



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

Delitos contra la Seguridad Interior de Estado

En el Código Penal, en el Código de Justicia Militar y en la
Ley N°12.927 de 1958.

Memoria para optar al grado
de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor : Erick Alejandro Astudillo Canessa

Profesor Guía : Eduardo Sepúlveda Crerar

Santiago, Noviembre de 2002

Indice

| | Página |
|---|--------|
| INDICE | 1 |
| INTRODUCCION | 8 |
| PRIMERA PARTE: | |
| CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL DELITO POLITICO | 11 |
| I.- Aspectos Generales e importancia de este acápite | 11 |
| undial..... | 27 |
| III.- Formación del concepto de delito político | 35 |
| A) Tesis de Francesco Carrara..... | 35 |
| B) Teorías conceptualizadoras del delito político..... | 38 |
| 1.- Criterio Objetivo o del Bien Jurídico Violado..... | 39 |
| 2.- Criterio subjetivo o del móvil..... | 42 |
| 3.- Criterio Mixto o Ecléctico..... | 45 |
| IV.- Clasificación del delito político | 48 |
| A) Delitos políticos puros y relativos..... | 50 |
| B) Delitos políticos estricto sensu, delitos anarquistas, delitos sociales..... | 53 |
| V.- Delito político y delito terrorista | 55 |
| A) Planteamiento del problema:..... | 55 |
| B) Panorama doctrinario respecto del delito terrorista..... | 55 |
| C) Elementos definitorios del delito terrorista..... | 59 |
| 1.- Finalidad política en el delito terrorista..... | 59 |
| 2.- Violencia institucionalizada..... | 60 |
| 3.- El terror como tendencia..... | 61 |
| D) Delito terrorista y su vinculación con el delito político..... | 62 |
| 1.- Relación entre delito terrorista y delito subjetivamente político..... | 62 |
| 2.- Relación entre delito terrorista y delito objetivamente político..... | 63 |
| 3.- Relación entre delito terrorista y delito político conforme al teoría ecléctica.... | 64 |
| Página | |
| SEGUNDA PARTE: | |
| REGULACION DE LOS DELITOS CONTRA | |
| LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO EN NUESTRA LEGISLACIÓN | 65 |

| | |
|---|------------|
| I.- Aspectos generales | 65 |
| A) El Delito Político en nuestra legislación..... | 65 |
| B) Cuerpos legales que regulan los delitos contra la Seguridad Interior del Estado..... | 68 |
| II.- Bien Jurídico protegido en los delitos contra la Seguridad Interior del Estado..... | 70 |
| A) Importancia de la determinación del Bien Jurídico Protegido..... | 70 |
| 1.- Generalidades en torno a la idea de bien jurídico..... | 70 |
| 2.- Funciones del bien jurídico..... | 75 |
| a) Funciones político-criminales del Bien Jurídico..... | 76 |
| b) Funciones dogmáticas del Bien Jurídico..... | 79 |
| B) Configuración del Bien Jurídico protegido..... | 84 |
| 1.- Antecedentes y Concepto general | 84 |
| 2.- Seguridad Exterior y Seguridad Interior del Estado..... | 89 |
| 3.- Seguridad del Estado desde la perspectiva del Estado Democrático..... | 97 |
| a) La Seguridad del Estado y la Estabilidad de las Instituciones Democráticas..... | 98 |
| b) Seguridad del Estado y respeto a los Derechos Fundamentales..... | 102 |
| III.- Caracteres generales de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado..... | 111 |
| A) En relación al adelantamiento de la barrera defensiva del bien jurídico..... | 111 |
| 1.- En cuanto al grado de afección del bien jurídico protegido..... | 112 |
| 2.- Relación existente entre la parte subjetiva y la parte objetiva del tipo penal..... | 119 |
| a) Delitos de resultado cortado..... | 119 |
| b) Tipos de imperfecta realización..... | 121 |
| c) Figuras autónomas de inducción..... | 123 |
| B) La entidad del bien jurídico protegido: Figuras plurisubjetivas de convergencia..... | 127 |
| III.- Delitos contra la Seguridad Interior del Estado en el Código Penal..... | 132 |
| A) Plan de exposición de los delitos en el Código Penal..... | 132 |
| B) Rebelión Común..... | 134 |
| 1.- Aspectos generales (Conceptualización y naturaleza)..... | 134 |
| 2.- Tipicidad objetiva..... | 135 |
| 3.- Tipicidad subjetiva..... | 141 |
| 4.- Penalidad..... | 143 |

Página

| | |
|--|-----|
| C) Sedición Común..... | 144 |
| 1.- Aspectos generales:..... | 144 |
| 2.- Tipicidad objetiva..... | 145 |
| 3.- Tipicidad subjetiva..... | 147 |
| 4.- Penalidad..... | 150 |
| D) Reglas Especiales de Participación en la Sublevación..... | 151 |
| 1.- Generalidades..... | 151 |
| 2.- Los Promotores, Sostenedores y Caudillos Principales de la Sublevación..... | 151 |
| a) Los Promovedores o Sostenedores de la Sublevación..... | 152 |
| b) Los Caudillos Principales de la Sublevación..... | 153 |
| c) Penalidad..... | 153 |
| 3.- Inductores a la sublevación del artículo 123 del Código Penal..... | 154 |
| a) Naturaleza..... | 154 |
| b) Tipicidad objetiva..... | 155 |
| c) Tipicidad subjetiva..... | 157 |
| d) Condición objetiva de punibilidad..... | 157 |
| e) Penalidad..... | 159 |
| E) Seducción de tropas y usurpación del mando..... | 160 |
| 1.- Aspectos generales..... | 160 |
| 2.- Tipicidad objetiva..... | 161 |
| 3.- Tipicidad subjetiva..... | 164 |
| 4.- Penalidad..... | 165 |
| F) Conspiración y proposición..... | 165 |
| 1.- Generalidades..... | 165 |
| 2.- La Proposición..... | 168 |
| del desistimiento..... | 172 |
| G) Procedimiento de disolución de la sublevación..... | 174 |
| F) El desistimiento o “arrepentimiento” de los sublevados..... | 175 |
| 1.- Generalidades..... | 175 |
| 2.- Naturaleza de la institución..... | 176 |
| 3.- Requisitos de procedencia..... | 177 |
| a) Disolución o sometimiento a la autoridad con carácter colectivo..... | 177 |
| b) Que tenga lugar antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas..... | 178 |
| c) Que no se hayan ejecutado por parte de los sublevados actos de violencia..... | 179 |

| | |
|---|------------|
| 4.- Efectos del arrepentimiento..... | 179 |
| H) Atenuante especial del artículo 130..... | 182 |
| I) Figura del artículo 133 del Código Penal..... | 184 |
| 1.- Aspectos generales..... | 184 |
| 2.- Tipicidad | 186 |
| 3.- Penalidad. | 189 |
| J) Figuras de Cooperación con el alzamiento..... | 189 |
| 1.- Aspectos generales: | 189 |
| 2.- Figura del artículo 134 del Código Penal | 191 |
| a) Conceptualización y naturaleza..... | 191 |
| b) Tipicidad..... | 192 |
| c) Penalidad:..... | 194 |
| 3.- Figura del artículo 135 del Código Penal..... | 195 |
| a) Conceptualización y naturaleza..... | 195 |
| b) Tipicidad | 196 |
| c) Penalidad: | 197 |
| 4.- Figura del artículo 136 del Código Penal. | 198 |
| a) Conceptualización y naturaleza..... | 198 |
| b) Tipicidad: | 199 |
| c) Penalidad: | 200 |
| IV.- Delitos contra la Seguridad Interior del Estado en el Código de Justicia Militar..... | 201 |
| A) Plan de exposición de los delitos en el Código de Justicia Militar. Sublevación militar..... | 201 |
| | Página |
| B) Causas de militarización de los delitos de rebelión o sedición común..... | 203 |
| 1.- Que los sujetos activos tengan la calidad de militares..... | 203 |
| a) Hipótesis generales del artículo 6 y 377 del Código Justicia Militar..... | 204 |
| b) Hipótesis especial del artículo 266 del Código Justicia Militar:..... | 209 |
| 2.- Que se trate de civiles mandados por militares u organizados militarmente..... | 211 |
| a) Que los civiles estén mandados o apoyados por militares..... | 212 |
| b) Que formen partida militarmente organizada..... | 213 |
| C) Penalidad..... | 214 |
| 1.- Grados de participación en el delito de sublevación militar..... | 215 |

| | |
|--|------------|
| a) Situación de los meros ejecutores..... | 215 |
| b) Situación de los jefes o promotores el movimiento..... | 215 |
| 2.- Agravante Especial en caso de Guerra Externa..... | 216 |
| 3.- Eximentes Especiales que favorecen a los meros ejecutores..... | 218 |
| a) Cabos y soldados que actúan bajo el mando de sus superiores directos..... | 218 |
| b) Individuos de la clase de tropa, los asimilados y los no militares..... | 219 |
| c) Atenuante especial que favorece a los oficiales meros ejecutores..... | 221 |
| D) Figura del artículo 269 del Código de Justicia Militar..... | 222 |
| 1.- Aspectos Generales..... | 222 |
| 2.- Tipicidad..... | 223 |
| 3.- Penalidad..... | 225 |
| V.- Delitos contra la Seguridad Interior del Estado en la Ley N°12.927..... | 227 |
| A) Breve reseña a las leyes penal políticas especiales..... | 227 |
| B) Plan de exposición de los delitos en la Ley N°12.927..... | 236 |
| C) Figuras contenidas en el artículo 4 de la Ley de Seguridad de Estado..... | 237 |
| 1.- Aspectos Generales..... | 237 |
| 2.- Incitación a la sublevación o a la subversión del Orden Público..... | 241 |
| a) Aspectos generales..... | 241 |
| b) Tipicidad objetiva..... | 243 |
| 3.- Incitación a la desobediencia o a la indisciplina..... | 252 |
| a) Aspectos generales..... | 252 |
| b) Tipicidad objetiva..... | 254 |
| 4.- Complot o conspiración..... | 259 |
| | Página |
| a) Aspectos generales..... | 259 |
| b) Tipicidad objetiva..... | 261 |
| c) Tipicidad subjetiva..... | 265 |
| 5.- Bandidaje..... | 269 |
| a) Aspectos generales..... | 269 |
| b) Tipicidad objetiva..... | 275 |
| c) Tipicidad subjetiva..... | 282 |
| 6.- Desobediencia a las órdenes del gobierno o de superiores jerárquicos..... | 285 |
| a) Aspectos generales..... | 285 |

| | |
|--|------------|
| |305 |
| a) Aspectos generales..... | 305 |
| b) Tipicidad objetiva..... | 309 |
| c) Tipicidad subjetiva..... | 320 |
| 9.- Penalidad de los delitos del artículo 4 de Ley N°12.927..... | 323 |
| a) Regla General..... | 323 |
| b) Regla aplicable a extranjeros que no tengan cónyuge ni hijos chilenos..... | 324 |
| c) Agravante de responsabilidad en caso de guerra externa..... | 324 |
| D) Figuras contenidas en los artículos 5 a) y 5 b) de la Ley N°12.927..... | 325 |
| 1.- Aspectos Generales..... | 325 |
| 2.- Atentado político..... | 325 |
| a) Aspectos generales..... | 325 |
| b) Tipicidad objetiva: | 328 |
| c) Tipicidad subjetiva: | 330 |
| d) Penalidad del tipo base e hipótesis calificadas..... | 330 |
| 3.- Secuestro político. | 334 |
| a) Aspectos generales: | 334 |
| b) Tipicidad objetiva: | 336 |
| c) Tipicidad subjetiva: | 337 |
| | Página |
| d) Penalidad del tipo base e hipótesis calificadas | 338 |
| 4.- Agravante de responsabilidad para caso de guerra externa..... | 340 |
| VI.- Reflexiones finales respecto de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado..... | 341 |
| A) Generalidades. | 341 |
| B) Política Criminal sobre la base de la protección de Bienes Jurídicos..... | 342 |
| C) Desarrollo de los planteamientos programáticos. | 347 |
| 1.- Objeciones respecto del tratamiento orgánico de las figuras..... | 347 |
| 2.- Objeciones respecto del tratamiento específico de las figuras | 351 |
| a) En cuanto a la determinación precisa de las conductas incriminadas..... | 351 |
| b) En cuanto a la estructuración de las figuras típicas y el principio de lesividad..... | 354 |
| c) En cuanto a la diferenciación de los grados de participación en el hecho..... | 358 |
| BIBLIOGRAFIA CONSULTADA..... | 361 |

Introducción.

La idea de la rebelión contra el poder político constituye sin duda una de los más importantes temas del pensamiento humano. De allí que aparezca como un motivo recurrente en las obras de autores de todas las épocas, ya sea que se lo estudie desde la perspectiva de la teoría de las revoluciones o a propósito del derecho de resistencia, sea tema de literatura, o de vastos ensayos filosóficos o aún psicoanalíticos.

Desde luego, constituye también uno de los temas más interesantes cuando se lo analiza desde la perspectiva de la Ciencia Penal.

En efecto, el ámbito de lo criminal-político constituye uno de los sectores más precarios del Derecho Penal, el más expuesto a las crisis e involuciones autoritarias que marcan la historia del Estado de Derecho. Se trata de aquella parcela del Derecho Penal

en donde aparece más radicalmente expresada la contraposición entre individuo y Estado, que se presenta en toda la arquitectura penal.

Este trabajo nos coloca ante la interrogante de verificar como reacciona el aparato punitivo nacional frente a aquellas conductas que afectan o ponen en peligro aquellos intereses no diferentes a los de la conservación del poder mismo.

Bajo la rúbrica de "Delitos contra la Seguridad Interior del Estado", se agrupan toda una serie de figuras que vienen a representar la forma en la cual nuestro ordenamiento configura un amplio sector del Derecho Penal Político. Su estudio pormenorizado será el objeto de este trabajo.

Sin embargo, previo a ello, el concepto mismo de Seguridad Interior del Estado deberá ser determinado en sus contornos precisos.

Se trata de una noción que ha recibido, a través de las épocas, el aporte de diversas corrientes y manifestaciones del Derecho Penal de la más diversa procedencia.

Este trabajo se propondrá la misión de depurar el término de los ingredientes autoritarios que pueda manifestar y de conceptualizarlo desde la perspectiva de un Estado Democrático respetuoso de los derechos humanos.

En este sentido, sostenemos que el concepto de Seguridad Interior del Estado presenta una carga política que le es de tal manera inherente que resultaría impresentable postular una definición con pretensiones de neutralidad valorativa.

Tales pretensiones de pureza conceptual, lo único que logran, es colocar a la noción, así como a toda la gama de infracciones que se vinculan a ella, al servicio incondicional del poder.

Por el contrario, cabe afirmar que el análisis dogmático no puede, en esta área del Derecho Penal menos que ningún otra, desatender las consecuencias políticas de sus postulados.

En efecto, una errada caracterización de la Seguridad Interior del Estado supone cercenar a los individuos de vastos espacios de libertad y privarlos de desarrollar algunas de las más características manifestaciones en el ámbito de lo social,

reducir en términos inauditos derechos y garantías que le reconocen ampliamente la Constitución Política y los tratados internacionales.

Sin embargo, la noción de Seguridad Interior del Estado no aparecerá como antitética respecto de tales derechos y garantías si la misión del aparato estatal es precisamente proteger y promoverlos.

El énfasis que hemos puesto en la configuración del objeto de protección no es exagerado. Una vez determinado el bien jurídico será clave para la interpretación de las diferentes figuras penales a analizar.

A diferencia de otros trabajos sobre el tema no hemos querido reducir su ámbito al mero examen de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado contenidos en la Ley N°12.927 de 1958.

Por el contrario, si las especies que por antonomasia describen al delito político son precisamente las que se encuentran en el Código Penal su análisis acabado no podría faltar en ningún estudio de la legislación penal política.

Nuestro trabajo comprenderá también las disposiciones respectivas del Código de Justicia Militar, que establecen hipótesis delictivas que complementan la normativa que el Código Penal efectúa, como se verá en su momento.

En cuanto a nuestras fuentes, podemos señalar que hemos recogido las opiniones de autores nacionales y también extranjeros cuando nos fue permitido, y los fallos más importantes de nuestros Tribunales en la materia. En cambio, no recogimos los fallos de los Consejos de Guerra, más que por excepción, por no contar con la estabilidad y mesura que caracterizan una auténtica Jurisprudencia.

Al terminar estas líneas introductorias deseo agradecer a quienes colaboraron para que esta Memoria saliera a la luz, en especial, a los funcionarios de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y del Centro de Documentación de la Vicaría de la Solidaridad por facilitarme el material bibliográfico necesario, así como también a mi profesor guía y de cátedra, don Eduardo Sepúlveda Crerar, por sus valiosas recomendaciones, que he incluido en mi trabajo.

Primera Parte:

Consideraciones Generales en torno al delito político.

I.- Aspectos Generales e importancia de este acápite.

Los delitos contra la Seguridad Interior del Estado constituyen una de las variedades de lo que doctrina ha denominado delito político, al menos desde una perspectiva netamente objetivista.

Es, en razón de lo anterior, que todo análisis de la legislación positiva sobre delitos contra la Seguridad Interior del Estado, debe necesariamente sustentarse en una

aproximación al concepto de delito político, tanto desde una perspectiva histórica, como desde una perspectiva estrictamente dogmática, aproximación que constituirá un valioso elemento para la apreciación y reflexión crítica de dichos preceptos legales.

Una consideración histórica de los delitos políticos, nos permitirá descubrir cuales han sido las respuestas que han dado los distintos ordenamientos jurídicos occidentales a la criminalidad política; la forma en que se articuló el delito político frente a las distintas concepciones de Estado en la evolución del Derecho Occidental; las atrocidades y abusos de que fue objeto la represión del delincuente político; la manera como la lucha por la preservación de las garantías más básicas del individuo, principalmente enraizada en el liberalismo de los siglos XVI y XVII, detonó en el nacimiento y desarrollo de la teoría sobre los delitos políticos; el nacimiento del derecho autoritario que con una visión que daba preponderancia al Estado por sobre el individuo, significó un retroceso en la concepción liberal, y finalmente, el panorama actual, en donde la “peligrosa tentación autoritaria” siembra incertidumbres respecto de la suerte del delito político.

La búsqueda de una conceptualización jurídica de los delitos políticos, tema del tercer capítulo de esta sección, perseguirá delimitar el ámbito que la criminalidad política ha de comprender en cada sistema penal, es decir, pretende determinar, en términos generales, las infracciones penales que en un ordenamiento jurídico determinado deben considerarse efectivamente políticas, cuestión que, como veremos, ha sido materia de un encarnizado debate doctrinario.

Este mismo objeto se tendrá en el acápite siguiente, cuando al referirnos a las múltiples clasificaciones del delito político, el criterio clasificador de los autores, incluya o excluya cierto grupo de infracciones del ámbito de la criminalidad política¹.

Al finalizar la primera parte de este trabajo, por la importancia del tema, nos referiremos a las relaciones existentes entre delito político y delito terrorista,

¹ De esta forma, cuando Jiménez de Asúa refiriéndose a una de las clasificaciones del delito político – propiamente dichos, anarquistas y sociales - señala que *el objeto de las clasificaciones es exceptuarlas del delito político*, y nosotros agregamos: *o incluirlas en él*, como el mismo autor hace. JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, Buenos Aires, Editorial Losada, Tomo III, pág. 207.

específicamente, a sí puede considerarse este último como una especie dentro del ámbito de la criminalidad política.

II.- Evolución histórica del concepto de delito político.

A) El delito político en la Antigüedad: surgimiento del crimen de lesa majestad.

Ya en la Antigüedad es posible observar la existencia de normas jurídicas de orden penal que tienden a la defensa del grupo social.

En las fases más primitivas de los diferentes pueblos, las primeras infracciones sancionadas son, precisamente, aquellas que afectan a la colectividad, ya que los atentados a particulares eran objeto de venganza privada².

² Este fenómeno es observado por Alessandro Baratta, quien expone que históricamente – así como también, conceptualmente - el crimen de lesa majestad viene a ser, centro de la noción de la criminalidad, noción que sucesivamente, se irá extendiendo hacia otros conflictos o desviaciones. BARATTA, ALESSANDRO, 1995, “Viejas y Nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal”. En BUSTOS RAMIREZ, JUAN, “Prevención y teoría de la pena”, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, págs. 79 a 81.

El criterio punitivo en esta época es complejo e inestable; no se encuentran precisadas o cabalmente definidas las figuras delictivas. En cambio, la sanción puede caracterizarse por su severidad extrema.

Siendo ocioso el análisis del delito político en las distintas culturas de la Antigüedad, corresponde, en todo caso, hacer un bosquejo a lo menos somero de la forma en que se manifiesta la criminalidad jurídica en el Derecho Romano, que tendrá una influencia directa en la conceptualización del delito político en el Derecho Occidental.

Los atentados contra el Estado en el Derecho Romano se manifestaban a través de dos figuras de difícil conceptualización desde una perspectiva actual: el perduellio y el crimen laesae majestatis.

El perduellio, uno de los cuatro tipos de delitos contemplados en la Ley de las XII Tablas, constituye la forma más antigua y también la más grave de tales atentados.

Perduellio significa etimológicamente “guerra mala”, por lo que Soler³ entiende que “responde a la idea de traición al país” y, más específicamente, que designaba “los actos de ayuda o favorecimiento al enemigo”. Teodoro Mommsen⁴, en cambio, emparentó el vocablo a la idea de desertión militar.

No obstante los intentos de conceptualización, González y Uribe⁵, advierten que el perduellio, tenía una delimitación más bien adjetiva o procesal que propiamente sustancial, conforme a la cuál varios de los actos que normalmente podían considerarse parricidium, por el hecho de configurar un ataque causado directamente a la comunidad, serían juzgados mediante la perdullion, el procedimiento aplicado al perduellio.

Más tarde, en los comienzos de la República, probablemente introducida por la Lex Appuleya Maiestatis (año 651 A.C.) aparecerá una nueva forma delictiva, cuya

³ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo V, pág. 12.

⁴ MOMMSEN, TEODORO, “Derecho Penal Romano”, citado en RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, México, Editorial Hermes, pág. 22.

⁵ GONZALEZ FUENTES, NANCY y URIBE RIVAS, PERLA, 1997, “Crimen de Lesa Majestad en el Derecho Romano y su evolución hasta las Siete Partidas”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 42.

denominación trascenderá el ordenamiento jurídico romano, para identificar en el Derecho Occidental toda la gama de atentados contra el Estado. Nos referimos al crimen de lesa majestad, o más propiamente, “crimen laesae majestatis”.

Ruiz Funes⁶, nos recuerda que, etimológicamente, el término “majestas” que a su vez proviene de “major”, designa “una situación elevada. No se alude – señala el autor - a un poder superior, sino a un mayor prestigio: “majestas populi romani”. En este sentido, “crimen laesae majestatis” significaría “minoración de la majestad del pueblo romano”.

Frente a una noción tan flexible, el crimen de lesa majestad, se irá extendiendo, significativamente, con la evolución del Derecho Penal Romano, absorberá al perduellio y, progresivamente, irá abarcando nuevas conductas. De esta manera, si bien la definición de Ulpiano⁷ contemplada en el Digesto parece limitarlo a aquellos ataques “contra el pueblo romano y su seguridad”, el crimen de lesa majestad adquirirá con el advenimiento del Imperio un carácter hipertrófico.

A modo de sistematización, y siguiendo en esto a Filangieri⁸ es posible considerar tres momentos en la regulación del crimen de lesa majestad en el Derecho Romano.

Un primer momento, en el cual se confunde la noción con la traición a la patria, que abarca desde Rómulo hasta la Lex Cornelia Maiestatis, dictada en tiempos de Sila (año 81 A.C.). Esta ley añadió varias conductas, particularmente circunscritas al ámbito militar, que debían conceptuarse como crimen de lesa majestad, como la desobediencia a la autoridad, el comenzar una guerra por decisión de propia autoridad, o el perdón al enemigo.

Un segundo momento, que comienza con la dictación, en tiempos de Cesar, de la Lex Julia Maiestatis (año 17 A.C), primera regulación orgánica de este delito. La mayor parte de las figuras que contempla son formas de “seditio”, en las que se exige

⁶ RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 22.

⁷ (Fr. 1,1) Digesto 48,4; “maiestatis crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem eius committitur”.

⁸ Citado por RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 16.

como elemento intencional la concurrencia del dolo malo. A esta ley, Augusto agregará, más tarde, nuevas figuras entre las que pueden mencionarse la de vender o quemar imágenes imperiales, y en general, cualquier insulto a las efigies imperiales.

Finalmente, un tercer momento, se inicia bajo el gobierno de Tiberio, quien abusando de la interpretación de los tipos de la Lex Julia, “amplió el delito de lesa majestad hasta las palabras, los signos, las imprecaciones y los actos de mayor indiferencia”⁹. De esta manera, por ejemplo, en la penalización de la difusión pública de libelos acusatorios que castigaba la Lex Julia, viene a entenderse comprendida ya con Tiberio, la de toda crítica contra la autoridad política.

De es forma, es claro observar en este tercer momento, que antepuesta la "majestas" del Emperador a la del pueblo romano, el crimen de lesa majestad no sólo comprenderá todo acto contra la vida o la integridad del Príncipe, y aún la de su familia (y, posteriormente, la de sus ministros y oficiales) sino cualquier conducta que pueda ser entendida como un acto de desprecio a su persona, como los ultrajes de hecho o de palabra, la destrucción o deterioro de las imágenes del Emperador (y aún la simple fundición del metal de ella), o la omisión de su nombre en los monumentos públicos.

La explicación de la situación anterior puede encontrarse en la divinización de la figura del Emperador, fenómeno de origen oriental que aumenta a medida que avanza la decadencia del Imperio¹⁰, y que acrecentará aún más la arbitrariedad presente en el crimen de lesa majestad, al extenderlo hasta lo inverosímil.

En efecto, si bien la represión más arbitraria referida a algunas de las figuras del crimen de lesa majestad, v. gr. la caída violenta de una estatua del César, servía frecuentemente -señala el propio Digesto - como señal para desencadenar sediciones militares, y en cuanto tal la punición podía encontrar una excusa de carácter meramente política, cuando la sanción alcanza conductas tan inocuas, como la de pegar a un esclavo delante de la estatua de Augusto o desnudarse o vestirse ante la misma, la

⁹ *Ibíd*, pág. 17.

¹⁰ MOMMSEN, TEODORO, “Derecho Penal Romano”, citado por RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, *op. cit.*, pág. 18.

criminalización solo puede entenderse en cuanto una felonía al "genius" del Emperador.

Así se llegará a sancionar, como crimen de lesa majestad, la negativa de jurar por el Emperador, la investigación de acontecimientos futuros por medios sobrenaturales cuando guardaba alguna conexión con la sucesión del soberano o la casa imperial, y la falsificación de la moneda, por la falta de respeto que supone grabar en una moneda no legítima la efigie del Emperador.

Ante los abusos y la extensiva aplicación del crimen de lesa majestad, algunos emperadores restringieron su órbita: un rescripto imperial de Severo y Antonino excluyen la venta de estatuas de emperadores no consagradas, y otro prohíbe incluir, dentro de las conductas sancionadas, el hecho de arrojar, casualmente, una piedra a una estatua imperial. Estas limitaciones no nos hacen sino mostrar, a contrario sensu, hasta donde llegó el furor interpretativo en estas materias.

Las distintas figuras que a lo largo de la historia de Roma engrosaron el concepto del crimen de lesa majestad van a quedar incluidas en el libro 48 del Digesto de Justiniano (años 529 y 534 D.C.). El título IV, que trata específicamente este delito, recoge los preceptos de la Lex Julia Maiestatis, e incluye una gran cantidad de sentencias de los antiguos jurisconsultos de Roma, que servirá de base para la elaboración del crimen de lesa majestad en la Época Medieval.

Habiéndonos referido al concepto de delito político en Roma, corresponde referirnos a las penas aplicadas.

En el Derecho Romano el crimen de lesa majestad, era comúnmente sancionado con la muerte¹¹, cuya ejecución adoptaba variadas formas dependiendo de la categoría de persona: la decapitación para los de la clase noble (honestiores), y la combustión o la exposición a las fieras para de la clase humilde (humilliores). Excepcionalmente, la muerte era reemplazaba por el destierro a perpetuidad.

Pero la pena no terminaba con la muerte del delincuente: se hacía extensiva a los deudos, a quienes se prohibía llevar duelo, se prohibía la sepultura para esta clase

de reos y debía ser vilipendiada su memoria. Además procedía, en todo caso, la confiscación de todos los bienes del condenado.

Bajo el gobierno de Arcadio y Honorio, y vulnerando abiertamente el principio de personalidad de la pena, aparece la tristemente celebre Constitución Quisquis, que haría recaer sobre los hijos y descendientes las culpas de los padres, conminándolos con la incapacidad perpetua para asumir empleos civiles y militares y con la exclusión de toda herencia.

B) Período Intermedio o Medieval: el delito político como traición al Monarca.

En la Edad Media tres corrientes jurídicas ejercen su influjo en el Derecho: la románica, la germánica y la canónica.

Respecto del Derecho consuetudinario germano anterior a las invasiones muy poco conocemos.

Es posible, con todo, afirmar que la criminalidad política tiene para el Derecho Germánico, un trasfondo más profano que el teocrático que cimentaba la noción del delito contra el Estado en las últimas fases del Imperio Romano, y correspondía a la noción de “infidelidad de carácter personal al rey o al jefe del grupo” (Treubuch, Verrat).

La sanción siempre era la muerte, pues si bien era admisible teóricamente el resarcimiento pecuniario (Wergeld), su valor, en este caso, era tan alto que hacía inoperante la institución en la práctica.

Posteriormente, cuando ya se produce el asentamiento definitivo de los germanos en el antiguo territorio del Imperio, el Derecho Romano volvería a cobrar

¹¹ Lo que será la constante hasta los comienzos del siglo XVIII y fines del siglo XVII.

importancia, de manera tal que, junto con el proceso de escrituración el germánico, se promulgarán leyes de inspiración romana, como el Liber Iudiciorum o Fuero Juzgo, en la España del s. VII.

Junto a la influencia del Derecho Romano y del Derecho propiamente Germánico, el Derecho Canónico tendrá una influencia determinante en la legislación de la Epoca Medieval, gracias al enorme prestigio de la Iglesia y su enorme poder, tanto espiritual como material. Contribuirá, de esta forma, a la ampliación del concepto de delito contra el Estado.

Al respecto, nos señala Soler: “El derecho canónico, que acogió la incriminación, no la limitó al atentado contra el Estado eclesiástico (crimen laesae majestatis divinoe) sino que a la par fue castigado el crimen laesae majestatis humanoe, referible no solamente a la persona del Papa, sino también a la de un cardenal”¹².

La situación de la criminalidad política en la Epoca Medieval, lejos de experimentar una mejoría respecto de las últimas épocas del crimen majestatis, se

agrava considerablemente, cuestión que se manifestará en varios aspectos.

En priemer lugar, se produce la ampliación del ámbito del delito político a nuevas conductas, como por ejemplo, la punición de actos que no provocaban resultado alguno, o la del llamado crimen silentii, o complicidad negativa, es decir, la abstención de denunciar cualquier acto preparatorio para la futura comisión de un delito de lesa majestad¹³.

¹² SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 13.

¹³ Mariano Ruiz Funes, nos señala como manifestaciones del crimen silentii aún se daban en las legislaciones de la Unión Soviética y el Código Penal de la Italia Fascista. RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 28. Nosotros debemos señalar con amargura que tales manifestaciones también se observan en nuestro ordenamiento penal, como en el caso del artículo 24 de la Ley N°12.927.

¹⁴ El Estatuto de Eduardo III de Inglaterra, (1352) y que enumeraba los delitos de Alta Traición, concedía esa facultad al Rey y a su parlamento, respecto de los casos no señalados, es decir, de crear verdaderas leyes ex post facto.

Por otra parte, imperaba, la concepción que, respecto de ciertos delitos de lesa majestad, la determinación de las conductas incriminadas podía ser concretada una vez realizado el hecho.

En efecto, Clarus y Farinaccius, consideraban que respecto de aquellos delitos considerados como los más graves contra el Estado, es decir, los atentados y maquinaciones, fuerzas y fraudes contra la vida del Estado, del príncipe y de su familia, la sola voluntad del príncipe podía crear estos delitos¹⁴.

Respecto a las penas, se establecía una amplia variedad, desde las simplemente pecuniarias hasta la muerte del reo, con privación de sepultura, infamia para su memoria y confiscación de sus bienes. La aplicación de unas u otras era completamente discrecional.

En el orden procesal, en materia penal política, se aplicaba la tortura, no solo a la persona del inculpado, sino aún a los testigos, y se entendía que todo vicio procesal era subsanable por la omnipotencia del soberano.

El panorama era señalado tenía lugar en los diversos países europeos.

En Francia, el rey es ofendido, acusador y juez. El crimen de lesa majestad se vislumbra como el medio de deshacerse de sus enemigos, sin forma de Justicia, con arbitrariedad absoluta y cruelmente represiva.

En Inglaterra, la acusación de traición aplicada aún a faltas mínimas, constituye un medio por el cual se manifiesta la lucha del rey contra la Iglesia y los Señores. La pena de confiscación de bienes aplicada con bastante prodigalidad contribuirá al enriquecimiento de la corona. Estos abusos se reducen bajo Eduardo III, quien amenazado por los barones, dicta el Estatuto de 1351 que limita la traición a siete categorías de conductas, y constituye el primer intento de precisar el concepto de delito político, que hasta entonces se establecía en forma vaga, situación que favorecía ampliamente todo tipo de arbitrariedades.

En el Derecho Medieval Español se encuentran normas legales referidas al crimen de lesa majestad en los estatutos jurídicos de más notoria antigüedad.

González Fuentes y Uribe Rivas¹⁵, postulan que en tiempo de los reyes visigodos los delitos contra el Estado encuentran su fundamento en las denominadas “Juras Reales”, los juramentos de fidelidad que debían hacer al Monarca, al momento de su asunción, los nobles y magnates del reino. El quebrantamiento de dichos juramentos, en forma de verdaderas figuras de delitos contra el Estado, sería consagrado, por primera vez, en el Canon 75 del Cuarto Concilio de Toledo (633 D.C.). Esta fuente junto a la emanada de otros concilios, y una ley del rey Chisdavinto (642 D.C.)¹⁶, sería incorporada en el Liber Iudicioum (año 654 D.C.), y, posteriormente, en el Fuero Juzgo. Más tarde, aparecerían el Fuero Real y las “Leyes de Estilo”.

Pero, sin duda, el cuerpo de leyes más importante del Derecho Medieval Español que consagraría los delitos contra el Estado, serían las Siete Partidas.

La Partida Séptima, Título III, Ley I, que refiriéndose al crimen de lesa majestad, bajo la denominación de “traición”, establecería un catálogo de las figuras que la constituyen, y determinaría la regulación de las penas aplicables a ella.

Comienza dando una definición del como “yerro de traición que face ome contra la persona del rey”. En este cuerpo legal puede apreciarse que la traición, tiene más bien el carácter de deslealtad al rey que a la patria.

Se establecen catorce figuras del crimen de lesa majestad, que no son sino que la reproducción de la misma figura del delito en el Derecho Romano y con la indeterminación en cuanto a los tipos que el mismo Derecho Romano ofrece. Así señala Ruiz Funes¹⁷.

Respecto de las sanciones aplicables, a los delitos políticos correspondían las llamadas penas mayores: la muerte, la pérdida de un miembro, hierro o porte de

¹⁵ GONZALEZ FUENTES, NANCY y URIBE RIVAS, PERLA, 1997, “Crimen de Lesa Majestad en el Derecho Romano y su evolución hasta las Siete Partidas”, op. cit., pág. 204 y ss.

¹⁶ Que se preocuparía especialmente de castigar los “refugae”, es decir, quienes recurrían a poderes extranjeros con la intención de atacar a España desde el exterior.

¹⁷ RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit, pág. 26.

cadena, destierro, confiscación total de bienes, prisión perpetua con hierros, ésta última pena aplicable únicamente a los siervos.

En los siglos posteriores, con la consolidación de los Estados Nacionales y el desarrollo del Absolutismo la represión de la criminalidad política se acentuará.

Hacia el siglo XVI, Francia y Inglaterra, y pese a la tradición parlamentaria de este último país, abrazan la Monarquía absoluta, que encontraba su justificación política en la teoría del derecho divino, que afirmaba la inviolabilidad del Monarca y su trono, derecho derivado directamente de Dios y transmitido a él por legítima herencia.

No parecerá extraño, en consecuencia, que las leyes referentes a los delitos contra el Estado reeditaran la crueldad y arbitrariedad de la Roma Imperial¹⁸.

En la Inglaterra de Enrique VIII, se declaró culpables de alta traición y castigados con la muerte a cuantos predijeran la muerte del Rey, regla que guarda similitud con la prohibición del Derecho Romano Imperial de predecir hechos futuros en relación con la sucesión del soberano o la familia imperial por medios sobrenaturales.

Es elocuente la descripción que realiza Beccaria en la introducción de su libro "De los delitos y las penas" acerca de la muerte de Robert Damiens, quien habiendo herido a Luis XV con la intención de matarle, fue juzgado en el acto y condenado a una muerte espantosa, que prolongando en lo posible su sufrimiento, incluía el desgarramiento de sus carnes, la aplicación de fuego de azufre en su piel y el posterior desmembramiento de sus brazos y piernas. Como si esto fuera poco se procedió a la confiscación de sus bienes, la destrucción de su casa natal y, afectándose severamente el principio de personalidad de la pena, se determinó que "su mujer, su hija y padre serían obligados a abandonar el reino, con la prohibición de no volver nunca, so pena

¹⁸ Hobbes, gran teórico de la Monarquía Absoluta, justifica el rigorismo: "Los actos de hostilidad contra el estado actual de la República son crímenes mayores que estos mismos actos perpetrados contra hombres particulares. Porque el daño se extiende a todos. De esta índole son traicionar las fuerzas o rebelar secretos de la República a un enemigo y también todos los esfuerzos de palabra y otra para disminuir la autoridad del representante de la República, sea éste un monarca o una asamblea. Crímenes que los latinos llamaban crimina laesae majestatis, consistentes en un propósito contrario a la ley fundamental" HOBBS, TOMAS, "Leviatán", cap. XXVII. Citado por DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, "Terrorismo, Ley Antiterrorista y

de ser colgados y ahorcados sin forma ni figura de proceso, y prohibía a todas las personas de la familia que llevaran el nombre de Damiens usarlo en el futuro, bajo las mismas penas”¹⁹.

Pero frente a este orden de cosas, surgirá con gran fuerza la reacción del pensamiento liberal, manifestado en las obras de sus sostenedores y en la Revolución Francesa; frente al delito político de los regímenes absolutos, totalmente deshumanizado, y centrado en la figura del Monarca, se construirá el delito político liberal, de sanción exclusiva de conductas antijurídicas que impliquen un ataque auténtico a la organización política fundada en la soberanía del pueblo.

C) Período Contemporáneo (Desde finales del s. XVIII hasta primer cuarto del siglo XX), nacimiento del “delito político liberal”.

Podemos decididamente sostener que no existe, propiamente, una concepción jurídica y moral del delito político hasta los tiempos modernos, momento en el cual surge el pensamiento liberal, que como reacción al absolutismo imperante en el acontecer político, expondrá la doctrina de la soberanía popular.

Se conciben, de esta manera, límites al poder, tanto en el arbitrio de legislar como en la facultad por parte de los órganos judiciales de imponer interpretaciones abusivas, y se consagra el llamado derecho de resistencia que implícitamente preveía la hipótesis del tiranicidio.

Este último, desde siempre había concitado opiniones favorables.

Derechos Humanos”, Santiago, Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, págs. 51 y 52.

¹⁹ BECCARIA, C: “De los delitos y de las penas”. Citado por DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, “Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos”, op. cit., págs. 52 y 53.

En la Antigüedad, en las obras de Cicerón y Plutarco, no sólo se proclamó la legitimidad del tiranicidio, sino que se afirma que quien lo realiza merece honores divinos.

La tesis reaparece en el siglo XII, con Juan de Salisbury, filósofo escolástico inglés, y en el siglo XIII con Santo Tomás de Aquino, quien señala que “quien para la liberación de su patria mata al tirano, es alabado y obtiene recompensa”²⁰.

En Inglaterra, será sostenida en el siglo XIV por Juan Wiclef, precursor de la Reforma religiosa, y en el siglo XV, aceptada en el Concilio de Constanza, a propósito del asesinato del Duque de Orleans.

Sin embargo, “La teoría del tiranicidio alcanza su máximo esplendor en el siglo XVI, en que defienden su legitimidad teólogos y jurisconsultos como Althusius, Juan Bucher, el humanista reformador escocés Jorge Buchanan, el magistrado y escritor político francés Juan Bodin, en varios de sus escritos, el panfletista Junius Brutus- seudónimo que encubre a Hubert Languet o a Philippe du Plessis- y el filosofo belga Justo Lipsio”²¹. En esa época en España, aparecen dos de sus más importantes sostenedores, Francisco de Suárez²² y Juan de Mariana.

La teoría que goza seguramente de mayor difusión y autoridad es la del jesuita español Padre Juan de Mariana, quien distingue dos modos de proceder dependiendo de la forma en la cual se genera de la tiranía.

Cuando se asume ilegítimamente el poder, el tirano puede ser privado, directamente, del gobierno y hasta de la vida.

En cambio, si un gobierno legítimamente constituido degenera en despotismo, corresponde, en primer término, la amonestación al príncipe. Si esta es en vano, la

²⁰ DE AQUINO, SANTO TOMAS, “Comentarios a los libros de las sentencias”, citado por JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 46.

²¹ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 169.

²² “Todos los poderes del rey derivan inmediatamente del Estado y en caso de extremo desgobierno, cuando la conservación del Estado lo requiere, la nación puede deponer al tirano y puede, si fuere necesario, diputar alguna persona para matarle”. Citado por JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 170 y 171.

declaración pública de no reconocimiento de la autoridad, y si no es posible, otro camino, privar de la vida al tirano, facultad que reside en cualquier particular²³.

Durante el siglo XVII, la doctrina del tiranicidio tendrá como defensores con la difundida fórmula del “derecho de resistencia” a Gronovio, Milton, y Locke, Lutero y Calvino, aunque también aparecen los planteamientos divergentes a manos de Hobbes, la Emperatriz Catalina de Rusia y Carlos II.

Este derecho de resistencia encontrará, a fines del siglo XVII, consagración en las declaraciones liberales de derechos, y va a ser solo en ese momento cuando exista una manifestación del pensamiento político en materia de criminalidad política.

Señala Ruiz Funes: “Hasta que no llega la época de las luces, no hay una voz que pida la derogación absoluta de la crueldad penal, que subsiste como enquistada en todos los regímenes políticos con sus viejas formas arbitrarias y vindicativas, insensible a los progresos de esos regímenes”. Luego agrega, “Esa voz es la de Beccaria”²⁴.

En efecto, el Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria, se manifiesta como el defensor más influyente en las transformaciones legislativas. Su crítica más persistente contra el crimen de lesa majestad estará referido a la penalización de la palabra²⁵.

Tras las reflexiones de Beccaria se logra atisbar el pensamiento de otro autor que combatió tenazmente el crimen de lesa majestad, símbolo triunfal de la tiranía. Nos referimos a Montesquieu, quien se ocupa especialmente de esta materia en el Libro XII de su “Espíritu de las leyes”, Capítulos VI y VII, en donde destaca dos características del crimen de lesa majestad y que dan paso a la arbitrariedad: “el carácter de vaguedad de este crimen da lugar a que el gobierno degenerare en despotismo”, refiriéndose a la

²³ En las distintas soluciones que entrega Mariana para las dos hipótesis de tiranía reconocen los autores la importancia que adquiere su pensamiento: la amonestación, el llamado a la “razón y al derecho” previo a la deposición y eliminación del tirano, supone que quien desempeña el poder sea su legítimo detentor. En caso contrario, procede privarle sin más consideración del gobierno y en caso extremo privarle de la vida. El poder es, de esta manera, concebido no como un hecho sino como un derecho.

²⁴ RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op, cit. pág. 117.

²⁵ Señala acerca del este delito que “Sólo la ignorancia y la tiranía, que confunden las palabras y las ideas más claras, pueden dar este nombre a delitos de distinta naturaleza, castigarlos como tales, y hacer que en esta ocasión, como en otras mil, sean los hombres víctimas de una palabra”. Citado por RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op, cit. pág. 128.

gran cantidad de conductas que comprendía el delito contra el Estado durante el Antiguo Régimen, y que lo terminaban desnaturalizando, y como Beccaria se pronuncia en contra de la penalización de la palabra²⁶.

Las doctrinas de Beccaria y Montesquieu junto con las de Feuerbach, Kluit y Filangeri, en el seno de los Tiempos Modernos, haciendo triunfar el humanismo y la reacción contra el Derecho Romano, serán el antecedente directo de las reformas legales encaminadas a mitigar el régimen penal entonces en boga y sobre todo las aberraciones de las razones de Estado en el campo criminal.

Tales reformas se van a manifestar, en primer término, en las normas dictadas por los príncipes reformadores José II, con la Constitutio Theresiana, y Pedro Leopoldo de Toscana²⁷, que “proclaman la impunidad del simple pensamiento, suprimen jurisdicciones y procedimientos especiales y atenúan penas”²⁸.

Sin embargo, y sin desmerecer la iniciativa demostrada por estas creaciones legislativas, el paso fundamental en la nueva conceptualización del delito político, estaría dado por la consagración en las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII y comienzos de XIX del derecho de resistencia. Como observa Soler “casi toda la doctrina de este delito construida a partir del siglo XVIII, está concebida como la teorización del derecho de resistencia a la opresión”²⁹.

Dentro de estas, destaca la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que es la de mayor influjo en las reformas liberales. Luego de señalar que “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, coloca junto a la libertad, la propiedad y la

²⁶ “Nada hace el crimen de lesa majestad más arbitrario que la consideración de su contenido, y dentro de él aquellas formas que solo están constituidas por palabras. Las palabras no forman un cuerpo de delito, solo quedan en la idea, y no llegan a ser crímenes sino cuando preparan, acompañan o siguen una acción criminal”. RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit. pág. 118.

²⁷ Según Carrara la primera abolición legislativa del nombre “lesa majestad”, habría sido precisamente efectuada por Pedro Leopoldo de Toscana, en 1776, en el párrafo 62 de la nueva legislación para su principado. CARRARA, FRANCESCO, 1944, “Programa del Curso de Derecho Criminal”, Buenos Aires, Editorial De Palma, Parte Especial, vol. VII, parr. 3919, pág. 501.

²⁸ MAGGIORE, GIUSEPPE, “Derecho Penal”, Editorial Temis, Bogotá, 1955, T. III, pág. 23. Citado por WALKER PRIETO, IGNACIO, 1980, “El Delito Político”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, pág. 16.

²⁹ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 17.

seguridad, como uno de estos derechos fundamentales del hombre, el derecho de resistencia a la opresión.³⁰

Estos cuerpos normativos no hacen sino inaugurar una nueva etapa “que hace del delito político una clase privilegiada por su ausencia de ilicitud, mirado el móvil que guía el agente”³¹.

En la configuración del concepto moderno del delito político se eliminará de él la contingencia y variabilidad que lo habían distinguido, se pondrá de relieve su condición específica, y se instaurará un trato de carácter humanitario y, en todo caso, mucho más benigno que respecto del delito común.

No obstante, la conquista se hace con más lentitud de lo que aparece en los esquemas que suelen ofrecernos los autores, puesto que en la época de la Revolución aparecen leyes contrarias a los ideales de benignidad política que se proclamaba³².

Y es que, en realidad, lo que la Revolución Francesa de 1789 tuvo como aspiración y que se desmintió con los hechos, no se afirma y ejecuta hasta la revolución de 1830.

El gobierno de Luis Felipe separará claramente los delitos políticos de aquellos derecho común y establecerá, a su respecto, una escala de penas especiales más benignas en cuanto a su régimen que las penas ordinarias; confiará al jurado el conocimiento de los delitos correccionales políticos e impondrá en los tratados de extradición el refugio del delincuente político. Esta evolución termina aboliendo la pena de muerte para la delincuencia política por la Revolución de 1848³³.

³⁰ Debemos recordar también, La Declaración del Estado de Filadelfia de 1774, se afirma “el derecho y el deber de rechazar los gobiernos absolutos y despóticos y de buscar nuevas garantías para la seguridad futura”. La Constitución de Estado de Maryland señala por su parte “la no resistencia contra el poder arbitrario y contra la opresión es absurda, servil y destructora del bien y la felicidad de la humanidad”.

³¹ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 172.

³² Así se menciona la ley 22 de Pradial (10 de Junio de 1794) que suprime toda clase de garantías para los reos políticos y aplica la pena de muerte por hechos de vaga delimitación jurídica. También la llamada ley de los sospechosos que reputa como tales entre otros “a los que por su conducta, sus relaciones o por sus propios escritos, se han mostrado partidarios de la tiranía o del federalismo”

³³ Coincidente en este tratamiento para con el delincuente político es la Constitución belga de 1831, verdadero “origen del concepto liberal de la infracción política”, la cual establece un régimen especial para los crímenes de índole política, al establecer un tribunal y un procedimiento especial para de juzgamiento, y estableciendo normas distintivas en materias como la prohibición de la extradición, detención previa, tentativa, ocurrencia de delitos, complicidad, prescripción de penas, aplicación de condenas condicionales, etc.

El criterio liberal de benignidad que se asienta en la legislación francesa penetra en las leyes penales de casi todo el mundo civilizado, salvo la Rusia zarista, que aún contemplaba como delito político, en pleno siglo XX varios casos de crimen de lesa majestad divina³⁴.

Pero la suerte del delito político iba a cambiar con la irrupción del Derecho penal autoritario que aparece una vez terminada la 1º Guerra Mundial.

D) Situación del delito político después de la Primera Guerra Mundial: nacimiento del Derecho Penal Autoritario y panorama actual.

Si la noción del delito político se encuentra históricamente ligada al concepto de Estado, la configuración de Estados de carácter autoritario determinaría una sustancial variación en el tratamiento de la delincuencia política.

La oleada autoritaria encuentra su justificación, históricamente, en variados factores, como son las debilidades y deficiencias de las nacientes democracias particulares, tanto en el aspecto político como económico; el exacerbado sentimiento de nacionalismo nacido al finalizar la Guerra Mundial, y el miedo de los elementos conservadores burgueses a la proliferación del comunismo y la revolución social.

En este ambiente de derrotismo libertario surge una nueva visión del Estado y sus fines. El Estado pasa a concebirse, como ya lo sostuviera Bluntschli- señalado como el mentor del totalitarismo estatal - en una verdadera persona viva que tiene un desarrollo tanto interior como exterior, y que como “el organismo de categoría más

³⁴ RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., págs. 224 y ss.

elevada - desde una perspectiva social – ha de corresponderle “coordinar todas las actividades políticas y sociales”³⁵.

Pero el germen ideológico y sistemático de la idea de Estado en los regímenes totalitarios, puede asimismo encontrarse en Hegel.

Este último, manifiesta en su “Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas”, que “El Estado es la sustancia ética consciente de sí, la reunión del principio de la familia y de la Sociedad Civil”³⁶ Esta idea, anotará De la Torre³⁷, justifica la destrucción de lo contingente - el individuo – para salvar lo absoluto, la encarnación viviente de la idea de Dios – el Estado.

