contra la salud pública (art. 376)”, en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, dirig. por Quintero Olivares y coord. por Morales Prats. Edit. Aranzadi, p.1067.

⁷⁵ Cuerda Arnau, M^a Luisa (1995); Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, pp. 266-267, Campo Moreno, J.C. 1997, p. 111.

⁷⁶Ampliamente De Vicente Remesal, J. (1985) El comportamiento post delictivo. Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, pp. 252 y ss, 261 y ss.

⁷⁷ En concreto estos autores señalan un doble fundamento refiriéndose al fundamento del art. 579 CP: a) la culpabilidad pues, “todo *actus contrarius* en reconocimiento de la vigencia de la norma vulnerada compensa parcialmente la culpabilidad”, y b) un fundamento de carácter utilitario o vinculado a razones de prevención especial. Calderón Cerezo-Choclán Montalvo, 1999, pp.1237 Y 1238.

⁷⁸ Cuerda Arnau, 1995, p. 264.

lo que se contempla en estas normas no es un supuesto tradicional de comportamiento post delictivo, esto es, “aquel en que la conducta antagónica posterior está en relación directa con la previa actividad delictiva y en el que además, los efectos atenuatorios o eximentes se proyectan solo sobre la pena correspondiente a la conducta evitada o cuyas consecuencias se disminuyeron”⁷⁹. Ya se ha señalado que en las figuras premiales se rompe con la tradicional relación entre delito y pena dado que, la exclusión de la pena o su atenuación se refieren al delito en el cual el sujeto ha participado o por el que se encuentra formalizado y no respecto de los delitos sobre los cuales presta su colaboración revelando antecedentes.

La situación que regula el actual arts. 4º de la ley 18.314 se califica como una causa de atenuación de la pena, una verdadera circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, que ha sido denominada de muchas formas: “circunstancia cualificada” o “especial” de atenuación⁸⁰, de circunstancia “específica” de atenuación⁸¹, de “atenuación extraordinaria de la pena”⁸², de “superatenuante” de responsabilidad criminal⁸³, de “circunstancia cualificada para la graduación individual de las penas”⁸⁴.

La doctrina mayoritaria ha entendido que esta causa especial de atenuación, a pesar de su semejanza con las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, se separa de ellas por cuanto estas últimas no afectan a lo esencial del delito, y por tanto, solo pueden alterar sus consecuencias de manera accidental. Su función es la de hacer posible la fijación del “marco legal concreto” de la pena. En cambio, las causas de atenuación punitiva por colaboración con la justicia tienen un efecto de reducción facultativo de la pena respecto de todos y cada uno de los delitos relacionados con las actividades que se imputaren al sujeto⁸⁵.

Si las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal no afectan al binomio antijuridicidad- culpabilidad, sino a la pena correspondiente al delito, ya sea atenuándola o agravándola, por razones político criminales de variado carácter⁸⁶, la atenuación especial del art. 4 in comento puede considerarse incluida dentro del concepto material de circunstancias⁸⁷, pues siendo un elemento accidental del delito, no afectan ni al tipo de injusto ni a la figura delictiva. Conuerdo con quienes aceptan la existencia de un doble fundamento para esta figura, de un lado, un fundamento político criminal de carácter eminentemente utilitario, y de otro lado, una menor necesidad de pena, o mejor dicho, los fines de la pena, ya que las conductas a las cuales se asocia la atenuación supondrían una “relajación de la necesidad de prevención general especial” aunque con ciertas

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ Así Cobo Del Rosal Y Vives Antón, 1990, p. 727,

⁸¹ Mestre Delgado, 1987, p.228.

⁸² CALDERÓN CERESO-CHOCLÁN MONTALVO, 1999, p. 1237.

⁸³ García Valdés, C. (1983) “La legislación antiterrorista: derecho vigente y proyectos continuistas”, en *RFDUMC* n°6, Monográfico, p.329.

⁸⁴ Cuerda Arnau, 1995, p. 282.

⁸⁵ Por todos, Cuerda Arnau, 1995, pp. 283 y ss.