En Hegel la identificación entre Estado y Gobierno es plena: “Un Estado surge cuando aparece una verdadera Autoridad Pública, reconocida como superior a la Sociedad Civil que representa a los intereses privados y también como competente para guiar a la Nación en el cumplimiento de su misión histórica”³⁸.

Así planteadas las cosas, la idea de seguridad del Gobierno constituido se convierte en fin primordial, la autoridad se reviste de un rango superior al ordinario al creer encarnada en sí la conciencia nacional.

Esta idea grandilocuente del rol del Estado influenciará de manera importante el substrato ideológico de los Estados Totalitarios europeos de la primera mitad del siglo XX: el régimen nacionalsocialista alemán, el régimen fascista italiano, y el régimen bolchevique ruso.

Dejando de lado las diferencias que pueden observarse en cuanto a las vías de acceso al poder, y su carácter más o menos revolucionario, es posible encontrar varios rasgos comunes entre las diferentes ideologías de tipo totalitario.

El rasgo más característico y que sin duda define al totalitarismo es aquella concepción, según la cual el Estado tiene la naturaleza de un ente real, tanto como los seres vivos – provisto, en consecuencia, de un alma y un cuerpo- que como único

³⁵ DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, " El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales", Quito, Editorial La Unión C. A., op. cit., pág. 128

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibid.*, 129.

capaz de realizar el bien absoluto- el predominio de la clase proletaria o de la raza -, absorbe en sí todas las manifestaciones de la vida humana de un país: la sociedad, la familia, las comunidades religiosas y, a las personas mismas, quienes solo adquieren significación en cuanto sean un medio para el cumplimiento de sus fines³⁹.

Como un natural corolario de estas ideas, la acción del gobierno, aunque a veces revestida de apariencias democráticas, se efectúa a través de procedimientos autoritarios que utilizan ampliamente todos los medios de control social para conseguir que los individuos conformen sus vidas al servicio del ideario oficial.

En segundo término, es posible encontrar en estos regímenes, un fuerte substrato ideológico, más o menos coherente, que sirve de fundamento a dicho Estado, y que se caracteriza por ser intransigente con otras ideas y por exigir una adhesión incondicional. Este ideario oficial diferencia al Estado totalitario, de las tiranías griegas y de las monarquías absolutas, basadas nada más que en el poder personal.

Es además observable, en tercer término, la existencia de un partido único - el Partido Nacional Fascista, el Nacionalsocialista o el Partido Bolchevique- que impregna toda la organización social y política del Estado, y que toma sobre sí la misión de conseguir la realización de la idea política que con carácter de mito inspira las actividades del Estado.

A estas características, es posible agregar una última: el hecho de que la constatación de la conciencia de la nación o del pueblo, encarnada jurídicamente en la idea de Estado, se deposite en manos de una identidad de carácter individual, el Dictador⁴⁰, o como lo llamaba la terminología fascista “Il Duce” o conductor⁴¹.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Esta idea no podría ser mejor expresada que con la mención de la conocida proclama de Mussolini “Tutto nello Stato, nulla contro Stato, nulla fuori dello Stato” (“Todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado”)

⁴⁰ Señalaba Francesco Escole, cuando desempeñaba su cargo de ministro fascista de educación nacional, “el Duce es la vasta conciencia donde toda la vida nacional se refleja y se repercute. Con más seguridad que monarca alguno, él puede decir: “El pueblo, el Estado, soy yo”. MASSOUL, HENRI, 1936, “La Lección de Mussolini”, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, pág. 128.

⁴¹ La existencia de un dictador, fenómeno claramente observable en los regímenes fascista y nazi, y que se diluye un tanto en el sistema colegiado de administración ejecutiva de la URSS, será bastante notorio en este último

Las características que señalamos como posibles de percibir en los Estados totalitarios, explican en gran medida la concepción del delito político en cada uno de sus respectivos ordenamientos.

De esta forma, la concepción del Estado como el ente superior y divinizado, determinará, que los delitos políticos adquirirán una categoría fundamental y primaria, y asuman la máxima gravedad dentro de las conductas criminales (sancionados casi siempre con la pena de muerte, mediante ahorcamiento o hacha, cuando no se recurre a alguna otra no menos deplorable sanción).

El trasvasije de los fines e las personas por los del Estado, y que conllevará a la supresión de la libertad, en todas sus manifestaciones, conducirá a la multiplicación de las infracciones de carácter política: Así, por ejemplo, la proscripción de la libertad de expresión, tendrá como lógica consecuencia la punición como crimen político de la crítica al régimen vigente; las restricciones a la libertad de asociación a resultar criminalizada la formación de toda corporación opositora al régimen vigente - léase, “subversiva”, “antinacional” o “contrarrevolucionaria”, o aún, tratándose del régimen fascista, de toda aquella que con carácter internacional, no ha sido autorizada por el Gobierno.

La inspiración ideológica que podemos encontrar detrás de los regímenes totalitarios, fundada en las ideas de predominio de una clase o de la raza, “desnaturaliza la esencia de las infracciones políticas, dispensando la protección reforzada de la norma penal a bienes jurídicos secundarios - y más aún - crea otros que no responden a valores morales o sociales estimables”⁴². Lo anterior es observable respecto de la compulsiva protección del llamado “patrimonio hereditario del pueblo” por parte del régimen nazi, que determinaría, por ejemplo, la penalización de las relaciones sexuales entre un alemán y una persona de raza extraña (judío, negro o de

país durante el gobierno de Stalin. Trosky, se encarga de criticarlo: “La organización del partido asume el lugar del partido mismo; el Comité Central asume el lugar de la organización; y, por último, el dictador asume el lugar del Comité Central”. En WALKER PRIETO, IGNACIO, 1980, “El Delito Político”, op. cit., pág. 34

⁴² RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 171. Y que como observa este autor, no sólo incrementará las conductas incriminadas políticamente sino que además multiplicará la delincuencia común.

color), y que llevaría a consagrar sanciones repudiables como la esterilización y aún la castración⁴³. Así como también, en el caso de la URSS, que adquirirán naturaleza política, todo aquella amplia gama de delitos que atentan contra la propiedad estatal.

En cuanto a la característica de predominio de un partido único y la confusión de éste con la idea de Estado, puede observarse con bastante nitidez, en la configuración de delitos contra la Seguridad del Estado de los ataques contra el Partido Nacional Fascista, que señala el Código Penal entonces vigente en Italia⁴⁴.

Respecto a la autoridad de la cual se encontraba revestido el “jefe”, no sólo determinó la punición como delito político de cualquier atentado contra su integridad y aún contra su honor, sino que además, respecto del régimen fascista italiano, la facultad de que estaba investido el ejecutivo - es decir, el Duce en definitiva – de emitir normas jurídicas⁴⁵.

La anterior prerrogativa del Jefe de Estado, y que vulnera uno de los principios conquistados por el Derecho Penal liberal, se verá unida a otras dos manifestaciones que afectan igualmente el principio de legalidad: retroactividad en materia penal y la utilización de la analogía⁴⁶, que obviamente no sólo vulneraron las garantías del delincuente político sino también las del común.

Las manifestaciones regresivas del Derecho Penal autoritario, en cuanto al tratamiento del delincuente político, que tuvieron los países donde surgieron gobiernos totalitarios, vino a influir en otras naciones del mundo, ya sea directamente, como en el caso de Europa del Este, o incluso con la propagación de su doctrina política y

⁴³ Que en razón de la ambigüedad de la terminología legal y la desvirtuación del procedimiento establecido llega a hacerse aplicable incluso a los disidentes políticos. Así señala RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op, cit, pág. 216, “La preocupación racial alcanza, en efecto a los que deshonran la sangre y el honor alemanes con su conducta política”.

⁴⁴ O aún, mediante la perversión de la doctrina del móvil político, en una verdadera causal de exención de responsabilidad, cuando se cometía un delito común con un fin nacional, entendida siempre presente en los afiliados al partido nacional fascista italiano.

⁴⁵ Por medio de una Ley de 31 de Enero de 1926.

⁴⁶ Fundamentados, en el caso del régimen nacionalsocialista a partir de la modificación del Código Penal Alemán que conceptuara como delito no solo los actos que como delito expresamente señale la ley sino también, aquellos que afecten “los sanos sentimientos del pueblo alemán”. En la ley rusa, por su parte, se prevenía expresamente en el art. 16 de su Código Penal para el caso que un hecho peligroso no este expresamente previsto en el Código.

filosófica, que engolosinó a mentes simples de otras latitudes, y aún a ciertos autores de prestigio⁴⁷.

Se ha señalado que la oleada autoritaria no solo tuvo origen en la influencia de los Regímenes totalitarios, sino que también como consecuencia de la aparición, especialmente en este siglo, de los crímenes de guerra y de los delitos terroristas⁴⁸.

De esta forma, indica Rodríguez Devesa que la reacción legislativa y doctrinal frente al trato favorable a los delitos políticos, se fundamenta, entre otras razones, en que "las pugnas se han desplazado de las disputas sobre la forma de Gobierno al terreno de las ideologías, empleándose si escrupulos medios de inaudita violencia para conquistar el poder y para conservarlo"⁴⁹. En este sentido, nos dice el autor que "el precio en vidas humanas y padecimientos de toda índole que viene pagando la Humanidad por progresos en muchas ocasiones mínimos, en otras por auténticos retrocesos, es excesivamente alto y dista mucho de ser razonable"⁵⁰.

No obstante, las manifestaciones de violencia política a que se refiere el autor, en el entendido que realmente formen parte del ámbito de los delitos políticos, sólo cubren un sector del amplio espectro de figuras que conforman tal parcela del Derecho Penal. Se trata de ilícitos que, en todo caso, los autores desde antiguo han sabido excluir de los beneficios generales del crimen político, y que no justifican el extender una represión desmedida a otros ámbitos que sólo constituyen expresión de garantías fundamentales como el derecho de expresión, de reunión o de asociación, por ejemplo.

Quintano Ripollés, nos da una explicación más satisfactoria. Según este autor, el trato benigno a favor de los delitos políticos "secuela de una concepción romántica de la criminalidad política en la mente de los doctrinarios liberales de la época", se mantuvo durante medio siglo, pero "al alcanzar posiciones la burguesía liberal y al hacerse capitalista, los románticos ideales se transformaron en torva repulsa ante las

⁴⁷ Ruiz Funes, se lo reprocha a Donnedieu de Vabres. RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, "Evolución del Delito Político", op. cit., págs. 244 y ss.

⁴⁸ WALKER PRIETO, IGNACIO, 1980, "El Delito Político", op. cit., pág. 34 op. cit., pág. 26.

⁴⁹ RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, 1983, "Derecho Penal Español", Parte General, Madrid, Artes gráficas CAVASA, 9ª Edición, pág. 565.

⁵⁰ *Ibidem*.

demandas del proletariado” Y de esta forma, si es que “dinámicamente y en pura técnica penal y criminológica, la acción era la misma, de subversión y fuerza ideológica y material contra un orden político-jurídico preestablecido... chocaban los nuevos delincuentes con un estado de opinión y, lo que es más grave, con una sensibilidad que, en vez de propicia, acreditábase irreconciliable con la innovación propugnada”⁵¹.

De esta manera, si bien después de la Segunda Guerra Mundial existe un renacimiento de los principios de un Estado de Derecho aportados por la filosofía liberal, aunque con cierta tendencia a considerar esta vez la necesidad de una actividad social de Estado, que confluyen en el denominado Estado social y democrático de derecho, los autores observan, el surgimiento de la denominada legislación de emergencia – y aún una verdadera corriente político criminal asociada a la misma –

prolífica en figuras de imperfecta descripción típica, actos preparatorios penalizados, delitos de opinión, presunciones de autoría, en lo propiamente penal sustantivo, y, en lo penal adjetivo, toda una gama de procedimientos abreviados que privan a los imputados de las garantías más básicas del derecho de defensa.

Tales manifestaciones, aún cuando se presentan muchas veces como una respuesta institucional al ataque del terrorismo, actuando al margen del marco Constitucional, y las más de las veces, con vulneración de las garantías básicas del individuo, han determinado la aplicación del control penal a conductas que debieran estar fuera del mismo, como es el caso del disenso político.

De allí que el problema actual, como señala García Rivas⁵², no es “plantearse porque el estado responde inconstitucionalmente al terrorismo, sino aún más porque se dedica a incriminar el disenso político aprovechando la vorágine del terrorismo”.

⁵¹ Citado por JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, págs. 179 y 180.

⁵² GARCIA RIVAS, NICOLAS, 1990, “La Rebelión militar en Derecho penal”, Albacete, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, especialmente págs. 28 y siguientes.

Se trata como señala Ferrajoli, de la “peligrosa tentación totalitaria”, que afecta a las actuales democracias, en donde “la defensa de esta democracia y esta legalidad, éticamente acreditada por el consenso masivo que se le tributa, puede ser esgrimida como justificación, en nombre de una suerte de garantía supraconstitucional de seguridad, de cualquier posible lesión de la legalidad constitucional”⁵³. Frente a la cual, agregaría Baratta⁵⁴, “no solo el terrorismo, sino – por atracción – también toda manifestación no institucional de disenso político asume una drástica connotación negativa”.

III.- Formación del concepto de delito político

Habiendo realizado en la primera parte de este trabajo, un estudio de la evolución histórica de la criminalidad política, y antes de preocuparnos de la determinación conceptual de la misma, conviene referirnos a aquel planteamiento que postula la imposibilidad de alcanzar una definición, al menos desde una perspectiva jurídica penal, del delito político.

A) Tesis de Francesco Carrara: imposibilidad de determinar la esencia jurídico penal de la infracción política.

Es que frente a las corrientes, que discrepan respecto del criterio definatorio de la criminalidad política, se encuentran la postura de Francisco Carrara, quien niega, al

⁵³ *Ibíd.*, pág. 32.

⁵⁴ *Ibídem.*

menos desde una perspectiva jurídica, la posibilidad de arribar a un concepto de delito político, y aún de que este pueda ser estudiado desde la perspectiva de la Ciencia Penal.

El impedimento provendría, en primer término, del carácter de variabilidad y relatividad que presenta el delito político desde una perspectiva histórica.

No puede desmentirse, un hecho que observan los diversos autores, que en el ámbito histórico el delito político describe un pendular movimiento que ha ido de la consideración de estos atentados como “hechos dirigidos contra poderes divinos con que se exaltaba al soberano; o por el contrario, se ha llegado a borrar de su contenido la idea de delito considerándolo un filoneísmo, fruto de un patriótico afán de redención”⁵⁵.

Frente a esta situación, en la cual “veinte siglos o más de progreso civil no han sido suficientes para proclamar esa verdad absoluta que separa la verdad de la culpa en el mar ondulante de la política”⁵⁶, Carrara entiende que nos vemos impedidos en “la posibilidad de la existencia de un derecho penal filosófico y fundado en principios absolutos”⁵⁷.

Ahora bien, si no es posible concebir verdades filosóficas en materia de delito político, que permitan determinar cual es su substancia, encuentra Carrara que su carácter esencial solo puede ser hallado en la nota contingente, “ya la historia de todos los tiempos disuade en la creencia en aquellos supremos preceptos racionales - los que, según Carrara podrían fundamentar filosóficamente esta figura -, porque nos muestra que el delito político no se define por verdades filosóficas, sino más bien por la prevaencia de los partidos y de las fuerzas y por la suerte de la batalla.”⁵⁸

Y aún saliendo del terreno de los hechos y adentrándose en el terreno de la moral, dice encontrar esa misma nota de variabilidad⁵⁹.

⁵⁵ DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, “Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos”, op. cit., pág. 49.

⁵⁶ CARRARA, FRANCESCO, 1944, “Programa del Curso de Derecho Criminal”, op. cit., parr. 3926, pág. 504

⁵⁷ *Ibid*, parr. 3924, pág. 503.

⁵⁸ *Ibid*, parr. 3926, pág. 504.

⁵⁹ “De un lado los conspiradores e innovadores políticos son declarados infames y perseguidos hasta en sus bienes y sus hijos; del otro, se esparcen flores sobre sus tumbas y se perpetúa su memoria como mártires con biografías y poesías populares”. *Ibidem*, parr. 3938, pág. 509.

Encuentra el impedimento también, en “las condiciones de la ciencia” que “presentan al delito político como indefinible por principios absolutos, porque se duda al definir en él el criterio constitutivo de la culpabilidad, ante el perpetuo conflicto de la agresión a un estado jurídico, por una parte, y la mira del bien de la patria por la otra, que siempre es la meta tomada como bandera por todos los partidos en las luchas civiles”⁶⁰. En tales condiciones, ni siquiera será posible establecer el carácter delictivo de la conducta del criminal político, en razón del mismo fin altruista de este, el que no pocas veces verá en esta acción un verdadero servicio a la patria⁶¹.

Los autores se han hecho cargo de los diferentes planteamientos sostenidos por Carrara, para justificar la posibilidad del estudio del delito político, desde una perspectiva jurídica.

Se ha señalado⁶², desde luego, que la denotación de la característica de variabilidad que en el campo superficial de las variaciones históricas presenta la infracción política no se opone a la consideración científica del fenómeno, ya en su aspecto sociológico, ya en su aspecto jurídico. Aún siendo bastante evidente la mutabilidad que caracteriza al delito político, resulta necesaria la elaboración de una teoría con el objeto de tener un criterio de sana certeza y una idea adecuada en la política represiva⁶³.

Y si desde fuera de un sistema político, y con pretensiones de trazar el límite perpetuo de lo lícito, fracasa el intento de Carrara de elaborar una teoría del delito político, ella puede en todo caso, según Soler⁶⁴, ser elaborada no como una construcción abstractamente ahistórica, sino desde dentro de un sistema jurídico-político determinado.

⁶⁰ *Ibidem*, parr. 3928, pág. 505.

⁶¹ Señala Carrara, “No puede haber delito (se dice) cuando se obra para traer el bien de la nación; no se puede decir que esta sea agredida por el que exponiendo en ella su propia vida quiere mejorar la suerte de ella”. *Ibidem*, parr. 3934, pág. 507

⁶² En este sentido, DURAN, MANUEL, 1970, “Notas sobre el delito político”, en “Problemas actuales de la Ciencias penales y la Filosofía del derecho”, Buenos Aires, Editorial Pannedille, pág. 258. El autor cita el pensamiento de Eusebio Gómez planteado en su obra: “Delincuencia político social”.

⁶³ DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, “El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales”, *op. cit.*, págs. 80 y 81.

⁶⁴ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, *op. cit.*, Tomo V, págs. 69 y 70.

A otros autores, como Brusa⁶⁵ no le complica tanto la situación de variabilidad que es posible observar en los delitos políticos, pues se señala que ella, también es observable en los delitos comunes que aunque sí, en menor grado, con la misma certidumbre.

En cuanto al fundamento de su incriminación, que Carrara supone inexistente en los delitos políticos, se han dado respuestas de muy diversa índole: “la conservación del orden vigente” que determina la posibilidad de la vida social, como sostiene Dorado Montero⁶⁶; “la defensa de la casta gobernante”, como señala Vidal⁶⁷ y Jiménez de Asúa⁶⁸, por oposición a la defensa social que justifica la incriminación en los delitos comunes; “la violación de la ley de la mayoría”, como sostienen Florian⁶⁹, Lombroso y Laschi⁷⁰, entre otros, posición que presupone la existencia de un Estado democrático.

B) Teorías conceptualizadoras del delito político: su circunscripción en un criterio objetivo, subjetivo o mixto.

Si, como señalábamos, el problema del delito político como tema de discusión en el ámbito penal, va a manifestarse sólo con el advenimiento histórico del pensamiento liberal, es solamente a partir de ese momento que comenzarán los planteamientos conceptualizadores en torno a esta figura.

En efecto, una vez planteadas las diferentes razones que consagra el Derecho Penal Liberal –la ausencia de ilicitud, la manifestación del derecho de resistencia, etc.- el delincuente político había de recibir un trato diferente al criminal común, quedaba la tarea de establecer cual es su substancia, o en otros términos, determinar que ilícitos penales quedarían comprendidos en esta categoría privilegiada.

⁶⁵ RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 66.

⁶⁶ Citado en JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 203.

⁶⁷ Citado en DE LA TORRE, CARLOS, 1954, “El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales”, op. cit. pág. 352 y 353. Y el mismo De la Torre pág. 355.

⁶⁸ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 217.

⁶⁹ RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., págs. 75 y ss.

⁷⁰ DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, “El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales”, op. cit., págs. 185 y ss.

En términos generales, y siguiendo la clasificación de Löwenfeld⁷¹, es posible observar las siguientes tres grandes corrientes que se ocupan de este problema, dentro de las cuales se enmarcarán los autores en forma más o menos pronunciada: la corriente objetiva, la subjetiva y aquella que comprende las teorías mixtas o eclécticas.

Resulta fácil adivinar que las dos primeras corrientes, la objetiva y subjetiva, seguirán, en definitiva, “el mismo proceso que afecta a todo el derecho penal: el de la consideración preferente del delito y el de la estimación predominante del delincuente”⁷²; en cambio, las teorías mixtas o eclécticas, tratarán de conciliar ambos criterios.

Conviene advertir, que como en la generalidad de los temas del pensamiento, la circunscripción del planteamiento de los autores a una u otra teoría no es absoluta, presenta matices, de los cuales muchas veces resulta bastante discutible su inclusión en una u otra categoría. Y precisamente, para salir al paso de esta dificultad se suele incluir en el ámbito de las teorías eclécticas, aquellas en las cuales no existe una preferencia marcada por alguno de los dos criterios fundamentales.

1.- Criterio Objetivo o del Bien Jurídico Violado.

Las teorías que siguen el criterio objetivo consideran, en la caracterización del delito político, de manera exclusiva, la naturaleza del bien jurídico perjudicado, es decir, “al bien o interés jurídico lesionado o expuesto a un peligro”⁷³. En consecuencia son delitos políticos “Aquellos que amenazan la Seguridad del Estado o que comprometen el funcionamiento de sus órganos constitucionales o administrativos”⁷⁴.

⁷¹ Citado por JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 187.

⁷² RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 51.

⁷³ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 188.

⁷⁴ DONNEDIEU DE VABRES, “Tratado elemental de derecho criminal y legislación comparada”, citado en DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, “El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales”, op. cit., pág. 144.

Puede señalarse que, históricamente, las primeras definiciones del delito político son de carácter objetivas, como la de Filangieri⁷⁵, que estimaba como tales “los atentados dirigidos contra la Constitución del Estado y la Soberanía”.

Conforme a esta posición, para la determinación de un cierto delito como político ha de considerarse “la naturaleza del interés ofendido”, y también, en consecuencia, cobrará importancia la consideración del sujeto pasivo, en cuanto “poseedor del bien jurídico atacado”: “El Estado, en su organización en su forma, en sus fines; el ciudadano, como titular de los derechos políticos”⁷⁶

Los exponentes del criterio objetivo rechazan la idea de que el móvil o fin permita determinar la índole política del delito. Así Garraud⁷⁷ sostiene que “Desde el punto de vista jurídico no hay por qué distinguir el asesinato, el robo, el incendio, la explosión políticas, más de lo que habría de diferenciar el asesinato, el robo, el incendio, la explosión cometida por venganza, por codicia o por amor. El Juez, en el examen de la culpabilidad individual, puede o debe tener en cuenta los móviles, más o menos antisociales, más o menos odiosos del acto incriminado, pero este acto, cualquiera sea el motivo que le inspira y cualquiera sea el objetivo que se proponga, sigue siendo lo que era en sí mismo, un asesinato, un robo, un incendio, o una explosión, es decir, un crimen de derecho común”.

Se señala como uno de los grandes méritos de las tesis objetivas la de constituir el primer intento de delimitar el concepto de delito político, cuyo radio histórico - como pudimos observar en el capítulo anterior - fue sobremanera amplio.

En términos generales, puede citarse el pensamiento del profesor belga Haus⁷⁸, quien luego de indicar que los delitos políticos comprenden “los crímenes y delitos que atentan únicamente al orden político”, nos señala este profesor belga que “el concepto de orden político tiene dos aspectos: el exterior y el interior. El orden político exterior

⁷⁵ FILANGIERI, “La scienza della Legislazione”, lib. III, 2º parte, Cap. XLIII, citado por JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 188

⁷⁶ RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 51.

⁷⁷ GARRAUD, citado por DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, “Terrorismo, Ley antiterrorista y Derechos Humanos”, op. cit., pág. 65.

⁷⁸ RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 53.

está constituido por la independencia de la Nación, por la integridad del territorio y por las relaciones interestatales e internacionales; el orden político interior, por la forma de gobierno, los poderes públicos y los derechos políticos de los ciudadanos”.

A esta definición del delito político otros autores como Prins y Thiry, en Bélgica, y Barsanti y Maggiore, en Italia, asignarán, en términos generales, el mismo contenido.

En todo caso, comenzará a precisarse poco a poco la noción sustentada por la tesis objetivista.

De esta manera, si varios de los autores otorgan a aquellos delitos que afectan los derechos políticos de los ciudadanos, como los delitos electorales - llamado por Florian, delitos políticos impropios- la categoría de políticos, una apreciación más detallada del Bien Jurídico permitirá desvirtuar la asimilación.

En efecto, mientras que el delito político precisa un ataque a la organización fundamental del Estado, en esta otra gama de delitos no es la Constitución misma contra quien va dirigida la acción, sino, son los derechos concedidos por ella a los ciudadanos, contra cuales se atenta⁷⁹.

Desde otro punto de vista, y siguiendo con la delineación del concepto de delito político, José Agustín Martínez, acotará que “como el Estado es una persona jurídica necesita órganos para manifestar su voluntad suprema y para cumplir sus fines. El poder exteriorizado en la actividad de estos órganos es poder del Estado. Todo ataque contra los órganos es también delito político”⁸⁰. De la Torre comenta el aporte de este eminente profesor cubano “En realidad las funciones estatales toman vida y

⁷⁹ Así, Luis Carlos Pérez, con acierto sostiene que “sería indispensable una sutileza extremada para admitir que la falta de esas expresiones cívicas produzcan un derrumbamiento de los órganos del poder público”. El mismo Florian enmendará su doctrina en este sentido. DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, " El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales", op. cit., pág. 296 y 297.

⁸⁰ *Ibíd*, pág. 148.

forma real a través de la actividad de los órganos. El ataque a estos no es sino un medio al servicio de un fin ulterior cristalizado en la destrucción del poder gubernamental”⁸¹.

Es posible citar exponentes de la teoría del interés jurídico lesionado en distintos países de Europa y América. En Italia siguen la doctrina objetiva Bucellatti, Brusa Arabia, Napodano y Conti. En Alemania, Von Litz, Kohler y Binding. En Francia Donneidieu de Vabres y el ya señalado Garraud. En Argentina, Tejedor, y en México, Cisneros y Garrido.

En España, tal como lo haría Pacheco sostienen la idea objetiva del delito político Antón Oneca, Castejón, Cobo del Rosal y Vives Antón.

En cuanto a las críticas que se formulan al criterio objetivo quizá la principal es la de reprocharse a la posición la superficial manera de determinar el delito político, considerándose por sus exponentes la sola “materialidad legal definitoria del delito”, y al mismo tiempo el hecho de atender sólo a los lineamientos generales, dejando al margen todo el sentido social o antisocial que pudiere tener, prescindiendo, en consecuencia de los motivos y fines del delincuente.

En forma anexa a lo anterior y como consecuencia de esta visión parcial del crimen político, se señala que no ha dado la doctrina objetivista una solución satisfactoria a los problemas que plantean las figuras complejas y conexas, debiendo recurrirse a criterios alternativos muy poco satisfactorios.

Es por estas razones que en la actualidad son pocos los autores que siguen el criterio objetivo. A este respecto, señala De la Torre que “la idea objetiva va perdiendo día a día fuerza y aceptación. Tras un parco renacimiento que tuvo como reacción contra el positivismo se ha presenciado su etapa fatal de decadencia”⁸².

Pero, paradójicamente, el criterio objetivo se encuentra presente en los tratados de extradición y en la mayoría de las legislaciones del mundo, y entre ellas la de nuestro país, mediante la configuración de delitos contra la Seguridad del Estado⁸³.

⁸¹ Ibídem.

⁸² Ibíd, pág. 152.

⁸³ Esto es señalado por Bustos Ramírez “La configuración de delitos contra la Seguridad del Estado ha significado el predominio de las tesis objetivistas respecto del delito político, esto es que puede recibir una

2.- Criterio subjetivo o del móvil.

Para los partidarios de esta teoría la calificación de un acto como delito político debe realizarse en función del elemento psicológico o teológico de la acción; es decir, depende del móvil, la finalidad política que guía al autor.

Así como señala Eusebio Gómez, uno de sus más preclaros sostenedores, el elemento decisivo es siempre el psicológico y personal de los motivos que determinan al autor del delito.

Si el actor tiene una motivación política, no interesará cual sea el interés lesionado- o al menos éste pasará a un segundo plano- será el hechor un delincuente político y el acto ejecutado un delito político.

Aunque al parecer la doctrina subjetiva tiene, en cierta forma, antecedentes en la obra de Lombroso y Laschi – siendo, como veremos, su criterio más bien mixto que subjetivo - el clásico representante de la doctrina de los motivos es Enrique Ferri.

Ferri se muestra favorable a los delitos político-sociales⁸⁴, que llamará evolutivos, en cuanto, observará que tras su actuación es posible descubrir una voluntad altruista, “que procura apresurar las fases futuras del Estado o de la organización de la sociedad, de un modo más o menos ilusorio”, y en consecuencia, pedirá a su favor, sanciones especiales⁸⁵.

Ferri centra en el móvil la distinción entre los delitos comunes, que llamará “atávicos” y los delitos político-sociales, que llamará “evolutivos”, “Aquellos – los atávicos - determinados por móviles egoístas aunque no sean innobles, como el amor

configuración típica propia, diferente a la de los demás delitos contemplados en el Código”. En BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, Barcelona, Editorial Ariel, 2º Edición aumentada, corregida y puesta al día, pág. 394.

⁸⁴ Que, según el mismo Ferri, se trataría de una variedad muy singularizada de los delitos pasionales.

⁸⁵ Este pensamiento que no es más que una manifestación clara de la profunda huella que cimentó en la Doctrina Penal, la noción liberal del delito político, puede ser observada, ya con anterioridad, en la boca de Erio Sala, quien en su libro *Rinnovamento dei buoni giuridici* señala: “Nosotros no podemos admitir siempre que en los delitos políticos se verifique la verdadera entidad del delito, siendo estos no pocas veces efectos de una convicción en sí misma no culpable”, citado por JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 193.

contrariado, el honor ofendido, etcétera; éstos – los evolutivos -, cuando no se acompañan por formas atávicas de delincuencia, determinados por móviles altruistas, aunque sean aberrantes o utópicos; es decir, consistentes en la preocupación de un mejor orden político y social, en provecho de la sociedad entera o de una clase social”⁸⁶.

Priva, en consecuencia, de importancia tanto a la materialidad objetiva del delito como al bien jurídico que aparece protegido. Así, continúa señalando el mismo autor que “una distinción entre delitos comunes y delitos político sociales, no puede hallar en la diferencia objetiva del hecho más que un elemento secundario y accesorio. Esto mismo acontece con la ley escrita; por una parte, los hechos tratados...como delitos contra la Seguridad del Estado, no pueden considerarse como delitos políticos cuando son cometidos por móviles egoístas, por ejemplo, de concupiscencia (como la traición con fin de lucro) o de venganza (por ejemplo, el regicidio con un fin de venganza privada); y por otra parte, los delitos comunes pueden considerarse como delitos político-sociales, si estando determinados exclusivamente por motivos políticos, son o no conexos de un delito político principal ”

Aunque la doctrina subjetiva que pone acento en el delincuente, en su vida precedente, en su conducta, móviles, pareciera encuadrarse en una línea positivista, y siendo además, un claro exponente de dicha escuela Ferri, uno de los más importantes sostenedores de la doctrina del móvil, constituiría un error realizar dicha identificación. Y ello, previene Jiménez de Asúa⁸⁷, no solo sería errado, en cuanto a que el origen de la concepción subjetivista sea más antiguo, sino que “en punto alguno la discrepancia entre los positivistas es mayor”. De esta manera, por ejemplo, Garófalo niega, en términos generales, una distinción entre delito político y delito común, y, Lombroso y Laschi, en un sentido, y Florian, en otro, se inclinan por un criterio mixto.

Hecha esta aclaración corresponde nombrar a los máximos exponentes del criterio subjetivo.

⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 194.

⁸⁷ *Ibíd.*, pág. 195.

En España, Saldaña y Quintano Ripollés se pronuncian a su favor.

Aceptan también la doctrina subjetiva, Majno, Eusebio Gómez, Radbruch, Sighele, Angiolella.

Si bien, no se puede negar la importancia del móvil en la noción justa y cabal del atentado político, se ha criticado el criterio subjetivo en razón de las graves dificultades para establecer con certeza los motivos determinantes de una acción y la inseguridad jurídica que resulta de calificar una conducta a través de un elemento intencional, al margen de la objetividad jurídica⁸⁸.

Quintano Ripollés⁸⁹ defiende su postura señalando que “la técnica subjetivista, sobre todo la definida por la convicción, es la más difícil aunque sea la más justa, no

pudiendo constituir ello un reproche, ya que dificultad y justicia son términos que están lejos de ser antitéticos”.

Con todo, las críticas formuladas a la teoría subjetiva, lejos de conducir a los autores de regreso a las tesis objetivas, han tenido como fruto la formulación de posturas eclécticas que haciéndose cargo de las opiniones contrarias a las teorías expuestas, elaborará una doctrina que cuenta con la mayor cantidad de autores a su favor.

3.- Criterio Mixto o Ecléctico.

Nace de la consideración tanto del bien o interés jurídico atacado así como el móvil o fin perseguido por el autor.

Eugenio Florian es uno de los mejores exponentes de la teoría mixta ha señalado: “Nosotros doctrinariamente creemos- escribe el venerable positivista- que

⁸⁸ En este sentido, José Agustín Martínez. Citado por RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 66.

⁸⁹ QUINTANO RIPOLLES, en Revista de Derecho Penal, 1951, citado por JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 195.

para obtener la noción del delito político, deben asociarse los criterios del bien o interés jurídico y del fin político”⁹⁰.

Con un tratamiento que siguen los demás autores sostenedores de este criterio, parte del elemento objetivo, “El criterio deducido de la cualidad del bien que el delito político ofende, es criterio primario pues penetra inmediatamente en la esencia jurídica del delito – y ello en razón de que ...El objeto es aquí en realidad, el derecho del Estado, ora respecto a la esencia, bien respecto a la forma”⁹¹

No obstante, se dirá que la consideración del bien jurídico lesionado o puesto en peligro no es suficiente, “Pero el criterio del derecho lesionado no basta: el delito debe ser político objetiva y subjetivamente: si se prescinde del fin, se podrá tener un delito político solamente objetivo. El fin político ha de considerarse elemento esencial de esa noción, precisamente para que de los dichos tradicionales beneficios queden excluidos los delincuentes contera el Estado que obedecieron a distintos impulsos”⁹². Estas ideas expuestas por el distinguido positivista fueron emuladas por otros autores italianos como Puglia, Paoli, Pozzolini, Massari.

Es necesario observar, con todo, que la consideración del móvil ha sido utilizada por algunos autores para ampliar el concepto de delito político a aquellos delitos comunes cometidos con fines políticos, y, en cambio, para otros con el objeto de limitar el ámbito de los delitos objetivamente políticos sólo a los cometidos con un fin político.

Siguen la tendencia extensiva Manzini, y Antolice, los cuales como comentaristas del Código Penal Italiano de 1930, han aceptado la definición que el artículo 8 de este cuerpo legal da al ilícito político, cuando sostiene “a efectos de la ley penal es delito político todo aquel que ofende un interés político del Estado o un derecho político del ciudadano. Se considera, además delito político, al delito común determinado en todo o en parte por móviles políticos”.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 197.

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² *Ibidem.*

En España sigue esta tendencia extensiva Cuello Calón, quien señala que “es delito político el cometido contra el orden político del Estado, así como todo delito de cualquier otra clase determinado por móviles políticos”⁹³, señala que “deben, por tanto estimarse como infracciones de esta clase no sólo las que objetivamente tengan tal carácter por el interés político que lesionan, sino también las que, apreciadas subjetivamente, manifiestan una motivación de carácter político”⁹⁴.

Se ha criticado esta variante del criterio mixto en razón de constituir una “notable falla doctrinaria” el no considerar el móvil respecto de los delitos objetivamente políticos, pues “precisamente la medula de la doctrina ecléctica... radica en tomar como factores integrantes de la infracción política a la tipicidad objetiva y a los móviles”⁹⁵.

Dentro del criterio ecléctico, la tendencia restrictiva, en cambio cuenta con más adeptos, entre los cuales podemos mencionar Florian, Jiménez de Asúa, Cerezo Mir, Rodríguez Mourullo, De la Torre, entre otros.

Formula esta última posición el propio Florian, en términos sencillos, el delito debe ser político objetiva como subjetivamente.

En consecuencia, conforme a esta última variante de la corriente mixta, muchos delitos que con la sola consideración de su raíz objetiva, han de recibir el trato privilegiado asignado a los delitos políticos, son excluidos de él en razón de que el móvil que guía al agente no es predominantemente político, y aún más, no tenga un carácter progresista, es decir, “es preciso que sus finalidades sean las de construir regímenes políticos o sociales de catadura avanzada orientados hacia el porvenir”⁹⁶.

Lo anterior ocurre con los llamados delitos pseudo-políticos, como lo es el “sicario que actúa en el homicidio político por precio, o el auténtico criminal o

⁹³ DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, " El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales", op. cit., pág. 167.

⁹⁴ *Ibíd*, pág. 168.

⁹⁵ *Ibíd*em.

⁹⁶ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 213.

pseudodelincuente que racionaliza su tendencia agresiva con el romántico título de rebelde”⁹⁷.

Lo propio ocurre con los crímenes de Estado, es decir, aquellos casos en que “los representantes de la autoridad pública, guiados por móviles de política represiva; incitan a las masas o a sus adeptos a perpetrar ataques personales, muchas veces culminantes en el homicidio, contra los elementos de la oposición”⁹⁸, en los cuales inexistente el móvil altruista⁹⁹, sólo es posible observar un sentimiento egoísta de dominación, de poder, de mando absoluto y absorbente que no solamente exige una ciega obediencia sino que elimina bajo este mismo expediente toda voluntad disconforme.

Por esta misma razón Jiménez de Asúa¹⁰⁰, Soler¹⁰¹ y De la Torre¹⁰², entienden que jamás pueden entrar dentro de la categoría de delitos políticos los golpes militares.

En general, solo críticas favorables recibe en la Doctrina actual el criterio ecléctico, en razón de distanciarse de la parcialidad que constituye la sola consideración del Bien Jurídico o del móvil, para la determinación del delito político y, de esta forma, elaborar una noción científica ajena a las variaciones cotidianas de la política.

IV.- Clasificación del delito político.

Las clasificaciones que ha efectuado la Doctrina en este punto nos permiten la consideración de los distintos aspectos del delito político, y contribuyen a la determinación de sus límites.

⁹⁷ Ibid, págs. 184 y 185.

⁹⁸ DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, " El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales", op. cit., págs. 291 y 292.

⁹⁹ Sin considerar, además, que su distinta naturaleza respecto de los delitos políticos se aprecia también desde el punto de vista del sujeto activo, como de la existencia de un sujeto pasivo, y al menos desde una perspectiva tradicional de Seguridad del Estado, de un bien jurídico protegido distinto (la vida, la integridad personal, etc.)

¹⁰⁰ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, "Tratado de Derecho Penal", op. cit., Tomo III, pág. 215.

¹⁰¹ SOLER, SEBASTIAN, 1945, "Derecho Penal Argentino", op. cit., Tomo V, pág. 19.

¹⁰² DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, " El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales", op. cit., págs. 294 y 295.

Históricamente, las primeras clasificaciones que se formulan a los delitos políticos son de naturaleza objetiva¹⁰³ como aquella propuesta por Carmignani, y seguida también por Florian, que divide a los delitos políticos en propios e impropios, según tengan por objeto el organismo político del Estado, ya respecto de los elementos constitutivos de su existencia (soberanía territorial, autonomía, independencia), o en su actividad fundamental y en cuanto a los órganos constitutivos de la misma; y que cataloga entre los segundos, los que se dirigen contra los derechos políticos de los ciudadanos.

Otra clasificación, también de carácter objetivo y de origen francés, es aquella que distingue entre delitos políticos internos o contra la Seguridad Interior del Estado – a los que nos referiremos in extenso en la segunda parte de este trabajo - y delitos políticos externos, según ataquen, o la forma de gobierno, o la independencia del Estado, respectivamente¹⁰⁴.

Respecto de esta clasificación ha de señalarse que según ciertos autores¹⁰⁵ debe exceptuarse la última categoría, es decir, aquellos que atentan contra la Seguridad exterior del Estado, de los delitos políticos propiamente dichos, porque se dice que carentes de un verdadero altruismo, solo puede observarse en ellos la “negación del sentimiento tradicional e histórico de su pueblo, falta de optimismo en el porvenir, regresión y estancamiento”¹⁰⁶.

No obstante, el resto de los autores se inclina por la opción contraria. En efecto, Soler señala con precisión que no existe razón doctrinaria ni histórica para negar el carácter político a los delitos que afectan la Seguridad Interior del Estado, siempre que reúnan los demás requisitos subjetivos. Por el contrario, “en la legislación comparada ambas formas han integrado un solo grupo de infracciones contra el

¹⁰³ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, págs. 206 y 207.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Jiménez de Asúa señala en esta postura a Vidal, Garraud, Donnedieu de Vabres, en su op. cit. pág. 207. De la Torre, señala a Eusebio Gómez, y coincide en dicho planteamiento. DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, "El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales", op. cit., págs. 279 y ss.

¹⁰⁶ *Ibid*, pág. 287.

Estado”¹⁰⁷. Señala el autor, en este mismo sentido, que "desde luego, la historia constitucional muestra con plena nitidez que las persecuciones políticas han tenido siempre lugar bajo el título de traición y no bajo el de simple rebelión. El órgano de gobierno y la persona del príncipe han identificado siempre su causa personal con la del Estado”¹⁰⁸.

Puede señalarse, que en general las clasificaciones objetivas que ya Carrara estimó trasnochadas, hoy no tienen mayor importancia y sólo nos sirven para la mera catalogación de los delitos de la parte Especial.

Si manifiestan una real importancia en el ámbito de la teoría del delito político aquellas clasificaciones que pasamos a exponer, y que, permiten asignarle naturaleza política a ciertos delitos respecto de los cuales la catalogación resulta un tanto nebulosa.

A) Delitos políticos puros y relativos.

Una de las clasificaciones, señalada como la más importante, al menos desde una perspectiva internacional, es aquella que junto a los delitos políticos propiamente dichos, coloca dentro de la delincuencia política las categorías de los delitos complejos y de los delitos conexos a un delito netamente político.

Esta clasificación nos coloca en definitiva en la situación de determinar si delitos que afectan bienes jurídicos de orden privado han de gozar del régimen de los delitos que atentan contra el bien jurídico propiamente político.

Se trata, como se comprenderá, de una clasificación que solo tiene cabida para la teoría objetiva del delito político¹⁰⁹.

¹⁰⁷ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, págs. 16 y ss. Recuerda además razones históricas típicas de los países latinoamericanos, el hecho que al apoyo extranjero, le deben su organización constitucional.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Como Novoa Monreal tiene el acierto de indicar. NOVOA MONREAL, EDUARDO, 1985, "Curso de derecho penal chileno", Santiago de Chile, EDIAR - ConoSur, Tomo I, pág. 254, nota de pie de página.

En primer término, tenemos los delitos propiamente políticos “Aquellos que sólo lesionan la forma, organización y funciones del Estado, sin dañar otro bien jurídico”¹¹⁰

Estamos frente a un delito complejo “cuando el hecho delictivo, único desde el punto de vista material, lesiona a la par el orden político y el interés privado. El más característico de estos casos es la muerte dada a un jefe de Estado, con el fin de acabar con su gobierno.”¹¹¹

Por su parte, existe delito conexo, “cuando se comete una infracción de derecho común, en el curso de un delito político, teniendo relación con este acontecimiento; como por ejemplo, el hecho de asaltar arsenales, oficinas de Estado...”¹¹²

Suele además, denominarse delitos políticos puros a los netamente políticos, y, en cambio, agrupar a las dos últimas variedades, bajo la denominación de delitos políticos relativos¹¹³.

Esta clasificación presenta especial relevancia para limitar los posibles beneficios del delito político. Existe un amplio acuerdo en que los delitos políticos puros merecen beneficiarse de un tratamiento más favorable, al menos en el ámbito internacional. Ello en cuanto el delincuente político puro sólo atenta contra el *ius civitate* de su patria y no representa mayor peligrosidad para el país que lo acoge.

Sin embargo, respecto de las hipótesis complejas y conexas, existe cierta precaución por parte de los autores, en razón de que estas figuras van a afectar bienes jurídicos de naturaleza privada, en algunos casos de particular trascendencia – como la vida o la integridad física de las personas-, y por tanto, se discute la aplicación respecto de ellas del tratamiento empleado en los delitos políticos puros.

¹¹⁰ DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, “Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos”, op. cit., pág. 70.

¹¹¹ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 208.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ De esta forma, el profesor Joaquín Ebile, los define señalando “Son delitos políticos puros, los que realizados con un móvil de esta clase (o sea móvil político) lesionan exclusivamente el ordenamiento de Estado. Son delitos políticos relativos, los que a la vez o con ocasión de realizar un delito de esta clase, lesionan un bien privado”.

Son distintas las soluciones que se dan a este respecto y aún pasan por quienes, como Pessina o Rolin, estiman que “los delitos políticos relativos son infracciones desprovistas de naturaleza política”¹¹⁴.

Garraud, va a temperar su concepto objetivo en la conceptualización del delito político, al considerar los casos de una “infracción compleja o mixta”, es decir, la que lesiona “a la vez el orden político y el derecho común”. Entiende que la solución se encuentra en la consideración de lo que Barsanti llama “circunstancias concomitantes”. Así señala: “1° Todos los crímenes de derecho común, como pillajes, muertes, incendios, que serían legitimados si se produjesen en un estado de guerra regular, quedarán absorbidos, en cierto modo, por el delito político de insurrección del que son

necesarios o accidentales... 2° Pero si en el curso de la insurrección se cometen atentados contra las personas o las propiedades que serían reprobados por el Derecho de gentes, incluso en un estado de guerra regular—y que constituyeran actos de barbarie odiosa o de vandalismo inútil -, esos hechos seguirán siendo crímenes de derecho común”¹¹⁵.

Se ha criticado el pensamiento de Garraud, en cuanto el criterio que utiliza, llamado de la concomitancia, “si bien tiene rasgos de profunda verdad, es demasiado vago y ambiguo en el juzgamiento de los hechos concretos y reales de una revolución”¹¹⁶.

Ortolán, por su parte, señala que como en estos casos “El delito tiene un doble carácter porque los derechos violados son diferentes, los unos políticos y los otros no

Citado por DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, “Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos”, op. cit., pág. 69.

¹¹⁴ DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, " El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales", op. cit., pág. 386.

¹¹⁵ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, págs. 189 y 190. Es éste también el criterio de la ley francesa de 1927, y asimismo el sustentado por Stuart Mill, y los tribunales anglosajones. Op. cit, págs. 990 y 991.

¹¹⁶ DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, " El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales", op. cit., pág. 387.

políticos... debe ser calificado por el delito más grave que comprende pues el delito inferior no representa allí más que el papel de circunstancia accesorio”¹¹⁷.

Este criterio llamado “de la preponderancia o proporcionalidad”- y que emplea la ley danesa de 1947 y ley suiza de 1892-, es criticado por su vaguedad, así como también se ha señalado que, en definitiva, en su aplicación, el carácter político de un delito complejo estará determinado por el criterio político imperante en el país.

Parece ser que la determinación del carácter político en las figuras de tipo compleja, pasa por una vuelta a la teoría del móvil, aunque con ciertas restricciones.

Jiménez de Asúa¹¹⁸, de esta forma, entiende que el delito complejo, define su índole por el elemento subjetivo. En cuanto al delito conexo, si bien en principio acepta también el criterio del móvil establece un límite de tipo objetivo: “el de la atrocidad de los hechos perpetrados”.

Soler, por su parte, alude a este límite, cuando acorde a lo postulado por la Jurisprudencia de su país, “se ha resistido siempre, con razón, a calificar como político el hecho común que tenga solamente una conexión de coetaneidad, por su parte, y por otra, ha excluido aquellos hechos que constituyen actos de “barbarie odiosa”, y precisando respecto de estos últimos “los que importan el empleo de medios repudiados ante el derecho de gentes”¹¹⁹.

Se dice que “En general, la tendencia de la doctrina es la de no considerar política la acción delictiva que implique un atentado contra la vida humana o la utilización de determinados medios o procedimientos delictivos especialmente reprobables o peligrosos”¹²⁰.

B) Delitos políticos estricto sensu, delitos anarquistas y delitos sociales.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 209.

¹¹⁹ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, págs. 290 y 291.

¹²⁰ DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, “Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos”, op. cit., pág. 71.

Esta clasificación la plantea fundamentalmente, Jiménez de Asúa, con el objeto de señalar cuales son las variantes del denominado “delito evolutivo”.

Parte el autor su análisis de la clasificación de Ferri de los delitos en atávicos y evolutivos- cuestión que ya fue analizada al hacer la exposición de este autor en el capítulo anterior.

Definía la delincuencia evolutiva, para distinguirla de la atávica o común en aquella “criminalidad político-social”, que bajo una u otra de esas formas, procura apresurar las fases futuras de Estado o de la organización de la sociedad, de un modo más o menos ilusorio”¹²¹.

El desarrollo histórico ha ido modelando el contenido de estas formas de delincuencia, apareciendo frente a los tradicionales delincuentes políticos, la criminalidad anarquista y la social.

A pesar de las diferencias que pueden mostrar, entre sí, los delincuentes incluidos en estas categorías, en todos ellos es posible apreciar que fundamentaba su actuar, la misma “voluntad altruista” que animaba a ese delincuente político que tenían en mente los primeros autores del delito político liberal; son similares además, en cuanto a su proceder preparatorio y sus formas de ejecución, y la causa general de la delincuencia evolutiva es siempre la misma: “La propia manera de estar organizados el Estado y la Sociedad, y en el deseo que late en el autor del hecho de mejorar las formas estatales y las condiciones de vida de la masa asociada”¹²².

Respecto del delito anarquista, cuestión que ha perdido vigencia - salvo en cuanto su vinculación en la génesis del terrorismo- corresponde señalar que Jiménez de Asúa es de opinión de incluirla en los delitos políticos, justificándolo en el hecho que, no obstante tener estrictamente un carácter apolítico, esta fundamentado como el delito político tradicional en el mismo “móvil de aberrante mejora colectiva”.

¹²¹ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, págs. 182.

¹²² *Ibid*, págs. 189 y 190

Más importante es la referencia a los llamados delitos sociales. Respecto de ellos existe un mayor consenso en cuanto su inclusión dentro de la criminalidad política. Ferri, Manzini, Soler y Gómez lo hacen. Por la negativa están Rocco y Eugenio Cuello Calón.

Los comentarios que efectúa Jiménez de Asúa despejan cualquier duda respecto a su inclusión en el ámbito de la criminalidad política: “Aunque el eje central – en los delitos sociales - sea el hecho económico, en sus manifestaciones exteriores y en los resultados que procuran previamente obtener, llevan color político; de ahí que la criminalidad de esta especie bien puede asumir la denominación de delito político-social”¹²³.

La mayor amplitud que alcanza esta última variedad de delitos y la aparente peligrosidad supraestatal que generan ha llevado, con el tiempo, a la privación en el plano internacional de los beneficios que se brindan al delito político puro, fundamentalmente el derecho a asilo, y en el plano interno, ha ser objeto de una fuerte represión por parte de las llamadas Leyes de Seguridad del Estado.

V.- Delito político y delito terrorista.

A) Planteamiento del problema:

Dentro del estudio de la criminalidad política quedaba tratar al menos en forma sucinta la problemática del delito terrorista, y dar algunas luces acerca de su vinculación con el delito político.

Pues, aunque exista una tendencia manifiesta a escindir el fenómeno del delito terrorista de la criminalidad política, no ya sólo desde una perspectiva funcional, para negar los privilegios extraditorios, sino aún más, en un plano conceptual, evitando considerarlo como una subespecie de delito político, existe una indudable ligazón,

¹²³ Ibidem, pág. 186.

aunque sea atribuible aún a meras consideraciones históricas, al observar sus antecedentes en los actos de naturaleza anarquista.

En las próximas páginas nos ocuparemos de verificar si la vinculación se extiende a otros aspectos.

B) Panorama doctrinario respecto del delito terrorista:

En general, puede estimarse por terrorismo la "sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror"¹²⁴.

Aunque esta acepción concuerda en gran medida con la noción que corrientemente se tiene del fenómeno, aún en un sentido vulgar puede resultar discutido si han de incluirse otros elementos al concepto, como la utilización de medios masivos de destrucción o la indeterminación de la víctima en tales atentados.

De la misma manera, en la Doctrina Penal no existe un acuerdo generalizado en cuanto los elementos que definen propiamente la conducta terrorista.

Tal situación se explica, en gran parte, por la heterogeneidad que históricamente ha presentado el fenómeno terrorista.

Frente a un más o menos característico terrorismo insurreccional-revolucionario, que pretende cambiar el sistema de gobierno o crear un clima para que este cambio sea posible, (terrorismo negro y rojo), es posible visualizar uno de tipo insurreccional-separatista, que pretende más bien lograr una afirmación de carácter nacional o cultural (IRA, ETA, etc.), así como un terrorismo de "grupo contra grupo", que a diferencia de los anteriores no busca el apoderamiento del Estado ni una afirmación política, sino la transformación o mantenimiento de determinados tipos de relaciones sociales normalmente de origen racial (por ejemplo, el KuKlusKlan).

Los autores todavía recuerdan una vertiente de carácter estatal, es decir, aquel realizado o instigado por agentes de servicios estatales y que tiene por objeto la

¹²⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, "Diccionario de la Lengua Española", Madrid, Espasa Calpe S.A., 21º Edición, Tomo II, pág. 1969, 2º acepción.

conservación de poder mediante la eliminación de la disidencia y/o la creación de un clima de terror. Sería ésta una de sus más devastadoras formas y supone, además, el antecedente más remoto de la noción nacida en los fragores de la Revolución Francesa luego de la toma del poder por lo jacobinos¹²⁵.

Pero no solo la multiformidad del fenómeno en el mundo de los hechos conspira para arribar a un concepto generalmente compartido del terrorismo, pues existen factores que excediendo el plano fáctico, penetran ya en el orden meramente valorativo.

De esta forma, se ha señalado que en varias ocasiones existe la tendencia más o menos interesada de “llamar terrorismo a la violencia que no entra en sintonía con las opiniones políticas de cada uno”¹²⁶.

En efecto, muchos planteamientos incluyen o excluyen del ámbito del terrorismo, conductas que, empleando unos mismos medios, presentando igual efecto devastador y produciendo un efecto de alarma generalizado, sólo se diferencian unas de otras por la mayor o menor adhesión a los postulados políticos de cada cual.

Por último, la solución no podría encontrarse tampoco en la forma en la cual los diversos Estados reprimen las conductas terroristas - si es que tal referente presenta validez - pues la reacción penal no ha sido del todo uniforme reaccionando, muchas veces, de manera apresurada antes las presiones políticas que imponen su represión.

De esta forma, en ciertas oportunidades, el delito terrorista aparecerá englobado dentro de otras manifestaciones, de carácter político-social; algunas veces, será concebido recurriendo a un concepto general, de carácter vago e impreciso; en otras, describiéndose una vasta cantidad de conductas que tendrían una connotación terrorista; por último, estableciendo una calificante respecto de delitos de índole común.

¹²⁵ DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, “Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos”, op. cit., pág. 85 y ss.

¹²⁶ VIERA GALLO, JOSÉ ANTONIO y SANCHEZ ORTUZAR, DOMINGO, 1987, “Reflexiones sobre el terrorismo: exigencias de una política democrática”, Centro de Estudios para el Desarrollo (CED), Materiales de discusión, N°203, Diciembre, pág. 2.

Frente a todos estos condicionamientos la doctrina ha seguido diferentes líneas definitorias respecto del delito terrorista.

Algunas concepciones, acercándose a su tenor literal, recurren como elemento definitorio básico a la idea del terror, ya en cuanto tendencia, ya en cuanto efecto o resultado social que producen las acciones terroristas en su conjunto.

De tal forma, Roux, apuntando al aspecto de la provocación de un estado de alarma, señala que constituye conducta terrorista “toda acción consistente en el empleo de una medios peligrosos para las personas o los bienes con el fin de aterrorizar a la población”¹²⁷.

Por su parte, Cuello Calón, rescata como elemento conceptualizador básico el resultado objetivo de alarma al señalar que terrorismo significa “la creación mediante la ejecución repetida de delitos, de un estado de alarma o de terror en la colectividad o en ciertos grupos sociales o políticos”¹²⁸.

Otras definiciones, ponen acento en los medios de comisión capaces de producir una daño generalizado, afectando la vida o la integridad física de un número considerable de personas.

Así Quintano Ripollés señala que por delito de terrorismo hemos de entender “la violencia ejercida por procedimiento de riesgo general, singularmente por los de empleo de explosivos que entrañan un riesgo o un resultado lesivo para la comunidad social”¹²⁹.

Por otra parte, se dan también definiciones extremadamente casuísticas de terrorismo que tratan de englobar la una gran cantidad de comportamientos atentatorios contra la vida, integridad física y libertad.

Generalmente, tal tipo de definiciones se predica en el Derecho Internacional, estableciéndose verdaderas listas o catálogos que, si bien pretenden diferenciar al

¹²⁷ ROUX, 1931, “Actas de la Conferencia Internacional Para la Unificación del Derecho Penal”. En LAMARCA PEREZ, CARMEN, 1985, “Tratamiento Jurídico del Terrorismo”, Madrid, Colección Temas Penales, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, pág. 36.

¹²⁸ CUELLO CALON, 1955, “Derecho Penal”, Barcelona, Bosh Casa Editorial, 9º Edición, Tomo II, Parte Especial, pág. 40.

terrorismo de otras formas de violencia política o beligerancia, por su extensión, difícilmente dejan escapar conductas de tal naturaleza que no se adscriban al mismo.

Así por ejemplo, la definición acordada en la Convención Europea sobre terrorismo de 27 de Enero de 1977, la que señala que "constituyen conductas terroristas: a) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de Diciembre de 1970; b) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de actos ilícitos dirigido contra la seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal el 23 de Septiembre de 1971; c) los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional incluidos los agentes diplomáticos; d) los delitos que impliquen rapto, toma de rehenes o secuestro arbitrario; e) los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización presente un peligro para las personas; f) la tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como coautor o cómplice de una persona que comete o intente cometer dichos delitos".

Por último, están quienes señalando la insuficiencia de los criterios anteriores y reivindicando la finalidad política dentro del concepto de terrorismo vinculan la noción a la idea de "violencia política institucionalizada".

En tal sentido, Lamarca Pérez define al terrorismo como "violencia ejercida de modo sistemático y planificado por organizaciones que mediante este procedimiento pretenden obtener una finalidad política"¹³⁰.

C) Elementos definitorios del delito terrorista:

¹²⁹ Citado en DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, "Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos", op. cit., págs. 166 y 167.

¹³⁰ LAMARCA PEREZ, CARMEN, 1985, "Tratamiento Jurídico del Terrorismo", op. cit., pág. 95.

Aunque, como hemos podido apreciar, no existe un acuerdo generalizado acerca del concepto de delito terrorista, existen ciertos elementos sobre la base de los cuales pueda arribarse a una conceptualización del delito terrorista y que permiten establecer la relación existente entre tal delito terrorista y delito político.

1.- Finalidad política en el delito terrorista.

El gran aporte de la posición sustentada por Lamarca es que logra reintroducir la finalidad política dentro de la idea de terrorismo.

La exclusión sistemática de tal elemento que efectúa tanto la legislación como la doctrina de los diferentes países obedece a la necesidad de privar al terrorista de los beneficios que se le concedían al delincuente político. De manera que se busca, despojar al concepto de todo elemento que lo vinculara a tal prestigiosa noción.

Sin embargo, como pudimos observar anteriormente, las distintas manifestaciones del terrorismo se proyectan siempre hacia la obtención de un propósito político, de manera que considerar inexistente tal elemento dentro de la concepción de delito terrorista significaría efectuar una definición de carácter artificial, desvinculada de la realidad del fenómeno, de la forma en que se manifiesta en el ámbito social.

En realidad, una conceptualización "sincera" del delito terrorista no impide las pretensiones excluyentes de la doctrina, pues ambos ámbitos no son irreconciliables entre sí.

En efecto, como señala Lamarca "no existe dificultad en sostener - por un lado - la necesidad de incluir la finalidad política entre los elementos caracterizadores del terrorismo y negar al mismo tiempo la conveniencia de extender a esas formas de delincuencia los beneficios tradicionales del delito político"¹³¹.

Ahora bien, si hemos logrado determinar que en el delito terrorista se encuentra con un carácter esencial el propósito político, hemos de preguntarnos que otros elementos permiten diferenciarlo del delito político.

2.- Violencia institucionalizada.

La extralimitación en el uso de la fuerza constituye una de las características que implícita o explícitamente se encuentran en cada una de las diferentes definiciones de terrorismo que hemos analizado.

Para Lamarca la violencia estaría determinada por la comisión de delitos comunes, es decir aquellos que implican la "la lesión de bienes jurídicos no políticos"¹³².

En realidad, los distintos autores tienden a restringir mucho más los bienes jurídicos afectados por el acto terrorista.

Según Vives Antón la violencia sólo se referiría a aquellos actos que afecten los bienes jurídicos más básicos, que el mismo autor entiende que serían, la vida, la integridad o a la salud de las personas¹³³.

Del Barrio Reyna y León Reyes incluyen en esta enumeración la libertad de las personas¹³⁴, en tanto que Jiménez de Asúa¹³⁵ y Novoa Monreal¹³⁶ incluyen también la propiedad.

Respecto de este último bien jurídico, debemos ser cautelosos. Debe restringirse la violencia, en el caso de que afecte a la propiedad, sólo a los actos que "generen un riesgo colectivo para las personas"¹³⁷.

A lo anterior cabe agregar que la violencia en el acto terrorista es "institucionalizada", cuestión que se proyecta en dos aspectos.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 82.

¹³² *Ibid.*, pág., 89.

¹³³ VIVES ANTON, 1996, "Derecho Penal: Parte Especial", Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 762.

¹³⁴ En este sentido, DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, "Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos", *op. cit.*, pág. 201.

¹³⁵ JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, "Tratado de Derecho Penal", *op. cit.*, Tomo III, pág. 238.

¹³⁶ NOVOA MONREAL, EDUARDO, 1985, "Curso de derecho penal chileno", *op. cit.*, pág. 183.

¹³⁷ Seguimos, de esta manera, el criterio de la Convención Europea de 1976.

Citada en VIERA GALLO, JOSÉ ANTONIO y SANCHEZ ORTUZAR, DOMINGO, 1987, "Reflexiones sobre el terrorismo: exigencias de una política democrática", *op. cit.*, pág. 3.

Por un lado, la violencia proviene de una organización, que "cualifica la violencia, la convierte en un instrumento y en una estrategia que se orienta a romper el monopolio estatal"¹³⁸.

En segundo término, los propios actos terroristas tienen en sí mismo un carácter sistemático, que conlleva a su unidad respecto a un resultado determinado.

3.- El terror como tendencia.

Si ponemos atención en las diferentes concepciones respecto de delito terrorista parece haber un mayor o menor acuerdo en que el núcleo central de la noción se encuentra determinado por la generación de un estado de alarma pública hacia el cual han de tender las conductas terroristas, elemento que constituye un verdadero catalizador de los demás factores que integran el fenómeno.

En efecto, el propósito de infundir temor en la población se obtiene a través de la realización sistemática de actos de violencia - violencia institucionalizada - con el objeto de condicionar a la comunidad o la conducta de los actores políticos en un sentido determinado - finalidad política.

El terror como tendencia constituye un elemento que los autores, en general, entienden manifestado tanto en el empleo de ciertos medios especialmente destructivos, así como la consideración de un sujeto pasivo de carácter indiferenciado.

Sin embargo, estas dos últimas características son, en realidad, prescindibles en la caracterización de tal elemento del delito terrorista, pues ya podría recurrirse, para la realización de acciones terroristas, a medios estragantes como también aquellos ordinarios de comisión de delitos, así como además, tales acciones podrían tener como sujetos pasivos tanto a personas indeterminadas, como a personajes determinados de la vida pública, según cual sea el objetivo político que se persigue.

D) Delito terrorista y su vinculación con el delito político.

¹³⁸ Ibid., pág. 92.

Habiendo establecido los elementos fundamentales que definen al delito terrorista podemos determinar la forma en la cual se vincula la noción con el crimen político.

Sus semejanzas y diferencias van a determinarse según cual sea la teoría que se acoja para definir esta última noción.

1.- Relación entre delito terrorista y delito subjetivamente político.

En principio, tanto delito subjetivamente político como delito terrorista compartirían como elemento común la intencionalidad política del agente.

Por otra parte, teniendo en consideración que en muchas ocasiones puede manifestarse el crimen político mediante conductas que supongan acciones de fuerza organizada, y puesto que una concepción subjetiva del delito político, implica abarcar no solo delitos de orden propiamente político sino también cualquier tipo de delito de orden común¹³⁹, el único elemento que permitiría singularizar al delito terrorista sería, en último término y para todos los casos, la intención de provocar un estado de alarma generalizado.

Sin embargo, debemos aún poner más atención al elemento "finalidad política".

Porque según la teoría subjetiva, para determinar la concurrencia del propósito político, ha de estarse al móvil del agente, elemento con una connotación íntima, personal.

En cambio, en el caso del delito terrorista, como señala Lamarca, "el elemento asociativo relega a un segundo plano el problema de los móviles subjetivos del autor, precisamente porque esa finalidad se objetiviza a través el programa de asociación - de

¹³⁹ Salvo ciertas excepciones mínimas, como el caso de los delitos que afecten la libertad sexual. BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, op. cit., pág. 394.

manera que - la finalidad terrorista es ante todo y en primer lugar la finalidad de la organización y no la de cada uno de sus miembros"¹⁴⁰.

2.- Relación entre delito terrorista y delito objetivamente político.

No existiría vinculación alguna entre delito terrorista y delito objetivamente político, cuando nos encontramos ante un delito político puro o propiamente político. Ambos pertenecerían a órbitas completamente independientes: el primero, al ámbito de los delitos comunes, es decir, aquellos que afectan bienes jurídicos de orden privado, el segundo, relegado a la lesión o puesta en peligro la organización política del Estado.

Situación distinta ocurre respecto de los delitos políticos complejos y conexos, pues ellos afectan también bienes jurídicos de orden privado.

Si recordamos lo señalado en las páginas anteriores, los delitos políticos relativos eran, en términos generales apartados del ámbito de la criminalidad política cuando suponían actos de “barbarie odiosa”, es decir, importando “el empleo de medios repudiables ante el derecho de gentes”¹⁴¹.

Tal elemento nos permite excluir, en términos generales, al acto terrorista, aún de las categorías relativas del ilícito político, por manifestarse, las más de las veces, a través de medios o procedimientos delictivos especialmente reprobables o peligrosos,

3.- Relación entre delito terrorista y delito político conforme al teoría ecléctica.

En la teoría ecléctica, la relación entre delito terrorista y delito político tendrá lugar de forma similar a lo que ocurre tratándose de la teoría objetiva.

¹⁴⁰ LAMARCA PEREZ, CARMEN, 1985, “Tratamiento Jurídico del Terrorismo”, op. cit., pág. 94.

¹⁴¹ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, págs. 290 y 291.

En efecto, puesto que la teoría mixta restrictiva - la vertiente mayoritaria de la posición ecléctica - parte considerando para la caracterización del crimen político, en primer lugar, la naturaleza del bien jurídico afectado, las nociones de delito político y terrorista, sólo se interceptarían eventualmente, en el caso de los delitos políticos complejos y conexos.

Posteriormente, la consideración de la finalidad política, determinará una radical oposición entre las nociones de delito terrorista y delito político.

Segunda parte

Regulación de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado en nuestra legislación.

I.- Aspectos generales:

A) El Delito Político en nuestra legislación.

En nuestra legislación, a un nivel legal al menos, no existen disposiciones penales que definan o hagan referencia en términos expresos al delito político, ni aún

en el caso de aquellos delitos que en forma tradicional son estimados como genuinamente políticos, como la rebelión o la sedición.

Situación distinta es la que ocurre en el ámbito constitucional, donde se los menciona expresamente¹⁴², así como desde el punto de vista del Derecho Internacional, haciéndose referencia directa a ellos en varias ocasiones, como, por ejemplo, para excluirlos de la extradición¹⁴³, o bien, para señalar que respecto de ellos no podrá imponerse la pena de muerte¹⁴⁴.

La omisión en que incurre el legislador penal fue deliberada. Nuestro ordenamiento penal efectúa una implícita consideración del carácter intrínsecamente político, al agrupar en un cierto tipo de delitos que agrupa bajo la rótula de delitos contra la Seguridad del Estado, en los Títulos I y II del Libro II del Código Penal¹⁴⁵, los Títulos II y IV del Libro III del Justicia Militar¹⁴⁶ y los Títulos I y II de la Ley N°12.927, Ley de Seguridad del Estado¹⁴⁷.

Emplea, en consecuencia, nuestro legislador la expresión Seguridad del Estado - que ya aparece con el Código Penal napoleónico de 1810 - para referirse al bien jurídico propiamente afectado por el crimen político, con lo cual, nuestra legislación como la mayoría de las legislaciones¹⁴⁸, se enmarca en una concepción netamente objetivista del delito político.

En este sentido se pronuncia un fallo de la Corte de Apelaciones de la Serena¹⁴⁹ del año 1935, que luego de constatar que "nuestra legislación no ha definido

¹⁴² En el inciso final de su artículo 9, para señalar que los delitos terroristas "serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales"

¹⁴³ Artículo 355 del Código de Derecho Internacional Privado y artículo 23 del Tratado de Montevideo

¹⁴⁴ Artículo 4 N°4 del Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁴⁵ Respectivamente, "Crímenes y simples delitos contra la Seguridad Exterior y Soberanía del Estado" - artículos 106 a 120 del Código Penal - y "Crímenes y simples delitos contra la Seguridad Interior del Estado" - artículos 121ª 136 del Código Penal.

¹⁴⁶ Respectivamente, "De la Traición, del Espionaje, y demás delitos contra la Seguridad Exterior del Estado" - artículos 244 a 264 del Código de Justicia Militar - y "Delitos contra la Seguridad Interior del Estado" - artículos 265 a 271 del Código Castrense.

¹⁴⁷ Respectivamente, "Delitos contra la Soberanía Nacional y la Seguridad Exterior del Estado" - artículos 1 a 3 de la LSE - y " Delitos contra la Seguridad Interior del Estado " - artículos 4 a 5 c) de la Ley.

¹⁴⁸ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1989, "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, op. cit., pág. 494. "En general las tesis objetivistas han predominado en la legislación penal".

¹⁴⁹ REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CHILENAS, 1996, "Código Penal y leyes complementarias", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2º Edición, pág. 88.

lo que debe entenderse por delito político ni ha determinado las infracciones que tienen este carácter", aplica la regla de interpretación del artículo 24 del Código Civil para entender que comprende tal denominación "todas aquellas infracciones de la ley positiva que tienen por finalidad obtener un cambio en el régimen constitucional del Estado, en la forma de Gobierno o en las instituciones fundamentales de la sociedad, para cuyo logro, en vez de utilizar los medios que la ley franquea, se emplean procedimientos prohibidos por la misma ley".

La opción legislativa que sigue nuestro ordenamiento, al parecer fue tomada por nuestro legislador con el fin, como señala Salinas Chaud¹⁵⁰, de lograr "evitar las dificultades doctrinarias y políticas que pudiesen resultar de la consagración de un concepto de por sí conflictivo, como lo es el de delito político".

No obstante, si tal fue la razón de tal opción legislativa debemos señalar que sólo resuelve parcialmente los problemas que la criminalidad política genera, como, por ejemplo, el problema de la distinción entre delitos comunes y delitos políticos conexos, tema tímidamente planteando, en el artículo 131 del Código Penal, al referirse a "los delitos particulares cometidos en una sublevación o con motivo de ella".

Por otra parte, la falta de una delimitación decidida del ámbito de la criminalidad política, plantea el problema de determinar si es posible incluir en este ámbito a los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado, transportando, de esta manera, a nuestro ordenamiento la vieja polémica doctrinaria.

En todo caso, nuestro Código Penal parece haber recepcionado en cierta forma la doctrina liberal del delito político otorgando un trato privilegiado a estos delitos respecto de los delitos comunes, lo que se observa, por ejemplo, al otorgar al juez, en varias ocasiones, la posibilidad de aplicar la pena de extrañamiento a quienes incurren en estas conductas, o en la posibilidad de eximir de responsabilidad penal en caso de disolución de la sublevación, o de atenuarla en el caso que la sublevación no haya afectado de manera importante el ejercicio de la autoridad pública, lo que como señala

Del Río, demuestra “que la sanción de estos delitos, más que en la inmoralidad intrínseca del acto, se funda en el daño social que pueden causar”¹⁵¹.

B) Cuerpos legales que regulan los delitos contra la Seguridad Interior del Estado.

En nuestra legislación, los delitos contra la Seguridad Interior del Estado aparecen regulados en distintos cuerpos legales.

El Código Penal se ocupa de éstos en el Título II de su Libro II, denominado, precisamente, “Crímenes y simples delitos contra la Seguridad Interior del Estado”, y que corresponden a los artículos 121 a 136 de dicho Código.

En esas disposiciones se tipifican los delitos de rebelión y sedición, que podrían denominarse las figuras centrales o principales en materia de Seguridad del Estado, por suponer una mayor afección al bien jurídico protegido.

Respecto de ambas figuras penales, que el Código Penal denomina en forma genérica como “sublevación”, se establecerán reglas especiales de determinación de la penalidad, un procedimiento de disolución de la sublevación, ciertas eximentes y atenuantes de responsabilidad especiales.

¹⁵⁰ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho, pág. 64.

¹⁵¹ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, vol. III, pág. 53.

Se establecerá también la punibilidad de la proposición y conspiración de estos delitos, ciertas figuras especiales de inducción a la sublevación, así como ciertos delitos de cooperación a la sublevación.

Por su parte, el Código de Justicia Militar hace lo suyo en el Título IV de su Libro III – llamado “delitos contra la Seguridad Interior del Estado”.

El artículo 265 del Código Castrense, con el cual se inicia el título mencionado, se encarga de efectuar la llamada militarización de las figuras del Título II del Libro II del Código Penal, agravando la penalidad de los delitos del fuero común en el evento de que tengan lugar los supuestos que allí se indican.

Los diversos artículos que le siguen, establecen, en términos generales, el tratamiento penal de los diferentes autores en relación con el papel que hayan jugado en la sublevación.

Por último, la ley N° 12.927, Ley de Seguridad del Estado, en su Título I, denominado “delitos contra la Seguridad Interior del Estado”, artículos 4 a 5 c), tipifica una gran variedad de figuras atentatorias contra este bien jurídico: figuras autónomas de inducción, delitos autónomos, y ciertos actos preparatorios especialmente penalizados.

Los anteriores cuerpos legales son los que van a establecer, propiamente, figuras contra la Seguridad Interior del Estado, que serán objeto de estudio pormenorizado en los capítulos siguientes y conforme a las cuales hemos estructurado el bien jurídico protegido en materia de criminalidad política.

Y decimos “propiamente” porque existen otras regulaciones penales que señalan establecer delitos contra la Seguridad Interior del Estado, sin que realmente, el bien jurídico protegido sea el estudiado.

De esta forma, el artículo 25 de la Ley 17.798 sobre control de armas señala que los delitos previstos en dicha ley “serán considerados para todos los efectos legales como delitos contra la Seguridad del Estado”¹⁵².

Un análisis de las disposiciones de esta ley podría, en todo caso, llevarnos a sostener que el bien jurídico protegido en gran parte de las figuras que establece la ley de control de armas es, más bien, el Orden Público que la Seguridad del Estado¹⁵³.

En todo caso, no nos ocuparemos de las distintas cuestiones a que da origen la Ley 17.798, que ya ha sido analizado en otra parte¹⁵⁴, y que, ciertamente, exceden los límites de nuestro trabajo.

II.- Bien Jurídico protegido en los delitos contra la Seguridad Interior del Estado.

A) Importancia de la determinación del Bien Jurídico Protegido.

1.- Generalidades en torno a la idea de bien jurídico:

En cada época histórica el legislador ha plasmado en las normas penales determinados intereses que conforme a su particular visión cree especialmente dignos de protección.

¹⁵² Esta disposición tiene su origen en el artículo 9 del DL N°1.009 de 8 de Mayo de 1975, conforme al cual se declaró que los delitos contemplados en diversos cuerpos legales tenían la calidad de delitos contra la Seguridad del Estado. Hoy día tal disposición sólo subsiste respecto de los delitos de la Ley 17.798.

¹⁵³ En realidad, la disposición ya señalada de la ley de control de armas estará establecida para ciertos efectos específicos como la reincidencia.

¹⁵⁴ TORAL BUSTAMANTE, JOSE y YAÑEZ LEON, ALFONSO, 1985, “De los delitos contemplados en la ley N°17.798, de 1972, posteriormente modificada, sobre el control de armas”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Especialmente págs. 93 y siguientes.

Desde el momento en que un interés se transforma en el objeto de protección de la norma penal - en el objeto sustancial específico del delito, en la terminología de Rocco¹⁵⁵ - se le denominará bien jurídico.

En este sentido, detrás de toda norma incriminatoria siempre existirá un bien jurídico protegido cualquiera sea la época, el lugar o el modelo de Estado que propone la protección de dicho interés.

Frente al anterior planteamiento, cabe preguntarse que es lo que pretende decirse cuando se habla del llamado “principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, principio que, hoy en día tendría, según Roxin, general aceptación en la doctrina¹⁵⁶.

¿Podría, después de lo señalado, entenderse afectado en algún caso dicho principio?, y en tal caso, ¿que es lo que resulta propiamente protegido si no es un bien jurídico?

En realidad, la enunciación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no constituye un planteamiento meramente descriptivo del proceso de incriminación de conductas por parte del legislador, sino que lo que pretende es asignar una misión determinada a la idea de bien jurídico¹⁵⁷: la de ser fundamento del Ius Puniendi estatal, fundamento más allá del cual, la punición haya de perder toda razón de ser.

Lo anterior se encuentra presente explícita o implícitamente en el pensamiento de todos los autores que han buscado determinar los límites del concepto acuñado por Birnbaum¹⁵⁸.

¹⁵⁵ ROCCO, ARTURO, citado en ANTOLISEI, FRANCESCO, 1960, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Buenos Aires, UTEHA Argentina, pág. 133.

¹⁵⁶ ROXIN, CLAUS, 1997, “Derecho Penal, Parte General: Fundamentos, la estructura de la Teoría del Delito”, Tomo 1, Madrid, Editorial Civitas, pág. 70.

¹⁵⁷ DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO, 1990, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Tomo XLII-1, Enero-Abril, pág. 7.

¹⁵⁸ Aún las posturas negadoras del concepto - como el caso de la escuela de Kiel, o su mediatizadoras de éste - como el caso del funcionalismo sistémico - dan cuenta del papel que tiene la noción de bien jurídico dentro del Derecho Penal. En efecto, tras su eliminación o mediatización se persigue, en definitiva, desprender de todo obstáculo al legislador penal para la punición de conductas.

Algunos recurrirán a la noción con el objeto de restringir la facultad de incriminación de conductas por parte del Estado, de manera que no resulten sancionadas aquellas que sólo supongan la transgresión de normas religiosas o puramente éticas.

Otros, en cambio, recurrirán a la noción de bien jurídico con la finalidad de ampliar tal facultad estatal.

Así ocurre con todas aquellas posturas, llamadas inmanentistas, que colocan al bien jurídico dentro del sistema jurídico, de manera que éste “queda establecido, no reconocido, dentro del contenido de la norma jurídica”¹⁵⁹.

Es evidente que, desde esta perspectiva, la noción perderá toda utilidad. No podrá servir de fundamento y límite del *Ius Puniendi* desde que el bien jurídico nace de la propia voluntad estatal. El legislador aparecerá así, justificado para amenazar con pena todo “lo que, en su opinión, deba ser mantenido intacto y sin alteración alguna”¹⁶⁰.

Más valiosas pueden resultar, en cambio, las llamadas teorías trascendentalistas, que colocan las bases del bien jurídico más allá del Estado o del Derecho. Establecen, así, ciertos parámetros en base a los cuales determinar cuando se encuentra fundamentada la incriminación de conductas y cuando el criterio limitador del cual se parte es transgredido.

Sin embargo, a las teorías trascendentalistas se les reprocha el inconveniente de no establecer con precisión los límites del concepto, el cual enuncian con fórmulas demasiado abstractas, lo cual impedirá la determinación de lo que realmente ha de ser protegido¹⁶¹.

La dirección correcta, creemos, pasa por nutrir al bien jurídico de contenido material desde una perspectiva histórica, lo que implica, determinar “lo que real y

¹⁵⁹ BUSTOS RAMIREZ, 1989, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Barcelona, Editorial Ariel, 3° Edición aumentada, corregida y puesta al día, págs. 46 y 47.

¹⁶⁰ BINDING, KARL, citado en HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1989, “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 105.

¹⁶¹ En este sentido, HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1992, “Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2° Edición, pág. 139

concretamente se protege en cada norma penal de una determinada sociedad en un determinado período histórico”¹⁶².

De seguirse una construcción histórica del bien jurídico hemos de admitir la existencia de una estrecha vinculación entre las relaciones jurídicas con las transformaciones materiales de la sociedad, y más específicamente, el modelo de Estado que determina ciertos contenidos específicos en las normas jurídicas¹⁶³.

Cabe preguntarse desde tal perspectiva, qué concepción de bien jurídico corresponde formular concretamente hoy día, con los requerimientos del modelo actual de Estado, esto es, de un Estado democrático de Derecho, y más aún si debemos reconocerle a éste el adjetivo de “social”.

Se habla así hoy día del Estado social y democrático de Derecho: La noción de Estado de Derecho “producto de la imaginación político-constitucional de la burguesía liberal”¹⁶⁴ ha recibido y mejorado los límites derivados de la implantación del Estado liberal y ha sido reconducida por la senda de la participación y el respeto al individuo el intervencionismo insito en la idea de Estado social¹⁶⁵.

Se previene, en todo caso, que la idea de un Estado social y democrático de Derecho no constituye una aspiración extraña a nuestra propia realidad. No hace falta una referencia constitucional expresa - como ocurre en la Constitución alemana de 1949 o la española de 1978 - para entender que una democracia “no solo se refiere a la posición jurídica formal del ciudadano frente al Estado, sino que se extiende también a todos los ámbitos de la vida, incluyendo el orden social y las regulaciones de las necesidades materiales y culturales del ser humano”¹⁶⁶.

Una concepción social y democrática de Estado de Derecho implica considerar a la sociedad como “un conjunto de relaciones interdependientes que configura un

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO, 1990, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *op. cit.*, págs. 11 y 12.

¹⁶⁴ LUCAS VERDU, PABLO y LUCAS MURILLO, PABLO, 1994, “Manual de Derecho Político”, vol. I, Introducción y Teoría del Estado, Barcelona, 3ª Edición corregida, pág. 259.

¹⁶⁵ NOGUEIRA ALCALA y CUMPLIDO CERECEDA, 1993, “Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado”, Santiago de Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 2ª Edición, pág. 14.

¹⁶⁶ ABENDROTH, WOLFGANG, *ibíd.*, pág. 260.

sistema de continuo cambio y transformación”¹⁶⁷, en que al Estado, no sólo le corresponde una función negativa – el “laissez faire, laissez passer” del Estado de Derecho liberal burgués – sino que también una función positiva, la promoción del bien común, que implica “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”¹⁶⁸ con pleno respeto a los derechos y garantías establecidos en la Constitución.

El nuevo paradigma de Estado persigue, así la plena realización de los individuos dentro de la sociedad, concebida como un “sistema concreto de relaciones sociales, esto es, de relaciones entre personas con sus condicionamientos personales – biológicos, psicológicos, sociales-, y ambientales”¹⁶⁹.

Frente a estas relaciones sociales, básicas dentro del sistema social en cuanto aparecen como configuradoras del mismo, existen otras que se encuentran referidas al funcionamiento mismo del sistema.

Estas últimas – como la fe pública, la seguridad del tráfico, la propia Seguridad del Estado - aparecen como complementarias a las primeras: sin ellas, evidentemente, el sistema puede existir, pero no funciona o lo hace defectuosamente¹⁷⁰.

Son tanto unas como otras relaciones sociales las que el legislador les ha de brindar protección penal. En cuanto son confirmadas por la norma adquieren significación de bien jurídico.

En efecto, sin desconocer lo que hemos señalado, que la determinación de qué específica relación social deberá encontrarse amparada por la norma ha de efectuarla el legislador, en una sociedad democrática dicha determinación no podrá ser efectuada en forma arbitraria.

Por un lado, deberá recoger a través de los canales de comunicación democrática los requerimientos de intervención penal que se originan en las bases del

¹⁶⁷ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 5.

¹⁶⁸ Artículo 1 inciso 4 de nuestra Constitución Política.

¹⁶⁹ BUDGE, citado en HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1992, “Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho”, op. cit., pág. 145.

sistema social, y que surgen como una síntesis de la interpelación de los diferentes discursos ideológicos, muchas veces contradictorios entre sí y aún excluyentes, que tienen lugar en su seno.

Por otra parte, en cuanto una perspectiva democrática supone el reconocimiento de una serie de derechos y libertades del individuo, la intervención penal no podrá ser amplia. Se encuentra, de esta manera, determinada por “la contradicción que a nivel normativo se genera en el sistema de relaciones jurídicas entre el derecho penal, como expresión más pura de la coerción jurídica y la negación de dicha coerción que se realiza con la afirmación jurídica a nivel constitucional de – los señalados - derechos y libertades del individuo”¹⁷¹. En este sentido, el bien jurídico aparecerá como una síntesis normativa.

Conforme a lo expresado, los bienes jurídicos bien pueden ser definidos como “relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática”¹⁷².

En base a esta conceptualización ya nos encontramos en condiciones de precisar la misión del bien jurídico como límite del Ius Puniendi.

2.- Funciones del bien jurídico:

En principio puede decirse, lo que a mi entender es conceptualmente correcto, que existe una sola gran función del bien jurídico, la de ser fundamento y límite del Ius Puniendi estatal.

Esta función se va a manifestar en diferentes aspectos. Se distinguen así, las funciones político criminales y las funciones dogmáticas del bien jurídico.

¹⁷⁰ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 5.

¹⁷¹ Ibid, pág. 144.

¹⁷² BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, “Lecciones de Derecho Penal”, Madrid, Editorial Trotta S. A., vol. I, pág. 59.

Las funciones político-criminales del bien jurídico, son aquellas que buscan limitar el poder de definición del Estado en las conductas incriminadas, lo que se efectuará, principalmente, siguiendo el llamado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, conforme al cual “el Estado tiene limitado su ius puniendi sólo a la incriminación de conductas dolosas o culposas que lesionen bienes jurídicos”¹⁷³.

Estas funciones van a operar, tanto en el momento legislativo, cuando se conmine con una sanción penal tales o cuales conductas expresamente determinadas por entenderse que con ellas ha de resultar afectado un bien jurídico en grado de lesión o de peligro, así como en un momento posterior, para fundamentar la crítica de las disposiciones legales en las que no aparezca afectado bien jurídico alguno, o bien, no aparezca debidamente protegido, y proponer su modificación.

Frente a las funciones ya señaladas, se encuentran las llamadas funciones dogmáticas del bien jurídico, que son aquellas van a tener lugar una vez determinado el objeto de protección de la norma penal, y partiendo de la base de éste: las funciones de sistematización y, principalmente, de interpretación de los tipos de la parte especial del Código.

En las funciones dogmáticas, de la misma forma que las político-criminales, el concepto de bien jurídico representará un límite material al ejercicio del Ius Puniendi.

En efecto, para que aparezca el delito y el delincuente no sólo basta de una norma penal (incriminación primaria) sino también de la aplicación de dicha norma por el juez (incriminación secundaria)¹⁷⁴, determinando que un cierto comportamiento encuadra dentro de la hipótesis legal.

Conforme a lo anterior, y desde la perspectiva material de bien jurídico que hemos expuesto, también cobrará importancia su carácter limitador, pues como señala Hormazábal Malareé, “la responsabilidad penal no derivará simplemente de la realización formal de una conductas definida previamente como delito, sino que será

¹⁷³ Ibid., pág. 69.

¹⁷⁴ En este sentido, Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé, ibíd, págs. 63-65 y 71.

necesario que esa conducta esté dotada de la significación social que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar”¹⁷⁵.

Se habla así del principio de lesividad u ofensividad penal, que implica la necesidad que el injusto penal se encuentre configurado en base a la afección, en grado de lesión o peligro, de un bien jurídico protegido por el legislador.

Refirámonos en particular respecto de cada una de las funciones señaladas.

a) Funciones político–criminales del Bien Jurídico.

Desde este punto de vista, el bien jurídico se manifiesta como “una propuesta programática de carácter político criminal cuyo respecto se exige al legislador para que limite su actividad en la producción de normas penales que protejan exclusivamente bienes jurídicos”¹⁷⁶. El Ius Puniendi estatal aparece así limitado por el ya señalado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Precisamente, los antecedentes históricos de la Teoría del Bien jurídico nos hablan de la búsqueda de criterios para establecer una delimitación cualitativa a la esfera penal.

Así señala Hassemer que “el concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló Paul Johan Anselm Feuerbach como arma contra la concepción moralizante del Derecho Penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos”¹⁷⁷.

Como ya señalábamos, el bien jurídico y su exclusiva protección tendrán importancia, en primer término, a nivel de la creación de la norma penal, esto es, en el nivel legislativo.

¹⁷⁵ HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1992, “Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho”, op. cit., págs. 169 y 170.

¹⁷⁶ Ibid., pág. 9.

El legislador al señalar las conductas punibles sólo puede proteger bienes jurídicos, en consecuencia determinará que relaciones sociales concretas merecen protección penal.

Los criterios para realizar esta determinación son los propios de una sociedad democrática.

Si partimos de la premisa que el hombre se encuentra por encima del sistema social de normas y conductas, y en consecuencia, ha de ser considerado el centro de la protección penal, el criterio básico para establecer que una determinada relación social concreta merezca protección penal será “la satisfacción de una necesidad humana”¹⁷⁸.

Es por esta razón que Ferrajoli llama al principio de lesividad “principio de ofensividad personal”: “tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como porque con base en él cualquier cosa es un bien, sólo si lo es para las personas y refleja los intereses personales o colectivos de estas”¹⁷⁹.

El criterio de la necesidad humana ha de determinar lo el legislador se encuentra obligado a proteger.

Desde un punto de vista negativo, en cambio, vale decir, de cuales son las barreras que no se pueden superar en el ejercicio del poder punitivo, el criterio ha de resultar delimitado por otros de carácter auxiliar como el de “dañosidad social”¹⁸⁰, pero principalmente por el principio de subsidiariedad y fragmentariedad

Conforme a estos últimos, aquellas conductas que no impliquen una afeción particularmente grave a un bien jurídico no serán incriminadas, o bien, serán sancionadas mediante otros mecanismos menos traumáticos que los penales.

¹⁷⁷ HASSEMER, citado en MERA FIGUEROA, JORGE, 1998, “Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., pág. 147.

¹⁷⁸ HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1992, “Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho”, op. cit., págs. 161 y ss.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, LUIGUI, 1992, “Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales”, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José de Costa Rica, Marzo-Junio, año 4, N°5, en sitio web: www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2005/ferraj05.htm (consulta: 1 de Abril de 2002).

¹⁸⁰ HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1992, “Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho”, op. cit., págs. 166 y ss.

En todo caso, el criterio de la satisfacción de una necesidad humana está sujeto a una limitación que emana de su propio fundamento, la consideración de la dignidad del hombre y el respeto de sus derechos fundamentales, “el hombre no puede ser objeto de manipulación, transformarse en un medio, sino que tiene que ser el fin dentro del proceso democrático”¹⁸¹.

En este último punto, es necesario recordar que el ejercicio del Ius Puniendi como de toda otra potestad estatal se encuentra sometida a la Constitución.

De manera que, si bien la determinación del bien jurídico no depende exclusivamente de la Carta Fundamental, pues ello supondría caer en un planteamiento meramente formalista del concepto, resulta obvio que el legislador no podrá establecer bienes jurídicos incompatibles con los valores acogidos en la Constitución, concretamente con los derechos y garantías fundamentales que reconoce como restricciones al poder del Estado.

Para concluir, es necesario señalar que las funciones político-criminales no terminan con la concreción del bien jurídico en la norma penal, pues al bien jurídico le corresponde también una importante función crítica del sistema penal, la cual conducirá a la despenalización de conductas que ya no afectan interés que la base social reconozca como bienes jurídicos, o bien a la criminalización de conductas en razón de la aparición de nuevos bienes jurídicos¹⁸².

b) Funciones dogmáticas del Bien Jurídico.

Un Estado democrático supone la participación de las personas en los procesos políticos, la determinación del bien jurídico corresponde en él “a la base social que

¹⁸¹ Ibid., pág. 156.

¹⁸² En este sentido, BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, “Lecciones de Derecho Penal”, op. cit., vol. I, pág. 58. Los bienes jurídicos “son en un Estado democrático producto de la discusión participativa donde la hegemonía alcanzada está dispuesta en el futuro a aceptar su revisión, ... por consiguiente, están también sujetos a la rediscusión democrática”.

comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializarla”¹⁸³.

Sin embargo, “una vez seleccionado el interés amparable por la ley, es ésta con los términos en que expresa el comportamiento que lo ataca (elementos típicos), con la carga histórica que recoge y la realidad social que significa la definición legal del delito de que se trate, con la concreta ubicación que dé a esa definición en el contexto de la propia ley y, en ocasiones, con la rúbrica que emplee en el apartado donde se sitúa la norma incriminadora, la que “modela” y permite inferir al intérprete ese interés que se ha querido proteger”¹⁸⁴.

Aquí es cuando tienen lugar las funciones dogmáticas del bien jurídico.

Una vez determinado el bien jurídico que se protege con la ley penal corresponde al intérprete definir el sentido y alcance de la norma, en donde la consideración del bien jurídico será siempre esencial. Como señala Maurach “no es posible interpretar, ni por lo tanto conocer la ley penal, sin acudir a la idea de bien jurídico”¹⁸⁵. Este planteamiento es aceptado de manera general por la doctrina¹⁸⁶.

Se trata de la función teológica del Bien Jurídico, en cuanto se considera que precisamente el fin de la norma es la protección de bienes jurídicos “la indagación central y primaria debe girar en torno al bien protegido, porque ése es el fin específico por antonomasia de la norma. Buscar el bien tutelado significa interpretar la ley según sus fines. Luego, en el estudio de cualquier norma penal habrá que ocuparse ante todo, de su fin esencial: el objeto de protección. Una vez encontrado éste y a partir de él

¹⁸³ HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1992, “Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho”, op. cit., pág. 143.

¹⁸⁴ DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, 1990, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 19 y 20.

¹⁸⁵ MAURACH, REINHART, 1962, “Tratado de Derecho Penal”, Barcelona, Ediciones Ariel, vol. I, págs. 253 y 254.

¹⁸⁶ “Es generalmente reconocido el valor fundamental que tienen los bienes jurídicos para la correcta interpretación de la ley penal” GRISOLIA, FRANCISCO, 1959, “El objeto del delito”, Santiago de Chile, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 83.

podrán hallarse otros fines, los cuales sólo serán complementarios y dependerán en su existencia del anterior”¹⁸⁷.

No obstante, tras la función dogmática de interpretación de la norma penal se revela otra función mucho más enriquecedora: el bien jurídico constituye “el instrumento dogmático para fijar el contenido de la tipicidad y la antijuricidad (del injusto)”¹⁸⁸.

El bien jurídico se encuentra presente en los dos momentos valorativos para la determinación del injusto: el juicio de atribución que permite establecer la tipicidad (desvalor de acción), y el juicio de imputación objetiva, para establecer la antijuricidad (desvalor de resultado).

Aparece definitivamente descartada la idea de que los tipos legales establezcan meras descripciones de conductas sin que contengan valoración de ningún tipo. Por el contrario, estos, “recogen momentos singulares lesivos de los bienes jurídicos protegidos por la norma que los precede. Luego, esto significa que sólo serán típicas aquellas situaciones concretas que tengan significación para el bien jurídico protegido”¹⁸⁹.

Para la determinación de la tipicidad, el intérprete ha de realizar un análisis de carácter valorativo, que permita determinar si el marco situacional que el tipo implica un riesgo para el bien jurídico¹⁹⁰.

Un segundo momento valorativo se encuentra constituido por la determinación de la antijuricidad.

No corresponde apreciarla desde una perspectiva meramente formalista, vale decir, constatar la simple ausencia de causales de justificación que permitan descartar

¹⁸⁷ GRISOLIA, citado en POLITOFF, SERGIO, GRISOLIA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN, 1993, “Derecho Penal Chileno”, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2º Edición, pág. 27.

¹⁸⁸ BUSTOS, JUAN, 1989, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, op. cit., pág. 55.

¹⁸⁹ HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1992, “Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho”, op. cit., pág. 172.

¹⁹⁰ BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, “Lecciones de Derecho Penal”, op. cit., vol. II, pág. 31.

la contrariedad al ordenamiento jurídico de una determinada conducta supuestamente típica.

Por el contrario, la antijuridicidad supone considerar al desvalor de resultado que surge de “la consideración del grado de afección del bien jurídico que ha producido la realización típica”¹⁹¹.

En definitiva, solo desde esta perspectiva la norma permisiva, en particular las causales de justificación, y la norma prohibitiva aparecen integradas dentro del concepto de antijuridicidad de manera coherente.

Una opinión contraria a la expresada es sustentada por Etcheberry, autor que señala que “nos parece también errada – el criterio o pauta de interpretación – que coloca la substancia de la antijuridicidad en el daño o calidad real o potencial de dañosa que la conducta pueda tener para un bien jurídicamente protegido...una vez enunciada su prohibición el intérprete solo debe considerar si determinada acción de homicidio está o no prohibida, y no si es o no es dañosa para el bien jurídico en cuestión”¹⁹².

En realidad, la crítica no es acertada puesto que la consideración del bien jurídico protegido no implica confundir la misión del intérprete con la del legislador.

En efecto, la valoración material de la antijuridicidad no tiene por objeto reemplazar el bien jurídico que el legislador ha determinado, sino establecer si la vulneración del objeto de protección que el propio legislador ha expresado en la norma es atribuible al comportamiento de un sujeto determinado, vale decir, la comprobación de la imputabilidad objetiva.

Junto con la función interpretativa, el bien jurídico también sirve desde una perspectiva dogmática, como criterio ordenador básico de los tipos de la Parte Especial del Código. “No se pretende que el criterio del bien jurídico agote toda otra posibilidad de clasificación . En el hecho, los delitos se clasifican desde los más variados puntos de

¹⁹¹ Ibid., vol. II, pág. 36.

¹⁹² ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo I, Parte General, pág. 233.

vista, pero solamente el primero sirve para organizar, dentro de ciertos límites, un verdadero sistema”¹⁹³.

Muy vinculado a lo anterior aparece el criterio de jerarquización de los distintos delitos atendiendo a la importancia a los bienes jurídicos tutelados.

Este criterio, que aparece ligado a las funciones dogmáticas del bien jurídico, será también una importante herramienta para la crítica de las disposiciones penales, pues nos permitirá evaluar la efectividad de protección de los distintos bienes jurídicos, en relación a la importancia que tengan unos u otros.

Se habla comúnmente de bienes jurídicos individuales y supraindividuales, para referirse aquellos bienes que se refieren al individuo, o bien, a la sociedad y al Estado.

Dicha clasificación ha sido criticada, en primer término, por el hecho de que toda referencia al individuo es también a la sociedad y viceversa y, por otra parte una separación tajante entre sociedad y Estado en la actualidad no resulta aceptable desde el punto de vista de la ciencia política”¹⁹⁴.

Más bien conviene distinguir, en coherencia con la posición que hemos asumido, entre aquellos bienes jurídicos “referidos a las *bases de existencia* del sistema y aquellos que están en conexión con el *funcionamiento* del sistema”¹⁹⁵.

Los bienes jurídicos referidos a las *bases de existencia* del sistema, son aquellos se encuentran ligados a relaciones microsociales, “su núcleo fundamental está dado por la relación entre una persona con otra, en que queda comprendida su persona y su dignidad”¹⁹⁶. La vida humana, la salud individual o la libertad, constituyen ejemplo de estos bienes jurídicos

En cambio, los bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema, se encuentran vinculados a relaciones de carácter macrosocial, de la persona con otros. En

¹⁹³ POLITOFF, SERGIO, GRISOLIA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN, 1993, “Derecho Penal Chileno”, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, op. cit., pág. 28.

¹⁹⁴ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 4.

¹⁹⁵ Ibid., pág. 5.

¹⁹⁶ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1969, “Los Bienes Jurídicos Colectivos”, en BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1987, “Control Social y Sistema Penal”, Barcelona, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, pág. 199.

otras palabras, a “los procesos o funciones que el sistema ha de cumplir, para que justamente puedan quedar aseguradas las bases y condiciones del mismo”¹⁹⁷. Podemos citar, en este grupo la fe pública, el medio ambiente, la salud colectiva, la propia Seguridad del Estado, etc.

Estos últimos admiten una subclasificación: según estén en ligados a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, “bienes jurídicos colectivos”, como el medio ambiente o la salud pública; establezcan vías o procedimientos orgánico-conceptuales para asegurar los bienes jurídicos personales, “bienes jurídicos institucionales”, como la fe pública o las garantías individuales; o bien, se encuentren referidos a la organización del aparato estatal, “bienes jurídicos de control”, donde se encuentra la Seguridad Exterior y la Seguridad Interior del Estado, esta última materia de nuestro análisis en los próximos capítulos.