⁸⁶ Se trata, por tanto de una reconducción de las circunstancias a la Teoría de la Pena. Por todos, Cobo Del Rosal- Vives Antón, 1990, p.p.673 y ss.

⁸⁷ Ampliamente Cuerda Arnau, 1995, pp.284 y ss.

matizaciones cuando se trata de las modalidades de conducta que consisten en la inculpación de otras personas, ya que ello no parece adecuarse a los criterios de reinserción social⁸⁸.

b) Historia legislativa de la atenuación punitiva por colaboración con la justicia en el ordenamiento jurídico chileno en relación con los delitos de terrorismo.

La disposición que contempla el actual art. 4 de la ley 18.314 no fue objeto de modificación por la Ley 19.027 (Leyes Cumplido), manteniendo su numeración y texto originales. La estrategia legislativa diseñada por la entonces naciente democracia llevó a la promulgación de una ley distinta, **la Ley 19.172 de 4 de noviembre de 1992** que en materia de terrorismo vino a regular el arrepentimiento y la disociación de una asociación ilícita terrorista.

La idea fundamental era perfeccionar la legislación (LCT) estableciendo los mecanismos necesarios para lograr una mayor eficacia en la prevención y descubrimiento de tales hechos: “en la lucha contra el terrorismo ha quedado demostrado que el estado y las Fuerzas de Orden requieren de mecanismos de mayor flexibilidad en la persecución de los hechos y así lograr mayor eficacia en la prevención y descubrimiento de tales actos. En opinión del Gobierno, para combatir el terrorismo o para permitir la reinserción a la vida democrática de los terroristas es importante la destrucción de la estructura de su organización y la cohesión de sus miembros”⁸⁹.

De allí que pueda deducirse como idea central de esta ley, el establecimiento de la impunidad de ciertas conductas terroristas cometidas por quienes colaboraran entregando informaciones a la autoridad acerca de las asociaciones ilícitas y ayudara a su desmantelamiento.

El art. 1º de esta ley estableció una verdadera excusa legal absolutoria consistente en la exención de responsabilidad penal y de las penas establecidas para el delito de *asociación ilícita terrorista* (art. 2 n°5 de la ley 18.314) y para la tentativa de comisión de delitos de terrorismo (art.7 de la ley 18.314), similar a la hoy existente en el art. 9 de la ley 18.314. Su ámbito de aplicación se extendía a todo aquel procesado por estas figuras que cumpliera copulativamente con los siguientes requisitos:

- 1) No haber cometido ningún otro de los delitos de terrorismo mencionado en la ley 18.314 y haber abandonado la asociación ilícita, y además;
- 2) Realizar una conducta activa consistente alternativamente en que el sujeto a)"entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para prevenir o impedir la perpetración o consumación de delitos terroristas e individualizar y detener a los responsables", o b) "ayude eficazmente a

⁸⁸ En esta posición Cuerda Arnau, 1995, pp. 323, 352 y ss., Valle Múñiz- Fernández Palma, 1999, p.1067.

⁸⁹ Informe de la CCLJ, Boletín N° 334-07-1. En *Historia de la Ley 19.172 (D.Oficial 4 de noviembre de 1992)*, ob. cit. 1997, p. 1861.

desarticular la asociación ilícita a la cual pertenecía, o a parte importante de ella, revelando antecedentes no conocidos, tales como sus planes, la individualización de sus miembros o el paradero de sus dirigentes o integrantes"⁹⁰.

El art.2 de la ley benefició con una rebaja de pena al que cumpliendo con lo prescrito en el art. 1 hubiese incurrido en otros delitos de terrorismo además de la pertenencia a la asociación ilícita. La oportunidad para llevar a cabo las conductas y acogerse a estos beneficios conforme lo expresó el art. 1 era *antes de la dictación de la sentencia definitiva*. Y si no existía proceso, el individuo podía dirigirse a la autoridad judicial, revelar los antecedentes y manifestar que deseaba acogerse a las disposiciones de esta ley. No era necesario que efectivamente se alcanzaran los objetivos que la autoridad se proponía y que se mencionaban en las letras a) y b) del art. 1 ya transcritas. Así lo dispuso el art. 3.