Luego de que analicemos la Seguridad Interior del Estado, nos ocuparemos de la relación de jerarquía entre lo distintos bienes jurídicos.

B) Configuración del Bien Jurídico protegido

1.- Antecedentes y Concepto general:

La expresión Seguridad del Estado aparece como aglutinante del delito político con la dictación del Código Penal Francés de 1810.

La irradiación de la codificación napoleónica, como consecuencia de las circunstancias históricas producidas en la Europa del Ochocientos, determinaría la adopción de dicha denominación en los distintos códigos penales de ese continente,

¹⁹⁷ Ibidem.

entre ellos el Código Penal español de 1848 y el Código Penal belga de 1867, antecedentes directos de nuestro Código Penal patrio¹⁹⁸.

Las dudas acerca del significado del bien jurídico indicado por el legislador en los títulos I y II del Libro II del Código Penal, proviene, en primer lugar, del empleo del vocablo “seguridad”, que como señala Rodríguez Devesa, “es ciertamente de una gran imprecisión y entraña el peligro de una expresión desmesurada e inadmisibles de los delitos contra el Estado”¹⁹⁹.

Generalmente la voz “seguridad” aparece vinculada a las ideas de “certeza u certidumbre”, que son las acepciones más comunes del término. En este sentido, Raimundo del Río entiende que con seguridad, el legislador estaría aludiendo al “estado de las cosas que las hace firmes, ciertas y libres de todo riesgo o peligro”²⁰⁰.

Debe advertirse, de cualquier forma, que el término seguridad no ha de aludir a miedos difusos, tiene en todo caso, un carácter netamente objetivo. Como señala Bustos Ramírez, cuando no referimos a todo bien jurídico, “de lo que se trata es de relaciones sociales y no de posiciones subjetivas de los sujetos”²⁰¹.

Siguiendo esta línea, parece más adecuado vincular la noción de “seguridad” con la de “estabilidad”²⁰². De esta forma, señala Rodríguez Devesa, “si lo contrario de seguridad es la inseguridad, podríamos acaso concluir que lo esencial de la idea de seguridad es la estabilidad, la continuidad de personas e instituciones”²⁰³.

Tantas o quizás más dudas que las expresadas respecto del concepto de “seguridad”, se siembran respecto del concepto de “Estado”, noción que dista mucho

¹⁹⁸ Específicamente respecto de los delitos contra la Seguridad del Estado, el trabajo de la Comisión Redactora se apoyó en el proyecto redactado por Rengijo en base a las disposiciones contenidas en los Códigos Penales Español y Belga señalados. Así se dejó constancia en las actas de la sesión 25 de 24 de Marzo de 1871, respecto de los delitos contra la Soberanía del Estado y Seguridad Exterior, y de la sesión 26 de 27 de Marzo de 1871, respecto de los delitos contra la Seguridad Interior. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, 1974, “Código penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora”, Valparaíso, Editorial EDEVAL, págs. 296 y 301 respectivamente.

¹⁹⁹ RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, 1983, “Derecho Penal Español”, Parte General, op. cit., pág. 561.

²⁰⁰ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. III, pág. 17.

²⁰¹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 3.

²⁰² GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, Santiago de Chile, Programa de Derechos Humanos de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano, pág. 9, así como RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, 1983, “Derecho Penal Español”, Parte General, op. cit., pág. 561.

de ser inequívoca, aún dentro de la propia ciencia política, puesto que, sobre el término, empleado por primera vez por Maquiavelo²⁰⁴ para expresar la idea de poder de dominación soberano, hoy día “revierten diversas corrientes filosóficas, jurídicas, sociológicas, ideológicas incluso valorativas”²⁰⁵.

En efecto, para algunos autores, como Bluntschli, el Estado constituirá la representación del espíritu moral, al paso que para otros, como Marx, será instrumento de explotación de una clase sobre las otras. Para Heller, implica la idea de una estructura de convivencia, para Burdeau, el titular abstracto y permanente del poder, para Kelsen, el orden jurídico mismo, del cual pasa a ser propiamente el Estado, su personificación.

Si bien es posible, de esta forma, observar una disparidad de criterios a la hora de definir el término, con el fin de sortear el “caos semántico” del cual la noción es objeto, podemos señalar que, en términos generales, los autores se inclinan por dos diversas perspectivas, ya sea partiendo de la consideración del elemento personal que lo constituye, o bien, de la consideración básica del “vínculo ordenador” o “magnitud político-jurídica” que integra el concepto de Estado.

En el primer sentido, el Estado puede concebirse como “la sociedad política y normativamente organizada”, el Estado-Sociedad, Estado-Comunidad o Estado-Colectividad.

Desde la segunda perspectiva, en cambio, el Estado ha de proyectarse como el conjunto estructurado de instituciones a través de las cuales se ejerce el poder político en una determinada sociedad. Se habla, en este último caso, de un Estado-Gobierno, de una organización estatal o de un aparato estatal²⁰⁶.

²⁰³ RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, op. cit., vol. I, Parte General, pág. 562.

²⁰⁴ MAQUIAVELO, NICOLAS, 1980, “El Príncipe”, ciudad de México, Librería Manuel Porrúa, pág. 19.

²⁰⁵ LUCAS VERDU, PABLO y LUCAS MURILLO, PABLO, 1994, “Manual de Derecho Político”, vol. I, Introducción y Teoría del Estado, op. cit., pág. 33.

²⁰⁶ Obviamente, es insostenible plantear una diferenciación radical entre ambas nociones que implican tan sólo aspectos de un mismo concepto, y que, en consecuencia, guardan mutua correspondencia.

Si recordamos las precisiones que, a propósito de la doctrina de los delitos políticos, se aludía, a la última de estas nociones, al orden político del Estado, a su organización, a la hora de señalar el Bien Jurídico protegido en estos delitos.

Específicamente, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico penal, aparece claramente que el legislador, con Seguridad de Estado, está protegiendo al Estado en cuanto Gobierno o Aparato Estatal, y no en cuanto, Sociedad o Comunidad.

Respecto de los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado, se observa la protección penal del aparato estatal en su conjunto, al tipificarse conductas que amenazan su independencia, vale decir, su autonomía general de funcionamiento²⁰⁷, o bien la integridad de su territorio, o sea, la autonomía del aparato de control al ámbito espacial en que ejerce atribuciones²⁰⁸.

En los delitos contra la Seguridad Interior del Estado, tiene lugar en varias formas: a través de la protección de la organización política de control en su conjunto, como en las disposiciones que aluden directamente “al derrocamiento del Gobierno constituido”²⁰⁹, o bien, sancionan aquellas conductas que “promuevan” o “provoquen” la guerra civil²¹⁰; en la protección de la norma fundamental, en donde se expresa la forma en que ha de tener lugar dicha organización, la cual resulta resguardada de los intentos de cambio violento²¹¹; y, en la protección específica de los poderes públicos del Estado, las instituciones más importantes del Estado, a través de las cuales la organización estatal se concreta, otorgándose protección respecto de los intentos violentos de privación de funciones²¹², o de la restricción arbitraria de su ejercicio²¹³.

²⁰⁷ Lo cual es claramente observable, por ejemplo, en los artículos: 108, 109 y 118 del Código Penal y artículo 1 letras a) b) y c) de la Ley de Seguridad del Estado.

²⁰⁸ Que se manifiesta de manera bastante explícita en los artículos 108 y 118 del Código Penal y el artículo 1 letra b) de la Ley de Seguridad del Estado.

²⁰⁹ Lo cual aparece claramente, por ejemplo, en el artículo 4 letras a) y c) de la Ley de Seguridad del Estado.

²¹⁰ Como se observa en los artículos 121 del Código Penal y artículo 4 inciso 1° de la Ley de Seguridad del Estado

²¹¹ Como es posible observar en los artículos 121 del Código Penal, 4 letras f) y g), y 5 letras a) y b) de la Ley de Seguridad del Estado.

²¹² Que se manifiesta, por ejemplo, en los artículos 121 del Código Penal y 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado

²¹³ Por ejemplo, en los artículos 126 del Código Penal y 5 letra b) de la Ley de Seguridad del Estado.

De buenas a primeras podría resultar criticable el hecho que el bien jurídico en la criminalidad política pueda encontrarse centrado en la sola organización del Estado. Parecería ser una manifestación de la pesada tradición que arrastra el delito político de los tiempos del crimen de lesa majestad y, en consecuencia, contradictoria con una visión democrática.

En realidad, creemos que no sería viable desligar la Seguridad del Estado de la idea de protección del aparato de control, para darle una configuración distinta, basada en la idea de Estado-Colectividad.

Este último camino conduciría a la indeterminación del bien jurídico Seguridad del Estado, que perfectamente podría comprender en sí todos los otros objetos de protección penal²¹⁴, lo que, desde luego, resultaría mucho más peligroso para una perspectiva democrática de la Seguridad del Estado.

En efecto, cabe recordar que la pretensión de subsumir los diferentes objetos de protección dentro del bien jurídico de los delitos políticos es, más bien, propia de la etapa autoritaria de la criminalidad política.

Más lógico parece ser que se siga una postura de carácter realista, que se revele y ponga de manifiesto lo que se esconde bajo la intervención penal del Estado, en este caso, la protección del aparato de control, y entender legitimada dicha protección conforme a las bases políticas del sistema, que no son, en nuestro caso, otras que las que aparecen en un Estado democrático de Derecho.

Desde la óptica que desarrollamos puede precisarse, de esta manera, los diferentes modos de afectar al bien jurídico analizado.

De esta forma, es posible señalar que no todo delito que pueda afectar al Estado constituye un delito contra su Seguridad.

Puesto que hemos considerado que el bien jurídico se encuentra referido a la protección de su estructura institucional, vale decir, al aparato estatal en cuanto tal,

²¹⁴ “No es esta una perspectiva clasificatoria que satisfaga, dada su vaguedad y amplitud. No tiene capacidad de rendimiento para la determinación del bien jurídico y por esta razón la doctrina en general ha tenido problemas para precisar el bien jurídico”. BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, op. cit., pág. 310.

podemos eliminar de su esfera, aquellos ilícitos penales, como el fraude o la malversación de caudales públicos o bien otros como la prolongación de funciones, el abandono de destino y demás contra la administración pública, en que no que resulta atacado el Estado mismo, sino en su perspectiva patrimonial o en “su regularidad funcional”²¹⁵.

En este sentido, como señala Soler, es preciso descartar todos aquellos delitos “en que el bien jurídico tutelado no asuma el carácter de un bien fundamental y político”²¹⁶.

Por otra parte, si bien gran parte de los autores objetivistas comprendían dentro del bien jurídico político “los derechos políticos de los ciudadanos”- como lo hacía, por ejemplo, la definición analítica del profesor belga Haus de orden político interior – en nuestro ordenamiento aparece claramente que no fueron incluidas las conductas que afectaran tales derechos dentro de la categoría de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado, sino que aparecen regulados como una categoría distinta e independiente.

De esta forma, cuando en la enumeración que hace el artículo 126 del Código Penal, aparece, entre los fines de la Sedición, el de impedir “la libre celebración de una elección popular”, hemos de entender que a lo que se apunta es a la protección del proceso por medio del cual se conforman los principales órganos del Estado, y no a la libertad o pureza del sufragio, objeto de protección de la Ley de Elecciones.

2.- Seguridad Exterior y Seguridad Interior del Estado.

Las distintas definiciones analíticas del bien jurídico, que vimos en la sección primera, a propósito de las teorías objetivistas del delito político, se referían a los dos ámbitos hacia los cuales se orientaba la protección del aparato estatal, el exterior y el

²¹⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 204.

²¹⁶ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 10.

interior, es decir, como se señala didácticamente, “al ser como al modo de ser”²¹⁷ del Estado.

El mismo criterio sigue nuestro legislador en los distintos cuerpos legales.

De esta forma, nuestro Código Penal regula en el título I del libro II, “los crímenes y simples delitos contra la Seguridad Exterior y la Soberanía del Estado” mientras que el título II del mismo libro se ocupa de “los crímenes y simples delitos contra la Seguridad Interior del Estado”. Por su parte, los títulos II y IV del libro III del Código de Justicia Militar se ocupan, respectivamente, “De la traición, del espionaje y demás delitos contra la Soberanía y Seguridad del Estado”, y de “los delitos contra la Seguridad Interior del Estado”. La Ley de Seguridad Interior del Estado hace lo suyo cuando en su título I se refiere a los “delitos contra la Soberanía Nacional y Seguridad del Estado” y en su título II a los “delitos contra la Seguridad Interior del Estado”.

Algunos autores²¹⁸, opinan que a la distinción entre Seguridad Interior y Exterior del Estado se le otorga una importancia exagerada. Dicha diferenciación no sería fundamental, puesto que, modernamente, los ataques interiores bien pueden verse acompañados de los exteriores y viceversa.

Aún admitiendo esa crítica, puede ser justificada conservar la distinción, pues, además de ser el sistema que propone el legislador, nos facilita el examen analítico pedagógico de estas materias, en orden a determinar “los diferentes comportamientos que pueden afectar el funcionamiento del aparato de control”²¹⁹.

Desde una perspectiva externa de la Seguridad del Estado, la incolumnidad del aparato estatal, puede verse atacada por comportamientos que van más allá de la sociedad que controla, fundamentalmente referidos a las relaciones con otras organizaciones estatales o supraestatales, ya sea respecto de su independencia, vale

²¹⁷ RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARÍA, 1983, “Derecho Penal Español”, Parte Especial, Madrid, Artes gráficas CAVASA, 9ª Edición, pág. 562.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 384.

decir, su autonomía general de funcionamiento²²⁰, o bien la integridad de su territorio, o sea, la autonomía del aparato de control al ámbito espacial en que ejerce funciones²²¹.

Desde una perspectiva interna, la Seguridad del Estado puede verse agredida por comportamientos que provienen de la propia sociedad que controla, que van a afectar la organización misma del aparato estatal.

Enfoquemos el análisis en este último aspecto de la Seguridad del Estado.

Los comportamientos referidos a esta faceta interna son múltiples, han de afectar al aparato estatal, bien respecto de las bases mismas de estructuración del poder político en la Constitución Política, o bien, concretamente a los órganos del aparato estatal a través de los cuales dicha estructuración se realiza.

La protección de la Constitución se erige como uno de los principales objetivos del Derecho Penal político ya desde el período del Iluminismo. En efecto, para la ideología liberal, la carta fundamental representa la concretización de la noción de pacto social, límite y, a la vez, basamento de todo poder político.

Con el fenómeno de institucionalización del poder, es impensable la separación de la idea de organización estatal y Constitución: la norma fundamental establece la forma en que se accede al poder, como se distribuyen las facultades que comprende, los procedimientos por los cuales se ejerce y los límites con los cuales actúa, principalmente, mediante el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales²²².

Consecuencia de lo anterior, la Seguridad del Estado ha de suponer, necesariamente, la protección de la norma fundamental.

Toda transformación de la norma constitucional ha de efectuarse por los mecanismos establecidos en ella, de manera que nuestra legislación va a penalizar, como una ataque a la Seguridad del Estado, los intentos de cambio violento de la

²²⁰ Lo cual es claramente observable, por ejemplo, en los artículos: 108, 109 y 118 del Código Penal y artículo 1 letras a) b) y c) de la Ley de Seguridad del Estado.

²²¹ Que se manifiesta de manera bastante explícita en los artículos 108 y 118 del Código Penal y el artículo 1 letra b) de la Ley de Seguridad del Estado.

²²² Además, como veremos más adelante, en cuanto fija “un modelo de Estado” es esencial su consideración para configurar todo bien jurídico protegido, y en especial, el analizado.

Constitución, como ocurre en el artículo 121 del Código Penal, o bien, por medios fraudulentos, como ocurre en el artículo 133 del Código Penal; los intentos de cambio violento de la forma (republicana y democrática) de gobierno - que implican, conceptualmente, un cambio en la Constitución - artículos 121 del Código Penal y 4 letras f) y g) de la Ley de Seguridad del Estado, o bien, del “orden constitucional” - expresión sinónima a la de Constitución - como en los artículos 4 letra g) y 5 letras a) y b) de la Ley de Seguridad del Estado.

Aparte de una transformación del orden jurídico constitucional, la estructura organizacional del Estado puede verse afectada también, cuando el ataque va dirigido contra los órganos fundamentales del Estado, los Poderes Públicos.

Lo anterior podemos observarlo en el análisis de las disposiciones de los artículos 121, 126 y 133 del Código Penal y el artículo 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado.

El artículo 121 del Código Penal entre los fines a que ha de tender el alzamiento en el delito de rebelión establece el de “privar de sus funciones o impedir que entren en el ejercicio de ellas al Presidente de la República o al que haga sus veces, a los miembros del Congreso Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia”.

El artículo menciona, de esta forma, a los titulares de los órganos que constituyen los diferentes Poderes Públicos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, personas o cuerpos que por ejercer una parte cualquiera de la potestad estatal “son por ello los mismo órganos del Estado”²²³.

El artículo 126 del Código Penal, por su parte, entre los fines a que ha de tender el alzamiento en el delito de sedición incluye el de “coartar el ejercicio de sus atribuciones o la ejecución de sus providencias a cualquiera de los poderes constitucionales”.

El artículo 133 de ese mismo cuerpo legal hace suyo los fines de las dos disposiciones mencionadas.

El artículo 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado establece entre los fines hacia los cuales ha de estar dirigida la conducta en la figura allí establecida se encuentra el de “el objeto de alzarse contra los Poderes del Estado...”

De estas disposiciones podemos sacar varias conclusiones respecto al bien jurídico analizado.

En primer lugar, la Seguridad del Estado está referida a la protección de los distintos Poderes Públicos y no sólo de uno de ellos²²⁴.

De esta forma, no cabría interpretar que con la expresión “Gobierno constituido” que utiliza el legislador en el artículo 4 de la Ley 12.927 –enunciado y letras a), b), c) y e) de esa disposición – el legislador está sólo aludiendo al Poder Ejecutivo, y no al Legislativo y Judicial.

Si bien, en un sentido restringido, la noción de Gobierno puede ser identificada de manera exclusiva con dicho poder público²²⁵, la protección de la Seguridad del Estado no admite la reducción de concepto a tales límites.

La sola observación de las disposiciones que hemos citado líneas atrás desvanecen cualquier duda en este sentido.

De esta forma, el artículo 121 del Código Penal, que establece el delito de rebelión, figura central de la Seguridad del Estado, no sólo señala entre las finalidades que tienen en mira los alzados la privación de quien representa el Poder Ejecutivo, vale decir, el “Presidente de la República”, sino que también a los representantes de los otros poderes públicos: “los miembros del Congreso Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia”.

Por su parte, el artículo 126 de dicho cuerpo legal se refiere a la restricción del ejercicio de su función respecto de “*cualquiera de los poderes constitucionales*”.

²²³ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA, 1998, “Manual de Derecho Político”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 4º Edición, Tomo I, Instituciones políticas, pág. 195.

²²⁴ Ciertos autores, muy atinadamente denuncian la tendencia implícita en mucha Jurisprudencia, de entender que la Seguridad del Estado se encuentra vinculada a la sola protección del Poder Ejecutivo. GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 21.

A su turno, el artículo 4 letra d) del de la Ley 12.927 hacen referencia a “*los Poderes del Estado*”, sin excluir a ninguno de ellos.

En otro nivel de cosas, debemos señalar que, para que los ataques contra los poderes públicos constituyan una afeción a la Seguridad del Estado es necesario que estén revestidos de tal gravedad que no sólo comprometan el normal desenvolvimiento de sus atribuciones, sino la organización misma de dichos poderes.

Aparecen reprimidos, de esta forma, los intentos violentos de privación de funciones, como se observa en los artículos 121 del Código Penal y 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado, o de restricción arbitraria y particularmente grave del ejercicio de sus atribuciones, artículos 126 del Código Penal.

También se sanciona los intentos de privación o restricción funciones que puedan tener lugar por medios fraudulentos, como ocurre en el artículo 133 del Código Penal.

Es indudable que si la Seguridad del Estado se ve afectada cuando los ataques van dirigidos contra alguno de los Poderes Públicos, con mayor razón se atenta contra dicho bien jurídico cuando las conductas se dirigen en contra del aparato estatal íntegramente, en su totalidad.

Ello ocurre respecto de aquellas conductas que persigan el “derrocamiento del Gobierno constituido”, como en el caso del artículo 4 letras a) y c) de la Ley de Seguridad del Estado, expresión cuyo alcance hemos hace poco ya dilucidado, así como también, respecto de aquellas conductas que tiendan a producir una guerra civil, en el caso de artículo 121 del Código Penal, pues, este estado de beligerancia supone, ordinariamente, la existencia de un Gobierno paralelo que pretende reivindicar para sí la auténtica representación política de la totalidad del país²²⁶.

Otro aspecto de la Seguridad Interior del Estado que se encarga de cautelar nuestra legislación penal la constituye la preservación del monopolio del uso de la Fuerza en manos del aparato estatal.

²²⁵ Por ejemplo, la Constitución Política utiliza el término con esta acepción en el encabezado de sus capítulos IV y XIII.

Se trata de una característica fundamental de la idea de Estado²²⁷, y se va a manifestar en dos aspectos.

En primer lugar, la necesidad de impedir la posibilidad de formación de un poder militar paralelo al estatal.

En este sentido conviene citar el pensamiento de Burdeau “cuando un Estado comienza a tolerar en su territorio milicias armadas que tengan la posibilidad de hacer ejecutar por medio de la coerción las ordenes que dan; entonces se puede decir que el Estado está próximo a desaparecer”²²⁸. Recuerda el mismo autor la Alemania de Weimar que al tolerar la existencia de formaciones armadas nacionalsocialistas, dejó que se disolviera el Estado republicano.

Nuestra Constitución Política recoge estas mismas ideas, al señalar en su artículo 90 inciso 1º que “Las Fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas *única y exclusivamente* por las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública”.

Lo propio hace el legislador penal castrense en materia de Seguridad del Estado, al establecer una agravación de la pena cuando los que incurren en los delitos del título II del Libro II del Código Penal forman “una partida militarmente organizada y compuesta de diez o más individuos; o que, formando partida en menor numero de diez, exista en otro punto de la República otra partida o fuerzas que se propongan el mismo fin”.

En este mismo sentido, el artículo 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado, establece una figura por la cual se sanciona aquellas conductas de incitación, ayuda a la organización o integración de “milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes” con el objeto de sustituir o atacar a la fuerza pública o

²²⁶ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Parte Especial, Tomo IV, pág. 118.

²²⁷ Al punto que, algunos autores, como Max Weber definen precisamente al Estado respecto de este elemento: “El Estado es el monopolio legítimo de la violencia”. LUCAS VERDU, PABLO y LUCAS MURILLO, PABLO, 1994, “Manual de Derecho Político”, vol. I, Introducción y Teoría del Estado, op. cit., pág. 140.

²²⁸ BURDEAU, citado en VERDUGO MARINKOVIC, MARIO y GARCIA BARZELATTO, ANA MARÍA, 1998, “Manual de Derecho Político”, op. cit., Tomo I, Instituciones políticas, pág. 130.

interferir en su desempeño, alzarse contra los Poderes del Estado o atentar contra ciertas autoridades del Estado que allí se señala.

Otro aspecto igualmente importante del monopolio estatal de la fuerza está referido a la preservación del control civil sobre el poder militar.

Indudablemente, como afirma Duverger “el Ejército plantea un problema en todos los regímenes políticos: detenta una fuerza material capaz de dominar el Estado”²²⁹. Es por esta razón que siempre ha existido la preocupación por limitarlo, por asegurar su sujeción a los poderes constitucionales.

El mismo artículo 90 de la Constitución Política, esta vez en su inciso 4°, establece escuetamente este principio al señalar que “Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados son *esencialmente obedientes y no deliberantes*”.

El legislador penal va a sancionar como conductas atentatorias contra la Seguridad Interior del Estado ciertas conductas que supongan la contravención del principio de obediencia por parte de las Instituciones Armadas.

De esta forma, el Código Penal castiga en el artículo 124 del Código Penal aquellas que suponen sustraer un contingente militar para la perpetración de los delitos de rebelión o sedición.

Por su parte, el artículo 265 del Código de Justicia Militar consagra una figura agravada de los tipos de rebelión y sedición del Código Penal, cuando exista respecto de ellos, intervención directa o indirecta de militares.

La ley de Seguridad del Estado, sanciona ciertas hipótesis particularmente graves de incitación a la indisciplina de los cuerpos armados, en la letra b) de su artículo 4 de la Ley de Seguridad del Estado, y ciertas hipótesis de indisciplina al Gobierno constituido por parte del personal de las instituciones armadas en la letra e) de este mismo artículo.

Para concluir este acápite en que hemos analizados los distintos aspectos específicos que constituyen la Seguridad del Estado, es necesario señalar que en ciertos

²²⁹ DUVERGER, MAURICE, 1970, "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". Barcelona, Editorial Ariel, 1970, Pág. 508.

casos el legislador entenderá que ésta se encuentra amenazada cuando aparecen afectados otros bienes jurídicos.

Así ocurre, por ejemplo en la letra a) del artículo 4 de la Ley de Seguridad del Estado que sanciona entre otros comportamientos a los que inciten o induzcan a la subversión del orden público, así como induzcan o provoquen a la ejecución de delitos previstos en los Títulos I y II del Libro II del Código Penal, o de los de homicidio, robo, incendio o estragos con este mismo fin.

Lo propio se observa en la letra g) del artículo 4 de esta misma ley en cuando se sanciona a los que propaguen noticias o informaciones tendenciosas o falsas destinadas a perturbar “...el régimen económico o monetario, la normalidad de los precios, la estabilidad de los valores y efectos públicos y el abastecimiento de las poblaciones...”

Obsérvese que en estas situaciones, debe de ser de tal magnitud la perturbación de la tranquilidad pública, en el primer caso, o del orden público económico, en el segundo, que el legislador entiende que no aparecen afectados solamente tales bienes jurídicos sino que resulta puesta en peligro la propia seguridad del aparato estatal.

Es necesario que aparezcan de tal modo afectados los presupuestos que garantizan la estabilidad del aparato estatal que puedan resultar afectada la capacidad de éste para cumplir con los fines que la Constitución le reclama.

3.- Seguridad del Estado desde la perspectiva del Estado Democrático.

La noción de Seguridad del Estado no puede configurarse a partir de una concepción meramente formal y abstracta, basada en la simple preservación del “orden estatal constituido”.

Por el contrario, debe estructurarse conforme a la consideración del orden preciso y determinado al que, en un momento histórico determinado, se encuentra vinculada.

Una “construcción abstracta ahistórica”²³⁰ de la Seguridad de Estado implicaría tirar por la borda la idea de dotar al bien jurídico de un contenido material concreto.

En la primera parte del trabajo hemos podido apreciar que sobre la base de los distintos significados que ha tenido la criminalidad política, han resultado incriminado un volumen bastante variable de conductas²³¹ en los diferentes ordenamientos penales, hasta llegar en ciertas épocas a un incremento desmesurado de los delitos políticos, comprendiéndose así la incriminación de conductas de la menor insignificancia social: los meros pensamientos, la crítica política más ligera, o aún, la irreverencia religiosa.

Hemos podido observar, de la misma manera, que los diferentes conceptos que ha tenido el delito político en los diferentes momentos históricos han dependido de los distintos “modelos de Estado” imperantes en cada época histórica determinada.

En una sociedad democrática como la nuestra, dicho “modelo de Estado” se encuentra establecido en la Constitución, que se refiere a dos aspectos fundamentales que lo caracterizan: determina la forma en que se estructura el poder político, y la relación concreta existente entre este poder y los sujetos respecto de los cuales se ejerce.

Ambos aspectos, como veremos, van a influir en la configuración del bien jurídico protegido en materia de criminalidad política.

El primero de ellos nos lleva a referirnos a la relación existente entre la preservación de las instituciones que conforman el aparato estatal y la Seguridad del Estado, es decir, el tema de la estabilidad política.

El segundo aspecto, vale decir, la forma como se manifiesta la actuación de dichas instituciones respecto de las interrelaciones de los sujetos, nos lleva al problema

²³⁰ Esta expresión aparece en SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 70.

de la relación existente entre Seguridad del Estado y la persona y sus derechos fundamentales.

De estos dos aspectos nos referiremos a continuación.

a) La Seguridad del Estado y la Estabilidad de las Instituciones Democráticas.

Es indudable que, como señalábamos, el tema de la estabilidad se encuentra asociado a la idea de Seguridad del Estado. No es, claro, el único problema que está detrás, pero sí constituye uno de los más relevantes²³².

Desde luego la estabilidad a que hacemos referencia se trata de una estabilidad política, vale decir, aquella que concierne principalmente “al correcto funcionamiento externo de las instituciones jurídicas más importantes del Estado”²³³.

En términos generales es necesario señalar que el concepto de estabilidad es inherente a toda forma de institución y no sólo a las estrictamente políticas.

Las instituciones constituyen una forma de respuesta cultural a las necesidades sociales de conservación o perfeccionamiento del grupo.

A través de ellas el ser humano, en su obrar colectivo, realiza la estructuración sus modos de vida con vocación de permanencia, en base de ciertas normas o pautas que permiten regularidad a nuestro comportamiento.

Y en cuanto buscan la continuidad de la organización de la vida común deben estar necesariamente dotadas de cierta estabilidad que les permita sobrellevar los nuevos desafíos que se le vayan planteando.

Respecto de las instituciones políticas, aquellas que se vinculan inmediatamente al poder, el factor estabilidad adquiere un carácter bastante

²³¹ Sin lugar a dudas, el incremento de las figuras penales, constituye sólo uno de las manifestaciones de la configuración que muestra la criminalidad política en un determinado ordenamiento penal, pero es quizá uno de los más evidentes.

²³² GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 13.

significativo, pues, como señala Mario Justo López, “no se concibe un Estado sólo para un hoy ni un presidente sólo para esta tarde ni una ley sólo para un instante. A este respecto, la estabilidad institucional - y la propia palabra Estado la evoca – es una característica de todo régimen político y de todo orden jurídico, y no exclusivamente de uno cualquiera de ellos”²³⁴.

Ahora bien, el concepto de estabilidad no puede verse como sinónimo de inmovilismo, excluyéndose toda posibilidad de transformación, pues, aunque aparezca a primera vista como paradójico, la noción de cambio es tanto como la de estabilidad un componente esencial de la idea de institución.

La noción de cambio aparece asociada al carácter instrumental que revisten las instituciones. Estas sólo son útiles en cuanto permiten la satisfacción de necesidades de carácter colectivo. Si la variación de dichas necesidades, o bien, de las instituciones determina que su incapacidad para satisfacer a las primeras, las instituciones deben transformarse hasta adecuarse a dichas necesidades.

La posibilidad de transformación también parece como necesaria en las instituciones políticas, las cuales se encuentran expuestas a variaciones en función de las transformaciones materiales que experimente la sociedad.

No obstante ello no se ha entendido siempre así, y de esta forma, es posible observar que la forma de entender el poder ha experimentado a través del tiempo una evolución²³⁵.

En efecto, en sociedades monolíticas y fuertemente estructuradas, con escasas alternativas, e inspirados en tradiciones religiosas y morales fuertemente arraigadas, el poder se aprecia como algo inmóvil, sin posibilidad de transformación política, y

²³³ GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 14.

²³⁴ JUSTO LOPEZ, MARIO, citado en VERDUGO MARINKOVIC, MARIO y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA, 1998, “Manual de Derecho Político”, op. cit., Tomo I, Instituciones políticas, pág. 46.

²³⁵ GONZALEZ MORALES, FELIPE MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 15

asociado por completo a una persona, que concentra en sí “no solamente todos los instrumentos del poder, sino también toda la justificación de la autoridad”²³⁶.

Con el correr del tiempo hemos llegado a otro tipo de sociedades, de carácter democrático, en las cuales existe una real conciencia de la instrumentalidad de las instituciones y la necesidad de su adecuación a las necesidades sociales, lo que se plasma en ciertos principios y mecanismos que prevén la posibilidad de transformación política.

Los principios y mecanismos del juego democrático permiten un proceso participativo dentro de la sociedad, es decir, la interpelación de diferentes discursos ideológicos en su seno, concediéndose iguales oportunidades a los distintos sectores políticos para convertirse en gobierno y concretar, de esta forma, las transformaciones de las estructuras políticas.

El hecho que uno de los sectores concrete estos objetivos no determina la exclusión de los demás grupos. Por el contrario, las minorías pueden ejercer mientras tanto el papel de oposición frente al gobierno existente, lo que lejos de constituir un factor de inestabilidad permite “mantener vivo el proceso político, descubrir nuevos caminos de réplica y discusión, y conservar así la cualidad creadora de las sociedades humanas”²³⁷.

Las ideas expresadas tienen evidente consecuencia en la configuración de la noción de Seguridad del Estado.

Conforme al carácter instrumental de las instituciones políticas ellas aparecen como expresión de los principios del sistema político democrático, principalmente el de participación política, que determina una interacción permanente entre el aparato de control y las legítimas aspiraciones de los miembros de la sociedad, aspiraciones que pueden perfectamente concretarse en el cambio de las estructuras organizativas de dicho aparato estatal.

²³⁶ NOGUEIRA ALCALA y CUMPLIDO CERECEDA, 1993, “Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado”, op. cit, págs. 60 y 61.

En estos términos, la protección del aparato estatal, en cuanto traspasado por dicha participación, no puede determinar de plano la exclusión de las hipótesis de transformación de las instituciones políticas del Estado, sino que, por el contrario, supone a dichas transformaciones como consustanciales al sistema.

Es así como en nuestro ordenamiento sólo aparecerán sancionadas aquellas conductas que, señaladas como contrarias a la Seguridad de Estado, supongan una transformación ilegítima del orden político, ya sea, mediante la utilización de la violencia, como en se aprecia, por ejemplo, en los artículos 121 y 126 del Código Penal; la utilización de medios fraudulentos, como en la figura del artículo 133 del Código Penal; o bien, mediante la tergiversación de las situaciones fácticas de carácter económico sobre las cuales dicho orden político se asienta, como en el caso de la figura del artículo 4 letra g) de la Ley de Seguridad Interior del Estado.

Sólo las conductas que expresamente tipifica el legislador constituirán un ataque ilegítimo a la organización del Estado afectándose los principios democráticos de los cuales es expresión: la participación política, el pluralismo político y tolerancia, el principio de consenso, el de diálogo.

Toda otra conducta que pretenda una transformación del aparato estatal y de sus instituciones básicas no puede considerarse lesiva para la Seguridad del Estado, ya se trate de una hipótesis de transformación prevista expresamente en el ordenamiento jurídico, o bien, tenga un carácter alternativo respecto de éste.

Y hacemos este distingo, en cuanto es preciso señalar que la capacidad y actividad participativa de los miembros del sistema social no sólo se expresa a través de los mecanismos de representación tradicionales sino asimismo por otros canales, entre los que se señala, por ejemplo, la desobediencia civil o la objeción de conciencia²³⁸.

²³⁷ DAHRENDORF, RALF, “Más allá de la utopía”, en GONZALEZ MORALES, FELIPE MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit. pág. 15

²³⁸ *Ibid*, pág. 23.

No entraremos a referirnos, de manera particular, de las diferentes formas de transformación legítima de la organización estatal, sean estas institucionales o alternativas. Lo que si indicaremos es que el real contenido de dichas transformaciones va a poder ser precisado además de los principios democráticos ya señalados, por sobre todo, en razón de que ellos constituyen formas a través los cuales se manifiestan o que son ejercicio de los derechos fundamentales, verdaderas bases del sistema democrático.

b) Seguridad del Estado y respeto a los Derechos Fundamentales.

Como afirma Jorge Mera, lo democrático de un Estado no se encuentra únicamente definido por lo relativo “a determinadas reglas del juego electoral o a mecanismos de ejercicio del Poder, sino también a un Estado dirigido a la protección de los Derechos Humanos”²³⁹.

Los principios que caracterizan al orden democrático, como el de participación política, diálogo o pluralismo, solo pueden ser comprendidos sobre la base de una recta concepción de la persona humana y el respeto de sus derechos fundamentales. Pues, claramente, sólo desde una perspectiva democrática, “el adversario no es un enemigo al que hay que abatir, sino el ciudadano que en uso de su libertad ésta en distinta posición a la nuestra porque a ello tiene derecho como nosotros tenemos a nuestras convicciones”²⁴⁰.

Sólo cuando se tiene entiendo lo esencial de la idea de democracia se abandona la idea de que la visión democrática de la política tenga un carácter meramente relativista, en el sentido que el orden democrático sea un mecanismo neutro, un mero procedimiento desligado a toda referencia a valores. Por el contrario, la opinión democrática aparece como una concepción política y moral muy determinada fundada en el pleno reconocimiento, respeto y garantía de los derechos humanos.

²³⁹ Ibid., pág. 19.

²⁴⁰ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA, 1998, “Manual de Derecho Político”, op. cit., Tomo II, Las Fuerzas Políticas y los Regímenes Políticos, pág. 160.

Muchas veces se comete el error de pensar que la idea de estabilidad implícita en el concepto de Seguridad del Estado resulta antagónica a la de derechos humanos, una especie de contrapeso, a tal punto que se señala que “se plantea casi una dicotomía, un corte radical, entre ésta y éstos”²⁴¹. La explicación se encuentra en que “a diferencia de otras instituciones o mecanismos, que son propios del y surgen del Estado de Derecho, la idea de estabilidad la encontramos asociada a muchas y muy diferentes formas de organización del Estado y de ejercicio del Gobierno”²⁴².

Más específicamente en el ámbito penal, han existido desde antiguo planteamientos que no reconocen esas vinculaciones entre Seguridad del Estado y los derechos fundamentales.

No nos remontaremos aquí – porque ya lo hemos hecho - al período absolutista, o más atrás, a la Roma imperial, en donde, como pudimos observar, el interés fundamental de protección penal lo constituía el poder político representado, fundamentalmente, por la persona del Príncipe, y donde los derechos de las personas, si es que se pensaba en su existencia, constituían sólo concesión graciosa del poder.

Modernamente, y entendemos con esto, con posterioridad al influjo garantista del Iluminismo en el Derecho Penal, surgen ciertas doctrinas de carácter transpersonalista, conforme a las cuales las personas y sus derechos fundamentales sólo adquieren valor desde la perspectiva del Estado y de sus fines inmediatos.

Nos referiremos a la teoría de la personalidad moral del Estado y, posteriormente, la Doctrina de la Seguridad Nacional.

La teoría de la personalidad del Estado aparece ligada al fenómeno de institucionalización del poder político, conforme al cual “el poder político es transferido de la persona de los gobernantes a una entidad abstracta: el Estado”²⁴³.

²⁴¹ GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 20.

²⁴² *Ibid.*, pág. 19.

²⁴³ BURDEAU, GEORGES, citado en VERDUGO MARINKOVIC, MARIO y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA, 1998, “Manual de Derecho Político”, op. cit., Tomo I, Instituciones políticas, pág. 134.

De manera que, esta teoría surge paradójicamente para despersonalizar, “despersonalizar el poder del príncipe, mediante la abstracción y racionalización del mismo”²⁴⁴.

Sin embargo, considerando el gran esfuerzo de abstracción que significa la concepción de un poder institucionalizado, se va a desarrollar una teoría por medio de la cual, se pasa a concebir al Estado no sólo “como un punto de referencia ideal, como una construcción racional, sino que se ha tratado de entenderlo como un ser viviente real, semejante, de una manera más o menos pronunciada, a nosotros hombres mortales”²⁴⁵.

No obstante dicho “organismo”²⁴⁶, no se encontraría en un plano de igualdad respecto de los sujetos, sino, en cambio, se revela como superior a estos, situación que justifica Gierke, en que “sólo si se afirma el valor superior del todo frente al de las partes, puede fundamentarse el deber ético del hombre de vivir para el todo y de morir por él si acaso lo requiere”²⁴⁷.

Estas ideas iban a tener concreción en el Código Penal Fascista Italiano de 1930, en el cual el Bien Jurídico en materia de criminalidad política es propiamente “la Personalidad del Estado”, noción que según sus comentadores se extendía a no sólo a los intereses concernientes a su incolumidad o a la autonomía del Estado, sino también “al prestigio y al decoro del Estado”²⁴⁸. Con tal abultado contenido es posible imaginar hasta donde podía llegarse con la incriminación de conductas²⁴⁹.

²⁴⁴ GARCIA RIVAS, NICOLAS, 1990, “La Rebelión militar en Derecho penal”, op. cit., pág. 122.

²⁴⁵ BALLADORE PALLIERI, GIORGIO, 1953, “La crisis de la personalidad del Estado”, en RIPERT, GEORGES Y OTROS, 1953, “La crisis del Derecho”, Buenos Aires, Editorial EJE, págs. 279 y 280.

²⁴⁶ Así para Bluntschli, el Estado constituía “un organismo ético – espiritual, como un gran cuerpo que es susceptible de hacer suyos los sentimientos e ideas de los pueblos, y expresarlos en leyes, realizarlos en acciones propias”. BLUNTSCHLI, citado en KELSEN, HANS, 1965, “Teoría General del Estado”, Ciudad de México, Editora Nacional, pág. 478.

²⁴⁷ GIERKE, OTTO, citado en KELSEN, HANS, 1965, “Teoría General del Estado”, op. cit., pág. 478. El propio Kelsen se encarga de desenmascarar las intenciones más o menos disimuladas de la llamada “teoría orgánica”, como el mismo le llama que “no pasa de ser un programa político, conocido hasta la saciedad, formado por una mezcla de imperialismo, nacionalismo, antiinternacionalismo y antidemocraticismo”, *Ibíd*, pág. 483.

²⁴⁸ MANZINI, VINCENZO, 1957, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo VI, Segunda Parte: “De los delitos en Especial”, Buenos Aires, Editorial EDIAR S.A., pág. 14.

²⁴⁹ Así podemos citar, por ejemplo, el delito de vilipendio público de la República, o ciertas instituciones estatales del artículo 290 del Código Italiano de 1930, que supone sólo una muestra pública de “desprecio” respecto de

La teoría de la Personalidad Moral del Estado supone la perversión de una idea original, cual era la de establecer una garantía contra la arbitrariedad de los gobernantes, depurando las voluntades que concurren al ejercicio del poder, es decir, al “sustituir el imperio personal del hombre por el imperio impersonal de la ley, la voluntad subjetiva del individuo por la objetiva del Estado”²⁵⁰.

Pero, en definitiva, lo único que lograba era crear una nueva voluntad individual, que “no ofrece por sí misma ninguna garantía de ser una voluntad recta, mejor que nuestra voluntad humana”²⁵¹.

De esta forma, la doctrina iba a ser rechazada por prestigiosos pensadores entre los que se cuentan, por ejemplo, León Duguit y Hans Kelsen²⁵².

Hoy en día, sólo se habla, con mayor o menos aceptación en la doctrina política, de la personalidad jurídica del Estado, teoría que permite explicar ciertos fenómenos como son la existencia de un patrimonio público, la aparición del Estado como parte en tratados internacionales o la existencia de derecho públicos subjetivos, y fundamentalmente, como “un medio jurídico auxiliar que sirve para comprender, jurídicamente, una forma compleja como unidad”²⁵³.

Claro que los devaneos organicistas y transpersonalistas, presentes en la Teoría de la personalidad moral del Estado no se extinguieron con la caída del régimen fascista italiano. Se mantuvieron en alguna medida con la pervivencia del Código Penal de 1930 aún en la Italia democrática, y más precisamente van a manifestarse aún más tarde, en doctrinas marcadamente autoritarias y, a menudo, de sesgos militares.

Entre ellas cabe destacar la doctrina de la Seguridad Nacional, que concibe al Estado como un “centro de poder con voluntad propia, partiendo de la visión

ellas. O la promoción, constitución organización o dirección de asociaciones de carácter internacional no autorizadas, artículo 273 de dicho Código, o la participación en ellas, artículo 274.

²⁵⁰ BALLADORE PALLIERI, GIORGIO, 1953, “La crisis de la personalidad del Estado”, op. cit., pág. 278.

²⁵¹ Ibid., págs. 281 y 282.

²⁵² KELSEN, HANS, 1965, “Teoría General del Estado”, op. cit., especialmente, pág. 483, donde el autor se encarga de desenmascarar las intenciones más o menos disimuladas de la llamada “teoría orgánica”, como el mismo llama, la cual “no pasa de ser un programa político, conocido hasta la saciedad, formado por una mezcla de imperialismo, nacionalismo, antiinternacionalismo y antidemocraticismo”.

²⁵³ ERMACORA, FELIX, citado en LUCAS VERDU, PABLO y LUCAS MURILLO, PABLO, 1994, “Manual de Derecho Político”, vol. I, Introducción y Teoría del Estado, op. cit., pág. 201.

organicista, donde el Estado como órgano requiere de un espacio vital, de una necesidad de espacio vital, de una necesidad de expansión de este espacio vital, y de una unidad”²⁵⁴.

Dicha doctrina tuvo influencia fundamental en el decurso político y militar durante las dictaduras militares latinoamericanas de la segunda del siglo XX, entre ellas, la chilena.

La doctrina de la Seguridad Nacional postula, con fundamentos de arrancan de la Geo-política, la división del mundo en dos bloques antagónicos, “amigos y enemigos”²⁵⁵, antagonismo que constituye una constante universal e histórica y que genera una dinámica de “guerra permanente y no declarada”, que se extiende a todos los planos: económico, político, social, psicológico, ideológico, etc. Ese antagonismo estaba representado en la época de más vigor de la doctrina por el enfrentamiento entre el Occidente cristiano y democrático y el Oriente ateo, despótico y comunista.

Ante dicho contexto, correspondía la alineación en uno de estos bloques, y se entendía que el más afín era el occidental. Con lo cual correspondía preservar los valores compartidos por dicho bloque: la democracia, el cristianismo o la cultura, de su destrucción enemigo interno, existente o presumible, a fin de aniquilarlo, disponiendo de todos los recursos, en todos los campos, y principalmente mediante la creación de un supra-poder, organización diversa a la pirámide estatal.

Pero la Doctrina de la Seguridad del Estado traiciona los propios principios que dice defender. Dice asumir el resguardo de “los valores occidentales” como lo es la democracia, el cristianismo o la cultura, pero estos valores adquieren desde su perspectiva una connotación meramente formal y vacía²⁵⁶ y, en definitiva, la propia

²⁵⁴ MARROQUIN GRILLO, GERMAN, 1988, “La Doctrina de la Seguridad Nacional”, en Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología, 1988, vol. X, n°36, Septiembre-Diciembre, Bogotá, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, pág. 128.

²⁵⁵ Se trata de categorías conceptuales muy a la manera del teórico nazi Carl Schmitt. Véase así, por ejemplo: KAUFMANN, MATHIAS, 1989, “Los Principios Filosóficos de la Teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt”, Editorial Alfa, especialmente pág. 26, en que el autor se refiere la distinción amigo-enemigo schmitiana.

²⁵⁶ “Por más que se excave en el pensamiento de los teóricos de la Seguridad Nacional se encontrará siempre que detrás de ese pretendido enfrentamiento apocalíptico no solo no hay ninguna noción consistente acerca de lo que

Seguridad Nacional pasa a ser el único valor absoluto pues, “lo que realmente importa es la supervivencia de Estado como tal, y por lo tanto sus componentes deben someterse a los objetivos del Estado”²⁵⁷.

La doctrina se manifestó en nuestro país en el ámbito propiamente penal en la interpretación que los tribunales militares realizaban de la Ley de Seguridad del Estado, fundamentalmente en los Consejos de Guerra a partir del golpe militar de 1973.

Particularmente, puede revisarse el fallo recaído en el proceso Rol 1-73 del Consejo de Guerra de Santiago (FACH), que frente a la situación señalada constituye su “muestra más representativa”²⁵⁸. En dicha sentencia se hace constante alusión a conceptos desarrollados por la doctrina de la Seguridad Nacional tales como la posibilidad de un “enemigo potencial”, la “relación amigo-enemigo”, el concepto de “guerra generalizada”²⁵⁹.

Pero la influencia de la doctrina ya señalada es también evidente en la creación durante el gobierno militar de figuras penales abiertas como la no presentación al llamamiento que hace la autoridad²⁶⁰, o bien, con abundancia de elementos subjetivos, y en todos los casos, con elevadísimas penas²⁶¹.

Tanto respecto de la doctrina de la Personalidad Moral del Estado como a la doctrina de la Seguridad Nacional es posible formular los mismos reproches.

Ambas teorías sólo encubren la realidad del ser humano, ser concreto, “bien visible en la tierra, con una boca para hablar y brazos para actuar”²⁶². El hombre viene a ser desplazado de su rol protagónico en la sociedad en favor del Estado, olvidándose

es la democracia, el cristianismo o la cultura, sino un manejo constante de los puntos cardinales”, MARROQUIN GRILLO, GERMAN, 1988, “La Doctrina de la Seguridad Nacional”, op. cit., págs. 128 y 129.

²⁵⁷ Ibid., pág. 128.

²⁵⁸ VICARIA DE LA SOLIDARIDAD, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, Santiago de Chile, Arzobispado de Santiago, pág. 4. En estas publicaciones se recogen diferentes fallos de los Consejos de Guerra en los cuales es posible observar la situación señalada.

²⁵⁹ Ibid., págs. 9 a 38, especialmente págs. 17 a 19.

²⁶⁰ El DL N°81 de 1973, sanciona con “presidio de 3 años y un día a 5 o relegación de 10 años y un día a 15 al que encontrándose en el interior o en el extranjero, ante el llamamiento público hecho por la autoridad, no se presente a ella”.

²⁶¹ El comentario de estas figuras excede los límites de este trabajo, pero puede verse, para estos efectos, BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1980, “Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile (1973-1979)”, en BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1987, “Control social y sistema penal”, Barcelona, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias, pág. 583 a 601.

que este último es, tan sólo, el ordenamiento jurídico de la sociedad, simplemente, un complejo sistema de relaciones entre sus integrantes destinado a la satisfacción de las necesidades de los miembros del grupo social.

La perspectiva democrática se asienta, en cambio, en la consideración de la persona humana, que constituye un fin en si misma, y no puede, en consecuencia, ser medio para otro fin. El Estado se encuentra a su servicio, y tiene como objetivo fundamental la creación de las condiciones sociales que permitan a los miembros de la colectividad el mayor desarrollo posible tanto espiritual como material²⁶³.

Lo anterior trae como consecuencia, en el ámbito penal, la revalorización de los bienes jurídicos, conforme a la cual aquellos bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema, como la vida humana, la salud individual o la libertad, han de quedar en lugar predominante, pues tienen vinculación con las relaciones microsociales, es decir, con el ámbito más cercano de vinculación entre las personas.

Los bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema, que como señalamos, se encuentran vinculados a relaciones de carácter macrosocial, vienen a ser desplazados a un segundo lugar. En este grupo la Seguridad Interior y Exterior del Estado, llamados por ciertos autores, “bienes jurídicos de control”, se encuentran en último lugar.

En efecto, si como hemos señalado la organización estatal un carácter totalmente instrumental para la participación y desarrollo de los miembros de la colectividad, la Seguridad Interior y Exterior del Estado, se encuentran “al servicio de todos los demás bienes jurídicos”²⁶⁴, y en consecuencia, han de estar situados en el último lugar de la escala jerárquica de los bienes jurídicos.

Lo anterior no supone que la Seguridad Interior del Estado pierda autonomía frente a los demás bienes jurídicos, o que no pueda echarse mano de las diferentes herramientas que tiene el Derecho Penal para la tipificación de conductas contrarias a

²⁶² BALLADORE PALLIERI, GIORGIO, 1953, “La crisis de la personalidad del Estado”, op. cit., pág. 285.

²⁶³ En similares palabras lo señala el inciso 4 del artículo 1 de nuestra Constitución Política.

²⁶⁴ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 384.

ese bien jurídico (como delitos de peligro o criminalización de los actos preparatorios), pues como veremos, precisamente se recurre a varias de ellas.

Lo que si supone es que las mayores restricciones a la intervención punitiva debe producirse respecto de un bien jurídico de control, sólo las conductas que realmente constituyan un ataque significativo para el bien jurídico puedan ser criminalizadas, vale decir, una intensificación del carácter de ultima ratio del Derecho Penal. Ello ha de implicar la revisión del catálogo de conductas incriminadas como delitos contra la Seguridad Interior del Estado, de las penas impuestas a este respecto y la necesidad de la utilización de técnicas tipificadoras.

También ha de significar que en cuanto suponen la afeción de ciertos ámbitos de actuación personal como la libertad de expresión o de asociación, por ejemplo, se considere respecto de ellos, el carácter instrumental que reviste la Seguridad del Estado, conforme al cual la protección del aparato encargado de la preservación de los derechos de las personas no puede significar el cercenamiento de esos derechos²⁶⁵.

Adquieren en este punto bastante importancia las funciones dogmáticas del bien jurídico, pues como señala Politoff, respecto de la libertad de expresión y el delito de apología, “es tarea del intérprete, circunscribir, con el máximo rigor, el ámbito de las respectivas figuras legales, de manera que no se castigue por el sólo hecho de la expresión de un pensamiento, sino que esa comunicación sea en sí misma, por la manera en que tiene lugar y por el contexto social en que acontece, constitutiva de un peligro cierto y grave para un bien jurídico signo de tutela penal”²⁶⁶.

Habiendo configurado el bien jurídico en estudio, veremos en los próximos capítulos, de que forma esta caracterización nos facilita el análisis de los distintos delitos que atentan contra la Seguridad Interior del Estado en el Código Penal, el Código de Justicia Militar y la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado.

²⁶⁵ Idea que tiene una manifiesta vinculación con el principio establecido en el artículo 19 n°26 de nuestra Constitución Política.

²⁶⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, págs. 35 y 36.

III.- Caracteres generales de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado.

Los delitos contra la Seguridad Interior del Estado presentan ciertas características comunes que se deben a las particularidades que presenta el bien jurídico protegido.

Con el objeto de evitar repeticiones y en aras de una mayor sistematización hemos preferido su análisis separado del estudio particular de las distintas figuras.

A) En relación al adelantamiento de la barrera defensiva del bien jurídico.

La lesión de la Seguridad del Estado supone la transformación del aparato estatal fuera de los cauces constitucionales, materializándose en el nombramiento en los cargos de gobierno de personas afines políticamente a quienes efectuaron las transformaciones, o bien, en la sumisión a ellos de quienes legítimamente los ocupaban.

De esta forma, si el legislador esperara, para imponer sanción, a que el daño en el bien jurídico se produzca, resultaría ilusorio el juzgamiento de quienes pasan a dominar las estructuras de control, y a constituir un poder fáctico que, paradójicamente, “declara rebeldes a los que antes detentaban legítimamente el poder”²⁶⁷.

En tales circunstancias, el legislador se encarga de establecer un adelantamiento de la barrera defensiva del bien jurídico, que va a manifestarse, desde el punto de vista del grado de afección del interés protegido, en la estructuración de figuras de peligro y, desde la perspectiva de la relación existente entre la parte subjetiva y la parte objetiva del tipo penal, en la consagración de delitos de resultado cortado y delitos imperfecta realización.

La característica también se encuentra relacionada, como veremos, con el establecimiento de figuras autónomas de inducción.

1.- En cuanto al grado de afección del bien jurídico protegido: Configuración de Delitos de peligro.

Los distintos delitos contra la Seguridad del Estado, aún aquellos que constituyen un grado mayor de afección del bien jurídico protegido, como los delitos

²⁶⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1996, “Derecho Penal”, Tomo II, Parte Especial, Valencia, Tirant Lo Blanch, 11ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, pág. 683.

de rebelión y sedición, se estructuran como figuras de peligro²⁶⁸, vale decir, no requiriéndose para su consumación de la destrucción o menoscabo valorativo del bien jurídico – caso en el que estaríamos frente a un simple delito de lesión – sino que bastando la sola posibilidad de que el daño se produzca, es decir, requiriéndose la mera puesta en peligro²⁶⁹.

Tomemos el ejemplo del delito de rebelión - figura central de las infracciones penales contra la Seguridad Interior del Estado.

El artículo 121 del Código Penal sanciona a quienes se alzaren a mano armada contra el gobierno legalmente constituido con el objeto de lograr determinadas finalidades que la norma señala v.gr. promover la guerra civil, cambiar la Constitución del Estado o su forma de gobierno, etc. que son precisamente las situaciones que el legislador quiere evitar para que no se vea lesionada la Seguridad Interior del Estado.

Si se produce un alzamiento que persiga los fines señalados en el artículo 121 del Código Penal, su sola realización determina que el delito se encuentra consumado y, en consecuencia, será sancionado el autor, aún antes de que alcancen a materializarse los objetivos que tuvo en vista al momento de perpetrarlo, y que hubieren producido un daño al bien jurídico.

Lo propio ocurrirá en el caso el delito de sedición. De producirse un alzamiento que persiga, esta vez, los fines que señala el artículo 126 del Código Penal, se tendrá por consumado el delito sin que se requiera la lesión de la Seguridad del Estado.

La misma la estructuración como figuras de peligro operará, y con mayor razón, respecto de los delitos que implican actos previos de preparación (como la conspiración o la proposición) o ejecución (como el delito de seducción o usurpación

²⁶⁸ La única excepción podría constituirla el delito establecido en el artículo 133 del Código Penal, que analizaremos en su oportunidad.

²⁶⁹ Como señala Muñoz Conde, el peligro descansa en esta clase de delitos, “en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado aunque después esa lesión de hecho no se produzca” MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCIA ARAN, MERCEDES, 1998, “Derecho Penal”, Tomo I, Parte General, Valencia, Tirant Lo Blanch, 3º Edición, pág. 338.

de tropas) de los delitos de rebelión y sedición, pues estos suponen la punición de etapas previas a la consumación.

Lo propio puede decirse respecto de las figuras autónomas de inducción – como la del artículo 123 del Código Penal -, en que se sanciona aquellas conductas que “pretendan” hacer nacer en otro la resolución de cometer un delito contra la Seguridad del Estado, sin que tal efecto en realidad llegue a producirse.

No escapan a dicha característica ciertos delitos cometidos por funcionarios públicos (como la de los artículos 134 y siguientes del Código Penal) que podríamos denominar de favorecimiento a la sublevación, en que la Seguridad del Estado sólo lejanamente afectada, y más propiamente constituyen ilícitos penales de carácter funcionario, es decir, que afectan los deberes que la Administración Pública ordena a sus empleados.

Dentro de la Seguridad Interior del Estado cobra importancia el tema de los delitos de peligro abstracto.

Dentro de los delitos de peligro la doctrina ha creído observar dos variantes: son de peligro concreto, “cuando exigen, para que pueda hablarse de la realización típica, la demostración, caso por caso, de que efectivamente se ha producido el peligro”²⁷⁰, o bien, de peligro abstracto, caso en el cual “el delito, como tal, representa la específica puesta en peligro de bienes jurídicos, pero la punibilidad es independiente de que se demuestre en el caso concreto la especial situación de peligro”²⁷¹.

En este último caso, existe una especie de presunción por parte del legislador de que por la existencia de ciertas circunstancias ha de derivarse un peligro para determinados bienes jurídicos y, en consecuencia, corresponde aplicar la sanción por el solo hecho de que concurren tales circunstancias, “sin que sea necesario comprobar, además, que en cada caso especial se ha producido realmente un peligro y sin que sirva

²⁷⁰ MEZGUER, EDMUNDO 1946, “Tratado de Derecho Penal”, Madrid, Revista de Derecho Privado, pág. 377

²⁷¹ *Ibidem*.

para eliminar la pena el hecho que se compruebe que en determinado caso no se ha producido en realidad peligro²⁷².

En general, se ha señalado que la utilización de figuras de peligro abstracto por el legislador resulta una técnica de tipificación adecuada para los “bienes jurídicos colectivos inmateriales”²⁷³ - como la seguridad del tráfico automovilístico, la salud pública, el equilibrio de los sistemas naturales, o la propia Seguridad del Estado – pues, permitiría sortear la dificultad que se presentaría al juez de determinar la probabilidad de la puesta en peligro del bien jurídico.

Se señala que la doctrina mayoritaria²⁷⁴ en Chile aceptaría la posibilidad de encontrar casos de delitos de peligro abstracto en nuestra legislación penal.

En materia de Seguridad Interior del Estado, ciertos autores indican que varios sino la gran mayoría de los delitos que afectan ese bien jurídico tendrían tal carácter.

De esta forma, Garrido Montt²⁷⁵ señala que el delito de seducción de tropas y usurpación del mando que establece el artículo 124 del Código Penal estaría configurado como un delito de peligro abstracto.

Por su parte, para Künsemüller, la mayoría de los delitos establecidos en la Ley 12.927 tendrían el carácter de delito de peligro abstracto²⁷⁶. En cambio, Ortiz Quiroga²⁷⁷ restringe sólo tal carácter a las figuras del artículo 4 letra d) y 5 letra a) de la ley 12.927.

²⁷² ETCHEBERRY, ALFREDO, 1976, “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, Tomo I, Editorial Gabriela Mistral, pág. 196.

²⁷³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCIA ARAN, MERCEDES, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo I, Parte General, pág. 339.

²⁷⁴ Mera señala que en Chile prevalece ampliamente esta concepción, citando a Novoa Monreal y Etcheberry. MERA FIGUEROA, JORGE, 1998, “Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno”, op. cit., pág. 117, cita de pie de página.

²⁷⁵ GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile pág. 169.

²⁷⁶ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los Delitos Atentatorios de la Seguridad Interior de Estado Contenidos en Leyes Penales Especiales”, Santiago de Chile, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, pág. 6. Expresamente lo señalará respecto de las figuras de las letras, a) (pág.10), e) (pág. 48), f) (pág. 23), g) (pág. 8)

²⁷⁷ ORTIZ QUIROGA, LUIS, 1989, “Ponencia en Seminario sobre Jurisprudencia sobre Ley de Seguridad del Estado”, cit. en CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de la Ley de Seguridad del Estado y su Jurisprudencia durante el Gobierno Militar”, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, págs. 45 y 158.

Sin embargo la opinión de estos autores, es necesario señalar que la posibilidad de configurar las diferentes figuras como delitos de peligro abstracto ofrece serias dudas.

Nótese, en primer lugar, el contrasentido que supone sostener, por un lado, que la incriminación de estos delitos descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, y posteriormente, señalar que la conducta ha de ser incriminada aunque dicha probabilidad falte²⁷⁸.

Con el objeto de sortear la contradicción que supone el postular la existencia de delitos de peligro “sin peligro” se postula la existencia de una presunción “iuris et de iure” referida a la puesta en peligro del bien jurídico.

No obstante, el legislador no ha establecido en ninguna parte de manera expresa una presunción de tan graves consecuencias, y no parece tampoco que pueda ser desprendida de las figuras en que supuestamente se presentaría.

Por el contrario, en cuanto la justificación de la incriminación en estos delitos es propiamente el peligro, es lógico admitir la pertenencia de este elemento al núcleo del tipo. De esta manera, “ninguna interpretación puede prescindir de verificar su presencia”²⁷⁹.

Y es que una interpretación que prescinda de la verificación del peligro en delitos que se fundamentan precisamente en tal elemento es incompatible con la garantía establecida en el artículo 19 N°3 inciso 6 de la Constitución Política conforme a la cual “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Así lo entiende Jorge Mera, al señalar que de entenderse la existencia de una presunción del peligro en esta clase de delitos, “lo que el legislador estaría presumiendo de derecho – de acuerdo con esa posición – uno de los elementos de la

²⁷⁸ En este sentido, señala Cousiño Mac-Iver, “El concepto de peligro abstracto – no necesitado de acreditar efectividad del riesgo - es inadmisibles porque si el peligro es la posibilidad de un acontecimiento, no puede considerarse una especie de peligro en que esta probabilidad falta” COUSIÑO MAC-IVER, LUIS, 1975, “Derecho Penal Chileno”, Tomo I, Parte General, pág. 316.

responsabilidad penal, a saber – dependiendo de la posición doctrinaria a la que se adhiera -, bien la antijuridicidad (concretamente, su aspecto material, que consiste en la afectación del bien jurídico protegido, en grado de lesión o de peligro), bien la tipicidad, si se piensa, como es nuestro caso, que el tipo material presupone la afección del bien jurídico”²⁸⁰.

En consecuencia, frente a la opción de entender estas figuras derogadas por la Constitución – si aceptáramos tal configuración - señala que correspondería reinterpretarlas, de manera de conciliarlas con la garantía constitucional referida, como delitos de peligro concreto.

Nosotros ya señalábamos, en los capítulos anteriores cuando nos referíamos a las funciones del bien jurídico, la importancia de su consideración para la determinación de los elementos que constituyen el injusto.

En una interpretación de carácter material, “la responsabilidad penal no derivará simplemente de la consideración formal de una conducta definida previamente como delito, sino que será necesario que esa conducta esté dotada de la significación social que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar”²⁸¹.

Asumir la configuración como delitos de peligro abstracto, implica realizar una interpretación meramente formal de las figuras penales en juego, desligada completamente de la consideración del bien jurídico protegido por el legislador.

Ello es precisamente lo que ha ocurrido en la interpretación que nuestros tribunales han dado a ciertos delitos contra la Seguridad Interior del Estado y el Orden Público.

De esta forma, Mera observa que son numerosos los fallos que han condenado a personas como autores de los delitos de incitación al derrocamiento del gobierno o a la subversión del orden público (artículo 4 letra a) de la Ley 12.927) y de propagación

²⁷⁹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN y POLITOFF, SERGIO, 1969, “Los Delitos de Peligro”, en BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1987, “Control Social y Sistema Penal”, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, pág. 329.

²⁸⁰ MERA FIGUEROA, JORGE, 1998, “Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno”, op. cit., págs. 117 y 118.

de propaganda violentista (artículo 6 letra f) de la misma ley), contra la Seguridad Interior del Estado o el orden público “por el sólo hecho de calificar de determinada manera al gobierno o de expresar el deseo que éste termine – mediante lanzamiento de panfletos en la vía pública o rayados en muros o leyendas en autobuses, por ejemplo – sin que realmente, en los casos correspondientes, haya existido afección alguna a esos bienes jurídicos, por inidoneidad absoluta de los medios utilizados”²⁸².

Y en materia penal-política se hace mucho más intolerable que en otros ámbitos del Derecho Penal esta verdadera escisión entre la figura penal y el bien jurídico tutelado por ella, pues los distintos tipos contra la Seguridad del Estado van contorneando las márgenes de libre ejercicio de los derechos fundamentales²⁸³.

De manera que, a la ya señalada disconformidad con la norma del artículo 19 N°3 inciso 6 de la Constitución Política, puede señalarse que una interpretación de figuras penales desligadas de su referente material aparece incompatible con las diferentes normas que consagran derechos fundamentales directamente afectadas con la tipificación de conductas en el Derecho Penal Político, especialmente, la libertad de emitir opinión, derecho de reunión y de asociación, respectivamente los numerales 12, 13 y 15 del artículo 19 de la Constitución Política.

Conforme a dichas disposiciones, el ejercicio de los derechos a que ellas se refieren aparece como la regla general, sujeto a ciertas y determinadas restricciones que pueda imponer el legislador cuando la Constitución autorice a establecerlas, que en todo caso, “no podrán afectar los derechos en su esencia” - artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental - conclusión plenamente compatible con las bases democráticas que la Constitución Política reconoce a nuestro Estado, conforme al artículo 6 de la Carta Fundamental.

²⁸¹ HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1992, “Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho”, op. cit., pág. 170.

²⁸² MERA FIGUEROA, JORGE, 1998, “Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno”, op. cit., pág. 155.

²⁸³ Cury, repara en otro aspecto, cual es la tendencia al castigo de manifestaciones puramente ideológicas en los llamados delitos de opinión, que constituyen, evidentemente, un sector considerable de la criminalidad política. El autor sigue un planteamiento similar al nuestro, “la regla ha de ser - señala ese autor - la de someter a sanción acciones verbales que en sí sean capaces de dañar o de poner *actualmente* en peligro un bien jurídico

Lo anterior lleva a que respecto de aquellos tipos legales en los cuales la perturbación del bien jurídico aparezca como una consecuencia más o menos lejana de la actuación del sujeto, porque sólo el peligro de su afección esté en juego, el órgano judicial sea especialmente cuidadoso en que los ámbitos de libertad de las personas no se vean vulnerados, y que sólo en la medida que tal peligro se verifica realmente, corresponde la aplicación de la sanción.

En este sentido se enmarca la doctrina emanada del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago²⁸⁴, que absuelve al requerido por entender que no se configuran los delitos de los artículos 6 letra b) y 4 letra a) de la Ley de Seguridad del Estado.

El reo había concedido una entrevista de prensa publicada en la revista “Análisis”, en que se habían pronunciado opiniones del tenor siguiente “La única manera de hacer ingobernable al país es sobre la base de ir impulsando la desobediencia civil como forma de lucha...; ¿qué saben hacer los pobladores? Tomas de terreno. Es una forma de lucha que hará ingobernable al país”.

Concretamente, respecto del delito del artículo 4 letra a) de la Ley N°12.927 el tribunal fundamentó la absolución señalando que si bien la incitación al derrocamiento del Gobierno constituye, evidentemente, un delito de peligro, “para que una conducta encuadre en ella no sólo debe ser de gran gravedad y de una auténtica y eficaz amenaza, sino que también debe traducirse en hechos directos y efectivos que constituyan medios aptos e idóneos y que representen planes y proyectos precisos”²⁸⁵.

2.- Relación existente entre la parte subjetiva y la parte objetiva del tipo penal.

determinado” CURY ENRIQUE, cit. en CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de la Ley de Seguridad del Estado y su Jurisprudencia durante el Gobierno Militar”, op., cit., pág. 204.

²⁸⁴ Recaído en la causa Rol N°58-83 de la Corte de Apelaciones de Santiago, citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, Santiago de Chile, VICARIA DE LA SOLIDARIDAD, págs. 225 y 226.

²⁸⁵ Ibidem.

Consecuencia también de las características anotadas del bien jurídico, y muy en congruencia con la estructuración de delitos de peligro, pero ahora visto desde la perspectiva de la relación entre la parte objetiva y subjetiva del tipo, el legislador ha previsto en materia de Seguridad del Estado la existencia de delitos de resultado cortado y delitos de imperfecta realización.

a) Delitos de resultado cortado.

Los delitos de resultado cortado suelen ser englobados en una categoría mayor, en los delitos de tendencia interna trascendente. En ellos “se requeriría como intencionado o querido algo externo (un post hoc), situado más allá de la conducta objetivamente exigida, con una relación de medio a fin entre lo que se exige en el plano objetivo y lo que queda más allá”²⁸⁶.

Dentro de los delitos de interna trascendente, se encuentra, un primer grupo conformado por aquellos delitos, llamados mutilados de dos actos, en los cuales, la acción típica es querida como medio subjetivo para la realización de otras conductas que el agente habría de realizar, posteriormente, y sin que el legislador juzgue necesaria, para que tenga lugar la consumación, la realización de las segundas. Sería el caso de la sustracción de menores para cobrar un rescate (la primera hipótesis del artículo 142 N°1 del Código Penal) o la falsificación de boletos de transporte, o para reuniones o espectáculos públicos, con el propósito de usarlas o circularlas (artículo 185 del Código Penal).

Sin embargo, los delitos de interna trascendente admiten una segunda variedad, en la cual la acción típica es querido como causa objetiva para otras consecuencias o resultados, que han de producirse por si mismos, es decir, sin que el agente deba añadir un nuevo actuar, como la estafa y el chantaje en que “el enriquecimiento perseguido a

²⁸⁶ POLITOFF, SERGIO, 1965, “Los elementos subjetivos del tipo legal”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pág. 105.

costa de la víctima se proyecta como intención tan sólo en la parte subjetiva del tipo”²⁸⁷.

Estos último serían los delitos de resultado cortado, grupo dentro del cual se comprenderán los delitos de Rebelión y Sedición. En efecto como señala Jiménez de Asua en el delito de Rebelión “se pena a los rebelde por el solo hecho de alzarse en armas sin esperar a que se consumen los objetivos que se proponen y que la ley consigna taxativamente”²⁸⁸.

Se señala generalmente que existiría una impaciencia del legislador que para determinar la incriminación, anticipa el resultado.

En realidad, más que una impaciencia del legislador, que haga retroceder la consumación existe aquí “un delito en que se agrega algo, es decir se agrega una volición especial que va más allá de los actos externos de ejecución del delito”²⁸⁹.

El autor con ello quiere indicar la necesaria existencia en estos delitos de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, que no pueden ser separados del núcleo central, y de esta forma, “enraizados al hecho punible de tal manera que su no comprobación... compromete la existencia misma del tipo”²⁹⁰.

La presencia de estos elementos subjetivos de intención trascendente que integran junto al dolo el tipo subjetivo de la figuras penales trae ciertas consecuencias que se proyectan en diferentes ámbitos.

En primer término, desde el punto de vista de la autoría y participación se requiere al menos el conocimiento de los elementos subjetivos a que tiende la conducta del autor por parte del coautor o del cómplice para que estos puedan ser sancionados²⁹¹.

En segundo lugar, la presencia de elementos subjetivos va a excluir el concurso real que puedan darse con otras figuras, por aplicación del principio de especialidad.

En el caso de que se realice la realización efectiva de lo proyectado en los elementos subjetivos, no significará una nueva especie de antijuridicidad sino

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ *Ibid.*, pág. 108.

²⁸⁹ FINZI, *ibid.*, pág. 109.

²⁹⁰ FONTECILLA. RAFAEL, *ibid.*, pág. 88.

únicamente una nueva forma de realidad de la misma antijuridicidad²⁹², y en consecuencia, no se cometería un ilícito diverso. Sólo correspondería las más de las veces, una agravación de la pena.

b) Tipos de imperfecta realización.

Por las características del bien jurídico el legislador no sólo configura delitos de resultado cortado sino también otros tipos con exceso subjetivo, llamados de “imperfecta realización”, que serían aquellos en los cuales “el autor perseguía la consumación del delito y, sin embargo, no lo consigue, logrando solo realizar determinados actos preparatorios que la ley castiga o bien llegando a efectuar todos o parte de los actos de ejecución sin que el delito se produzca”²⁹³.

Así en materia de Seguridad Interior del Estado se abandona el principio general de impunidad de la conspiración y la proposición para configurar en el artículo 125 del Código Penal actos preparatorios específicamente penalizados²⁹⁴.

Por otra parte, existen delitos de “pura tentativa”, es decir la realización de determinados actos ejecutivos de un crimen o simple delito determinado van a resultar penalizados como un figura autónoma. Ello puede apreciarse claramente en el artículo 124 del Código Penal en que se sanciona a quienes “sin cometer los crímenes enumerados en el artículo 121, pero con el propósito de ejecutarlos” realizan diferentes comportamientos descritos en la norma como seducir tropas, usurpar el mando de ellas, etc.

La doctrina ha entendido que respecto de los actos de imperfecta realización no cabe la tentativa ni la frustración por cuanto se retrotraería de manera excesiva la

²⁹¹ Ibid. Pág. 115.

²⁹² Ibid. Pág. 120.

²⁹³ MIR PUIG, SANTIAGO, 1996, “Derecho Penal”, Tomo I, Parte General, Barcelona, Editorial Reppertor, 4º Edición, pág. 206.

²⁹⁴ También puede citarse la figura del artículo 4 letra c) de la ley 12.927.

incriminación a una “situación de peligro muy remoto para el interés jurídicamente protegido”²⁹⁵.

Pero existe otra consecuencia bastante significativa, y es que si se consuma el hecho, respecto del cual la figura constituye su imperfecta realización, los actos de iniciación no pueden encuadrarse, además, en el tipo preparatorio o de tentativa, pues “el disvalor del primero consume el de los segundos, toda vez que el bien jurídico afectado en esas situaciones es uno solo”²⁹⁶.

c) Figuras autónomas de inducción.

La inducción, que puede ser definida como la acción destinada a hacer nacer en otro la resolución del ejecutar el hecho²⁹⁷, constituye en nuestra legislación, una forma de autoría, conforme establece el artículo 15 N°2 del Código Penal²⁹⁸.

Sin embargo, a pesar que el inductor es propiamente autor, su conducta tiene tanto ontológicamente, como jurídicamente un carácter complementario respecto del comportamiento del inducido.

²⁹⁵ CURY, ENRIQUE, citado en GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación”, op. cit., pág. 173. Esta idea no sólo es seguida por los autores citados, pues señala su autor que adhieren a ella en la doctrina internacional Welzel y Maurach. En la doctrina nacional POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración”, op. cit., pág. 50

²⁹⁶ CURY, ENRIQUE, citado en GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación”, op. cit., pág. 173 y 174.

²⁹⁷ Tomando los elementos que ofrece ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, Parte General, pág. 261

²⁹⁸ El artículo 15 N°2 del Código Penal señala: “Se consideran autores: N°2 ...los que inducen directamente a otro a ejecutarlo (el hecho)”.

En efecto, sólo en el evento que el inducido ejecute el hecho el instigador será sancionado. A contrario sensu, de no haberse ejecutado el hecho por el inducido al acción del inductor será siempre impune.

No obstante existen ciertos casos excepcionales, en los cuales la instigación será sancionada independientemente de la realización del hecho por parte del inducido. Se trata de aquellos casos en los cuales la ley erige una figura autónoma inducción.

En el ámbito de los ilícitos penales contra la Seguridad Interior del Estado es posible observar varias de estas figuras autónomas de inducción, como son, por ejemplo, el artículo 123 del Código Penal o las letras a), b) y e) del artículo 4 de la ley 12.927.

Como señalábamos anteriormente, el establecimiento en materia penal política de estos delitos autónomos de inducción, se encuentra relacionada con el adelantamiento de la barrera defensiva del bien jurídico.

Si bien no estamos ante acciones preparatorias especialmente penalizadas, porque la inducción no forma parte del proceso de desarrollo del delito – que, en definitiva, corresponderá solo al autor y no al inductor – se sanciona la sola acción de instigación, por la circunstancia que ella “tiende” a la comisión de un delito.

El peligro se manifiesta en éste caso, en la posibilidad de la perpetración del delito o de los delitos instigados²⁹⁹.

Sin embargo, estas figuras autónomas de inducción tienen ciertas características similares a la inducción-forma de participación:

- i) Siempre van a referirse a la comisión de un hecho delictivo.

La propia voz “inducir”, instigar, persuadir, mover a uno, en un sentido natural y obvio del término alude a la acción de “mover o estimular a uno para que ejecute una cosa”.

²⁹⁹ Situación bastante criticable, desde el punto de vista del principio de lesividad, debido a que el o los hechos instigados revisten ya el carácter de figuras de peligro respecto de la Seguridad Interior.

Jamas podría sólo la inducción tender tan solo a la creación de un “animus hostilis” o de “un clima subversivo”, sino a la realización de acciones precisas y determinadas que puedan afectar aspectos concretos de la Seguridad Interior del Estado.

Si la Seguridad del Estado corresponde precisamente a aquella que puede tener lugar en un régimen democrático, que admite la crítica política y señala al pluralismo como principios fundamentales, la manifestación de cualquier idea política aún nos parezca equivocada o desafortunada debe ser admitida.

Aún una aparente irracionalidad o el empleo de la emoción en las masas no puede ser en sí reprimida, en cuanto supondría proscribir las ideas en razón de su coherencia interna o la capacidad intelectual de sus emisores, por un lado y por otro, desconocer que toda actividad de persuasión política está integrada por la apelación a elementos no racionales y aún sentimientos de aprobación o desaprobación de carácter fundamentalmente emotivos³⁰⁰.

Con la determinación precisa de los hechos delictivos instigados, no nos referimos a los detalles sino a las características esenciales del hecho.

Así el artículo 123 de Código Penal se refiere cuando habla de “excitar al pueblo al alzamiento”, no se refiere a cualquier alzamiento sino que, precisamente, al que revista las características propias de una rebelión o de una sedición.

En el caso de la letra a) del artículo 4 de la ley 12.927, la incitación a “la subversión del orden público” se refiere a la realización de hechos constitutivos de delitos contra este bien jurídico, y la incitación “a la revuelta, resistencia o derrocamiento del Gobierno constituido”, a la de hechos constitutivos de los delitos de rebelión o sedición.

³⁰⁰ Por otra parte, muchos autores señalan que la asociación violencia-irracionalidad, propia de las tradiciones filosóficas occidentales, “viene sufriendo rupturas permanentes por parte de teóricos – como Vernant, Foucault - y de los propios movimientos sociales”. Agregan que, precisamente, “la racionalización de la violencia ha sido la forma que la violencia ha tomado en los tiempos modernos”. LLANAN NOGUEIRA, JULIO y BARRAGUIRRE, GABRIEL, “La violencia: del acto al proceso”, en sitio web: www.russell.com.ar/ecos11.htm. (consulta: 6 de Abril de 2002)

ii) La inducción ha de estar dirigida a un público a quien se intenta persuadir.

Puede tratarse de un grupo grande de personas o de uno pequeño, de sujetos conocidos por el inductor o personas desconocidas, pero siempre la inducción debe tener por objeto lograr el convencimiento de tales individuos.

Si bien no se requiere que la acción del inductor logre efectivamente provocar la determinación delictiva, por el carácter autónomo de estas figuras, debe al menos tener la virtualidad de llegar a ser eficaz, que pueda potencialmente lograr el convencimiento en los destinatarios para que el bien jurídico involucrado pueda llegar a ser puesto en peligro.

Es por esta razón que ha de descartarse la posibilidad de que la acción del inductor recaiga sobre inimputables porque inducir supone convencer a la comisión de un hecho y ciertamente “conforme a nuestro sistema legal – los inimputables carecen de la conciencia necesaria para comprender la naturaleza y características de un hecho”³⁰¹.

Siguiendo con lo anterior, los destinatarios de la acción del inductor no deben de encontrarse decididos a cometer el hecho “de todas formas”, vale decir, como un “omnimodo factorus”, pues, en tal caso, la acción de persuasión no podría llegar a ser eficaz por ser inoficiosa, Se trataría de un delito imposible sin que puede llegar a resultar afectado el bien jurídico protegido³⁰².

En este sentido, por ejemplo, la inducción a la subversión del orden público o al derrocamiento del Gobierno constituido no podría recaer en quienes integran una agrupación destinada a la realización de tales actos - artículo 4 letra d) de la Ley 12.927 - de manera que la transmisión de los propósitos delictivos por parte del director de la organización criminal a sus subordinados quedaría englobada dentro del actuar de la asociación ilícita y no podría sancionarse independientemente.

³⁰¹ GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación”, op. cit., pág. 296.

Si es posible, por el contrario, que se trate de personas que se encuentren inclinadas a la realización del hecho, de manera que la acción del inductor pueda resultar decisiva y significativa para cometerlo.

Respecto a los medios que utiliza el inductor, si la disposición legal no ha señalado un modo determinado a través del cual pueda tener lugar, “cualquier medio que tienda al convencimiento o a la transferencia de ideas es válido en este caso”³⁰³.

No sólo la palabra escrita o hablada si no incluso elementos cinematográficos, televisivos, dibujos o gestos, el empleo de terceros, siempre que, en cualquiera de estos casos, exista la idoneidad necesaria para poder poner en peligro al bien jurídico protegido.

Quedarán, en todo caso, descartados el empleo de fuerza física o moral y el hecho de hacer incurrir a los destinatarios en un error de tipo con el fin de obligarlo a cometer el delito, pues en estos casos, no se forma en el inducido la determinación de ejecutar un hecho, sino que se lo instrumentaliza, pasando el inductor a ser autor mediato

B) La entidad del bien jurídico protegido: Figuras plurisubjetivas de convergencia

Tomando en consideración el grado de organización de los Estados modernos y la circunstancia de que cuentan con el monopolio de la fuerza que ejercen mediante los cuerpos armados, es imposible concebir que las conductas que vayan a afectar el aparato estatal tengan su origen en la actuación de sujetos aislados.

Por esta razón, la ley ha configurado a la mayoría, si no todos, los delitos contra la Seguridad del Estado como figuras plurisubjetivas, es decir, la actividad descrita en el tipo penal sólo puede ser llevada a cabo por varios sujetos. Y aún más, puesto que las voluntades de los múltiples autores confluyen en un fin común, se habla

³⁰² En este sentido, ETCHEBERRY, ALFREDO, citado en CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de la Ley de Seguridad del Estado y su Jurisprudencia durante el Gobierno Militar”, op. cit., pág. 15.

³⁰³ NOVOA MONREAL, EDUARDO, “Curso de Derecho Penal”, Tomo II, pág. 212, cit., en ibíd., pág. 292.

de delitos plurisubjetivos de convergencia, en los que la ley establece categorías de autores con diferentes grados de penalidad.

La doctrina, a propósito de la participación criminal – entendida en sentido amplio – ha reparado en la existencia de ciertos hechos punibles “cuyo tipo está condicionado por la concurrencia de varias acciones delictivas de distintos sujetos, sin las cuales el tipo mismo no se configura”³⁰⁴.

Tales sujetos no son, en consecuencia, coautores ni partícipes del delito sino que autores del mismo, pues su intervención no es eventual en el hecho delictivo, sino que decisiva en la consumación de éste.

En estos casos se acostumbra hablar de “participación necesaria”³⁰⁵, aunque propiamente los principios que rigen a esta institución son distintos a los casos de verdadera participación y coautoría.

Mezger³⁰⁶ distingue varias formas de participación necesaria: “los delitos de encuentro”, como el duelo o el incesto, en los cuales la concurrencia de las acciones que los configuran se corresponden mutuamente; “leyes especiales de protección”, como el caso de la usura, el estupro, en los cuales el tipo tiene por objeto la protección de uno de los intervinientes en el hecho delictivo, que permanecerá siempre impune; y por último, “los delitos de convergencia”, como el caso de la rebelión o la sedición, que requieren la cooperación de varias personas en el mismo sentido paralelo. Es preciso que nos refiramos a estos últimos delitos de convergencia.

Pongamos, por ejemplo, el caso de la rebelión o la sedición.

En tales delitos el alzamiento comprenderá diferentes acciones por parte de los sublevados: la dirección de las tropas rebeldes o sediciosas, la realización de actos de violencia en contra de las fuerzas leales, la ocupación violenta de las sedes del Gobierno constituido, la destrucción de éstas.

³⁰⁴ FIERRO, GUILLERMO J., 1964, “Teoría de la participación criminal”, Buenos Aires, Editorial EDIAR, pág. 33.

³⁰⁵ Soler señala que esta expresión habría sido ideada por Carrara. SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo II, pág. 266. El autor argentino emplea el término *codelinuencia* para referirse a ésta.

³⁰⁶ MEZGUER, EDMUND, 1958, “Derecho Penal”, Parte General, Madrid, Editorial Bibliográfica Argentina, págs. 323 y 324.

Todas estas acciones quedan comprendidas dentro de la conducta típica - el alzamiento - y a su vez, todas ellas han de confluir hacia un objetivo común: alguno de los fines políticos que establecen los artículos 121 o 126 del Código Penal.

Al legislador le queda reservada la alternativa de establecer una pena en forma proporcional para todos los “partícipes necesarios” o bien realizar una distinción, estableciendo diferentes grados de penalidad, según su importancia en el delito.

En el caso de la rebelión y la sedición común, así como respecto de la sublevación militar nuestro legislador opta por lo último.

El Código Penal establece, de esta manera, respecto de la rebelión y sedición un verdadero régimen especial respecto de ciertas categorías de autores, los llamados promotores, sostenedores y caudillos principales de la sublevación.

Si alguno de los rebeldes tiene a tal título una intervención destacada en el alzamiento, no le corresponderá la pena general que señala el artículo 121 del Código Penal sino una penalidad agravada en la forma que señala el artículo 122 de ese cuerpo legal.

Lo propio ocurrirá respecto del delito de sedición. Si la acción desplegada por alguno de los alzados cabe dentro de la hipótesis del artículo 122 del Código Penal, la pena que establece el artículo 126 de ese cuerpo legal se verá agravada conforme ordena el artículo 127 del código del ramo.

El Código Penal aplicará también un régimen de penalidad diferenciado según el grado de importancia en la intervención del delito a propósito de las asociaciones ilícitas del artículo 292 y siguientes del Código Penal.

Sin embargo, el legislador no se detendrá en una diferenciación en el régimen de penas aplicables sino que también la distinción se va a apreciar en otros aspectos.

De esta forma, el artículo 129 del Código Penal privará a los instigadores, promovedores y sostenedores de la rebelión o sedición de la eximente de responsabilidad en caso de disolución de la sublevación, concediéndoles solamente la posibilidad de invocar, en tal evento, una atenuante de responsabilidad en su favor.

Por su parte, el artículo 131 del Código Penal, referido a los delitos particulares cometidos durante la sublevación o con ocasión de ella, sanciona tanto a los jefes principales como a los subalternos como cómplices de estos delitos en el evento que no puedan descubrirse los autores, siempre que hallándose en la posibilidad de impedirlos no lo hubiesen hecho.

El Código de Justicia Militar, por su parte, también establece una penalidad agravada respecto de los jefes o promotores del movimiento, incluyendo en esta categoría al de mayor graduación o el más antiguo si hubieren varios del mismo grado.

Respecto de la disolución de la sublevación, el código castrense es más severo que el Código Penal, pues, priva a los recién indicados de todo beneficio, que sólo otorgará a los meros ejecutores.

Respecto de estos meros ejecutores la ley concederá una eximente si se trata de individuos de clase de tropa, asimilados o no militares, y de una atenuante de responsabilidad si se trata de oficiales.

La penalidad se verá aún más agravada en el evento de guerra externa, pero sólo tratándose de jefes principales y subalternos y no de meros ejecutores.

Por último, el Código de Justicia Militar establecerá una eximente de responsabilidad basada en la obediencia debida que sólo beneficiará a los meros ejecutores.

A diferencia del tratamiento que el Código Penal y el Código de Justicia Militar establecen respecto de la sublevación común y la militar, respecto de otros delitos contra la Seguridad Interior del Estado claramente plurisubjetivos, el legislador toma un camino distinto, estableciendo un solo tipo de sanción cualquiera sea la conducta encausada en el fin común.

Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la figura del artículo 4 letra d) de la Ley 12.927, referido a la formación y participación de “milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes” con el objeto de realizar ciertos fines políticos que la disposición señala v. gr. el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño.

Si bien es cierto que estas agrupaciones tienen el carácter de asociaciones ilícitas especiales, el legislador no siguió el sistema empleado respecto de sus similares en el Código Penal, es decir, no efectuó una diferenciación en cuanto a la pena aplicable a los distintos autores, sino que se contentó con sancionar a todos ellos con igual pena, cualquiera fuera la acción desplegada dentro de la heterogénea gama de conductas que la disposición establece.

Por último, es necesario señalar que tratándose de los delitos plurisubjetivos de convergencia, los autores sostienen la procedencia a su respecto de las diferentes formas de participación criminal propiamente tal. Así lo aseguran autores como Soler³⁰⁷ o Manzini³⁰⁸.

Respecto del punto, Garrido Montt³⁰⁹ entiende que por la naturaleza de estos delitos, resulta difícil concebir la posibilidad de participación – así como también, señala, de coautoría - pero no parece negar de plano tal posibilidad.

³⁰⁷ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo II, pág. 266.

³⁰⁸ MANZINI, VINCENZO, 1949, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo III, Primera Parte: “Teorías Generales”, vol. III, Buenos Aires, EDIAR S.A.

IV.- Delitos contra la Seguridad Interior del Estado en el Código Penal.

A) Plan de exposición de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado en el Código Penal.

Como ya hemos adelantado, el Código Penal efectúa su regulación propia de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado en el Título II de su Libro II, denominado, precisamente, “Crímenes y simples delitos contra la Seguridad Interior del Estado”, y que corresponden a los artículos 121 a 136 de dicho cuerpo legal.

En esas disposiciones, se tipifican los delitos de rebelión y sedición, que llamaremos comunes para diferenciarlas de ciertas hipótesis que establece el Código Castrense, son respecto de la Seguridad Interior del Estado, "sus especies capitales"³¹⁰, suponiendo respecto de las demás figuras de este ámbito una mayor afección al bien jurídico protegido.

³⁰⁹ GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación”, op. cit., pág. 338.

³¹⁰ PACHECO, citado en SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 91.

Ambas figuras penales presentan características comunes, principalmente, la circunstancia de concretarse mediante el alzamiento. El Código Penal en razón de las similitudes, las denomina genéricamente como “sublevación” y les señalará reglas comunes en cuanto a la determinación de la penalidad, estableciendo a su respecto una verdadera figura de participación respecto de las personas que tengan una mayor importancia en el delito; establecerá delitos asimilables, en términos generales a figuras autónomas de inducción a la sublevación; señalará la represión de la conspiración y proposición para cometer tales delitos; indicará reglas a la autoridad para la disolución de la sublevación; además, ciertas eximentes y atenuantes de responsabilidad especiales, asociadas, en términos generales a tal disolución; y señalará un concepto común de arma.

Además, el Código Penal establece ciertos delitos de cooperación a la sublevación, vinculados a la función pública.

B) Rebelión Común.

1.- Aspectos generales: (Conceptualización y naturaleza).

El artículo 121 del Código Penal establece: “Los que se alzaren a mano armada contra el Gobierno legalmente constituido con el objeto de promover la guerra civil, de cambiar la Constitución del Estado, o su forma de gobierno, de privar de sus funciones o impedir que entren en el ejercicio de ellas al Presidente de la República o al que haga sus veces, a los miembros del Congreso Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia,...”.

Si bien la disposición no lo señala expresamente no existe discusión respecto al hecho que este artículo el Código Penal consagra en nuestra legislación el llamado delito de rebelión, figura central en materia de delitos contra la Seguridad Interior del Estado por suponer el mayor grado de perturbación para el bien jurídico protegido.

La rebelión junto con el delito de sedición, otra figura de similares características establecida en el artículo 126 del mismo cuerpo legal, constituyen la llamada “sublevación”, expresión con que genéricamente se refiere el legislador a ambos delitos.

A la figura que ahora analizaremos la denominaremos rebelión común para diferenciarla de las hipótesis agravadas que establece el Código de Justicia Militar, en su artículo 265, con el nombre de rebelión o sublevación militar.

Etimológicamente, la palabra rebelión procede de la voz latina “*rebellare*” que significa “levantarse, (faltando a la obediencia debida)” e interesa rescatar los orígenes del término porque justamente la idea de levantamiento o “alzamiento” contra el Gobierno legalmente constituido viene a ser una de las características fundamentales de la figura, que permiten diferenciarlo de otros delitos que persiguen sus mismos fines, como los establecidos en los artículos 133 del Código Penal y del artículo 261 N°1 de ese cuerpo legal que suponen, en vez del alzamiento, el empleo de astucia y otros medios fraudulentos, o de fuerza o intimidación, respectivamente.

Sin embargo, no todo alzamiento constituye rebelión.

Se requiere que se exteriorice públicamente, y que tenga un carácter armado que la propia disposición le atribuye expresamente.

Además, en razón de la pluralidad subjetiva a que alude el encabezamiento de la disposición - “Los que...” – como por la consideración de los fines a que tiende el alzamiento, que hacen impensable la sola comisión individual, los autores señalan que se encuentra implícitamente considerado por el legislador, su carácter colectivo y organizado.

Respecto a los fines hacia los cuales converge el alzamiento debe señalarse que constituyen propiamente elementos subjetivos que han de concurrir al momento del levantamiento para que la figura se entienda consumada, sin necesidad de que tales objetivos se concreten por los sublevados.

En atención a los elementos señalados, la rebelión común puede ser definida como el levantamiento armado contra la organización institucional del Estado, de carácter colectivo y organizado, con el objeto de promover la guerra civil, cambiar la Constitución Política o la forma de Gobierno, o bien privar de sus funciones o impedir que entren en el ejercicio de ellas ciertas autoridades que establece el artículo 121 del

Código Penal, y sin que concurran las circunstancias que establece el artículo 265 del Código de Justicia Militar, y que transformarían tal rebelión común en militar.

2.- Tipicidad objetiva:

a) Sujeto activo.

Dos menciones deben efectuarse respecto del sujeto activo tratándose del delito de rebelión.

En primer lugar, como lo supone el cumplimiento de las finalidades que deben perseguirse conforme el art. 121 del Código Penal., la rebelión requiere pluralidad de sujetos activos, y aún más, la confluencia de las voluntades de los múltiples autores en un fin común. Por esta razón, Vives Antón³¹¹ señala, que estamos ante un delito plurisubjetivo de convergencia, característica propia de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado y que hemos analizado en su oportunidad.

En segundo término, si bien el artículo 121 del Código Penal no realiza ninguna mención especial respecto a la calidad de los sujetos activos, debe tenerse presente que para que estemos propiamente frente a una rebelión común estos no han de tener la calidad de militares, pues si ello ocurre se producirá la militarización de la figura conforme lo señala el artículo 265 del Código castrense. La rebelión común se transforma en sublevación militar con un consiguiente aumento en la penalidad³¹².

b) Conducta típica.

La conducta típica en la rebelión común ha de comprender los siguientes elementos:

³¹¹ VIVES ANTON y otros, 1996, "Derecho Penal: Parte Especial", op. cit., pág. 744.

i) Debe existir un levantamiento público y armado contra la organización institucional de Estado.

El legislador habla de alzarse a mano armada contra el Gobierno legalmente constituido.

La expresión “alzarse a mano armada”, como señala Etcheberry, está tomada en un sentido metafórico, es decir, “de rebeldía hacia el orden jurídico y la autoridad legalmente constituida, que puede asumir una forma activa, manifestándose oposición expresa a las disposiciones legales o a la autoridad, respaldada por el empleo de armas o la amenaza del mismo, o bien una forma pasiva, como desobediencia a dichas disposiciones u órdenes, siempre que ella también se fundamente en la existencia de la fuerza armada”³¹³.

Es necesario recalcar que la sola actitud de desobediencia o resistencia frente al ordenamiento jurídico o la autoridad no constituye alzamiento si ella no se traduce en el empleo o amenaza de la fuerza que, por lo demás, debe ser manifiesta.

Es por lo anterior que aunque el legislador no lo señala expresamente, a diferencia de lo que si hará en el caso de la sedición, los autores indican que el alzamiento debe ser público³¹⁴. Soler enfatiza este carácter indicando que el alzamiento debe aparecer como una “irrupción ostensible”³¹⁵.

También se ha referido a esta característica la Jurisprudencia.

Podemos mencionar un fallo de la Corte Marcial de Concepción del año 1930, señala que “para la existencia del delito contra la Seguridad del Estado es condición o

³¹² En su momento ahondaremos en las causas de militarización de la figura, que resultan un tanto más complejas que lo expresado.

³¹³ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 117.

³¹⁴ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 45. LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2º Edición, Tomo II, pág. 35; e implícitamente, ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 117.

³¹⁵ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 76.

requisito esencial que el alzamiento se produzca o se manifieste, se exteriorice y se haga público...”³¹⁶.

Este requisito de publicidad se encuentra ligado al carácter armado que el legislador señala ha de tener el alzamiento en el delito de rebelión. Precisamente a través de él se manifiesta el empleo efectivo o potencial de la fuerza, esencial en la idea de alzamiento.

Los rebeldes han de esgrimir armas o amenazar con el empleo de ellas.

Para estos efectos, el artículo 132 del Código Penal dio una definición de lo que debe entenderse por arma tratándose de los delitos de sublevación “toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haya hecho uso de él”.

Como podemos apreciar, la definición de arma comprende dos aspectos, uno material, conforme al cual ha de tratarse de “un objeto cortante, punzante o contundente”, y además, uno netamente subjetivo, que depende de la intención con que se haya tomado: “para matar, herir o golpear”, de forma tal que, como señala Del Río, “un bastón o un tintero pueden o no tener tal calidad – de arma -, según los propósitos de quien los toma y las circunstancias que rodeen el hecho de tomarlos”³¹⁷.

Se dejó expresa constancia por la Comisión Redactora del Código Penal que en el término máquina han de comprenderse las armas de fuego³¹⁸, y compartimos la opinión de Etcheberry, según el cual la redacción del artículo es suficientemente amplia como para comprender en ella “todas las armas explosivas modernas”³¹⁹.

Es importante señalar que si bien la rebelión supone siempre el empleo de armas no es necesario su uso efectivo, lo que queda claramente expresado en la última parte de la definición que nos ofrece el artículo 132 del Código Penal.

³¹⁶ REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CHILENA, 1996, “Código Penal y Leyes Complementarias”, op. cit., pág. 88.

³¹⁷ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 46

³¹⁸ Sesión 28 de 10 de Abril de 1871, donde se señaló además que el artículo 117, es decir el actual 132, fue redactado conforme a las prescripciones del Código Belga. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, 1974, “Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora”, op. cit., pág. 301.

³¹⁹ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit. Tomo IV, Parte Especial, pág. 126.

De acuerdo con lo anterior, la rebelión puede asumir, formas “externamente tranquilas.. - como lo es, por ejemplo - la imposición armada de un grupo de oficiales para deponer a las autoridades es rebelión – militar, en todo caso- , aunque tenga lugar a puertas cerradas”³²⁰.

El levantamiento armado ha de estar dirigido contra la organización política del Estado, es decir, como expresa la disposición analizada “contra el Gobierno legalmente constituido”.

A tal expresión empleada por el legislador Labatut y Del Río le atribuyen el significado de “Gobierno generado y mantenido de acuerdo con la Constitución”³²¹, posición que concuerda plenamente con lo que hemos sostenido al momento de analizar el bien jurídico protegido en estas materias. La protección de la Seguridad del Estado no se va a extender, de tal forma, a un poder de facto o de origen expúreo.

Por otra parte, es necesario señalar que la expresión Gobierno no debe ser restringida al solo Poder Ejecutivo. Por el contrario ella se encuentra referida al aparato estatal en su conjunto, de manera que no habría razón para descartar la posibilidad de que el levantamiento pueda tener su origen en alguno de los poderes del Estado³²².

Desde otro punto de vista, debe señalarse que si el núcleo central de la conducta típica en el delito de rebelión se encuentra constituido por el alzamiento, tiene importancia determinar cuando este se produce para así determinar el momento consumativo del delito.

Como señala Nócito, “para que haya alzamiento en armas basta que la fuerza esté ya formada y armada, dispuesta a combatir al Gobierno, sin que sea necesario que hayan empezado las hostilidades, ni siquiera manifestado actitud de hostilizar a las fuerzas de aquel”³²³.

³²⁰ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 77.

³²¹ LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 35, En el mismo sentido lo define DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 46.