De la lectura del texto legal in comento se desprende que el legislador chileno no escatimó en declarar abiertamente que *el arrepentimiento eficaz* tuvo por objeto principal la desarticulación completa de las organizaciones armadas y que poco importaba el fuero interno del sujeto, si éste efectivamente abandona la organización armada y su estrategia, por una real convicción acerca de lo erróneo de dicha vía política, o impulsado por la mera obtención de una ventaja procesal. Nótese que la ley no aludía a la voluntariedad del abandono de la asociación ilícita, con lo que se hace más patente la discordancia entre el fuero interno y la actuación del sujeto.

No se habló del arrepentimiento, sino de la "eficacia" del mismo, eficacia que se tradujo en proporcionar la información que las autoridades necesitaren para destruir una organización, *independientemente de que se produjere o no el resultado*: impedir o evitar la comisión de un delito, conocer la estructura, dar con el paradero de los cabecillas, etc. Aquí el punto más peligroso a mi entender: la disposición del artículo 3 entrañaba un peligro para el esclarecimiento real de los hechos: El sujeto no tiene nada que temer pues sea cual sea la información que proporcione se verá beneficiado con la impunidad (excusa legal absolutoria) o con la rebaja de pena. Se abrió la puerta no tanto a la delación sino al falseamiento de la verdad⁹¹. Es lo que ocurre también con el actual art. 9 cuya compleja redacción permite dejar el desistimiento de la tentativa en manos del partícipe (cómplice).

El legislador chileno reguló asimismo la situación del *condenado* que se arrepintiere (art. 4° inc. 4, 5 y 6). En tal caso el tribunal "podrá modificar la sentencia de término" ya con a excusa legal absolutoria (art.1) o la rebaja de la pena (art.2) impuesta la sentencia, debiendo ser consultada ante los tribunales de alzada. En ningún caso los beneficios para el arrepentido alcanzan a las inhabilidades que se le hubieren impuesto como pena accesoria ni a las indemnizaciones que hubiere de pagar. Si el sujeto aún debiere cumplir una privativa de libertad, el legislador chileno lo benefició concediéndole la *libertad vigilada*.

⁹⁰Se reproduce literalmente lo indicado por el art. 1° de la ley 19.172.

⁹¹El tribunal debe pronunciarse acerca de "la eficacia o ineficacia del arrepentimiento o si no se alcanzaron los objetivos por causas independientes d la voluntad" del sujeto.

Este lineamiento político criminal parece haber tomado como ejemplo la legislación italiana (Ley N°304 de 1982, "Medidas para la defensa del ordenamiento constitucional") y como veremos de la española, aunque el hoy derogado art. 174 bis c) del CP español tuvo una aplicación casi nula. Al igual que en el caso español, se establecieron medidas de protección para quienes colaboren de esta manera. Sus declaraciones tenían carácter secreto y constaban en un cuaderno separado al expediente principal del proceso (art. 4). Ello constituyó una limitación al derecho a la defensa, por cuanto no existía la posibilidad de impugnar tales declaraciones que tiene el valor de prueba testimonial. A diferencia de la legislación española el legislador chileno fue mas allá en esta protección: una vez concedido el beneficio el juez pudo autorizar el uso de una nueva identidad para el arrepentido, para su cónyuge y los parientes que se determine (art. 5)⁹².

Por el art. 6° de la ley 19.172 se estableció un plazo de vigencia de la misma, un período de cuatro años contados desde su publicación, período durante el cual dejaría de aplicarse el art. 4° de la LCT. Este plazo de cuatro años coincidía con inicio del segundo período presidencial post dictadura, y fue contemplado como un verdadero período de "prueba" de la eficacia de dicha ley. Hasta 1996, la ley de arrepentimiento eficaz se aplicó en sustitución del art. 4° de la ley 18.314. Para completar el "vacío legal" que dejaría el término de su período de vigencia, el Ejecutivo propuso un nuevo proyecto de ley destinado a modificar la ley 18.314 para adecuarla a lo que preveía la ley 19.172⁹³, que pretendía incorporar esta figura del arrepentimiento eficaz, como norma permanente en la ley 18.314.