³²² En contra, Soler, quien lamenta que tal posibilidad no pueda entenderse comprendida. SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 77.

³²³ NOCITO, citado en PUIG PEÑA, FEDERICO, 1959 “Derecho Penal”, Barcelona, Ediciones Nauta S.A., 5º Edición, Tomo III, vol. I, Parte Especial, pág. 109. Continúa diciendo el autor: “Lo mismo que un ejército se afirma que ha entrado en campaña y la guerra ha comenzado por el sólo hecho de que las milicias se preparan a

Es decir, el alzamiento se encuentra consumado ya con anterioridad al despliegue de fuerzas rebeldes y leales, desde el momento en que se exterioriza la intención de combatir al Gobierno mediante la formación de un poder armado.

Lo anterior explica que para la aplicación del eximente de responsabilidad del artículo 129 del Código Penal en caso de disolución de la sublevación - que supone obviamente que el delito ya ha sido cometido - coloque la ley como requisito la no ejecución de “actos de violencia” por los sublevados, vale decir, que todavía no hayan hecho uso efectivo de sus armas, aunque el delito si se encuentre consumado.

Una vez que se produce el alzamiento va a nacer un estado antijurídico que se va a prolongar a través del tiempo, y que se va a mantener por voluntad de los alzados, mientras que circunstancias exteriores – como el triunfo de las tropas leales - no le pongan fin.

Tal característica del alzamiento atribuye a la rebelión la naturaleza de delito permanente, lo cual no sólo va a traer como consecuencia la aplicación de los efectos normales de esta clase de delitos³²⁴, sino que va a explicar determinadas instituciones propias de la rebelión – y también de la sedición – como son la disolución de la sublevación, y ciertas hipótesis de lo que llamaremos “participación necesaria sucesiva”, como es el caso de los sostenedores de la sublevación.

ii) El levantamiento debe ser colectivo y dotado de la necesaria organización.

Como señalábamos, la rebelión supone una pluralidad de sujetos activos sin la cual no estamos propiamente frente a un alzamiento.

Sin que señale la ley una cantidad mínima de autores, la rebelión ha de encontrarse revestida de un número lo suficientemente relevante para conseguir los fines señalados en el tipo.

combatir, así la insurrección existe por el solo hecho de que esté armada y organizada la fuerza que se propone combatir al Estado”.

³²⁴ En ciertos ámbitos como prescripción, deslinde de complicidad y encubrimiento, actualidad de la legítima defensa, tiempo del delito.

Es por esta misma razón, que se señala que el alzamiento debe tener un mínimo de organización entre los autores. Así Soler indica que en el alzamiento deben existir “ciertos rudimentos de organización impuesta sobre todo por la finalidad común”³²⁵

En realidad, como señala García Rivas, debe serse más exigente en este punto, “sólo el alzamiento dotado de un grado “máximo” de organización tiene las dotes suficientes para que de él pueda decirse que ostenta la idoneidad requerida para alcanzar los fines previstos...”³²⁶.

Dentro de tal organización existirán relaciones de subordinación y cierta jerarquía, situación que ha tomado en consideración el legislador para establecer ciertas figuras especiales de participación a las que nos referiremos más adelante.

Está de más señalar que la sola existencia de una organización sin que se produzca alzamiento no podría determinar el delito de rebelión. A lo más nos encontraremos frente a una conspiración para la rebelión, sancionada conforme el artículo 125 del Código Penal.

3.- Tipicidad subjetiva:

Para la realización típica se requiere dolo – si incluimos este elemento en la tipicidad - y además que se den determinadas finalidades que establece el legislador, que constituyen elementos subjetivos del tipo.

Pueden concurrir varias de estas finalidades o bien sólo una, pero al momento del alzamiento alguna de ellas debe necesariamente estar contenida como elemento subjetivo de la figura para que exista rebelión.

El logro de las finalidades es indiferente para el legislador, en el sentido de que basta que se concrete un alzamiento que tienda a cualquiera de ellas para encontrarse consumado el delito de rebelión.

³²⁵ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 76.

Sin embargo, no es exacto que el logro de las finalidades implique impunidad “pues debe siempre suponerse que esta – la Constitución - recupere vigencia”³²⁷.

a) Promover la Guerra Civil.

Del Río señala que promover la Guerra Civil significa “dar impulso, activar o llevar adelante una situación de lucha entre los hombres de una misma nación, que tratan de solucionar sus diferencias por este medio”³²⁸.

Sin embargo, tal definición tiene el inconveniente de no señalar de manera adecuada las proporciones que reviste el evento.

Aclarando en este punto, Etcheberry, luego de reconocer que, en último término, el concepto de guerra civil pertenece al Derecho Internacional Público, que va a establecer los criterios para diferenciarla de una simple revuelta, sedición o motín, indica que ésta “exige un estado de beligerancia bastante extendido, la existencia de cuerpos armados de consideración por ambos bandos y la posesión de territorio o plazas fuertes por parte de uno y otro. Ordinariamente – señala - va acompañada también de la simultánea existencia de dos gobiernos o autoridades públicas, que reivindicán para sí la auténtica representación del poder político de la totalidad del país”³²⁹.

b) Cambiar la Constitución o la forma de gobierno.

³²⁶ GARCIA RIVAS, NICOLAS, 1990, “La Rebelión militar en Derecho penal”, op. cit., especialmente págs. 183 y 184.

³²⁷ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 78.

³²⁸ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 47.

³²⁹ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, Tomo IV, pág. 118.

Un concepto muy similar es posible encontrar en MONTEALEGRE KLENNER, HERNAN, 1979, “La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, Santiago de Chile, Academia de Humanismo Cristiano, pág. 55 y ss.

Ya nos hemos referido del importante papel que ocupa la protección de la Constitución como uno de los elementos fundamentales del concepto de Seguridad Interior del Estado.

Cuando la disposición habla de cambiar la Constitución ha de entenderse tanto su reemplazo por otra diferente, como la modificación de parte de sus disposiciones y aún su simple derogación sin que se establezca otra que ocupe su lugar.

En cuanto a la forma de gobierno, ésta se encuentra determinado por la propia Constitución, específicamente la conceptualiza como republicana y democrática³³⁰.

Una alteración a la forma de gobierno trae como consecuencia necesaria un cambio en la Constitución, a menos que, como señala Etcheberry, “se trate de una situación de facto, que sin alterar la Constitución, simplemente no la respete”³³¹.

c) Privar de sus funciones o impedir que entren en el ejercicio de ellas ciertas autoridades.

Dichas autoridades son aquellas que encabezan los tres poderes del Estado: el Presidente de la República, los miembros del Congreso Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia.

Existen otros delitos que también atentan contra los poderes públicos, pero a diferencia de la rebelión, en tal caso se atenta contra ellos en su carácter administrativo³³²; tratándose de la rebelión, en cambio, se los afecta en su carácter de entes políticos.

La disposición se refiere tanto a privar de sus funciones, vale decir, destituir de su cargo, como impedir que entren en el ejercicio de ellas, o sea, obstaculizar la asunción a los cargos a que tienen derecho estas autoridades.

³³⁰ El artículo 4 de la Constitución Política prescribe: “Chile es una república democrática”.

³³¹ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 118.

³³² Así, por ejemplo, el artículo 267 del Código Penal, “El que con violencia o fraude impidiere ejercer sus funciones a un miembro del congreso, de los tribunales superiores de justicia o del Consejo de Estado,...”

4.- Penalidad.

Según el artículo 121 de Código Penal la pena aplicable para el delito de rebelión será la de reclusión mayor, o bien la de confinamiento mayor o la de extrañamiento mayor en cualquiera de sus grados.

Como es posible observar el legislador establece un amplio margen de discrecionalidad del juez para el establecimiento de la pena que, en todo caso, se verá notoriamente restringido en el caso que el agente tenga la calidad de promovedor, sostenedor o caudillo principal de la rebelión, conforme analizaremos en su oportunidad.

C) Sedición Común.

1.- Aspectos generales: (Conceptualización y naturaleza).

El artículo 126 del Código Penal señala: “los que se alzaren públicamente con el propósito de impedir la promulgación o la ejecución de las leyes, la libre celebración de una elección popular, de coartar el ejercicio de sus atribuciones o la ejecución de sus providencias a cualquiera de los poderes constitucionales, de arrancarles resoluciones por medio de la fuerza o de ejercer actos de odio o de venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o de sus agentes o en las pertenencias del Estado o de alguna corporación pública...”

Este artículo establece el llamado delito de sedición común.

La palabra sedición proviene del latín “seditio”, “seditiois” que implica la idea de tumulto, motín, discordia.

Conviene que realicemos ciertas precisiones terminológicas, puesto que nuestro ordenamiento prevé diferentes delitos bajo una misma denominación.

La sedición común, que es la figura que analizaremos en este apartado, se encuentra establecida en el recién expresado artículo 126 del Código Penal.

La sedición común ha sido señalada como una “rebelión en pequeño”³³³, pues, si bien, supone como la rebelión una amenaza a la Seguridad Interior del Estado y se manifiesta como ese delito mediante un alzamiento de carácter colectivo y organizado, difiere de él en cuanto no se exige el carácter de armado al alzamiento (aunque generalmente si lo tendrá) y, principalmente, en cuanto los fines a que apunta son mucho más modestos, afectando a los poderes públicos no en forma institucional sino más bien en el desempeño normal de sus funciones.

El artículo 265 y siguientes del Código de Justicia Militar realiza la militarización de esta figura. Tenemos así la sedición militar que compartiendo los elementos definatorios de la sedición común, sólo se diferencia de la calidad de los sujetos activos, militares o civiles mandados por militares o militarmente organizados. Supone en consecuencia una hipótesis agravada de dicho delito.

Aparte de la hipótesis de sedición militarizada ya señalada, el Código de Justicia Militar, prevé otro delito, restringido exclusivamente al ámbito castrense, la sedición o motín, que aparece regulado en los artículos 272 y siguientes del código castrense.

La sedición o motín a diferencia de las anteriores no atenta contra la Seguridad Interior del Estado, sino que supone una afcción al Orden y Seguridad del Ejército. Ha sido definida por el comentarista español Dávila y Garicano, como “un ataque colectivo a la disciplina militar”³³⁴.

Pasamos a continuación a estudiar la Sedición Común, es decir, el levantamiento público contra la organización institucional del Estado de carácter colectivo y organizado tendiente a la consecución de alguno de los fines que establece el artículo 126 del Código Penal.

³³³ VIADA, citado en PUIG PEÑA, FEDERICO, 1959, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, vol. I, Parte Especial, pág. 114.

³³⁴ DE QUEROL Y DE DURAN, FERNANDO, 1945, “Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de Julio de 1945”, Madrid, Editorial Naval, pág. 386

2.- Tipicidad objetiva:

a) Sujeto activo.

Al igual que tratándose de la rebelión, este delito requiere para su perpetración una pluralidad de autores concertados para la ejecución de los fines que caracterizan la sedición. Es, en tal sentido, también un delito plurisubjetivo de convergencia.

Y, de la misma forma que la rebelión común, la calidad militar de los sujetos activos produce la militarización de la figura conforme el artículo 265 del Código de Justicia Militar.

b) Conducta típica.

Los siguientes elementos integran la conducta típica en el delito de sedición común:

i) Debe existir un levantamiento público contra la autoridad legítima.

De la misma forma que la rebelión, en la sedición común debe existir un alzamiento contra el Gobierno legalmente constituido.

Si bien la ley no señala que el alzamiento es contra el Gobierno legalmente constituido, la propia noción de alzamiento y los fines políticos a que tiende permiten suponer necesariamente la contrariedad a la organización política del Estado³³⁵.

La ley no exige respecto del delito de sedición que el alzamiento sea “a mano armada” pero si que se realice “públicamente”.

³³⁵ En este punto discordamos de lo sostenido por Labatut, en orden a que la sedición “no desconoce al Gobierno legalmente constituido”. LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 37. Si bien es cierto que no se busca directamente la transformación del aparato estatal si existe un desconocimiento de la autoridad.

En efecto, si lo propio de todo alzamiento es la utilización o amenaza del uso de la fuerza, y ello no ha de manifestarse como en el caso de la rebelión en el empleo de armas, el legislador, respecto del delito que analizamos, se encargó de precisar que el alzamiento necesariamente exteriorizara su carácter amenazador, coactivo.

ii) El levantamiento debe ser colectivo y dotado de un mínimo de organización.

Respecto de este punto no cabe agregar más de lo ya señalado respecto de la rebelión común.

El cumplimiento de los fines que esta vez señala el artículo 126 del Código Penal exigen que el alzamiento en el caso de la sedición de la misma forma que la rebelión tenga un carácter colectivo y organizado.

En este punto se diferencia la configuración que delito de sedición presenta en nuestra legislación con la que recibe en otras legislaciones - como la española - que al exigir en él un carácter “tumultuario”, excluyen la posibilidad de organización por parte de los sujetos activos.

3.- Tipicidad subjetiva:

Cuando se señala que la sedición es una especie de “rebelión en pequeño”, se está refiriendo principalmente a la menor entidad de los fines perseguidos, los cuales no van dirigidos a la destrucción o alteración del Estado democrático sino, más bien, a impedir su normal funcionamiento.

A una o más de las siguientes finalidades debe apuntar la Sedición :

a) Impedir la promulgación o la ejecución de las leyes.

Aquí de lo que se trata es de impedir que la ley pueda entrar en vigencia, ya sea formalmente, es decir, evitando su promulgación, ya sea prácticamente, impidiendo su ejecución por la autoridad pública.

Se trata en todo caso de obstaculizar el ejercicio de la autoridad pública, de manera que, cuando la disposición señala impedir “la ejecución de las leyes”, no debe confundirse con el solo incumplimiento de las leyes, hecho que depende en último término de sus destinatarios, sino en evitar que la autoridad pública efectúe los actos necesarios para que la ley pueda surgir efecto.

b) Impedir la libre celebración de una elección popular.

En este caso se trata de evitar la elección del Presidente de la República o la generación de los miembros del Congreso Nacional, así como también la elección de cargos municipales de concejales, pues la ley no distingue.

El fin ha de distinguir ésta hipótesis de aquellas que pueden presentarse en los delitos electorales.

Mientras los delitos electorales suponen actos que menoscaban la libertad y pureza del sufragio, y en consecuencia, el ejercicio de un derecho subjetivo de carácter político, en la sedición, en cambio, estamos frente a actos que tienden a impedir “todo el proceso electoral mismo”³³⁶, ya por el hecho de que este no se realice, o bien porque esta se encuentre viciada, constituyendo, en consecuencia, un menoscabo del orden constitucional.

c) Coartar el ejercicio de sus atribuciones o la ejecución de sus providencias a cualquiera de los poderes constitucionales.

³³⁶ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, Tomo IV, Parte Especial, pág. 120.

Coartar significa “Limitar, restringir, no conceder enteramente alguna cosa”³³⁷.

Se trata de la restricción del ejercicio de las facultades de los poderes constitucionales en cuanto tales, y en consecuencia, no supone una simple conducta de desobediencia o incumplimiento, o de poner un obstáculo en la resolución de un asunto determinado, lo afectado debe ser la función en general.

d) Arrancarles resoluciones por medio de la fuerza.

Arrancar puede significar tanto “quitar con violencia”³³⁸, como asimismo, “obtener o conseguir algo de una persona con trabajo, violencia o astucia”³³⁹, de allí que el legislador quisiese dejar bien en claro que tal acción debe realizarse en todo caso por medio de la fuerza. Sin embargo, es necesario señalar que por fuerza no sólo debe entenderse el uso efectivo de la misma sino la intimidación o amenaza en el empleo de ella.

En cuanto al término “resoluciones” debe interpretarse en un sentido amplio, es decir, no identificándolo con determinados actos judiciales o administrativos sino que tomándolo en el sentido de decisiones gubernativas.

Astrosa entiende que la hipótesis que ahora analizamos se encuentra comprendida en la situación anterior, pues en este caso igualmente “se coarta el ejercicio de sus atribuciones a lo poderes públicos”³⁴⁰.

En realidad, parece ser que al hablar de “coartar el ejercicio de sus atribuciones (a los poderes constitucionales)” el legislador se estaría refiriendo más bien a la imposición de un comportamiento pasivo (v. gr. la no aprobación de una ley o la no dictación de un decreto), mientras que en esta última hipótesis, la imposición

³³⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo I, pág. 493, única acepción.

³³⁸ Ibid., Tomo I, pág. 194, 3° acepción.

³³⁹ Ibidem, 4° acepción.

³⁴⁰ ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pág. 174.

estaría dirigida, en cambio, a la obtención de una medida determinada (v. gr. la aprobación de una ley o la dictación de un decreto).

Podemos dar como ejemplo de la finalidad a la que ahora analizamos, los militares “que se alzan públicamente con el propósito de obtener por medio de la fuerza la solución de situaciones exclusivamente profesionales”³⁴¹.

e) Ejercer actos de odio o venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o sus agentes o en las pertenencias de Estado o de alguna corporación pública.

Supone esta hipótesis “actos realizados en represalia por la actuación de las autoridades o sus agentes en su calidad de funcionarios públicos”³⁴², y en consecuencia, no como particulares.

Etcheberry³⁴³ vincula esta parte de la disposición con el artículo 485 N°1 del Código Penal que se refiere a una circunstancia de calificación del delito de daños, cuando se causen daños: “con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones”

Ha diferencia de la hipótesis del artículo 485 N°1 del Código Penal que supone la efectiva consumación de los daños, aquí se exige el simple alzamiento público inspirado en esa finalidad.

Por otra parte, la calificante del delito de daños es más amplia en cuanto no sólo supone que el delito se haya cometido “contra empleados públicos”, sino contra particulares que como testigos o de cualquiera otra manera hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes.

³⁴¹ Fallo de la Corte Marcial del año 1969, REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CHILENA, 1996, “Código Penal y Leyes Complementarias”, op. cit., pág. 89.

³⁴² ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit., pág. 174.

³⁴³ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 121.

Si con motivo de un alzamiento sedicioso que persiga la finalidad analizada, se incurre en el delito de daños, no podrá aplicarse la calificante del artículo 485 N°1 del Código Penal, pues de otra manera resultaría vulnerado el principio “non bis in idem”.

4.- Penalidad.

Según el artículo 126 de Código Penal la pena aplicable para el delito de sedición será la de reclusión menor, o bien la de confinamiento menor a la de extrañamiento menor en cualquiera de sus grados.

Vale decir, se establece una penalidad mucho menor que respecto del delito de rebelión, lo cual es perfectamente acorde con la menor gravedad que supone respecto del bien jurídico en juego.

En todo caso, como en la rebelión se establece un amplio margen de discrecionalidad del juez para el establecimiento de la pena.

Respecto de la calidad de los sujetos activos cabe lo ya expresado a propósito de la rebelión común.

D) Reglas Especiales de Participación en la Sublevación.

1.- Generalidades:

Cuando analizamos las características generales de las figuras contra la Seguridad Interior del Estado señalamos que es imposible concebir que las conductas que vayan a afectar el aparato estatal tengan su origen en la actuación de sujetos aislados, lo que traía como consecuencia la configuración en estas materias de figuras plurisubjetivas o plurilaterales, es decir, en las cuales la actividad descrita en el tipo penal sólo puede ser llevada a cabo por varios sujetos, y más aún, delitos

plurisubjetivos de convergencia, puesto que las voluntades de los múltiples autores confluyen en un fin común.

Respecto de algunas figuras en particular la ley establece categorías de autores con diferentes grados de penalidad atendiendo el nivel o importancia de la intervención que tienen en la comisión del delito.

Así ocurre respecto de los delitos de rebelión y sedición común, en que el Código Penal establece, un verdadero régimen especial respecto de ciertas categorías de autores.

2.- Los Promotores, Sostenedores y Caudillos Principales de la Sublevación.

El artículo 122 del Código Penal señala que: “los que induciendo a los alzados, hubieren promovido o sostuvieren la sublevación y los caudillos principales de esta, serán castigados con las mismas penas del artículo anterior, aplicadas en sus grados máximos”.

La disposición es aplicable tanto a la rebelión como a la sedición tanto porque el artículo 127 las hace aplicables expresamente a la sedición como porque dichas disposiciones utilizan el término “sublevación” que como sabemos es aplicable a ambas formas de alzamiento.

Distingamos las diferentes posibilidades que establece la disposición señalada:

a) Los Promovedores o Sostenedores de la Sublevación.

A pesar de que la disposición habla de “los que induciendo a los alzados”, no se está estableciendo una hipótesis autónoma de inducción, pues debe recordarse que el inductor no ejecuta el hecho que reviste caracteres de delito, sino que convence a otro para que lo ejecute.

Por el contrario, quienes se encuentran comprendidos en la disposición del artículo 122 del Código Penal han tenido parte en la ejecución del hecho y aún más, una actuación destacada en la sublevación, “alguna forma de intervención directa y personal en el alzamiento, aunque no consista en su presencia física a la cabeza de los sublevados o en el sitio de los sucesos”³⁴⁴.

Promover significa “Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro”, “tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”³⁴⁵, de manera que los promovedores de la sublevación son aquellos que habiendo persuadido a otros a participar en el alzamiento, intervienen en él desde sus inicios, procurando el logro de los fines rebeldes o sediciosos.

Sostener, en cambio, significa “sustentar, mantener firme una cosa”, “prestar apoyo, dar aliento o auxilio”³⁴⁶, de suerte que los sostenedores de la sublevación también incitan a otros a participar en el alzamiento en el cual intervienen, pero, a diferencia de los promovedores, su actuación en la sublevación no se produce desde sus inicios sino una vez comenzada.

Estaríamos en este último caso, frente a una especie de participación necesaria sucesiva, que puede ser explicada por la característica de delito permanente de las diferentes formas de sublevación.

b) Los Caudillos Principales de la Sublevación.

El término caudillo que proviene de la voz latina “capitellum”–cabeza– se define como “el que como cabeza , guía y manda la gente de guerra”³⁴⁷.

A pesar que el significado del término es bastante claro, la disposición al hablar de “caudillos principales”, se encarga de recalcar que no se trata de meros jefes con una intervención de carácter secundaria en la sublevación, sino que su actuación

³⁴⁴ Ibid., pág. 119.

³⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1676, 1º y 3º acepción.

³⁴⁶ Ibid., Tomo II, pág. 1908, 1º y 4º acepción.

debe ser significativa, es decir, efectuar auténticas funciones de liderazgo respecto del alzamiento en sí y no de meras porciones del mismo.

En este sentido, opina Del Río que tal categoría ha de comprender a “las personas que hacen de organizadores o jefes del movimiento, a cuyo nombre se firman las comunicaciones, o a quienes resulta encomendada su dirección por su situación o sus aspiraciones”³⁴⁸.

c) Penalidad.

A los promotores, sostenedores y caudillos principales de la sublevación, le corresponde los grados máximos de las penas establecidas en los artículos 121 y 126 del Código Penal, respectivamente.

Es decir, si estamos frente al delito de rebelión común, la pena de reclusión mayor, o bien la de confinamiento mayor o la de extrañamiento mayor en sus grados máximos, y si se trata del delito de sedición común, la de reclusión menor, a bien la de confinamiento menor a la de extrañamiento menor en sus grados máximos.

No obstante no es la única consecuencia que la ley señala en razón de su participación destacada en la sublevación.

Como veremos más adelante, el artículo 129 del Código Penal privará a los promotores, sostenedores y caudillos principales de la rebelión y sedición, de la eximente de responsabilidad en caso de disolución de la sublevación, beneficiándolos tan sólo con una atenuante.

Por su parte, el artículo 131 del Código Penal, sancionará a estos así como a los jefes subalternos como cómplices de los delitos particulares cometidos durante la sublevación o con ocasión de ella si se dan los supuestos que la disposición establece.

2.- Inductores a la sublevación del artículo 123 del Código Penal.

³⁴⁷ Ibid., Tomo I, pág. 443, 1º acepción.

³⁴⁸ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 48.

a) Naturaleza:

El artículo 123 del Código Penal señala “Los que tocaren o mandaren tocar campanas u otro instrumento cualquiera para excitar al pueblo al alzamiento y los que, con igual fin, dirigieren discursos a la muchedumbre o le repartieren impresos, si la sublevación llega a consumarse, ..., a no ser que merezcan la calificación de promovedores”.

A diferencia de los promovedores y sostenedores del artículo anterior, quienes incurren en las conductas que señala la disposición que ahora analizamos son simples instigadores de la sublevación que no tienen una intervención destacada en la ejecución misma del alzamiento³⁴⁹.

La primera parte de la disposición se refiere a “Los que tocaren o mandaren tocar campanas u otro instrumento cualquiera para excitar al pueblo al alzamiento..” carece de toda significación si se toma en consideración las modernas formas en que tienen lugar las actuales sublevaciones.

Como señala Etcheberry “esta hipótesis revela el concepto “congoleño” del golpe de Estado que sustentaba el legislador”³⁵⁰. El Código parece partir de la base que en ciertos procesos sociales la muchedumbre se encuentra susceptible a estímulos que determinarían reacciones instantáneas y brutales.

En todo caso, se hace muy difícil concebir que dicho escenario pueda dar cabida a un levantamiento colectivo de carácter organizado con las precisas finalidades políticas de los artículos 121 y 126 del Código Penal, sino a lo más a simples atentados contra el orden público.

b) Tipicidad objetiva.

³⁴⁹ No compartimos en consecuencia la opinión sustentada por Del Río para quien el legislador debió señalar igual responsabilidad que los promovedores, sostenedores y caudillos principales. *Ibidem*.

La conducta típica comprende los siguientes elementos:

i) Que la ejecución tenga lugar precisamente a través de alguno de los medios comisivos que señala la figura:

- Los que tocaren o mandaren tocar campanas u otro instrumento cualquiera.

Tocar significa “avisar haciendo seña o llamada, con campana u otro instrumento”³⁵¹, de tal suerte que la disposición esta refiriéndose a la acción de tañer una campana o hacer sonar cualquier otro instrumento.

Los términos mediante los cuales se encuentra redactada la disposición determinan que la instigación puede tener lugar directamente – tocaren - o por intermedio de un tercero - mandaren tocar.

- Los que dirigieren discursos a la muchedumbre.

Dirigir significa “Encaminar la intención y las operaciones a determinado fin”³⁵², en tanto que discurso implica “serie de las palabras y frases empleadas para manifestar lo que se piensa o siente”³⁵³.

En este caso el inductor se vale de la palabra hablada, que ha de orientar a la muchedumbre, es decir, una multitud de personas reunidas o no.

- Los que repartieren impresos a la muchedumbre.

³⁵⁰ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 119.

³⁵¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1988, 5º acepción.

³⁵² *Ibíd.*, Tomo I, pág. 758, 4º acepción.

Repartir significa “distribuir por lugares distintos o entre personas diferentes”³⁵⁴, mientras que impreso lo constituye el “libro, folleto u hoja impresos”³⁵⁵.

ii) Que no exista intervención en la sublevación subsecuente en calidad de promovedor.

Como señalábamos anteriormente lo que diferencia a los promovedores de los simples inductores es el hecho que estos últimos no tienen una intervención destacada en el delito.

Tratándose del delito autónomo de inducción que constituye la figura analizada, se exige que el incitador no intervenga en la sublevación posterior en calidad de “promovedor”, vale decir, participando en el alzamiento desde sus inicios para procurar el logro de los fines rebeldes o sediciosos, pues en tal caso es obvio que por su actuación destacada ha de ser sancionado con las más severas penas que establece el artículo 122 del Código Penal.

Por el contrario, una participación subsecuente en la ejecución del delito como individuo de fila, es decir, como un mero ejecutor en el delito de rebelión o sedición, no optaría a que el agente pueda ser sancionado en virtud de esta disposición.

c) Tipicidad subjetiva.

La conducta típica que puede tener lugar a través de las distintas hipótesis señaladas, tiene un objeto preciso: “excitar al pueblo al alzamiento”

El término “excitar” implica un “mover, estimular, provocar, inspirar algún sentimiento, pasión o movimiento”³⁵⁶. Existe una apelación mayor al ámbito pasional que en el término incitar.

³⁵³ Ibid., Tomo I, pág. 760, 5° acepción.

³⁵⁴ Ibid., Tomo II, pág. 1772, 2° acepción.

³⁵⁵ Ibid., Tomo II, pág. 1148, 2° acepción.

³⁵⁶ Ibid., Tomo I, pág. 930, 1° acepción.

Debe llevar al pueblo, vale decir, al “conjunto de personas de un lugar, región o país”³⁵⁷ o, por lo menos, a un sector considerable, al alzamiento.

Empero, no se trata de cualquier alzamiento, pues, conforme al contexto en que se encuentra la disposición, no sería otro que uno rebelde o sedicioso, es decir, dirigido a alguno de los fines que establecen los artículos 121 y 126 del Código Penal.

d) Condición objetiva de punibilidad.

El artículo establece que la sanción que allí se señala tendrá lugar sólo “si la sublevación llega a consumarse”, de manera que aún cuando se den todos los elementos anteriormente señalados, si no tiene lugar la rebelión o sedición, la acción quedará impune³⁵⁸.

Se trata de una innegable condición objetiva de punibilidad, es decir, de aquellas circunstancias de carácter objetivo que trascienden la conducta típica y cuya concurrencia es indispensable para la aplicación de la pena.

Si bien la conducta del inductor tiende a la ejecución de un alzamiento rebelde o sedicioso, la realización efectiva de este excede las posibilidades personales de éste.

A través de esta condición objetiva de punibilidad, el legislador está salvando de algún modo el reproche que puede formularse a la figura ante la escasa probabilidad que a través de los medios comisivos que ella describe pueda ser puesta en peligro el bien jurídico protegido³⁵⁹.

En efecto, si bien la punibilidad no se encuentra condicionada a la producción de un daño efectivo en la Seguridad Interior del Estado, la verificación de un alzamiento rebelde o sedicioso constituye en sí una situación más que manifiesta de peligro para tal bien jurídico.

³⁵⁷ Ibid., Tomo II, pág. 1688, 3° acepción.

³⁵⁸ Al menos en lo que concierne a esta figura en particular.

³⁵⁹ Respecto de la relación de delitos de peligro y condiciones objetivas de punibilidad, ver BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1969, “Los Delitos de Peligro”, op. cit., pág. 327 y 328.

Respecto de este punto, Etcheberry sostiene que “Este artículo, como el anterior, establece sanciones sobre la base que la sublevación haya llegado a consumarse. Si tal cosa no ocurre, se vuelve a la aplicación de las reglas generales, y las personas mencionadas en los artículos 122 y 123 solamente son sancionadas como coautores, si se dan los requisitos legales”.

Parece ser que el autor citado incurrió en un error, al confundir la consumación del delito, que se produce con el levantamiento con las características y fines de los artículos 121 y 126 del Código Penal, con su agotamiento, es decir, el cumplimiento de los fines respectivos. En realidad, la disposición se refiere al “caso que la sublevación llegue a consumarse (pero no a triunfar)”³⁶⁰.

e) Penalidad.

Quienes incurran en la figura que establece el artículo 123 del Código Penal serán castigados con la pena de reclusión menor o de extrañamiento menor en sus grados medios.

Es decir, el artículo 123 del Código Penal, sanciona a estos instigadores con una pena muy inferior a la que les hubiere correspondido por aplicación de las reglas generales, es decir, comprendiendo la conducta de estos en la hipótesis de autoría que establece el artículo 15 N°2 del Código Penal.

Del Río critica la baja penalidad con que la ley castiga a estos incitadores (y aún el hecho de eximirlos de sanción cuando la sublevación no llega a consumarse) “no

sólo – señala el autor - porque es difícil deslindar la situación de los inductores, promotores, sostenedores y caudillos que se valen de los medios dichos, en orden a los fines de la rebelión, de la situación de los que se valen de cualquier otro medio; sino también porque, a nuestro juicio, dichas personas son tan responsables como los ejecutores materiales mismos, ya que su actitud supone el conocimiento de la rebelión, y el concierto para su ejecución, es decir, los requisitos precisos para considerarlos como autores en buena técnica penal”³⁶¹.

Nosotros, en cambio, creemos que la penalidad atenuada que establece la disposición se justifica plenamente, en razón de la lejana posibilidad de afección del bien jurídico que supone una instigación llevada a efecto a través de los medios comisivos que la disposición establece.

E) Seducción de tropas y usurpación del mando.

1.- Aspectos generales: (Conceptualización y naturaleza).

Esta figura delictiva se encuentra descrita en el artículo 124 del Código Penal. “Los que sin cometer los crímenes enumerados en el artículo 121, pero con el propósito de ejecutarlos, sedujeren tropas, usurparen el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte, de un puesto de guardia, de un puerto o de una ciudad, o retuvieren contra la orden del Gobierno un mando político o militar cualquiera...”

La disposición señalada debe ser complementada con el artículo 127 de ese cuerpo legal que la hace aplicable al delito de sedición.

³⁶⁰ ASTROSA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit. pág. 172.

³⁶¹ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, págs. 48 y 49.

Esta figura delictiva constituye en el fondo una tentativa elevada a la calidad de figura autónoma³⁶², lo cual puede apreciarse en la frase que señala “los que sin cometer los crímenes enumerados en el artículo 121 (y agregamos “en el artículo 126” por aplicación del artículo 127 del Código Penal), pero con el propósito de ejecutarlos”.

Lo anterior, como ya lo indicamos en su oportunidad, no solo va a determinar la imposibilidad de tentativa respecto de la figura, sino la consunción de los comportamientos que comprende en la propia sublevación, sin que exista, en consecuencia una penalización separada de ellos..

Desde otro punto de vista, cabe señalar que estamos en presencia de una figura de hipótesis múltiple, que puede concretarse de tres diferentes formas: la seducción de tropas, la usurpación del mando de una tropa o de un determinado punto estratégico militar que la disposición señala, o la retención de un mando político o militar contra la orden del Gobierno.

Todas estas hipótesis, suponen proporcionarse de un contingente militar que permita la perpetración de los delitos de rebelión o sedición, bien mediante “la realización de maniobras (arengas, proclamas, amenazas, actitudes) que permitan conseguir la adhesión de un cuerpo armado, con infracción de la disciplina jerárquica”³⁶³; bien a través de la usurpación directa del mando que a otro corresponde; o bien, prolongando una autoridad que ya no se inviste más.

2.- Tipicidad objetiva:

a) Sujeto activo.

³⁶² En este sentido LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 37, ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit., pág. 173, ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 122. En el derecho comparado el primero en afirmar tal característica habría sido Viada, CUELLO CALON, EUGENIO, 1955, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, Parte Especial, pág. 112.

³⁶³ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 123.

Este delito se diferencia de la rebelión y la sedición en cuanto cabe suponer respecto de él la posibilidad comisión individual³⁶⁴.

A pesar de lo que pudiese pensarse en una primera impresión, el delito, en razón de las características indicadas, no exige la calidad de militar del sujeto activo, sin perjuicio de, que en caso que la revista, tenga aplicación el artículo 265 del Código de Justicia Militar.

b) Conducta típica.

La figura que comentamos puede concretarse a través de tres diferentes hipótesis.

i) Seducir tropas:

La voz seducir, que etimológicamente significa conducir, implica la idea de “persuasión suave o engañar con arte y maña”³⁶⁵.

En este sentido, el término adquiere cierta similitud con la idea de inducción, o más específicamente, de provocación, que no se dirige a persona determinada “sino a un número más o menos grande de personas entre las que se espera surta alguna determinación delictiva”³⁶⁶.

Aquí propiamente los sujetos pasivos de la acción son los integrantes de una tropa, vale decir, de un “conjunto de cuerpos que componen un ejército, división, guarnición, etc.”³⁶⁷. Debe entonces entenderse referida a cualquiera de las particiones en que se encuentra agrupado el personal de cualquiera de las instituciones armadas³⁶⁸.

³⁶⁴ Así lo piensan también Etcheberry, *Ibidem*, y SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 94.

³⁶⁵ ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit., pág. 173.

³⁶⁶ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo II, Parte General, pág. 93.

³⁶⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 2033, 9º acepción.

³⁶⁸ Con la expresión “tropa” la comisión redactora quiso referirse a la que integra cualquiera institución armada y no solo el Ejército. Así se dio como ejemplo gendarmería y la entonces existente guardia nacional. Sesión 27 de

La acción desplegada por el sujeto activo se va a manifestar a través del despliegue de ciertos actos que permitan la producción de dicho efecto, como lo serían, “una arenga a la tropa, escuchada por esta; conversaciones y cambio de opiniones con oficiales o suboficiales, secretamente, con promesas o halagos”³⁶⁹.

Sin embargo, como se desprende de la redacción del artículo 124 del Código Penal, que habla de los que “sedujeren” tropas, para que se concrete la conducta típica la labor de persuasión que efectúa el sujeto activo debe ser fructífera, es decir, debe hacer nacer la determinación de cometer el delito de sedición o rebelión, pues de lo contrario, las tropas de que habla la disposición legal “no habrían resultado seducidas”³⁷⁰.

Además, sólo de esta forma, la acción de seducir puede ser asimilada, en cuanto a la gravedad de la pena, a las otras hipótesis que establece la figura: la de usurpar un mando militar y la de retener un mando militar o político.

Lo anterior es lo que diferencia de manera más significativa a la figura analizada con un delito autónomo de inducción³⁷¹, el cual no requiere para su consumación lograr el efectivo convencimiento de los destinatarios sino la mera posibilidad.

ii) Usurpar el mando de tropas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte, de un puesto de guardia, de un puerto o de una ciudad.

El término “usurpar” significa “arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usar de ellos como si fueran propios”³⁷².

30 de Marzo de 1871. En DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, 1974, “Código penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora”, op. cit., pág. 302.

³⁶⁹ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 94.

³⁷⁰ VIVES ANTON y otros, 1996, “Derecho Penal: Parte Especial”, op. cit., pág. 744.

³⁷¹ Por otra parte, en la figura analizada a diferencia de toda inducción el agente tiene el propósito de ejecutar el hecho.

³⁷² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 2052, 2º acepción.

Junto con establecer que la usurpación puede recaer en el mando de tropas, conforme a la disposición podría ella recaer sobre el mando de ciertos lugares específicos, todos de carácter estratégico militar.

Es por lo anterior que puede afirmarse que esta hipótesis plantea un caso de usurpación de mando militar, que implica, en consecuencia, arrogarse aquella posición de superioridad que a otro corresponde en razón de la ley y que impone obediencia y respeto en el inferior.

Ello implica necesariamente asumir el mando que otra persona ostenta, de manera que la sola intención de emplear en una sublevación el propio mando que se tiene no podría constituir la hipótesis analizada, si bien pueda ser sancionada directamente como tentativa de rebelión o sedición, o bien, como acto preparatorio especialmente penalizado.

iii) Retener contra la orden del Gobierno un mando político o militar cualquiera.

En opinión de Soler³⁷³ esta forma comisiva constituiría otro tipo de usurpación de poder, en este caso, prolongando una autoridad que ya no se inviste más.

Sin embargo, nuestro legislador ha acostumbrado distinguir ambas conductas³⁷⁴.

Retener implica la idea de “impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca; conservar, guardar en sí” - o más atinente con el alcance de la

³⁷³ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 94.

³⁷⁴ Así puede mencionarse el artículo 327 del Código de Justicia Militar que contempla tanto la usurpación como la retención del mando.

disposición- "conservar el empleo que se tenía cuando se pasa a otro"³⁷⁵, de manera que la hipótesis está referida a quien se conservare o permaneciere en un cargo al cual tenía derecho por haber sido designado en él pero del cual ha sido desplazado.

A diferencia de la hipótesis anterior en este caso puede tratarse no sólo de un mando militar sino también de uno de carácter político, como de ministro, intendente, gobernador, etc.

3.- Tipicidad subjetiva:

La conducta material indicada debe haber sido efectuada con el propósito de ejecutar un acto de rebelión o de sedición común, siendo la penalidad distinta en uno u otro caso.

Dicho elemento subjetivo del tipo debe encontrarse presente al momento de realizar la acción típica, de manera que si se concreta una usurpación o retención de la autoridad, y sólo en un momento posterior sobreviene la intención de cometer los delitos de rebelión o de sedición, no estaremos frente a la figura analizada.

El elemento subjetivo nos permite caracterizar esta figura, diferenciándola de ciertos delitos propios de los funcionarios públicos que se encuentran en hipótesis análogas como usurpación de atribuciones del artículo 213 del Código Penal, prolongación de funciones del artículo 217 del Código Penal, y, fundamentalmente, el artículo 327 del Código de Justicia Militar que establece el delito de usurpación y retención de mando militar³⁷⁶.

4.- Penalidad.

³⁷⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, "Diccionario de la Lengua Española", op. cit., Tomo II, pág. 1787, 1º y 3º acepción.

³⁷⁶ Este último, en los siguientes términos: "El militar que sin autorización competente o motivo justificado asumiere un mando, o lo retuviere en contra de las órdenes de sus jefes, será sancionado..."

Los que incurrieran en este delito “serán castigados - conforme lo señala al artículo 124 de Código Penal – con la pena de reclusión mayor en sus grados medios”.

Conforme al artículo 127 de Código Penal la pena señala en el artículo 124 será rebajada en un grado cuando las conductas del artículo 124 tengan por fin aquellos que la ley señala para el delito de sedición.

F) Conspiración y proposición.

1.- Generalidades:

En su oportunidad pudimos observar como en razón de las especiales características que reviste el bien jurídico protegido, la ley ha establecido ciertas excepciones a las reglas generales.

Lo propio ocurre en materia de actos preparatorios, es decir, respecto de aquellas conductas en que “si bien la voluntad se ha exteriorizado mediante actos, ellos no llegan todavía a representar un “comienzo de ejecución” del delito mismo”³⁷⁷.

Los diferentes autores, aún los más antiguos³⁷⁸, proclamaban el principio general de la impunidad de estos actos preparatorios.

Se señala, de esta forma, que “acciones preparatorias suponen actividades que por sí mismas son insuficientes para poner en peligro efectivo un bien jurídico determinado (peligro corrido) y para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado (acciones unívocas)”³⁷⁹.

Pero junto con echarse mano a la idea de la escasa lesividad que revisten los actos previos y al argumento carrariano de la *univocità* se señalan también motivos más utilitarios como que “el agente, que no estaba todavía más que en la preparación de una

³⁷⁷ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, Parte General, pág. 53.

³⁷⁸ Así Rossi, Carrara, Chaveau y Hélie, por mencionar solo algunos. JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, pág. 324

³⁷⁹ SOLER, ibidem.

infracción, debía ser alentado por la esperanza de la impunidad a desistir de su proyecto criminal”³⁸⁰.

Nuestro ordenamiento penal es coherente con tales postulados penalizando los actos preparatorios sólo en forma excepcional, ya erigiéndolos como una figura penal propia y diferente como ocurre en el caso del artículo 445 y 481 del Código Penal, y que en sí mismo constituyen actos preparatorios de naturaleza individual, ya en forma dependiente en el caso de la conspiración y la proposición para cometer un crimen o simple delito, actos preparatorios de carácter colectivo.

Respecto de estos últimos nuestra ley es particularmente celosa en exponer su excepcionalidad al establecer en el inciso 1° del artículo 8 del Código Penal que “La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, solo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente”.

El artículo 125 del Código Penal da aplicación a esta regla al señalar de modo expreso que “En los crímenes de que tratan los artículos 121, 122 y 124, la conspiración se pena con extrañamiento mayor en su grado medio y la proposición con extrañamiento menor en su grado medio”, disposición también aplicable al delito de sedición conforme a lo que señala el artículo 127 de mismo cuerpo legal, siendo en este caso la pena inferior en un grado a la establecida en el artículo 125 del Código Penal.

Los únicos casos de punición de la conspiración y la proposición se encontraron en nuestro ordenamiento por mucho tiempo sólo relegados al terreno del Derecho Penal Político, y sólo de manera relativamente reciente han sido establecidos respecto de otras parcelas del Derecho Penal como, por ejemplo, en materia de tráfico de estupefacientes³⁸¹.

Las mismas razones que determinan la configuración de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado como figuras de peligro, vale decir, la ya mencionada necesidad de adelantar la barrera defensiva del bien jurídico protegido ha de fundamentar la incriminación de actos preparatorios en materia Penal Político.

³⁸⁰ BERTAULD, *ibíd.*, pág. 321.

³⁸¹ Artículo 5 de la Ley N°19.366.

Por su parte, la naturaleza plurilateral de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado, determinará que los actos preparatorios de tales delitos tengan también un carácter colectivo, vale decir, concebidos para que intervenga eventualmente más de una persona, ya sea tratando de persuadir a otra u otras a cometer un delito que ya se está resuelto a cometer o poniéndose de acuerdo con esta o estas para cometerlo.

Lo anterior es sin perjuicio de que, en general, la realización de los actos preparatorios individuales resulte más tolerable que en las formas de “preparación colectiva”, pues en estas últimas la objetivación del propósito delictivo aparece manifestada a través de su comunicación, y donde el desistimiento voluntario aparece mucho menos factible³⁸².

La consideración de la conspiración y la proposición para cometer delito como actos preparatorios, es decir, su encuadramiento dentro de la teoría del *iter criminis*, traerá importantes consecuencias.

En primer término, necesariamente han de concebirse la proposición y la conspiración como “un adelantamiento de la punibilidad a la tentativa y, por tanto, en relación a un tipo legal específico, a un delito determinado”³⁸³, de manera que jamás podrá existir una conspiración o proposición para delinquir en abstracto, característica que diferencia fundamentalmente a la primera de una organización criminal, esto es, de una asociación ilícita.

Por la misma razón y esta vez desde el punto de vista de la participación – entendida en sentido amplio - debe tenerse en consideración que el acto preparatorio es siempre una anticipación de la autoría “ya que está en referencia a un tipo legal específico, que es el tipo de autor”³⁸⁴, de manera que no existirá proposición o conspiración respecto de la complicidad, ni tampoco de la inducción.

Por último, si tiene lugar la figura a que la proposición o la conspiración se refieren, dichas conductas quedan subsumidas en el delito consumado, de manera que

³⁸² En este sentido, POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración”, op. cit., pág. 51.

³⁸³ BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, “Lecciones de Derecho Penal”, op. cit., vol. II, pág. 260.

no podrán ser sancionados de forma independiente, conforme al llamado principio de consunción³⁸⁵.

2.- La Proposición:

La proposición se encuentra definida en el inciso 3 del artículo 8 del Código Penal: “La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas”.

Supone, en consecuencia los siguientes requisitos:

a) La resolución de cometer un crimen o simple delito.

En este caso, de cometer precisamente los delitos de rebelión, artículo 121 del Código Penal; la forma agravada de este delito que establece el artículo 122 de dicho cuerpo legal; la seducción de tropas o usurpación o retención del mando del artículo 124 del Código Penal, o bien, el delito de sedición, artículo 126 del Código Penal.

La disposición del artículo 125 del Código Penal no se refirió a la figura del artículo 123 de dicho cuerpo legal. Ello podría ser explicado atendiendo la presencia de una condición objetiva de punibilidad en la figura - la circunstancia que la sublevación tenga lugar – y la estrecha vinculación entre el acto preparatorio y de delito hacia el cual tiende.

En efecto, la conducta que supone el delito propuesto no se castiga de no concurrir una circunstancia externa a ella, es decir, la condición objetiva de punibilidad, resultaría absurdo sancionar la proposición – o la conspiración – para cometer un acto impune.

b) Que se proponga su ejecución a otra u otras personas.

³⁸⁴ Ibidem.

³⁸⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, Parte General, pág. 126.

La proposición no constituye un mero consejo o aún la manifestación de un propósito sino que implica persuadir a otra persona o personas a cometer el delito, en tal sentido requiere “una acción efectiva de carácter psicológico entre dos personas”³⁸⁶

No se requiere que la proposición sea aceptada, pues para que ella exista basta con el mero hecho de la invitación a otra persona³⁸⁷.

Aún ciertos autores van más lejos y sostienen que no sólo se requiere que no sea aceptada o bien si lo ha sido no se dé comienzo a la ejecución o se desista de ella, pues “si la proposición es aceptada y el delito llega a ejecutarse, la proposición se pasará a llamar inducción, que entre nosotros tiene la calidad de autoría”³⁸⁸. Por tal razón anterior señalan que la proposición debe ser considerada como una “inducción fracasada”, “tentativa de inducción” o “inducción frustrada”³⁸⁹.

Garrido Montt no está de acuerdo con dicho planteamiento pues, en realidad, el inductor no desea ejecutar el hecho el mismo sino que su objetivo es convencer a un tercero para que lo concrete. Así expresa el autor que “el proponente nunca es un instigador; este último no aspira a ejecutar el delito; su propósito es que otro lo realice, mientras que el proponente debe estar decidido a cometer el delito, pero quiere hacerlo con otras personas, en coautoría”³⁹⁰.

Por último, el artículo 8 en su inciso 3° al señalar que la proposición es a “ejecutar” un delito, está refrendando lo anteriormente señalado en el sentido de que no existe proposición a la complicidad ni a la instigación, y, en consecuencia, la solicitud

³⁸⁶ BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, “Lecciones de Derecho Penal”, op. cit., vol. II, pág. 261.

³⁸⁷ GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación”, op. cit., pág. 66. POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración”, op. cit., pág. 61.

³⁸⁸ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, Parte General, pág. 55.

³⁸⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración”, op. cit., pág. 55.

³⁹⁰ GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación”, op. cit., pág. 62.

de auxilio ajeno para un hecho delictivo que sería ejecutado por el mismo proponente no constituye proposición³⁹¹.

3.- La Conspiración:

La conspiración, por su parte, se encuentra definida en el inciso 2 del artículo 8 del Código Penal: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un crimen o simple delito”.

La conspiración requiere por tanto:

a) Concierto de voluntades:

Sólo podemos hablar de conspiración cuando dos o más personas “adoptan la resolución común de cometer un delito”³⁹², de manera que no constituirá conspiración la discusión acerca de la posibilidad de llevarlo a cabo, sin llegar a acuerdo en este punto.

Pero aún más, se trata de un acuerdo de carácter activo, es decir, que descarta, la mera aquiescencia, de manera que la sola conformidad respecto de las circunstancias en que el delito ha de tener lugar no constituirá conspiración de no existir la determinación de ponerse en obra³⁹³.

Tampoco lo será en el evento que los confabulados estén a “la espera de las posibilidades”, o habiendo aplazado la ejecución sin determinación de día.

³⁹¹ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración”, op. cit., pág. 72. GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación”, op. cit., pág. 64. De otra opinión es ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, Parte General pág. 55, para quien la proposición ha de significar el hecho de solicitar “alguna forma de cooperación o anticipación en el delito”.

³⁹² POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración”, op. cit. pág. 88. Una opinión diferente en GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación”, op. cit., pág. 59, autor para quien no es necesario que los confabulados adopten una “resolución conjunta”, bastando, “la actividad dirigida a alcanzar esa resolución” sin que sea necesario que ella se logre.

³⁹³ Por el contrario, para que exista conspiración no se requerirá que todos los detalles de la ejecución estén resueltos. *Ibíd.*, pág. 89.

La conspiración no ha de ser supuesta o meramente hipotética, sino real y efectiva, por tanto supone la realización de actos que revelen de forma manifiesta la decisión común de ejecutar el delito para el cual se hubieren concertado, lo que no es más que aplicación de los principios generales del derecho penal que sanciona los actos y no los meros pensamientos³⁹⁴.

b) La resolución de coejecutar el hecho delictivo.

La conspiración constituye una “preparación de coautoría delictiva”³⁹⁵, de manera que los confabulados han de actuar como coejecutores, no siendo suficiente por tanto, que alguno de los concertados hayan de realizar conductas completamente accesorias al tipo o de mera colaboración³⁹⁶.

De la misma manera, debe señalarse en este punto, que en razón que la conspiración como la proposición, constituyen actos previos o preparatorios, en consecuencia, la resolución de cometer o coejecutar un delito determinado, ha de considerar necesariamente todos los elementos del tipo específico, es decir, en nuestro caso, todos los elementos objetivos y subjetivos de los delitos señalados en el artículo 125 del Código Penal, más la sedición conforme al artículo 127 de dicho cuerpo legal.

No serían penadas, por ejemplo, conforme a las reglas generales y como consecuencia de lo señalado, la conspiración o la proposición destinadas a la comisión de un alzamiento con un fin distinto a los que prescribe el legislador para que estemos frente a una rebelión o sedición, o conspiración para la seducción de tropas si el fin no es el de cometer una sublevación.

³⁹⁴ En todo caso no deben constituir estas acciones actos de ejecución, pues en tal caso estaríamos frente a una tentativa.

³⁹⁵ MIR, citado en BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, “Lecciones de Derecho Penal”, op. cit., vol. I, pág. 261.

³⁹⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración”, op. cit., págs. 89 y 90. BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, “Lecciones de Derecho Penal”, op. cit., vol. I, págs. 260 y 261. GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación”, op. cit., págs. 59 y ss. En contra, ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, Parte General, pág. 56, para quien bastaría “una simple actitud pasiva: no impedir la sublevación, no denunciar algunos hechos”.

4.- Alcance del desistimiento.

El artículo 8 del Código Penal en su inciso final: “exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias”.

Una parte de la doctrina ha sostenido que la disposición “es prácticamente inaplicable, pese a su texto, a la sola proposición”³⁹⁷, posición que ya sostuvo Gandarillas en la Comisión Redactora, ante la imposibilidad de deshacerla si es que ya esta hecha, de desistirse si ya existe aceptación, que constituiría no ya proposición sino conspiración, y la imposibilidad de concebir la utilidad de la autodenuncia de una proposición por el propio proponente.

A lo anterior se agrega el hecho de que la doctrina y la Jurisprudencia han unánimemente reconocido la posibilidad de desistimiento en la tentativa sin la exigencia de estos requisitos, lo que ha llevado a la paradoja que ya señalaba Pacheco: “que se exigen más condiciones para evitar la responsabilidad criminal en el que propuso o conspiró para delinquir, que en el que empezó a delinquir”³⁹⁸.

La solución, siguiendo en esto a Politoff³⁹⁹, parece ser la de distinguir aquellos casos en los cuales la proposición pueda ser desistida sin ulteriores consecuencias, como por ejemplo una proposición que no ha llegado a su destinatario o no ha sido comprendida por éste, de aquellos casos en los cuales el proponente ha perdido el dominio del hecho, de manera que el simple desistimiento no podrá lograr revertir el peligro de que el destinatario vaya a cometer el delito propuesto.

³⁹⁷ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 56.

³⁹⁸ PACHECO, citado en POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración”, op. cit., pág. 64.

³⁹⁹ *Ibid.*, pág. 66 y siguientes.

En esta última situación se encuentra el caso en que el inducido esté resulto a cometer el delito tan pronto como se presente la ocasión (omnímmodo factorus), o aquel en el cual no puede comunicar el desistimiento al destinatario.

Pero también es posible concebir una hipótesis de pérdida de dominio del hecho, en un caso más atingente a los delitos políticos: cuando la proposición estuviese dirigida a un grupo de personas, no siempre de fácil acceso por parte del inductor.

El mismo razonamiento debe de ser aplicado para el caso de la conspiración, de manera que las exigencias adicionales de “autodenuncia y delación, sólo proceden en el desistimiento en el caso que “la ejecución de los hechos hayan escapado del control del conspirador arrepentido y no baste a este con su solo esfuerzo evitar que el delito se lleve a efecto”⁴⁰⁰.

En cuanto a los efectos del desistimiento, los autores sostienen que se trata de una excusa legal absolutoria que sólo libera de responsabilidad al “culpable” que se desiste y no al resto de los conspiradores⁴⁰¹.

G) Procedimiento de disolución de la sublevación.

El artículo 128 del Código Penal establece ciertos pasos previos que ha de seguir la autoridad antes de hacer uso de la fuerza tanto en el caso de la caso de una rebelión o sedición.

Se trata de una serie de reglas de procedimiento, que en verdad no corresponderían a un Código Penal^{402 403}, y que, según veremos, ni siquiera constituyen

⁴⁰⁰ *Ibíd.*, pág. 92 y siguientes.

⁴⁰¹ *Ibíd.*, págs. 68 y 93. También, ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, *op. cit.*, Tomo II, Parte General, pág. 57, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCIA ARAN, MERCEDES, 1998, “Derecho Penal”, *op. cit.*, Tomo I, Parte General, pág. 501.

⁴⁰² BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, *op. cit.*, pág. 404.

⁴⁰³ Los comisionados habrían seguido una antigua costumbre que ya provenía de la Novísima Recopilación, de establecer tales reglas junto a la normativa penal aplicable. CUELLO CALON, EUGENIO, 1955, “Derecho Penal”, *op. cit.*, Tomo II, Parte Especial, pág. 120.

requisito para la aplicabilidad de la eximente y atenuante que dispone la ley para el caso de desistimiento de los sublevados.

Conforme señala el inciso primero de la disposición aludida, “Luego que se manifieste la sublevación, la autoridad intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan y retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello”.

La comisión redactora del Código Penal no quiso limitar la forma en la cual ha de efectuarse la intimación, como tampoco la autoridad a la cual se encuentra entregada dicha tarea, aunque generalmente haya de ser la militar⁴⁰⁴.

El inciso 2° del artículo 128 del Código Penal, señala cual es el efecto de la renuencia de los sublevados: si estos no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza pública para disolverlos.

En este sentido, Etcheberry⁴⁰⁵, Labatut⁴⁰⁶, Soler⁴⁰⁷ han señalado que la práctica efectiva de las intimaciones viene a ser condición indispensable para el empleo legítimo de la fuerza por parte de la autoridad, al paso que su omisión la haría incurrir en el delito de abusos contra particulares que establece el artículo 255 del Código Penal.

El inciso final del artículo 128 del Código Penal establece que la autoridad se encuentra facultada para emplear la fuerza sin necesidad de practicar la primera y segunda intimación desde el momento que los sublevados “ejecuten actos de violencia”.

El legislador estaría refiriéndose tanto a violencia contra las personas como contra las cosas pues, en ambos casos, la Fuerza Pública se encontrará obligada de intervenir de manera de impedir o interrumpir una lesión de los bienes jurídicos involucrados.

⁴⁰⁴ Sesión 27 de 30 de Marzo de 1871. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, 1974, “Código penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora”, op. cit., pág. 303.

⁴⁰⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 124.

⁴⁰⁶ LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 39.

⁴⁰⁷ SOLER, SEBASTIAN, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 92.

Por último, debe señalarse que si como producto de las intimaciones, o aún antes de estas, los sublevados se disuelven o se retiran tienen lugar la aplicación de ciertas atenuantes y eximentes de responsabilidad penal.

F) El desistimiento o “arrepentimiento” de los sublevados.

1.- Generalidades:

El legislador, con el objeto de conseguir hasta el último momento que el peligro para el bien jurídico no se transforme en daño, concede importantes beneficios a los sublevados en el evento que depongan su actitud y se sometan a las autoridades legítimas: la exención de su responsabilidad penal, como regla general, o bien, una atenuación importante de dicha responsabilidad, tratándose de los instigadores, promovedores y sostenedores de la sublevación.

El artículo 129 del Código Penal establece de esta forma que: “Cuando los sublevados se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas sin haber ejecutado actos de violencia, quedarán exentos de toda pena”.

El inciso 2º señala que “Los instigadores, promovedores y sostenedores de la sublevación, en el caso del presente artículo, serán castigados con una pena inferior en uno o dos grados a la que les hubiera correspondido consumado el delito”.

2.- Naturaleza de la institución:

Si bien es cierto que algunos autores⁴⁰⁸ y aún la propia comisión redactora del Código Penal⁴⁰⁹ se refieren con soltura de desistimiento para referirse la institución que analizamos, es necesario realizar ciertas precisiones respecto de este punto.

⁴⁰⁸ Por ejemplo, RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, 1983, “Derecho Penal Español”, Parte General, op. cit., pág. 803.

Claramente es posible observar cierta similitud entre la institución que establece el artículo 129 del Código Penal y el desistimiento, pues ambos suponen una interrupción de la actividad delictiva del agente que determinará la impunidad de los actos ya verificados.

Sin embargo aquí acaba toda semejanza y comienzan las diferencias.

Desde luego, el desistimiento solo puede tener lugar respecto de actos preparatorios, o bien, actos ejecutivos constitutivos de tentativa. En cambio, tratándose de la institución del artículo 129 del Código Penal, esta viene a ser aplicable a un hecho que, en sí mismo, ya se encuentra consumado.

En efecto, tanto la rebelión como la sedición se consuman con el alzamiento el cual ya se ha producido, de manera que nos encontramos frente a un delito perfecto⁴¹⁰.

Existe, sin embargo, una diferencia más profunda entre ambas instituciones. Como señala Soler, la disolución de la sublevación “no se trata propiamente de un acto psíquico semejante al desistimiento individual, sino de una forma colectiva de abandono de la empresa”⁴¹¹.

Es decir, el legislador atiende al comportamiento del tumulto, a la suerte general del alzamiento.

En razón de las diferencias anotadas, puede señalarse que el artículo 129 del Código Penal establece una institución con características propias y fundamentalmente diversa del desistimiento, que en el evento de operar y dentro del ámbito que establece la disposición - y por evidentes razones político criminales - obrará ya como una eximente, ya como una atenuante especial de responsabilidad penal.

⁴⁰⁹ En la ya nombrada sesión 27 de 1871.

⁴¹⁰ En este sentido, no nos debe conducir a error el inciso 2º de la disposición referida, que al momento de referirse las penas aplicables a los instigadores, promovedores y sostenedores de la sublevación señala que ellos “serán castigados con una pena inferior en uno o dos grados a la que les hubiera correspondido *consumado* el delito”.

⁴¹¹ SOLER, SEBASTIAN, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 88.

Conforme a lo anterior es que varios autores, por una razón de puridad terminológica, prefieren hablar más bien de un “arrepentimiento” que de un desistimiento⁴¹².

3.- Requisitos de procedencia.

Para que opere la eximente, o en su caso, la atenuante de responsabilidad penal que establece el artículo 129 del Código Penal han de concurrir los siguientes requisitos:

a) Disolución o sometimiento a la autoridad con carácter colectivo.

El llamado arrepentimiento puede tener lugar tanto mediante la disolución de los sublevados, es decir, en razón de desbaratarse la formación que presentaban, o bien, mediante el sometimiento a la autoridad, que implica que los sublevados se pongan a disposición de las tropas leales al Gobierno constituido.

Sin embargo, tanto en uno como en otro caso se requiere un actuar colectivo, en masa, no bastando, en consecuencia, la disgregación o entrega parcial de los sublevados. Quienes hacen abandono de una sublevación que se mantiene subsistente o se entregan de forma individual y sin resistencia a la Fuerza Pública son igualmente responsables y no se beneficiarán con la exención o atenuante.

Es por lo anterior que se señala que nos encontramos frente a “un fenómeno objetivo y superior a las voluntades individuales, que si no se produce de nada sirven los arrepentimientos aislados”⁴¹³.

b) Que tenga lugar antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas.

⁴¹² LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 39. ETCHEBERRY, ALFREDO, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 124. SOLER, SEBASTIAN, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 88.

⁴¹³ LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 39.

El legislador autoriza a la autoridad para que en el evento que los sublevados no se hayan retirado inmediatamente después de efectuada la segunda intimación pueda hacer uso de la fuerza, produciéndose, en consecuencia, el enfrentamiento que la disposición pretendía evitar.

Se comprende, en consecuencia que la ley reste validez a un arrepentimiento tardío.

El arrepentimiento puede tener lugar como producto de las intimaciones, vale decir, después de la primera o la segunda intimación, y antes que las fuerzas leales hagan uso de la fuerza.

Pero señala la disposición que el arrepentimiento puede tener lugar aún antes que los sublevados sean intimidados por la autoridad para que depongan las armas.

De tal manera que, contrariamente a lo que señala Del Río quien señala que no obra la exención si los sublevados “se disuelven antes que la autoridad llegue al lugar del suceso”⁴¹⁴, el legislador le reconoce plena validez a un arrepentimiento espontáneo de los sublevados.

Se plantea el problema de determinar que ocurre si las autoridades omiten las intimaciones, y proceden inmediatamente a reprimir a los sublevados.

Si los alzados se retiran o someten a las autoridades sin efectuar actos de violencia es perfectamente lógico considerar la aplicación de la eximente o atenuante, tanto porque la dispersión de la sublevación ha tenido lugar antes de efectuada intimación alguna, como porque resultaría absurdo que un comportamiento ilegal por parte de la autoridad - la omisión de las intimaciones – determinara la privación del beneficio que la ley establece para los sublevados que reconsideran su actuar, frustrándose así los fines de la institución se propone⁴¹⁵.

⁴¹⁴ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 53.

⁴¹⁵ En este mismo sentido, ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit, Tomo IV, Parte Especial, pág. 124. Del mismo parecer frente a una disposición muy semejante a la nuestra en la legislación penal transandina, SOLER, SEBASTIAN, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 92. “la circunstancia de que la autoridad omita este trámite – las intimaciones – no importa automáticamente la punibilidad de los

c) Que no se hayan ejecutado por parte de los sublevados actos de violencia.

Como ya hemos señalado anteriormente se trata de la omisión tanto de actos de violencia contra las personas como contra las cosas pues en ambos casos la fuerza pública se vería obligada a reprimir a los rebeldes o sediciosos.

Este requisito es plenamente explicable puesto que la comisión de acciones de violencia por parte de los alzados frustraría los fines que la institución se propone, impedir el enfrentamiento entre los sublevados y las tropas leales al Gobierno legítimamente constituido.

4.- Efectos del arrepentimiento.

Es necesario distinguir el grado de intervención que los sublevados han intervenido en la rebelión o sedición.

La regla general aparece en el inciso primero del artículo 129, si se han cumplido con todos los requisitos que hemos señalado los sublevados “quedarán exentos de toda pena”.

Sin embargo, esta regla sólo es aplicable a los individuos de fila puesto que conforme al inciso 2º de la disposición, aquellos sublevados que han tenido un papel fundamental en la rebelión o en la sedición sólo serán favorecidos con una atenuante de responsabilidad penal.

En efecto, los instigadores, promovedores o sostenedores de la sublevación, “serán castigados con una pena inferior en uno o dos grados a la que les hubiera correspondido consumado el delito”.

alzados, porque la impunidad proviene de *la disolución sin resistencia colectiva*, sea cual sea la razón que la determina”. (la cursiva pertenece al autor).

La Comisión Redactora manifestó en la Sesión 27 de 30 de Marzo de 1871 la causa de esta diversidad del tratamiento aplicable, al señalar que “no se creyó justo ni conveniente extender tal exención – la del inciso primero referida a los meros ejecutores- a los instigadores, promotores y sostenedores de la sublevación, tanto por ser ellos los principales y tal vez los únicos autores del desorden, cuanto por las dificultades de comprobar un sincero desistimiento de su parte, puesto que los hechos prueban sus propósitos y solo al verse abandonados por el pueblo ante la certidumbre de no poder llevarlos a término, es casi seguro que se vean forzados a desistir de ellos”⁴¹⁶.

Es necesario que nos refiramos a los alcances de la eximente.

Es claro que la disposición al señalar que los sublevados han de quedar “exentos de toda pena” no supone la impunidad de aquellos actos criminales que se hayan ejecutado durante el alzamiento o aprovechando las circunstancias fácticas en que este se desarrolla, ya que el propio legislador se encargará más adelante, en el artículo 131 del Código Penal, de excluir tal posibilidad, al señalar expresamente que tales actos serán castigados “no obstante lo dispuesto en el artículo 129”.

Sin embargo, queda por ver cual es la situación de aquellas acciones delictivas que se inscriben en la misma línea ejecutiva del delito de rebelión o sedición, específicamente la situación de los actos preparatorios.

Claramente, por aplicación del principio de absorción, quienes han participado en una conspiración o proposición y luego intervienen en la sublevación que termina en un desistimiento colectivo, no podrán ser sancionados independientemente por estos actos preparatorios.

Pero, cabe preguntarse que ocurre respecto de aquellos sujetos que habiendo participado en la conspiración, no han estado presentes en el alzamiento y, consiguientemente, no han participado en el acto de arrepentimiento en que el perdón se fundamenta.

⁴¹⁶ DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, 1974, “Código penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora”, op. cit., págs. 303 y 304.

De antiguo, un sector importante de la doctrina española sostenía que en tal caso los conspiradores debían de ser castigados “pues sus actos, encerrados dentro del círculo de responsabilidad trazado por la ley, no pueden variar de naturaleza y cambiar su carácter moral, sino mediante otros actos, libremente ejecutados por ellos, que contrarresten o destituyan los anteriores”⁴¹⁷. Sin embargo, los autores españoles más modernos se pronuncian en forma mayoritaria opinión contraria⁴¹⁸.

En efecto, tal interpretación no guarda absolutamente ninguna condescendencia con la naturaleza objetiva del arrepentimiento, que ya hemos tenido la ocasión de analizar y, conforme a la cual, la institución se encuentra determinada por la postura del grupo independiente de la actitud sentimental de algún partícipe⁴¹⁹.

Por otra parte, se señala que si la ley “exime de pena a individuos que hicieron lo más – alzarse – con mayor razón deberán quedar impunes los que hicieron lo menos – conspirar”⁴²⁰. Se trata este último de un importante argumento de justicia material que impone que “no se dé un trato más duro al que ha ejecutado un hecho de menor gravedad”⁴²¹.

Por último, respecto de la atenuante que establece el inciso 2º del artículo 129 del Código Penal, la referencia a los “instigadores, promovedores y sostenedores de la sublevación” que efectúa tal disposición debe entenderse hecha tanto a los promovedores, sostenedores y caudillos principales de la sublevación a que alude el artículo 122 del Código Penal, como a los tocadores de campanas y demás incitadores a que se refiere el artículo 123 de este cuerpo legal⁴²².

⁴¹⁷ GROIZARD, citado en PUIG PEÑA, FEDERICO, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, volumen I, Parte Especial, págs. 121.

⁴¹⁸ Pronunciándose en este sentido, Puig Peña quien además cita la opinión de Pacheco, ibídem. Lo propio hacen Rodríguez Devesa quien a su vez incluye en esta línea a Muñoz Conde, RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, “Derecho Penal Español”, Parte Especial, op. cit., pág. 804. Mantiene la posición anterior, en cambio, GARCIA RIVAS, NICOLAS, 1990, “La Rebelión militar en Derecho penal”, op. cit., pág. 192.

⁴¹⁹ En este sentido, el mismo LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 40. SOLER, SEBASTIAN, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, págs. 89 y 90, PUIG PEÑA, FEDERICO, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, vol. I, Parte Especial, págs. 121 y 122.

⁴²⁰ LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 40. SOLER, SEBASTIAN, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, págs. 89 y 90.

⁴²¹ RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, “Derecho Penal Español”, Parte Especial, op. cit., pág. 804.

H) Atenuante especial del artículo 130.

El artículo 130 del Código Penal establece que “En el caso que la sublevación no llegase a agravarse hasta el punto de embarazar de una manera sensible el ejercicio de la autoridad pública, serán juzgados los sublevados con arreglo a lo que se previene en el inciso final del artículo anterior”.

De esta forma, en el caso que señala la disposición se aplicará la regla que establece el inciso final del artículo 129 del Código Penal, vale decir, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la que les hubiera correspondido consumado el delito.

Se trata de una atenuante especial de responsabilidad aplicable tanto al delito de rebelión como al de sedición común que Labatut⁴²³ y Del Río⁴²⁴ fundamentan en el menor daño social que ocasiona un levantamiento que no produzca una perturbación notable del ejercicio de la autoridad pública.

Respecto del alcance de la expresión “ejercicio de la autoridad pública” debe señalarse que aún cuando el legislador parece emplear las expresiones “autoridad” - artículo 128 del Código Penal- y “autoridad legítima”- artículo 129 del Código Penal - como sinónimas de Poder Ejecutivo, han de entenderse comprendida en ella la actividad de los diferentes poderes públicos, pues, los fines a que tiende la conducta típica tanto en la rebelión como en la sedición pueden dirigirse también contra el Legislativo y a los Tribunales Superiores de Justicia.

La circunstancia que la sublevación llegue o no a entorpecer de modo sensible - es decir, patente, manifiesto - el ejercicio de la autoridad pública constituye una cuestión muy difícil de determinar en la práctica, salvo tratándose del caso que señala el artículo precedente, vale decir, que se haya producido la disolución de la sublevación, situación en que tendrán aplicación la eximente o atenuante que esa misma disposición establece.

⁴²² ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 124.

⁴²³ LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 40.

Es por la razón anterior que aún en el propio seno de la comisión redactora del Código Penal se suscitó cuestión de si realmente la disposición consideraba casos no comprendidos en los artículos precedentes, que hicieran verdaderamente necesaria su inclusión en el Código⁴²⁵.

Quizá hubiese resultado mejor señalar que los sublevados no hubieren alcanzado sus objetivos efímeramente⁴²⁶.

Por último, en cuanto a la extensión de la atenuante, debe dejarse en claro que, contrariamente a lo que sostiene Astrosa⁴²⁷, para quien ésta solo favorece a los instigadores, promovedores y sostenedores, la regla es aplicable “a todos los sublevados, o sea, a los responsables de la rebelión, sedición y figuras accesorias (Arts. 122 y 123), sean individuos de fila o cabecillas”⁴²⁸.

En efecto, la disposición habla de “los sublevados”, sin hacer alusión específicamente a alguna de las categorías que en particular establece el legislador, y si, por una razón de economía legislativa, se remite al inciso final del artículo anterior solo lo hace con el fin de señalar la pena y no sus presupuestos de operatividad.

I) Figura del artículo 133 del Código Penal.

1.- Aspectos generales: (Conceptualización y naturaleza).

El artículo 133 del Código Penal señala: “Los que por astucia o por cualquier otro medio, pero sin alzarse contra el Gobierno, cometieren alguno de los crímenes o simples delitos de que tratan los artículos 121 y 126, serán penados con reclusión o

⁴²⁴ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 53.

⁴²⁵ Sesión 28 de 10 de Abril de 1871 citado en DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, MANUEL, 1974, “Código penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora”, op. cit., pág. 305.

⁴²⁶ En este mismo sentido se pronuncian Vives Antón y Carbonell Mateu para criticar una regla análoga a la nuestra contenida en el artículo 547 del Código Penal Español. VIVES ANTON y OTROS, 1996, “Derecho Penal: Parte Especial”, op. cit., pág. 786.

⁴²⁷ ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit., pág. 175.

⁴²⁸ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 124.

relegación menores en cualesquiera de sus grados, salvo lo dispuesto en el artículo 137 respecto de los delitos que conciernen al ejercicio de los derechos políticos”.

Etcheberry ha propuesto llamar a esta figura del artículo 133 del Código Penal “alteración constitucional”⁴²⁹, denominación que tiene el inconveniente de ser demasiado amplia, pues igualmente podría serle atribuida a cualquiera de las figuras contra la Seguridad Interior del Estado, que suponen en mayor o menor grado una alteración de este tipo.

La Doctrina en España⁴³⁰ había denominado como rebelión impropia a una figura presente en el anterior Código Penal de este país, hoy derogada, que gozaba de similares características a la que analizamos⁴³¹. La denominación provenía del hecho de que tal delito presentaba análogos fines que el delito de rebelión.

En nuestro caso convendría, más bien, hablar de sublevación impropia pues la figura que analizamos puede perseguir tanto los fines del artículo 121 del Código Penal referidos al delito de rebelión, como los que el artículo 126 del mismo cuerpo legal atribuye a la sedición común.

Tal como su denominación puede resultar discutida, la deplorable redacción del artículo 133 del Código Penal dificulta la determinación del auténtico sentido y alcance de esta figura.

En primer término, comienza la disposición señalando que la figura consiste en cometer los delitos de rebelión y sedición, pero “sin alzarse contra el Gobierno”, siendo que estos delitos, como ya sabemos, suponen precisamente dicho alzamiento.

Etcheberry, explica esta parte de la disposición señalando que “la única respuesta que torna inteligible este artículo parece ser que en verdad él ha querido

⁴²⁹ *Ibíd*, Tomo IV, Parte Especial, pág. 122.

⁴³⁰ Así, por ejemplo, BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 401. GARCIA RIVAS, NICOLAS, 1990, “La Rebelión militar en Derecho penal”, op. cit., pág. 198. Este último autor se refiere a la denominación que emplea la doctrina de su país pero que él mismo no comparte.

⁴³¹ El inciso 1º del artículo 217 del anterior Código Penal español de 1944 señalaba: “Serán castigados como rebeldes, con la pena de prisión mayor: 1º Los que, sin alzarse públicamente, cometieren por astucia o por cualquier otro medio contrario a las leyes, alguno de los delitos contemplados en el artículo 214”. Artículo este último que consagraba el delito de rebelión.

referirse a la realización efectiva de aquellos hechos que los sublevados tienen en mira en los artículos 121 y 126⁴³².

Tal interpretación constituía también, como señala García Rivas⁴³³, la doctrina mayoritaria en España, respecto de la figura ya comentaba.

Postura distinta es la que sostenía el propio García Rivas, autor que afirmaba que la figura no exigía la consumación efectiva de los fines, “sino nada más (y nada menos) que la realización de actos ejecutivos “tendientes” a ello, sin que el “agotamiento” del delito (esto es, la satisfacción del objetivo criminal) coincida en este caso...con la consumación”⁴³⁴.

El autor explica su postura entre otras razones, fundamentándola en “la imposibilidad de castigar al delincuente victorioso que crea un nuevo marco jurídico constitucional”⁴³⁵, que es, como sabemos la razón por la cual la ley estructura la generalidad de los tipos penales atentatorios contra la Seguridad Interior del Estado como figuras de peligro.

Nosotros seguimos, en cambio, la posición sustentada por Etcheberry que junto con apoyarse en la propia redacción del artículo 133 del Código Penal, resulta de vincular dicha disposición con el artículo 124 del mismo cuerpo legal, en el cual el legislador, refiriéndose al delito de seducción de tropas, aparece utilizando el término “crímenes” para referirse a los fines enumerados en el artículo 121 del Código del Ramo.

Por último, es necesario señalar que el artículo 133 del Código Penal contiene otro error de redacción tanto o más significativo que el recién señalado.

La disposición señala que el delito ha de cometerse “por astucia o *por cualquier otro medio*”, expresión que interpretada literalmente haría parecer punible

⁴³² Ibid., pág. 122.

⁴³³ GARCÍA RIVAS, NICOLAS, 1990, “La Rebelión militar en Derecho penal”, op. cit., especialmente pág. 193 y 194. El autor cita la opinión de Rodríguez Devesa y Arroyo Zapatero.

⁴³⁴ Ibid., pág. 200.

⁴³⁵ Ibidem.

“el que lograra cambiar la Constitución mediante una reforma constitucional ordinaria”⁴³⁶.

En consecuencia, ha de entenderse necesariamente que por “cualquier otro medio” esta exigiendo que la comisión se efectúe a través de un medio ilegítimo⁴³⁷. Otra interpretación estaría en abierta contradicción con el reconocimiento constitucional de una serie de derechos fundamentales.

2.- Tipicidad objetiva:

a) Sujeto activo.

Córdoba Roda en cuanto cree que la astucia constituye “una cualidad individual que puede ser predicada sólo de personas y no de grupos”⁴³⁸, ha señalado que este delito puede ser cometido por una sola persona.

En realidad, la comisión individual en este delito debe ser descartada, en cuanto no podría, como señala García Rivas, implicar la “peligrosidad para la subsistencia del régimen democrático vigente”⁴³⁹.

Consecuencia de lo anterior, y en concordancia con la redacción del artículo, que utiliza las expresiones “los que” de la misma forma que en el caso de los artículos 121 y 126 del Código, este delito supone para su perpetración, como en el caso de la rebelión y la sedición, pluralidad de autores concertados para la ejecución de los fines.

No se exige para la comisión de este delito calidad especial de los sujetos activos, sin perjuicio de que si tenga relevancia para que opere la militarización de esta figura.

⁴³⁶ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, Tomo IV, Parte Especial, pág. 122.

⁴³⁷ Como si lo precisaba, en cambio, el Código Penal Español de 1944, en la figura comentada.

⁴³⁸ CÓRDOBA RODA, 1978, “Comentarios al Código Penal”, citado en GARCÍA RIVAS, NICOLAS, 1990, “La Rebelión militar en Derecho penal”, op. cit., pág. 203.

⁴³⁹ Ibid., págs. 203 y 204.

En efecto, en el evento que los autores tengan la calidad de militares tendrá aplicación la agravación de las penas que establece el artículo 265 del Código de Justicia Militar, la cual esta referida a todas los delitos contemplados en el Título II, Libro II del Código Penal.

Por el contrario, no operan, tratándose de la figura que analizamos, los casos de militarización respecto de civiles que prevé el código castrense, en cuanto son incompatibles con los modos de comisión de este delito.

b) Conducta típica.

La conducta típica esta determinada por el empleo de “astucia o cualquier otro medio (ilegítimo)”.

Según Del Río, astucia significa “sagacidad, maña, destreza, ardid, treta o amaño puestos en la realización del delito”⁴⁴⁰.

En análogo sentido se expresa Antón Oneca, como “la cualidad psicológica del que se vale con éxito de engaños”⁴⁴¹. La idea de astucia debe ser asociada con al idea de engaño, presente, en varios delitos y, especialmente, en la estafa.

En cuanto a la expresión “o por cualquier otro medio” de que se vale el artículo 133 del Código Penal, como ya señalábamos, necesariamente debe entenderse que se encuentra referida a la realización de cualquier medio ilegítimo, pues una conclusión diferente, como señala Etcheberry, “parecería punible el que lograra cambiar la Constitución mediante reforma constitucional ordinaria”⁴⁴².

Precisando aún más el sentido de la expresión, la Jurisprudencia - en un fallo bastante antiguo, por cierto - ha restringido su alcance a la utilización de medios fraudulentos, al señalar que ha de descartarse la figura del artículo 133 del Código Penal “si no está probado que el reo... empleará astucia *u otros artificios engañosos*

⁴⁴⁰ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 54 y 55.

⁴⁴¹ GARCIA RIVAS, NICOLAS, 1990, “La Rebelión militar en Derecho penal”, op. cit., pág. 203.

que pudieran comprometer en forma efectiva o real el orden público, el régimen constitucional del país o las atribuciones propias de las autoridades y funcionarios nacionales”⁴⁴³.

Si bien el artículo 133 del Código Penal señala que a través de la conducta que la disposición señala pueden cometerse alguno de los crímenes o simples delitos de que tratan los artículos 121 y 126, es indudable que no todos los fines establecidos respecto de la rebelión o sedición son compatibles con la conducta típica de esta figura.

Así como señala Labatut “Es posible imaginar que, valiéndose de la astucia, sea posible impedir, o al menos retardar, la promulgación o la ejecución misma de la ley; pero no que se desencadene la guerra civil”⁴⁴⁴.

3.- Penalidad.

Según el artículo 133 de Código Penal la sanción aplicable para el delito que prescribe tal disposición será la de reclusión o relegación menores en cualquiera de sus grados.

⁴⁴² ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 122.

⁴⁴³ Fallo de la Corte Suprema, año 1923, “Contra Córdoba, José Segundo”, GT 1923, 2, 57-345. ETCHEBERRY, ALFREDO, 1976, “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, Tomo VI, pág. 12.

⁴⁴⁴ LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 41.

Debe ser criticada esta disposición en cuanto se sanciona con menor pena, en comparación con el delito de rebelión, una afección concreta y no una sola puesto en peligro de la Seguridad Interior del Estado.

Esta situación sólo podría explicarse por la mayor reprochabilidad que supone el empleo de la violencia, como en el caso de la rebelión, para la obtención de un fin político.

J) Figuras de Cooperación con el alzamiento.

1.- Aspectos generales:

Los figuras penales de artículos del 134, 135 y 136 Código Penal describen conductas que vinculadas en general a la función pública tienen lugar con ocasión de una sublevación.

Por tal razón, consideraba Del Río, que “más que atentados contra la seguridad interior del Estado, constituyen delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”⁴⁴⁵, situación claramente apreciable al menos en el caso de las figuras de los dos primeros artículos señalados, los cuales, contruidos fundamentalmente como figuras de omisión propia, presuponen un especial vínculo de fidelidad entre el funcionario público y el poder legítimamente constituido.

La figura que establece el artículo 134 del Código Penal se encuentra referida a ciertos funcionarios públicos que en razón de la función que se encuentran llamados a desempeñar les corresponde un papel activo en el rechazo de la rebelión o sedición.

El artículo siguiente plantea, por su parte, dos hipótesis aplicables a todo tipo de funcionarios públicos: continuar desempeñando funciones bajo las órdenes de los sublevados o abandonar el cargo cuando haya peligro de alzamiento.

Por su parte, en el caso del artículo 136 del Código Penal, se establece un especial caso de usurpación de funciones públicas: la aceptación de cargos o empleos

de los sublevados, hipótesis que ha diferencia de la señalada en los artículos anteriores puede ser realizada tanto por un empleado público como un simple particular.

A pesar que todos estos artículos la descripción típica comienza con la expresión “los que” la cual bien pudiese dar la idea de pluralidad de sujetos activos, estos delitos podrían razonablemente ser perpetradas por sujeto activo singular.

Esto último es aún más evidente si tomamos en cuenta, por un lado que los dos primeros delitos se encuentran básicamente construidas como figuras de omisión propia, que suponen siempre la imposición de un deber de naturaleza estrictamente personal, como porque en las diferentes figuras no se divisa por ningún lado como elemento de la descripción típica la concreción de un objetivo determinado al que hayan de tender las conductas de diversos partícipes, como si ocurre en las demás figuras del Título II del Libro II del Código Penal que claramente incluyen este componente.

2.- Figura del artículo 134 del Código Penal.

a) Conceptualización y naturaleza:

⁴⁴⁵ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 55.

El artículo 134 del Código Penal señala: “Los empleados públicos que debiendo resistir la sublevación por razón de su oficio, no lo hubieren hecho por todos los medios que estuvieren a sus alcances...”.

La disposición está estableciendo un delito de omisión simple o propia, en que la norma de mandato infringida se encuentra constituida por la no resistencia a la sublevación y ella encontraría como destinatario a quienes, en razón del cargo o la función pública que desempeñan, se encuentran especialmente llamados a repeler o rechazar un alzamiento rebelde o sedicioso, es decir, los funcionarios encargados de velar por el mantenimiento del orden⁴⁴⁶.

Sin embargo, la falta de precisión en cuanto a la determinación del sujeto activo en la figura analizada es notoria. El legislador debió ser mucho más específico al referirse a este elemento de la descripción típica, señalando que tipo de funcionarios en particular se encuentran dentro de la hipótesis legal, y no conformarse con efectuar una referencia a un sector impreciso de los componentes del aparato estatal, lo que indudablemente resiente el principio de legalidad⁴⁴⁷.

El delito presupone, desde luego, que no exista concierto entre los funcionarios públicos con los sublevados pues, en tal caso el delito quedaría consumido por el de rebelión o sedición⁴⁴⁸.

El artículo 269 del Código de Justicia Militar consagra una figura que presenta ciertas similitudes con la analizada imponiendo también el deber de resistencia a la sublevación.

Sin embargo, en el delito que establece el código castrense el legislador fue mucho más cuidadoso en efectuar la descripción típica, señalando con una mayor

⁴⁴⁶ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 126 y 127.

⁴⁴⁷ Sobre este punto: BLANCO HERRERA, RICARDO, 1985, “Los delitos de omisión”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 156 y 157, quien al estudiar la estructura típica de la figura que comentamos, señala que la falta de una “descripción exhaustiva” por parte del legislador determina que nos encontremos “frente a una figura que adquiere ribetes o relieve de un tipo penal abierto”.

⁴⁴⁸ LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 42. ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 127. Este último autor agrega que “si se presta otra clase de cooperación podría existir complicidad”. En el mismo sentido, los autores españoles

precisión tanto el sujeto activo - militar que tenga la calidad de jefe en razón de mando - como el ámbito dentro del cual ha de cumplir con el deber de resistencia a la sublevación – las fuerzas de su mando, lo que traerá como que tal figura tenga aplicación preferente por sobre la del artículo 134 del Código Penal

b) Tipicidad:

i) Sujeto activo.

Como ya hemos señalado el sujeto activo se encuentra constituido por los funcionarios encargados de velar por el mantenimiento del orden.

En efecto, solo ellos cuentan con “medios a su alcance”, vale decir, se encuentran investidos por la ley de facultades necesarias para hacer frente a una sublevación en marcha.

Puesto que la redacción del artículo no distingue, la disposición es aplicable tanto a aquellos funcionarios que realicen una labor directiva, esto es, “autoridades”, (intendentes, gobernadores), como a aquellos funcionarios de carácter meramente subalterno (v. gr. agentes de policía), siempre que en uno u otro caso la represión del alzamiento rebelde o sedicioso se encuentre dentro del ámbito de su función.

ii) Conducta típica.

- La no resistencia a la sublevación:

comentando el artículo 228 del Código Penal Español de 1944, disposición análoga a la analizada, RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, 1983, “Derecho Penal Español”, Parte General, op. cit., pág. 806.

En toda figura omisiva la conducta típica se encuentra constituida por “la abstención en cierto obrar”⁴⁴⁹. En el caso que nos ocupa, ese cierto obrar está determinado por la realización de aquellos actos destinados a repeler o rechazar cualquier alzamiento rebelde o sedicioso.

En razón de que el término resistir - que etimológicamente significa “volver a situarse” - está denotando una acción de oposición frente a la acción de otro⁴⁵⁰, la hipótesis del artículo 134 del Código Penal estaría refiriéndose al rechazo de una sublevación ya producida y, en consecuencia, no incluiría la omisión de las acciones encaminadas a reprimir actos preparatorios del delito, que quedarían, fuera del ámbito de la disposición

- Por todos los medios que estuvieren a sus alcances.

Los medios estarían constituidos por las atribuciones que el ordenamiento jurídico le confiere al funcionario para hacer frente a la rebelión o sedición.

Puede, en consecuencia, tratarse bien de actos jurídicos, como una orden dada por la autoridad encargada de la Fuerza Pública, o bien acciones de carácter material, básicamente, la actuación de los cuerpos armados.

La disposición al referirse a “*todos* los medios que estuviesen a su alcance” pone especial acento en la idoneidad de la actividad del funcionario, de manera que una mera apariencia de resistencia⁴⁵¹ o una resistencia con tal débil actitud y sin emplear los medios adecuados que determinarían la prolongación indebida de la sublevación⁴⁵², podrían constituir hipótesis punibles respecto del delito que analizamos.

⁴⁴⁹ NOVOA MONREAL, EDUARDO, 1984, “Fundamentos de los delitos de omisión”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, pág. 46.

⁴⁵⁰ A tal sentido apuntan sus diferentes acepciones, v. gr. “oponerse un cuerpo o una fuerza a la acción o violencia de otra”; “repugnar, contrariar, rechazar, contradecir”, o bien, “oponerse con fuerza alguien a lo que se expresa”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1782, 1º, 3º, 6º acepción.

⁴⁵¹ Ejemplo que nos da CUELLO CALON, EUGENIO, 1955, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, Parte Especial.

⁴⁵² PUIG PEÑA, FEDERICO, 1959, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, vol. I, Parte Especial, pág. 123.

En todo caso, suficiencia de los medios para hacer frente a la sublevación constituye una cuestión de suyo relativa, que deberá apreciarse *en concreto*, y en que deberán ser tomadas en otras circunstancias “las posibilidades de que disponía el funcionario y el error en que pudo incurrir sobre sus propias fuerzas y la de los aliados”⁴⁵³.

c) Penalidad:

Los que incurrieran en este delito serán castigados - conforme señala la disposición analizada - con inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados.

La sanción de inhabilitación es de toda lógica, según Soler⁴⁵⁴ por constituir la figura la infracción de un deber positivo.

3.- Figura del artículo 135 del Código Penal.

a) Conceptualización y naturaleza:

⁴⁵³ LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 42. En idéntico sentido, DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 55 y SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 96.

⁴⁵⁴ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit., Tomo V, pág. 96.

El artículo 135 del Código Penal se refiere: “Los empleados que continuaren funcionando bajo las órdenes de los sublevados o que sin haberles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonaren cuando haya peligro de alzamiento,...”.

Esta disposición, como la recién analizada, se encuentra referida a funcionarios públicos. Sin embargo, en este caso, la referencia es de carácter genérico, de manera que, en principio, sería indiferente la función específica que desempeñen.

Se trata de una figura mixta acumulativa, en una terminología asumida por Etcheberry⁴⁵⁵, en cuanto, supone diversas modalidades posibles de ejecución netamente diferenciadas entre sí; independientes y no permutables, y que a veces son incluso incompatibles, situación, está última, que se da en nuestro caso, pues el legislador presupone diferentes momentos en que las conductas han de tener lugar.

Antes que alzamiento se produzca o, más bien, existiendo peligro de éste, no podrá el funcionario público abandonar el cargo sin previa admisión de renuncia. En cambio, cuando el alzamiento ya se ha producido, no puede continuar desempeñándose obedeciendo a los sublevados.

Con justa razón se ha señalado que en este tipo de figuras se sancionan “*meros comportamientos* objetivos de colaboración – en los cuales – resulta sumamente mediata la relación con la rebelión o sedición”⁴⁵⁶.

En efecto, este tipo de conductas a lo más ameritarían alguna sanción de carácter administrativa, ante la muy remota posibilidad que constituyan por sí mismas un peligro para la Seguridad Interior del Estado.

c) Tipicidad:

i) Sujeto activo:

⁴⁵⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo I, Parte General, pág. 224.

⁴⁵⁶ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 405. En este mismo sentido se pronunciaba DE QUEROL Y DE DURAN, FERNANDO, 1945, “Principios de Derecho Militar Español” con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de Julio de 1945”, op. cit., pág. 383, cuando señala el autor al analizar una norma análoga en tal cuerpo legal que en tal figura delictiva “falta la nota típica material del alzamiento en armas e incluso el elemento subjetivo de compenetración ideológica con los rebeldes”

Como en el caso de la figura del artículo anterior, a pesar de la forma en que se haya redactada la descripción legal no se exigiría un sujeto activo plural sino que basta uno singular.

Además, se exige como en el delito recién analizado que el autor sea un empleado público, pero a diferencia del 134 del Código Penal no debe tener ninguna vinculación especial con la sublevación en razón de su oficio, pues, si así fuese, pudiese quedar comprendido dentro de la hipótesis que señala tal artículo, que exige un especial deber de resistencia a la sublevación.

Es plenamente aplicable a esta disposición la definición de empleado público que establece el artículo 260 del Código Penal, que “pese a la restricción que ella misma se impone, es valedera para todos los casos en que la ley penal se refiere a empleados o funcionarios públicos como sujetos activos del delito”⁴⁵⁷.

ii) Conducta típica.

Conviene que veamos independientemente las dos hipótesis que establece el artículo pues tienen distintos “entornos típicos” recíprocamente excluyentes.

- Continuar funcionando bajo los ordenes de los sublevados.

Supone esta hipótesis, como ya hemos señalado, que el alzamiento ya ha tenido lugar y que los sublevados han tomado el control de ciertos órganos del aparato estatal.

“Continuar funcionando” implica una conducta de carácter omisiva.

En efecto, si bien es cierto que el continuar constituye una actividad, la idea de proseguir lo ya empezado, “lo que importa establecer en estos casos no es la existencia o ausencia de una acción u omisión en sí misma, sino la existencia o ausencia de una acción u omisión típica, esto es, de un acción u omisión con todos sus

condicionamientos objetivos y subjetivos (dolosa o culposa) que conforman dicho ámbito situacional típico”⁴⁵⁸.

Tras la conducta que describe el artículo 135 del Código Penal aparece una norma de mandato que impone a los funcionarios públicos abandonar su cargo desde el momento que los sublevados asumen la dirección de las estructuras gubernativas.

En efecto, si ponemos atención a la redacción de la disposición, la ley no impone a los empleados públicos la obligación de cesar sus funciones una vez que se produce el alzamiento, momento en que igualmente podrían las autoridades legítimas mantener el control de las estructuras de poder, sino que establece que estos han de abstenerse de seguir en ellas “bajo las órdenes de los sublevados”.

Por último, es necesario señalar que la hipótesis analizada guarda cierta similitud con la prolongación indebida de funciones públicas que establece el artículo 217 del Código Penal, en donde el verbo rector es prácticamente el mismo: “continuar desempeñando”.

La diferencia entre una y otra figura proviene del hecho que, en el caso del artículo 217 del Código Penal, el deber de abandonar el cargo emana de “las leyes, reglamentos o disposiciones especiales de su ramo respectivo” que señalarán las circunstancias fácticas en que este tendrá lugar. En el delito que analizamos, en cambio, la propia figura se encarga de precisar tal circunstancia.

- Abandonar el cargo cuando haya peligro de alzamiento, sin haberles admitido la renuncia de su empleo.

El ámbito situacional descrito en esta hipótesis legal supone que el alzamiento sea inminente. En tal caso se impide al funcionario público que desampare su cargo.

⁴⁵⁷ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 207.

Es precisamente el riesgo de alzamiento lo que caracteriza esta figura diferenciándola de otras similares como el abandono de destino que establece el artículo 254 del Código Penal.

En términos generales, el abandonar puede significar tanto una acción como una omisión. Novoa Monreal⁴⁵⁹ reparando en ello señala que tales figuras incluyen “una descripción de doble sentido”.

En efecto, puede existir tanto un abandono de carácter activo, respecto de quien deja su cargo ante un alzamiento que amenaza con producirse, como también un abandono de carácter pasivo, respecto de quien, por ejemplo, ante esa misma amenaza no acude a prestar labores.

La ley establece expresamente como presupuesto para que tenga lugar la hipótesis descrita que al funcionario no se le halla admitido la renuncia de su empleo.

Sin embargo, tal referencia en realidad es innecesaria, por cuánto si la renuncia ya ha sido aceptada, el sujeto habrá puesto fin a su función y en consecuencia ya no podía ser sujeto activo de esta figura.

c) Penalidad:

Los que incurrieran en este delito “serán castigados - conforme lo señala al artículo 135 de código penal - con inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en sus grados medio a máximo”.

4.- Figura del artículo 136 del Código Penal.

a) Conceptualización y naturaleza.

⁴⁵⁸ BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, “Lecciones de Derecho Penal”, op. cit., vol. II, pág. 201..

⁴⁵⁹ NOVOA MONREAL, EDUARDO, 1984, “Fundamentos de los delitos de omisión”, op. cit., pág. 48. Tal situación tiene lugar también en las figuras descritas en los artículos 254, 346, 349, 352 del Código Penal.

El artículo 136 del Código Penal señala: “Los que aceptaren cargos o empleos de los sublevados, serán castigados...”

Se estaría estableciendo en esta disposición una especial forma de usurpación de funciones públicas⁴⁶⁰.

Del Río⁴⁶¹ entiende que por tal razón correspondería establecer una sanción más severa.

En realidad, tal solicitud es injustificada atendiendo la inocuidad de las conductas de cara a la Seguridad Interior del Estado⁴⁶².

b) Tipicidad:

i) Sujeto activo.

Admite esta figura sujeto activo singular.

No se requiere calidad especial del autor pudiendo tratarse de funcionario o particular que se encuentre en esta situación típica.

ii) Conducta típica.

La figura requiere que frente al ofrecimiento por parte de los rebeldes o sediciosos sea efectivamente acogida por el sujeto, es decir, se requiere la mera aceptación de parte del particular sin que sea necesario que comience en desempeñar el cargo.

Tampoco señala la disposición la naturaleza del empleo admitido, aunque como hace ver la doctrina, la aceptación de determinado tipo de cargos como los de

⁴⁶⁰ LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo II, pág. 42. DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 55.

⁴⁶¹ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 55.

⁴⁶²BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 405.

carácter directivo⁴⁶³ o los que se refieren el mantenimiento del orden público⁴⁶⁴ podrían eventualmente determinar que el delito sea desplazado por el de rebelión o sedición.

Vives Antón⁴⁶⁵ entiende que el cargo debe, en todo caso, guardar alguna relación con la actividad rebelde que implique, “sino una participación al menos un apoyo a la rebelión”. Lo anterior es más evidente, “si tenemos en cuenta que una rebelión puede prolongarse en el tiempo”, que determinaría percibir una consolidación al menos aparente de las estructuras institucionales desarrolladas por los sublevados.

c) Penalidad:

Los que incurrieran en este delito “serán castigados - conforme lo señala el propio artículo 136 de Código Penal - con inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en si grado mínimo y multa de 11 a 20 sueldos vitales”.

IV.- Delitos contra la Seguridad Interior del Estado en el Código de Justicia Militar.

⁴⁶³ RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, 1983, “Derecho Penal Español”, Parte General, op. cit., pág. 807.

⁴⁶⁴ PUIG PEÑA, FEDERICO, 1959, “Derecho Penal”, Tomo III, vol. I, Parte Especial, pág. 124.

⁴⁶⁵ VIVES ANTON, 1996, “Derecho Penal: Parte Especial”, op. cit., pág. 746.

A) Plan de exposición de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado en el Código de Justicia Militar. Sublevación militar.

En el capítulo anterior, al analizar las diferentes figuras contra la Seguridad Interior del Estado contenidas en el título II del libro II del Código Penal señalamos que si bien, la calidad del sujeto activo no debía ser considerado para la tipificación de las figuras, en aplicación de las disposiciones del Código de Justicia Militar tal calidad sí tenía importancia para efectos de la agravación de la pena.

En efecto, si los sujetos activos de los delitos analizados, como ya adelantábamos, en términos generales, tienen la calidad de militares, o bien, siendo civiles se encuentren mandados por militares o militarmente organizados estamos en presencia del delito de rebelión o sublevación militar.

Se produce de esta forma, la llamada militarización de las figuras de los artículos 126 y siguientes del Código Penal.

En gran parte de los delitos del Código de Justicia Militar, el legislador no describe la conducta penada de manera directa sino que “se remite, por razones de economía legislativa, a un determinado tipo del Código Penal, y transforma ese tipo penal común en un delito militar, señalándole una mayor pena”⁴⁶⁶.

Sin embargo, la militarización no solo traerá consecuencias desde el punto de vista de la agravación de la penalidad, sino que traerá también consecuencias desde el punto de vista penal adjetivo, pues conforme a la amplísima competencia atribuida a los tribunales militares chilenos⁴⁶⁷ el delito será juzgado por un tribunal militar, según dispone el artículo 5 N°1 del código castrense.

⁴⁶⁶ ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit., pág. 57.