De esta manera, se trataba de permitir que el arrepentimiento eficaz sirviera para eximir de toda pena a quienes asociados ilícitamente buscan la comisión de delitos que deben calificarse como terroristas; o lleguen sólo al grado de tentativa, o a la amenaza seria y verosímil de cometerse. Para que el sujeto pudiera acogerse a los beneficios, el Proyecto de ley de 1997 le exigía no haber cometido con anterioridad otro delito terrorista; que se pidiera en el proceso respectivo; el abandono de la asociación ilícita; la entrega de información a la autoridad, información que sirva eficazmente para prevenir o impedir la comisión de delitos terroristas e individualizar y detener a los sospechosos; y que se proporcione ayuda eficaz para la desarticulación de la organización ilícita a la que se pertenece.

Como verdadero premio a la delación, en mi opinión, el proyecto de ley extendía el beneficio al condenado por delitos de terrorismo, caso en el cual podía acogerse a la libertad vigilada. Para esto era necesario que el solicitante confesara todos los delitos en que había participado y proporcione pruebas para establecer otros hechos y determinar a los culpables. Quizá lo más grave en torno a esta última consideración no sea tanto su categoría de premio para el delator, porque quien proporciona los antecedentes necesarios de la

⁹²Este artículo fue ampliamente discutido por razones de inconveniencia político criminal. Acogiéndose a esta ley varios agentes de la DINA o la CNI quedaron exentos de responsabilidad criminal. Esto ocurrió en el proceso seguido en contra de los responsables del asesinato de José Manuel Parada, Santiago Natino y Manuel Guerrero (*Caso Degollados*), cuatro de ellos consiguieron una rebaja considerable de sus condenas.

⁹³Proyecto de ley que modifica la ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, de 22 de enero de 1997. Boletín 1976-07, ILD, Stgo. Chile, agosto de 1997.

organización a la que pertenecía, no deja. en todo caso de ser un delator. Que se le pretenda disfrazar como “arrepentido” es algo que raya en el fuero interno del sujeto, ámbito en el cual el legislador no puede entrar. Puede que sea un verdadero arrepentido, como puede que sea un “delator” que busca aprovechar la ley en su favor.

Creo conveniente objetar la prevalencia que el legislador hizo de la Seguridad del Estado por sobre otros bienes jurídicos de mayor relevancia, como la integridad psicológica de las personas. No puede pretenderse quebrar una organización ilícita, a través de una ley que premia la delación, sin que ello pase necesariamente por un quiebre psicológico de sus miembros. Quiero decir, las circunstancias que rodean a quien se ve enfrentado a una severa condena, no son precisamente las mejores para verificar un arrepentimiento voluntario, sino que a través del quiebre psicológico que implica la contradicción cárcel v/s libertad, se pretende inducir una conducta en el sujeto. La integridad psíquica es una garantía del individuo consagrada tanto en la Constitución Política de 1980 art. 19 n°1) y en los Tratados Internacionales relativos a los derechos de las personas, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La realidad política en Chile hizo innecesario el mantenimiento de la ley del arrepentimiento eficaz durante algunos años, hasta que en 2010, y mediante la ley 20.467, se introdujo la norma del art. 9 de la ley 18.314 que favorece con una exención de pena al que se desiste de la tentativa de cometer delitos de terrorismo, alcanzando no solo a los que intervengan como autores sino también como partícipes.

Mas allá del examen sustantivo penal y dogmático que pudiere hacerse de estas figuras⁹⁴, hay una cuestión que quisiera destacar, y es que de la amplitud de la redacción al menos en el caso del art. 4 de la ley 18.314 parece advertirse que la colaboración activa con la justicia, no queda limitada a las informaciones o antecedentes relativos al delito en el cual hubiere tomado parte el sujeto, sino que se extiende a “otros delitos terroristas”. ¿No se está beneficiando con ello la delación?. ¿No se están infringiendo principios básicos del derecho penal?. ¿No resulta dudosa su constitucionalidad?.

La aplicación de este beneficio solo cuando la colaboración con la justicia diga relación con otros “delitos de terrorismo”, rompe con el *principio de igualdad*, garantía constitucional consagrada en el art. 19 n°2 de la CPRCH. La carta Fundamental señala claramente que “...En Chile no hay persona ni grupo privilegiados...ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Hay una diferencia arbitraria cuando la atenuación se hace aplicable para quien revela antecedentes relacionados con un tipo específico de injusto penal, delitos de terrorismo, y no con otros delitos que también pueden relacionarse con la actividad de una asociación ilícita tales como los que actualmente se contemplan en la Ley de Control de Armas, o en la Ley de Seguridad del Estado, e incluso sobre delitos comunes, como los consistentes en atentados contra la propiedad para financiar la estructura.

⁹⁴ Ampliamente sobre el art. 4 de la ley 18.314, Villegas, M. 2002 y 2006.

La doctrina ha extendido aún más esta contradicción con el *principio de igualdad*, haciendo una crítica en orden a que este beneficio solo se aplica a “los grupos terroristas”, por “delitos de terrorismo,” “cuando en la práctica existen otros delitos a los cuales también se les podría aplicar”⁹⁵, y sujetos a los cuales se podría aplicar. Existe un problema de legitimidad constitucional desde que se prevé un tratamiento distinto entre los ciudadanos referido a clases de situaciones delineadas abstractamente que no contrasta necesariamente con la norma constitucional⁹⁶.

Compartiendo estas posturas, me pregunto cuál es la razón para “privilegiar” de esta forma a quienes se desea combatir. ¿Son suficientes las razones de política criminal relativas a la desarticulación de los grupos armados?. Me parece que en no son suficientes porque en un estado de derecho no es posible legitimar, a nivel de Estado, el clásico aforismo de que “el fin justifica los medios”. Porque se incurre en lo que bien grafica FERRAJOLI⁹⁷ como el “matrimonio perverso”, ese esquema político del “amigo-enemigo” en virtud del cual el sujeto que no delata se ve expuesto a una privativa de libertad de larga duración, en otras palabras, intimidado por el propio Estado a través de una fórmula que no parece tener relación con el sentido real de la prevención general.

Resulta contradictorio asimismo que se establezca una rebaja de la pena para quien informa a la autoridad acerca de la comisión de delitos en los cuales no hubiere tomado parte, y **no en relación al delito en el que sí hubiere participado. Se rompe con ello la relación necesaria que ha de existir entre el delito y la pena**, contradiciendo una exigencia básica del propio Derecho penal, inspirada en consideraciones preventivo-generales, cual es el *principio de proporcionalidad*⁹⁸.

Existe además **un riesgo inminente para la “verdad procesal”** ya que el sujeto que negocia con la autoridad judicial en una situación de desventaja, enfrentado a una alta pena, no posee la imparcialidad suficiente como para garantizar la veracidad de sus declaraciones⁹⁹, puede llegar a involucrar a personas ajenas a la actividad delictiva, en aras a conseguir, a toda costa, su propio beneficio.

⁹⁵ En este sentido, Mujica, A.- Riego, C. 1994, p.122.

⁹⁶ En este sentido se pronunciaba BRICOLA en relación a la legislación italiana, que también presentaba un problema de constitucionalidad. BRICOLA, Franco. “ *El arrepentimiento del terrorista, el perdón evasor y los silencios de la ley N° 646 del 1982*”, en CPC, N° 51, 1993, pp.961-965, esp. p. 964

⁹⁷ Ferrajoli, L (1984); “Emergenza penale e crisi della giurisdizione”, en *DDPP*, p.277.

⁹⁸ De La Cuesta Arzamendi, J.M. (1986)“Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas”, en *CPC*, n°30, pp. 559-602. Esp. p.580. Le siguen en Chile Molina- Mera, “*Ley de Arrepentimiento Eficaz*”- *Sus principales problemas*-, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1994, p.28-30.

⁹⁹ La doctrina ha sido unánime a este respecto. Véase p.ej. en torno al caso italiano, Baratta, A.(1985) “Violencia social y legislación de emergencia en Europa, una aproximación a la situación en Italia”, en *Democracia y Leyes Antiterroristas en Europa (Demokrazia eta Lege Bereziak Europan)*, Ipes, Euskadiko Amnistiaren Aldeko Batzordea Batera, Hezkuntz Koadernoak, 6.zka, Bilbao, p. 45. Para el caso español, PÉREZ CEPEDA, Ana; (1995) “Reinserción en materia de terrorismo”, en *CJ*, año 3, n°31, Junio 1995, p. 27. Para el caso chileno, MUJICA, A. RIEGO, C., 1994, pp.12-121.

Lo anterior lleva a plantear un reparo también desde el punto de vista ético, ya que no parece existir distinción, entre lo que verdaderamente implica una colaboración con la justicia y la delación. Colaborar con la justicia es un derecho que asiste a cualquier ciudadano que se ha visto involucrado en hechos delictivos y que desee reinsertarse socialmente. El sistema democrático debe garantizar que esos ciudadanos tengan cabida en él. Sin embargo, lo que no puede amparar es que el delator sea recompensado por una actividad que en sí misma provoca la degradación moral de quien la realiza, puesto que implica el desconocimiento del valor de la lealtad.

No parece ético que en un Estado de Derecho, para mantener su vigencia y combatir el terrorismo “tenga que institucionalizar una práctica tan deleznable como es la delación”, porque “ella compromete gravemente un conjunto de valores esenciales de las personas y la sociedad”, valores que deben encontrarse presentes en un país que quiere reconstruir sobre la verdad, la transparencia, la justicia, y el pleno a los derechos humanos”¹⁰⁰.

Posibilidades de aplicación de normativa de las asociaciones ilícitas y atenuantes de aplicación general.

Por lo anteriormente expuesto, en mi opinión, no es aconsejable contemplar normas de derecho penal premial para terrorismo en un Código penal, por cuanto quebrantan principios e instituciones básicas del derecho penal: legalidad, *seguridad jurídica*, igualdad. Si de premiar al sujeto que decide abandonar la actividad delictiva o quiere prevenir un acto de terrorismo, resultan suficientes las normas de la parte general.

Concretamente aquellas normas que establezcan atenuación de la pena por colaboración con la justicia, y también aquellas que eximan de pena a quienes, antes de ejecutarse alguno de los crímenes o simples delitos que constituyen el objeto de una asociación ilícita y antes de ser perseguidos, revelen a la autoridad la existencia de dichas asociaciones, sus planes y propósitos. Hay que considerar que para salvar y garantizar la verdad procesal debe exigirse que la colaboración sea *sobre hechos o delitos en los cuales hubiere tomado parte*, fuere potencial (conspiración, proposición para delinquir) o efectivamente (comisión del delito), puesto que son los únicos que dan garantía de veracidad en las declaraciones.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Es mi parecer que, sustantivo penalmente, el terrorismo no puede consistir en otra cosa que no sea agravar penas. Toda otra norma que signifique alterar las reglas ordinarias de imputación o flexibilizar garantías conllevan el riesgo de deslizar al Estado democrático por la pendiente del autoritarismo, y situarlo en un contexto de derecho penal de lucha que solo está provocando que la norma penal funcione para fines que están fuera de ella misma,

¹⁰⁰ Opinión del Diputado Sr. Naranjo durante la discusión del Proyecto de ley que precedió a la ley de arrepentimiento eficaz, en *Historia de la Ley 19.172...*, ob. cit. 1997, pp. 2260-2261.

esto es, el combate o lucha contra el terrorismo, y más aún, un fin logrado: la victoria de Estado frente al terrorismo. Así las cosas, el destinatario de las normas deja de ser el infractor, y pasan a ser los órganos que tienen a su cargo la investigación y el juzgamiento de los delitos de terrorismo. El infractor, en el fondo, se transforma en un mero instrumento a través del cual el estado expresa que gana su combate a los terroristas (Donini).

El mayor peligro que se observa en este tipo de legislaciones es una tendencia a la ruptura de la propia legalidad, y ello porque, como se ha dicho, la norma se usa como arma para combatir y liquidar algo que está más allá de su campo definitorio.

Por ello es que, salvo la propuesta de tipificación que se ha realizado respecto de delitos de terrorismo y su penalidad, en lo demás creo prudente permanecer en las reglas generales del derecho penal.