⁴⁶⁷ MERA FIGUEROA, JORGE, 2000, “La Justicia Militar en Chile”, Santiago de Chile, FLACSO-Chile, pág. 12. El autor nos señala las consecuencias inaceptables de un fuero militar tan amplio como el chileno: los tribunales militares juzgan a militares y carabineros que cometen delitos comunes en acto del servicio militar o en recinto militares o policiales – incluso en contra de civiles - ; a civiles por delitos en contra de militares o carabineros, de la institución castrense o de sus intereses; y a civiles por delitos de carácter políticos o en contra de orden público.

Respecto de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado, la militarización aparece en el Título IV del Libro III del Código de Justicia Militar, concretamente, la efectúa el artículo 265 que inicia el título mencionado.

Señala dicho artículo: “Serán procesados por delito de rebelión o sublevación militar, los militares que incurrieren en cualquiera de los delitos contemplados en el Título II, Libro II del Código Penal, y los no militares en los casos siguientes: que estén mandados por militares; que formen parte de un movimiento iniciado, sostenido o auxiliado por fuerzas de Ejército; que formen partida militarmente organizada y compuesta de diez o más individuos; o que, formando partida en menor número de diez, exista en otro punto de la República otra partida o fuerzas que se propongan el mismo fin”.

La variedad de hipótesis que se consagran en esta disposición - y aún más con la ampliación del concepto de militar, que prescribe el artículo siguiente – nos permiten afirmar que los delitos de rebelión y sedición común quedarán generalmente absorbidos por esta hipótesis de rebelión o sublevación militar.

La anterior en cuanto al alzamiento, conducta que con sus respectivos matices se presenta en las dos variantes de sublevación común, ha de precisar – como ya señalábamos - para la consecución de los fines que han de tener en mira los alzados, de una adecuada organización, de manera que deberá contarse con una estructura muy semejante sino idéntica a la utilizada en los ejércitos.

Por otra parte, es difícil suponer en la actualidad, con el grado de organización de los ejércitos y el empleo por ellos de sofisticado armamento, que una sublevación que no cuente con el apoyo de al menos una facción de alguno de los cuerpos armados pueda cumplir con el requisito de idoneidad necesaria para constituir un peligro para la Seguridad Interior del Estado.

Junto al señalado artículo 265 del Código de Justicia Militar, su Título IV Libro III comprende otros siete artículos referidos, en términos generales, a establecer diversos supuestos de agravación de responsabilidad y ciertas pequeñas variaciones a las reglas del Código Penal. Así el único artículo que podemos decir, establece un

delito que goza de autonomía textual frente a las disposiciones de la ley penal común no constituye sino una variante del delito establecido en el artículo 134 del Código Penal.

Efectuada una breve exposición de la regulación que el código castrense hace de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado conviene que pasemos a analizar las causas de militarización de los delitos del Título II, Libro II del Código Penal

B) Causas de militarización de los delitos de rebelión o sedición común.

Conforme al artículo 265 del Código de Justicia Militar las siguientes son las diferentes alternativas de militarización de los delitos de Título II del Libro II del Código Penal:

1.- Que los sujetos activos tengan la calidad de militares.

El artículo 265 del Código de Justicia Militar señala en su primera parte “serán procesados por delito de rebelión o sublevación militar, *los militares* que incurrieren en cualquiera de los delitos contemplados en el Título II, Libro II del Código Penal,…”

El artículo 6 del Código Justicia Militar establece quienes han de ser considerados militares, regla de general aplicación dentro del código castrense, y que debe ser complementada con al artículo 377 de dicho cuerpo legal, que otorga tal calidad a los oficiales extranjeros cuando reúnen ciertas características que la disposición señala.

Ambas reglas van a ser ampliadas, sólo para los efectos de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado por el artículo 266 de ese cuerpo legal, como veremos en su oportunidad.

Analicemos las distintas hipótesis en forma separada.

a) Hipótesis generales del artículo 6 y 377 del Código Justicia Militar.

i) Los militares de planta:

El artículo 6 del Código Justicia Militar establece en su primera parte: “Para los efectos de este Código, se considerarán militares los que se encuentren comprendidos en las leyes de planta o dotación del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Carabineros; los alumnos que efectúan los dos últimos años de estudios en las Escuelas Matrices para Oficiales de la Fuerzas Armadas, y los aspirantes a Oficiales que integran los cursos de la Escuela de Carabineros;...”

Esta categoría se denomina comúnmente militares de planta.

El DL N°3.425 de 14 de Junio de 1980 incluyó como militares de planta a los alumnos de los dos últimos años de las Escuelas Institucionales y los aspirantes a Oficiales de la Escuela de Carabineros.

Respecto de los empleados civiles del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, si bien también integran el personal de planta de las instituciones nombradas, el legislador reconoce que ellos se encuentran en una situación especial, regulándolos como una categoría aparte en el artículo 7 del Código de Justicia Militar.

La razón es que sólo en el restante personal encontramos “el elemento genuinamente militar y básico, vale decir el personal de armas, o sea, aquel que está constituido por individuos que se adiestran en el arte de la guerra y en el manejo de implementos bélicos y que en el caso de conflicto adquieren la calidad de combatientes”⁴⁶⁸, y es así como, los empleados civiles, carecen de grado, uniforme y obligaciones militares de manera que las disposiciones penales del código castrense le son en su gran mayoría inaplicables.

Los militares de planta adquieren tal calidad desde celebración de un contrato entre la institución respectiva y el postulante, si pertenecen a la categoría de tropa, o bien desde la recepción de sus despachos si son oficiales.

⁴⁶⁸ ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit., pág. 44.

Por su parte, “mantienen dicha calidad mientras estén en actividad: la licencia, suspensión, disponibilidad o llamado a calificar servicios no hace perder a los militares la calidad de tales. En cambio, la separación, pérdida del estado militar, destitución, expulsión, retiro temporal o absoluto hacen perder esa calidad”⁴⁶⁹.

El artículo 7 del Código de Justicia Militar señala que “Los cadetes, grumetes, aprendices y alumnos regulares de las Escuelas Institucionales y los empleados civiles de las Fuerzas Armadas y de Carabineros de Chile que se encuentren en los casos considerados en el número 3° del artículo 5°, quedarán comprendidos en la jurisdicción militar”.

De esta forma, y relacionando con la disposición aludida, los empleados civiles, al igual que los cadetes, grumetes, aprendices y alumnos regulares de las Escuelas Institucionales, siempre que estos últimos no tuvieran la condición de militares conforme al artículo 6 del código castrense, se encuentran, en cuanto a la ley penal sustancial militar, en la misma situación que cualquier civil, siéndoles, en cambio, aplicable la ley penal procesal militar, sólo en los casos establecidos en el número 3° del artículo 5, es decir, tratándose sólo de los delitos comunes que cometan en estado de guerra o en campaña, en actos de servicio, con ocasión de él o en recinto militar.

De manera que respecto de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado la agravación de la penalidad que establecen los artículos 265 y siguientes del Código de Justicia Militar, no podría serles aplicable a las categorías que señala el artículo 7 del código castrense, en cuanto no tendrían la calidad de militares. Sin embargo, si podría tener lugar la agravación respecto de ellos, en el evento que se encontrasen en alguna de las hipótesis de militarización aplicable a civiles que veremos más adelante.

ii) Los Oficiales de reclutamiento:

⁴⁶⁹ ASTROSA HERRERA, RENATO, 1985, “Código de Justicia Militar comentado”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3° Edición, pág. 33.

El artículo 6 del código castrense señala: “Para los efectos de este Código, se considerarán militares...los oficiales de reclutamiento;...”.

Se trata de los empleados subalternos de la Dirección General de Movilización Nacional para el cumplimiento de las funciones que el DL 2.306 del año 1978 ordena a dicha Institución.

Según Astrosa, los oficiales de reclutamiento “son militares por ficción legal”⁴⁷⁰ sólo para los efectos del Código de Justicia Militar, pues, en lo administrativo, están sujetos a las mismas reglas que los empleados civiles de las instituciones armadas.

iii) Los conscriptos.

El artículo 6 del Código Justicia Militar señala que “Para los efectos de este Código, se considerarán militares...los conscriptos;...”.

Los conscriptos son las personas que de acuerdo con la ley de reclutamiento han sido convocadas a reconocer cuartel por decreto supremo para cumplir su obligación legal de hacer el servicio militar en la forma señalada en los artículos 31 y siguientes del DL 2.306 del año 1978.

Su carácter de conscripto, que consecuentemente determinará su calidad militar, se adquiere por “el ingreso a filas” de los llamados en el decreto convocatorio y durará mientras permanezcan en servicio activo.

iv) Los miembros de las Fuerzas Armadas desde que son llamados al servicio.

La disposición antes citada señala que tendrán la calidad de militares, para los efectos del código castrense “los miembros de las Fuerzas Armadas desde que son llamados al servicio”.

⁴⁷⁰ ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit., pág. 45.

Se refiere a esta categoría “a los reservistas de las instituciones armadas y a los oficiales en retiro temporal”⁴⁷¹.

Adquieren la calidad de militares desde el momento en que son llamados a servicio activo, lo que se hace por Decreto Supremo, y dura, tal calidad, todo el tiempo en que permanezcan en él.

v) Las personas que en campaña o en estado de guerra sigan a las Fuerzas Armadas.

El artículo 6 del Código Justicia Militar señala que “Para los efectos de este Código, se considerarán militares... las personas que en campaña o en estado de guerra sigan a las Fuerzas Armadas;...”

Los conceptos de “en estado de guerra” o “en campaña”, se encuentran definidos, respectivamente, en los artículos 418 y 420 del Código de Justicia Militar.

Conforme el artículo 418 del Código de Justicia Militar “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

El artículo 420 del Código de Justicia Militar, por su parte expresa, que “Se considera que una fuerza está en campaña, cuando opera en plazas, territorios enemigos, o en plazas o territorios nacionales declarados en estado de asamblea o de sitio, aunque ostensiblemente no aparezcan enemigos en él”.

En todo caso, esta hipótesis que establece el artículo 6 del código castrense es de poca aplicación práctica.

Lo explica Astrosa: “constituye un resabio de la legislación antigua, que no se conforma con la estructura que tienen los ejércitos contemporáneos, pues hoy día los

⁴⁷¹ Ibidem.

auxiliares de los ejércitos en campaña o en estado de guerra, tiene calidad militar o están asimilados a esa calidad”⁴⁷².

vi) Los prisioneros de guerra:

La última categoría que señala el artículo 6 del Código de Justicia Militar es la de los “prisioneros de guerra”, definidos en el artículo 4° de la Convención sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, y ratificada por Chile por Decreto Supremo N°752 de 5 de Diciembre de 1952.

Se trata de una noción bastante amplia que engloba a diferentes personas que caen en poder del enemigo: así por ejemplo, desde miembros de las Fuerzas Armadas, movimientos de resistencia organizada, personas que siguen a las Fuerzas Armadas sin formar parte de ella, miembros de tripulación de marina mercante y aviación civil, y aún la propia población civil de un territorio ocupado que toma espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras.

vii) Los oficiales extranjeros admitidos en las instituciones armadas.

Conforme al artículo 377 del Código de Justicia Militar para que los oficiales extranjeros tengan la calidad de militar, es necesario que sean admitidos en las instituciones armadas nacionales y que ello tenga lugar “en tiempo de guerra”, noción que tiene un significado preciso en el señalado artículo 418 del código castrense.

viii) “Los militares de facto”.

Frente a las categorías anteriores que pueden ser calificados de militares de derecho, existe una institución reconocida por la legislación de ciertos países, la doctrina y hasta nuestra jurisprudencia: los militares de facto.

⁴⁷² Ibidem.

Tiene esta calidad “aquellos individuos que se incorporan al cuerpo armado sin un título legítimo, sin ajustarse a derecho”⁴⁷³. Lo son así, aquel que con engaño sustituye a otro que fue llamado al servicio, o los que por error habiendo ya terminado su período de conscripción, continúan como militar dentro del cuartel.

Nuestra Jurisprudencia desde antiguo ha aceptado que tienen la calidad de militar para los efectos de la penalidad y el juzgamiento de los delitos militares que cometan, aquellos sujetos que si bien no son “militares de derecho”, se encuentran sometidos al régimen de disciplina militar y demuestran por su apariencia externa la calidad militar⁴⁷⁴.

Los militares de facto tendrán la calidad militar desde la incorporación al cuerpo armado hasta cuando la autoridad competente descubre el engaño o error, declara la ilegalidad del llamamiento o de la contratación o bien de la existencia de alguna causal de incapacidad.

b) Hipótesis especial del artículo 266 del Código Justicia Militar:

Como ya tuvimos ocasión de observar, los militares de planta pierden su calidad de tales, entre otras razones, por retiro temporal o absoluto, de manera de que, desde ese momento dejarían de tener la calidad de militares.

Sin embargo, el artículo 266 del Código de Justicia Militar señala que “Si formaren parte de una reunión tumultuosa y contraria al orden público, militares retirados absoluta o temporalmente de las Fuerzas Armadas u Oficiales de reserva, usando uniforme o insignias de un empleo militar, serán considerados como militares para el efecto de su juzgamiento y penalidad”.

Veamos cuales son los supuestos que esta hipótesis establece:

⁴⁷³ Ibid. pág. 47.

⁴⁷⁴ Astrosa cita varios fallos que han seguido este criterio. ASTROSA HERRERA, RENATO, 1985, “Código de Justicia Militar comentado”, op. cit., pág. 33.

i) Debe tratarse de militares retirados absoluta o temporalmente u oficiales de reserva.

Conforme a este requisito ha de tratarse, o bien, de personas que integraban los cuerpos armados en la calidad de militares, a lo cual ya nos hemos referido, y han cesado en tal carácter en forma permanente o transitoria, o bien, quienes tengan la calidad de oficiales de reserva, vale decir, los reservistas que han sido nombrados en tal calidad por decreto supremo, a proposición de la Dirección General de Movilización Nacional y previa aprobación de la Institución a que pertenece⁴⁷⁵.

ii) Que estos formen parte de una reunión tumultuosa y contraria al orden público .

Según Astrosa estaríamos en este caso en presencia de “un alzamiento contra el gobierno con una finalidad rebelde o sediciosa”⁴⁷⁶.

En realidad, el legislador no ha aludido a tales finalidades en el artículo analizado, disposición que solo pretende señalar las calidades que debe tener el sujeto activo para la militarización de la figura.

Por lo demás, la militarización que ordena el artículo 266 del Código de Justicia Militar opera respecto de todos los delitos del Título II del Libro II del Código Penal el cual consagra otras hipótesis que no constituyen alzamiento, como las figuras preparatorias de los artículos 122, 123, 124.

Parece ser que cuando el legislador habla de una reunión tumultuosa y contraria al orden público estaría estableciendo un concepto similar al de motín, no el delito militar sino según la definición de Frank “la concurrencia o reunión de muchas

⁴⁷⁵ Conforme al inciso 1° del artículo 60 de DL N°2.306 de 12 de Septiembre de 1978, sobre reclutamiento y movilización de las Fuerzas Armadas.

⁴⁷⁶ ASTROSA HERRERA, RENATO, 1985, “Código de Justicia Militar comentado”, op. cit., pág. 177.

personas en un lugar para una acción antijurídica, que para los no partícipes presenta el aspecto de una unión poderosa”⁴⁷⁷.

En cuanto a la expresión “orden público”, estaría tomada en un sentido formal y restringido, de alteración a la tranquilidad pública.

iii) Que empleen insignias o uniformes:

La utilización de insignias, esto es, “señales, distintivos o divisas honoríficas”, o uniforme, es decir, el “traje peculiar y distintivo que llevan los militares y otros empleados o individuos pertenecientes a una institución castrense”, contribuye a dar a la reunión tumultuosa la apariencia de que alguna facción de una institución armada se encuentra involucrada en el alzamiento.

2.- Que se trate de civiles mandados por militares u organizados militarmente.

El artículo 275 del Código de Justicia Militar, señala que: “serán procesados por delito de rebelión o sublevación militar, ... los *no militares* en los casos siguientes:...”

Esta parte esta referida a la circunstancia de que los autores de la rebelión o sedición no sean militares sino civiles.

Quedan, en consecuencia también comprendidos en las hipótesis que ha continuación se describirán aquellas personas respecto de las cuales no se den todos los requisitos que señalan los artículos 6, 377 o 266 del Código de Justicia Militar para que ostenten la calidad de militares, como, por ejemplo, los militares retirados absoluta o temporalmente que formen parte de una reunión tumultuosa y contraria al orden público pero que no porten insignias o uniformes de su institución.

⁴⁷⁷ SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, op. cit, Tomo V, pág. 84.

La parte de la disposición que ahora analizamos comprende cuatro situaciones distintas: las dos primeras referidas a la existencia de militares comprometidos en la sublevación, ya sea en la jefatura de ésta, o bien, por el apoyo que se brinda a una organización compuesta por civiles; las dos últimas, al supuesto de que no exista una vinculación de las partidas integradas por civiles con miembros de las instituciones armadas, pero se encuentren, eso sí, provistas de una organización de carácter militar que permita atribuirle tal calificación al delito.

Estudiemos estas hipótesis por separado.

a) Que los civiles estén mandados o apoyados por militares.

El alzamiento supone siempre, como vimos, la existencia de una organización necesaria para el cumplimiento de los fines rebeldes o sediciosos.

Dicha organización puede estar, en primer término, integrada por civiles pero dirigida por militares.

En este caso, en cuanto no se precisa que los militares formen parte de una determinada jerarquía dentro de la institución, bastaría tan sólo que tengan la calidad de militares conforme a las disposiciones analizadas, sin importar el rango que tengan en la institución.

Por otra parte, es posible que los civiles formen parte de un movimiento iniciado, sostenido o auxiliado por fuerzas del Ejército.

El Código da un concepto amplio de Ejército en el artículo 426 del Código de Justicia Militar, disposición conforme a la cual quedaría comprendida dentro de tal noción tanto el Ejército propiamente tal como la Armada, Fuerza Aérea y Carabineros.

La disposición se pone en el caso que un sector de alguna de las Instituciones militares nombradas inicie el movimiento, es decir, intervenga en la organización del mismo; sostenga el movimiento, vale decir, tenga una intervención tan decidida en su desarrollo posterior que permita su mantenimiento; o bien, lo auxilie, una intervención

más sutil en el grupo, que se traducirá en un apoyo técnico o logístico, o bien material, proporcionando determinados materiales o respaldo económico a los civiles.

b) Que formen partida militarmente organizada.

Cuando no siendo militares los sublevados y no existiendo tampoco apoyo militar en el movimiento puede aún existir rebelión militar en el evento que existe una organización de carácter militarizada.

Es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

i) Que se trate de una partida, vale decir, de un conjunto poco numeroso de gente armada.

Según Astrosa debe poseer elementos bélicos semejantes a los que emplean los ejércitos, no siendo válido el concepto amplio de armas del artículo 132 del Código Penal pues, “sería absurdo considerar partida militarmente organizada a una que tuviere como únicos medios de agresión y de defensa piedras y palos”⁴⁷⁸.

ii) Que se encuentre integrada por diez o más individuos o bien exista en otro punto de la República otra partida o fuerzas que se propongan el mismo fin.

Llama la atención el reducido número de personas exigido por la ley para entender que estamos respecto de una partida.

Cabe preguntarnos si verdaderamente puede tener lugar un alzamiento constitutivo de los delitos de rebelión o sedición con una cantidad tan insignificante de personas comprometidas en él.

La expresión “que se propongan el mismo fin” pretende indicar que no se tratan de fuerzas desarticuladas, completamente independientes, sino que, por el

contrario, han de presentan una conexión ideológica, se encuentran ligadas por propósitos comunes.

iii) Que tenga una organización de carácter militar.

La organización de la partida tendrá el carácter militar cuando sus miembros estén sujetos a una jerarquía interna y a relaciones de obediencia análogas a los que se dan dentro de los institutos armados.

No cabe considerar en este ítem como si lo hace Astrosa⁴⁷⁹ la referencia a los elementos bélicos con que cuenta la partida, pues el punto que aquí se analiza esta más bien referido a las relaciones que se dan entre los miembros del grupo, ni tampoco incluir la finalidad rebelde o sediciosa, que constituye en sí mismo un elemento del delito a militarizar.

C) Penalidad.

La ley castrense de la misma forma que el legislador común establece reglas especiales de penalidad atendiendo al grado de intervención que los autores han tenido en la sublevación.

Asimismo establece ciertas atenuantes y eximentes de responsabilidad penal con características muy similares a las que establece la ley común.

1.- Grados de participación en el delito de sublevación militar.

⁴⁷⁸ ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit., pág. 178.

⁴⁷⁹ Ibidem.

La ley distingue para efectos de fijar la penalidad entre meros ejecutores, y jefes o promotores el movimiento y el de mayor graduación o el más antiguo si hubieren varios del mismo grado.

a) Situación de los meros ejecutores.

El inciso 1° del artículo 267 del Código de Justicia Militar establece la sanción general: “Los procesados por rebelión o sublevación militar serán castigados con las penas señaladas en el referido Título II Libro II del Código Penal, aumentadas en uno o dos grados”.

Si bien el Código Castrense no señala, esta regla es sólo aplicable a los meros ejecutores, es decir, respecto de quienes no le ha correspondido en la sublevación una intervención principal, pues el inciso 2° se referirá a la penalidad de “los jefes o promotores del movimiento y el de mayor graduación o el más antiguo si hubiere varios del mismo grado”.

No dejemos de reparar en lo imperfecto de la redacción: el legislador dice referirse a “los procesados por rebelión o sublevación militar”, cuando, en realidad, lo hace a los “los condenados” por tales delitos.

b) Situación de los jefes y promotores el movimiento.

Conforme a lo que dispone el inciso 2° del artículo 267 del Código de Justicia Militar “los jefes o promotores el movimiento y el de mayor graduación o el más antiguo si hubieren varios del mismo grado, serán castigados con las penas aplicadas en sus grados máximos, considerando aun el aumento prescrito en el inciso anterior”.

Vale decir, aquellos que hayan tenido una intervención principal en el alzamiento, les corresponderán las penas señaladas respecto de los meros ejecutores aplicadas en sus grados máximos.

El legislador se refiere a los jefes “del movimiento”, de manera que no ha de tratarse de cualquier sujeto que ejerza una determinada posición de superioridad jerárquica dentro del alzamiento sino de aquellos que “están a la cabeza del movimiento ejerciendo el mando”⁴⁸⁰, es decir, se trata de un concepto del todo asimilable al de “caudillos principales” que establece el artículo 122 del Código Penal

El concepto de “promotores” es también del todo análogo al que el Código Penal señala en la disposición aludida, y que nosotros conceptuábamos como aquellos que tomando la iniciativa del alzamiento, intervienen en él desde sus inicios, procurando el logro de los fines rebeldes o sediciosos.

Se incluye también en la regla el inciso 2º del artículo 267 del Código de Justicia Militar al “de mayor graduación o el más antiguo si hubieren varios del mismo grado”, quien, si bien, puede no haber tenido en la práctica, ninguna actuación relevante en la gestación o desarrollo de la sublevación, ha de atribuírsele una mayor responsabilidad en razón de tener superioridad jerárquica conforme lo establecido en el Nº3 del artículo 430 del Código de Justicia Militar.

Respecto de esta última categoría debe señalarse que puesto que, a diferencia de las anteriores, hace referencia a una jerarquía de carácter intrainstitucional, solo puede tener lugar respecto de militares, y no alcanza a las hipótesis de militarización referidas a civiles.

2.- Agravante Especial en caso de Guerra Externa.

El artículo 270 del Código de Justicia Militar establece que: “En caso de producirse la rebelión o sublevación en presencia del enemigo extranjero, sus responsables serán castigados en la forma siguiente”:

"Los jefes o promotores del movimiento y el de mayor graduación, o el más antiguo si hubiere varios del mismo grado, con la pena de presidio perpetuo a muerte;"

⁴⁸⁰ Ibidem.

"Los demás Jefes y oficiales, con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados".

La disposición establece una agravante especial de responsabilidad referida a la sublevación militar que tenga lugar "en presencia de enemigo extranjero".

Como señala Astrosa, la expresión "frente al enemigo" presupone la existencia de "tiempo de guerra", "ya que no hay guerra sin enemigos, ni se puede estar "frente al enemigo" sin guerra; por cuanto enemigo es el país con que sé está en guerra abierta o declarada o cualquier clase de fuerzas nacionales rebeldes o sediciosas organizadas militarmente"⁴⁸¹.

En todo caso, puesto que la disposición habla de enemigo "extranjero", cabe restringir la aplicación de la agravante sólo a los casos de guerra de carácter externa, y no nacional.

Es necesario tener en cuenta lo que señala el artículo 419 del Código de Justicia Militar, "Se considera que una fuerza está frente al enemigo no sólo cuando notoriamente lo tenga a su frente, sino desde el momento que haya emprendido los servicios de seguridad en contra de él".

Por otra parte debe señalarse que la agravante sólo opera respecto de quienes ejercen alguna labor de carácter directiva en la sublevación, pero la disposición efectúa una diferenciación de la penalidad dependiendo de la importancia de la jefatura que desempeña con respecto a la sublevación.

El inciso 2º del artículo 270 del Código de Justicia Militar se refiere a quienes tienen una participación principal en el movimiento, vale decir, "los jefes o promotores del movimiento y el de mayor graduación o el más antiguo si hubieren varios del mismo grado", categorías todas a las cuales ya nos hemos referido, y a las que el legislador impone la pena de presidio perpetuo o muerte.

El inciso final del artículo analizado se refiere a "los demás jefes u oficiales".

Por "demás jefes" ha de entenderse aquellos que tienen un mando subalterno o intermedio en la sublevación, que no necesariamente ha de corresponder a un cargo

superior dentro de la línea jerárquica de una institución castrense, situación que, en cambio, si se predica respecto de los “oficiales” a que alude la disposición. Tanto respecto de unos u otros se establece la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

3.- Eximentes Especiales que favorecen a los meros ejecutores.

El Código de Justicia Militar consagra dos causales de exención de responsabilidad establecidas a propósito de la sublevación militar que favorecen a los meros ejecutores.

a) Cabos y soldados que actúan bajo el mando de sus superiores directos.

El artículo 271 del Código de Justicia Militar señala “quedan exentos de responsabilidad por los delitos contemplados en este Título, los cabos y soldados que actuaron bajo el mando de sus superiores directos”.

La disposición se está refiriendo a los sujetos que tienen la calidad de meros ejecutores, es decir, que no tienen una actuación principal en la sublevación militar.

Para que opere es necesario que los cabos y soldados actúen subordinados a lo que le ordenara sus superiores directos, de manera que no tendría aplicación en el evento de que actuaran por cuenta propia, o bien, siguiendo la orden de otros miembros de la institución castrense.

El fundamento de esta especialísima causal de exención de responsabilidad lo encuentra Astrosa “en la imposibilidad de exigírsele a militares de tan baja jerarquía otra conducta: por cuanto actúan sujetos a una subordinación jerárquica que aún cuando es irrelevante para imponer a los subordinados el deber de obediencia, sin embargo, dada su baja jerarquía, influye en el ánimo de ellos ya que no se encuentran

⁴⁸¹ Ibid., pág. 28.

en situación de poder discernir cual es la conducta adecuada que deben tomar dentro del conflicto de deberes en que los han colocado sus superiores directos⁴⁸².

b) Individuos de la clase de tropa, los asimilados y los no militares.

Ya hemos estudiado, el procedimiento de disolución de la sublevación que establece el Código Penal en su artículo 128, así como las causales de exención y atenuación de responsabilidad a él relacionadas del artículo 129 del mismo cuerpo legal.

El Código de Justicia Militar establece también eximentes y atenuantes de responsabilidad penal relacionadas con tal procedimiento de disolución de la sublevación militar consagradas en el artículo 268 del código castrense.

Para que opere la eximente de responsabilidad penal que dicho artículo establece es necesario:

i) Que se trate de individuos de la clase de tropa, los asimilados y los no militares.

Tienen la calidad de individuos de tropa aquellos miembros de las instituciones castrenses que señala el Estatuto del Personal de la Fuerzas Armadas, que comprenden el personal que se denomina Cuadro Permanente y de Gente de Mar.

Conforma el Cuadro Permanente y de Gente de Mar los grados de suboficiales, sargentos, cabos y soldados.

Según Astrosa⁴⁸³ quedarían fuera de este personal de tropa los cabos y soldados por cuanto tienen una eximente más amplia en el artículo 271 del Código de Justicia Militar, teniendo vigencia, en consecuencia, sólo a favor de suboficiales y sargentos.

⁴⁸² Ibid, págs. 179 y 180.

⁴⁸³ Ibid., pág. 180.

En realidad, pensamos que también debe incluirse en la aplicación del artículo 268 del Código de Justicia Militar que se ha referido en general a los individuos de tropa sin dejar afuera a ninguna categoría específica.

Por lo demás, los cabos y soldados no siempre han de resultar beneficiados la eximente del artículo 271 del código castrense, sino en tanto y en cuanto, actúen dichos cabos y soldados “bajo el mando de sus superiores directos”, según lo ya explicado.

En cuanto a los asimilados, dicha categoría al momento de dictarse el Código estaba constituida por empleados del Ejército con asimilación. Hoy ya no existe.

Por último, la eximente del artículo 268 del Código de Justicia Militar tiene también aplicación a favor de los no militares, es decir, a favor de los civiles comprendidos en una sublevación militar.

ii) Que tengan la calidad de meros ejecutores.

Es decir, que no hayan tenido en la sublevación intervención como jefes o promotores del movimiento o como el de mayor graduación o el más antiguo si hubieren varios del mismo grado.

iii) Que no hayan cometido actos de agresión o de defensa.

Esta expresión es análoga al requisito que señala el artículo 129 del Código Penal para que resultare aplicable la eximente que dicho precepto establece, que los sublevados se disolviesen o sometieren a la autoridad legítima “sin haber ejecutado actos de violencia”.

iv) Que se sometieren a la autoridad legítima al ser intimados para ello o en la forma y tiempo que marquen los bandos publicados al efecto.

Los bandos militares son una fuente formal del Derecho propia del ámbito castrense, que pueden ser definidos como aquellos mandatos que dictan con las solemnidades del caso, determinadas autoridades militares en tiempo de guerra, ya sea para sancionar, como delitos, hechos atentatorios a la seguridad de las tropas, o para solucionar problemas de orden administrativo que existan en territorio enemigo.

Según Astrosa se estaría aquí modificando las reglas que establece el legislador común por medio de las cuales se reglamenta las intimaciones a los sublevados para disolverse o retirarse entregándole la forma y tiempo en que deban hacerse a los bandos que dicte la autoridad militar⁴⁸⁴.

En realidad la disposición del artículo 268 del Código de Justicia Militar establece ambas posibilidades, de manera que aún antes de haberse dictado bandos al respecto o sin ellos podrán procederse a la disolución de la sublevación militar realizando la intimación en la forma ordinaria.

c) Atenuante especial que favorece a los oficiales meros ejecutores.

Junto a la eximente de responsabilidad a favor de los individuos de la clase de tropa, los asimilados y los no militares, el artículo 268 del Código de Justicia Militar establece una atenuante de responsabilidad en favor de los oficiales.

Deben cumplirse los mismos requisitos previstos para la eximente, es decir, han de tener la calidad de meros ejecutores, no deben haber cometido actos de agresión o de defensa, y se sometieren a la autoridad legítima al ser intimados para ello o en la forma y tiempo que marquen los bandos publicados al efecto.

En el evento de cumplirse todos los requisitos que la disposición establece resultarán beneficiados con una rebaja de tres a seis grados de la pena que les corresponda.

D) Figura del artículo 269 del Código de Justicia Militar.

1.- Aspectos Generales: (Conceptualización y naturaleza)

El artículo 269 del Código de Justicia Militar señala: “El militar que no empleare todos los medios que estuviesen a su alcance para contener la rebelión o sublevación en las fuerzas de su mando, ...”

Se trata del único delito del Título IV del Libro III del Código de Justicia Militar que tiene autonomía textual, es decir, no efectúa una remisión genérica a las disposiciones del Título II del Libro II del Código Penal, sino que reviste una tipificación propia.

La figura constituye un delito de omisión simple o propia, que presenta cierta analogía al establecido en el artículo 134 del Código Penal, por medio de la cual se sanciona a “Los empleados públicos que debiendo resistir la sublevación por razón de su oficio, no lo hubieren hecho por todos los medios que estuvieren a sus alcances...”.

Existe, en todo caso, en la figura del código castrense una mayor delimitación tanto del sujeto activo como respecto de la conducta típica, de manera que primará, por aplicación del principio de especialidad, sobre la figura que establece el legislador común.

En efecto, no se alude aquí en forma ambigua y general a quienes en razón la función pública que desempeñan están llamados a resistir un alzamiento rebelde o sedicioso, sino que se refiere a un sujeto mucho más específico: un militar que debe tener la calidad de jefe, y ello sólo en razón del mando.

⁴⁸⁴ Ibidem.

Además, la norma de mandato infringida por la conducta omisiva aparece delimitada de mejor forma que en la legislación común, pues, en vez de aludirse a un genérico deber de resistencia, presupone la obligación de contener la sublevación en las fuerzas que el agente tienen a su mando.

La figura que comentamos presenta cierta similitud con otra que establece el Código Castrense, esta vez en su artículo 299 N°1, por medio de la cual se sanciona al militar que “que no mantenga la debida disciplina en las tropas de su mando o no proceda con la energía necesaria para reprimir en el acto cualquier delito militar, según los medios que al efecto disponga”.

No obstante, como se puede apreciar, la disposición del artículo 269 del Código de Justicia Militar es también respecto de la última mencionada mucho más específica en cuanto al comportamiento omisivo en que incurre el sujeto activo, al no exigirse la represión de cualquier delito militar sino de uno específico, cual es la sublevación militar, motivo que impone su aplicación preferente.

2.- Tipicidad:

a) Sujeto activo.

La ley señala que ha de tratarse de un militar que tenga la calidad de jefe de los sublevados en razón del mando.

La superioridad en razón de mando corresponde a quien ejerce autoridad sobre otros miembros de las Fuerzas Armadas en razón del cargo o función que se le ha asignado.

El artículo 430 del Código de Justicia Militar señala las formas en las cuales puede adquirirse la superioridad en razón del mando, que en términos generales son: por destino que se le ha conferido legalmente, por sucesión de mando con arreglo a las leyes o reglamentos, o bien, cuando estuviese comisionado por autoridad competente para un acto de servicio.

Frente a la superioridad en razón del mando existe otra en razón del grado que corresponde a “quien tiene respecto de otro un grado más alto en la escala jerárquica militar”, y corresponde según el N°3 del artículo 430 del Código de Justicia Militar al “de mayor empleo, o el más antiguo si se trata de individuos de la misma graduación”⁴⁸⁵.

Si bien la superioridad en razón del grado tiene un carácter subsidiario con respecto a la superioridad en razón del mando⁴⁸⁶, la figura del artículo 269 del Código Castrense restringe la calidad del sujeto activo sólo a esta última.

Si el sujeto activo tiene además la calidad de oficial, la pena resulta agravada como se verá en su oportunidad.

b) Conducta típica.

La redacción que utiliza el legislador dificulta el desglose de cada uno de los elementos que conforman la conducta típica para un mejor análisis de esta, así que debemos estudiarlos conjuntamente.

La anteposición del adverbio de negación “no” a la forma verbal “emplear” nos revela sin dificultad el carácter omisivo de la conducta típica.

Como señalábamos, es más precisa que el término “no resistir” que el legislador emplea en el artículo 134 del Código Penal, y que desdibujaba la norma de mandato que se encuentra detrás de tal figura.

Aquí, en cambio, se hace clara referencia al deber de ocupar todos los mecanismos que el ordenamiento le atribuye en razón de la superioridad jerárquica sobre los alzados y que van desde las potestades disciplinarias de que se encuentra investido hasta el empleo de las propias fuerzas militares que se encuentren a bajo su mando – y que obviamente permanezcan leales al Gobierno legítimo.

⁴⁸⁵ En este caso la expresión “empleo” es sinónima de grado militar.

⁴⁸⁶ Conforme el orden de prelación que sigue el artículo 430 del Código de Justicia Militar que luego de establecer la superioridad en razón del mando en sus dos primeros números inicia su número 3°- disposición que consagra la superioridad en razón del grado – con la expresión “*fuera de los dos casos anteriores...*”.

Cabe comentar que el término “contener” guarda semejanza con el de “resistir” que se emplea a propósito de la figura del Código Penal, en el sentido de que ambas denotan una acción de contradicción frente a un actuar ajeno de tal forma que la figura sólo podría concretarse en el evento de que exista una omisión del rechazo por parte del sujeto activo a una sublevación ya verificada.

Como ya expresamos respecto de la figura análoga del Código Penal, la expresión “todos los medios que estuviesen a su alcance” implica un llamado a la efectividad del actuar del agente, de manera que, la omisión no sólo puede concretarse con una mera inactividad por parte de éste, sino también si el comportamiento desplegado no implica la utilización de todas las atribuciones de las cuales estaba investido o una utilización imperfecta, cuestión que deberá apreciarse en cada caso.

3.- Penalidad:

Los que incurrieran en este delito “serán castigados con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados”.

En el evento de que el sujeto activo tenga la calidad de oficial se impondrá la pena de destitución, “además, y en todo caso”

La razón de esta expresión se debe a que la destitución, pena accesoria, sólo se impone, en general, conjuntamente con penas comunes de crimen que no sean de muerte o presidio o reclusión perpetuos, vale decir, de penas de presidio o reclusión mayor. De tal forma que no le sería aplicable al delito que analizamos de seguirse las reglas generales, es decir los artículos 222 incisos 1° y 2° y 223 inciso 2° del Código de Justicia Militar.

Los efectos que trae consigo la pena de destitución se encuentran señalados en el artículo 224 del Código de Justicia Militar, y se proyectan a diferentes aspectos.

Respecto de la institución, el efecto es el retiro absoluto y la incapacidad para reintegrarse a ella u a otra institución militar por toda la vida.

En relación con sus derechos ciudadanos, la pérdida a perpetuidad de sus derechos políticos activos (ser elegido) y pasivos (a elegir).

Por último, respecto a cargos, empleos u oficios públicos, la incapacidad para desempeñarlos durante el tiempo de la condena principal.

V.- Delitos contra la Seguridad Interior del Estado en la Ley N°12.927.

A) Breve reseña a las leyes penal políticas especiales.

La Ley N°12.927, de Seguridad del Estado constituye un vestigio de la legislación especial que en materia Penal Política tuvo una abundante proliferación en nuestro país desde el primer cuarto del siglo pasado.

Desde la dictación del Código Penal y hasta el año 1924, la regulación penal política no revistió novedades dignas de mención.

En cambio, entre los años 1925 y 1932 se produce en el país un período de inestabilidad institucional que determina la dictación de numerosas normas penales, tanto leyes en sentido propio como decretos leyes que reprimen conductas contrarias a la Seguridad del Estado.

Se trata de regulaciones de una redacción muchas veces incomprensible, caracterizada por la repetición de conceptos y abundancia de ideas que repugnan a toda técnica penal moderna y aún “constitutivas de expresiones de la más acentuada barbarie”⁴⁸⁷, que “hacen de la legislación analizada un triste y vergonzoso fárrago”⁴⁸⁸.

De este período señalado solo corresponde destacar el Código de Justicia Militar, que aprobado por el DL N°806 de 24 de Diciembre de 1925 y que luego de sufrir múltiples modificaciones rige aún hoy día, y el DL N°50 de 24 de Junio 1932, que constituirá el más remoto antecedente de las leyes especiales que en materia de Seguridad del Estado se dictarán más adelante.

⁴⁸⁷ DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, “Derecho Penal”, op. cit., vol. 3, pág. 68. El autor señala como ejemplo, la facultad que se otorga al Presidente de la República de nombrar tribunales que determinen la pena aplicable después de su perpetración (DL N°670), así como la declaración de enemigo de la República (DL N°50), “idea-dice Del Río- que hace recordar las concepciones del primitivo derecho germánico sobre la venganza privada y la institución de la pérdida de la paz”.

⁴⁸⁸ *Ibíd*, pág. 68.

Durante el nuevo período de relativa tranquilidad institucional que se inicia a finales de 1932 y se extiende hasta el 11 de Septiembre de 1975 se logrará sistematizar la regulación penal política en una sola norma, papel que desempeñaran sucesivamente la Ley N°6.026 de 1937, la Ley N°8.927 de 1948 y la N°12.927 de 1958.

El primero de los preceptos legales mencionados, la Ley N°6.026, entró en vigencia con fecha 12 de Febrero de 1937.

Aunque presenta un texto poco sistemático y cuenta con una redacción todavía imperfecta, tendrá frente a la Ley N°12.927, la ventaja de indicar el carácter de taxativas de las conductas que describe⁴⁸⁹.

La penalidad que establece la Ley N°6.026 será prácticamente la misma que señalará la Ley N°12.927 desde su entrada en vigencia hasta el año 1973, efectuándose una clara diferenciación, en cuanto a la sanción aplicable, entre aquellas conductas que afectaban la Seguridad Interior del Estado de aquellas que afectaban el Orden Público.

Situación distinta será la de la Ley N°8.927, “Ley de Defensa Permanente de la Democracia” que entrada en vigencia el 3 de Septiembre de 1948, que se encargará de agravar significativamente la penalidad de los delitos contra la Seguridad del Estado, e igualar las penas respecto de conductas que afectaban a los diferentes bienes jurídicos protegidos por la ley. Aún esta ley agregará otras figuras penales de carácter muy amplia y algunas relativas a conflictos laborales y de orden público.

Pero aún más significativa y que le dará el carácter tristemente celebre a la ley N°8.927 resultará la circunstancia que a través de esta ley se pretendió la exclusión de determinados sectores del acontecer político nacional, al prohibir en su artículo primero: “La existencia, organización, acción y propaganda del Partido Comunista”, estableciendo, además, una proscripción ideológica de todas aquellas entidades que persigan “la implantación en la República de un régimen opuesto a la democracia o que atente contra la soberanía del país”, pasando a constituir tales entidades asociaciones

⁴⁸⁹ GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 111, y MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos

ilícitas por el solo hecho de organizarse. Por otra parte, sancionará a cualquier persona que asociada o no a tales entidades persiguiera tales fines, perdiendo su carácter de ciudadanos por ese solo antecedente.

La labor de exclusión política que efectúa la Ley de Defensa Permanente de la Democracia fue duramente criticada, aún durante la propia tramitación legislativa, donde debió soportar los certeros reproches formulados por el diputado Radomiro Tomic y los senadores conservadores Eduardo Cruz Coke⁴⁹⁰ y Horacio Walker.

Sin embargo, si tales críticas no impedirían su entrada en vigencia, fundamentarían más tarde, y luego de más de una década de odiosa aplicación, la derogación de la Ley de Defensa de la Democracia y su reemplazo por la ley N°12.927, Ley de Seguridad del Estado.

De esta forma, en el mensaje presidencial que acompañara al proyecto de la Ley N°12.927, se exponen las razones que determinan la necesidad de proponer el nuevo texto legal.

Así en uno de sus pasajes, expresa respecto de la Ley de Defensa de la Democracia que: “Dictada especial y preferentemente para prohibir la difusión de la doctrina comunista, se la califica, no sin razón como una transgresión legislativa al principio de la libertad de pensamiento, consagrado por nuestra Constitución y por todas las Constituciones del mundo civilizado”⁴⁹¹.

En efecto, la nueva ley, que entró en vigencia el 6 de agosto de 1958 iba a hacer eco de las críticas formuladas a la ley de Defensa de la Democracia.

1958-1973”, Santiago de Chile, Cuaderno de trabajo N°8 del Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, pág. 8.

⁴⁹⁰ Así señala Eduardo Cruz Coke, “No comprendo que un Gobierno quiera transformarlas en permanentes definiendo con ellos al país como un conjunto social en disolución, y al pueblo, como elemento irresponsable capaz de comprender sus derechos y deberes, sin darle los instrumentos necesarios para que viva dentro de la ley”. MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1987, “Función judicial, Seguridad Interior del Estado y Orden Público: El caso de la Ley de Defensa de la Democracia”, Santiago de Chile, Cuaderno de trabajo N°5 del Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, págs. 6 y 7.

⁴⁹¹ Mensaje presidencial que acompañó al proyecto de la LSE, debates de la Cámara de Diputados de Chile, año 1958, sesión de 24°, de martes 6 de Mayo, páginas 1429 y ss., citado en MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973”, op. cit, pág. 10.

La Ley N°12.927, eliminaría del catálogo delitos que describen conductas extraordinariamente indefinidas y vagas; la penalidad se atenúa y se realiza una distinción en cuanto a la pena aplicable en cuanto al los delitos de contra la Seguridad del Estado y el Orden Público.

El propio mensaje presidencial, señala cual será la orientación que pretende dársele al nuevo texto legal, inspirado en la protección del régimen democrático de gobierno. “La democracia, concebida como la convergencia de todos los derechos, tanto de los débiles como de los poderosos, determina el carácter de imprescindible que tiene el ejercicio regular de la autoridad”⁴⁹².

La ley 12.927 establece varias categorías de delitos: junto a los delitos que atentan contra la Seguridad Exterior e Interior del Estado – consagrados en los títulos I y II de la LSE– contempla aquellos que afectan el Orden Público – establecidos en el título III de la LSE, - y aquellos contra la normalidad de las actividades nacionales – título IV de la LSE.

Durante el periodo que va desde su dictación hasta 1973, la Ley de Seguridad del Estado constituirá en términos generales la única normativa especial en materia a de Seguridad del Estado, y su texto se mantendrá inalterado, salvo por las modificaciones que efectuara la ley de control de armas la ley 17.798 de 21 de Octubre de 1972 que reformó el artículo 4 letra d). Se trata en todo caso de modificaciones mínimas y que en general solo buscan perfeccionar la redacción de la ley.

Esta situación cambia completamente desde la asunción de la Junta Militar de Gobierno el 11 de Septiembre de 1973, momento en que la proliferación inorgánica de normas penales políticas se transformará en regla.

En este nuevo escenario la LSE pasará a constituir solo una más de las normas penales políticas que conforman el panorama legislativo, y aún su propio texto será objeto de continuas modificaciones.

⁴⁹² En este caso la cita del Mensaje fue efectuada en GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 121.

Entre las normas penales que se aplicarán conjuntamente con la LSE pueden destacarse el DL N°77 de 1973 y el DL N°81 de 1973.

El DL N°77 de 8 de Octubre de 1973 reeditará la exclusión política de los tiempos de la ley de Defensa de la Democracia efectuando la criminalización de la doctrina marxista.

En este sentido, y muy a tono con los principios de los postulados de la Seguridad Nacional proscribe no solo todas aquellas entidades, agrupaciones, facciones o movimientos que sustenten la doctrina marxista, sino además todos aquellos partidos que hubieren participado en la Unidad Popular aún sin profesar la doctrina marxista⁴⁹³, así como todas aquellas entidades “que por sus fines o por la conducta de sus adherentes sean sustancialmente coincidentes con los principios u objetivos de dicha doctrina”⁴⁹⁴.

Esta última asimilación que, tiene un carácter complejísimo “si se pretendiera hacerla con seriedad académica y política”⁴⁹⁵, vulnera abiertamente el principio de legalidad y echa por tierra las libertades básicas de un sistema democrático⁴⁹⁶.

Esto último resulta aún más valedero cuando se observa el segundo delito que establece el DL N°77.

Afectando gravemente la libertad de opinión procede a sancionar no solo la promoción o inducción a la organización de las entidades que el DL prohíbe, sino que también de “todo acto de propaganda, de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, de la doctrina marxista o de otra sustancialmente concordante con sus principios y objetivos”.

⁴⁹³ El DL N°1684 de 28 de Enero de 1977 se encargará más tarde de ordenar la disolución de todos los demás partidos políticos.

⁴⁹⁴ “...y que tiendan a destruir o a desvirtuar los propósitos y postulados fundamentales que se consignan en el Acta de Constitución de la Junta Militar”.

⁴⁹⁵ *Ibid.* pág. 173.

⁴⁹⁶ De allí el profundo significado político institucional que aparece tras el DL N°77, pues pasa a constituir “la primera revelación oficial del propósito del régimen militar de crear una nueva institucionalidad, radicalmente diferente a la anterior, de inspiración y contenido inequívocamente antidemocráticos”. GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, *op. cit.*, pág. 168.

Si bien de no tanta trascendencia ideológica como el DL N°77 pero en la misma línea de represión política se encuentra el DL N°81 de 6 de Noviembre de 1973, precepto que establecerá dos figuras que seguramente se enmarcan dentro de aquellas que nacidas al amparo del Régimen Militar, resultan más criticadas por la Doctrina Penal.

Por una parte, el DL castigará con penas de relegación que van hasta los 15 años a “El que requerido por el gobierno, por razones de seguridad del Estado desobedeza el llamamiento que públicamente se le haga para que se presente ante la autoridad”.

Esta figura penal no solo es criticada por constituir un tipo legal abierto en que “la sola autoridad administrativa es la que establece los autores y no el tipo legal”⁴⁹⁷, sino porque “contradice los legítimos sentimientos de seguridad personal: es aberrante criminalizar la conducta de quienes, justificadamente, se niegan a entregarse como víctimas posibles unas autoridades arbitrarias que ejercen una cruel represión”⁴⁹⁸.

Por otra parte, el DL N°81 sancionará al que “ingrese clandestinamente al país, burlando de cualquier forma el control de dicho ingreso, siempre que las circunstancias o antecedentes permitan presumir al tribunal que lo hace para atentar contra la Seguridad del Estado”, con la pena de presidio mayor en su grado máximo, es decir, de 15 años y un día a muerte.

Como muy bien afirma, Mera, “lo que se está sancionando no son acciones concretas que lesionen o pongan en peligro dicha seguridad - como lo requiere el derecho penal actual, que se basa en los actos de las personas - sino meras suposiciones de que así ocurrirá. Se sacrifica al individuo a un juicio de probabilidad, seguramente a un prejuicio.”⁴⁹⁹.

Aparte de estos decretos leyes así como tantos otros que reprimirán conductas contra la Seguridad del Estado, en este período, la propia LSE, en franca contradicción

⁴⁹⁷ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1980, “Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile (1973-1979)”, op. cit., pág. 589.

⁴⁹⁸ GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 178.

con el espíritu democrático que inspiró su génesis, recibirá abundante aplicación, en una dinámica que pretende “utilizar mecanismos jurídicos tradicionales preexistentes al golpe de 1973, con lo cual se intentaba legitimar, sobre la base del prestigio democrático de dicha ley, la represión en contra de los opositores”⁵⁰⁰.

Para ponerla a tono con los requerimientos del régimen, la LSE será objeto de una serie de enmiendas, adiciones y complementos, obra de una serie de disposiciones legales.

Respecto de aquellas modificaciones referidas tan solo a la regulación sustantiva de la LSE que dice relación con la Seguridad Interior del Estado, objeto de nuestro análisis, cabe mencionar:

1.- El DL N°5 de 22 de Septiembre de 1973 que agregó dos nuevas figuras delictivas en el artículo 5 bis, sancionando a los que cometieren atentado contra la vida o integridad física de las personas o cometieren secuestros, con el propósito de alterar la seguridad interna o intimidar a la población, conducta cuya penalidad resultaba agravada si se cometían en tiempo de guerra.

El precepto legal establecía además, una calificante en el caso que la víctima del delito fuere muerta o sufriera grave daño en su persona, Además aumentó las penas en los artículos 5, 7, 11 y 12 para el tiempo de guerra y también para entregó para el caso de guerra entregó el conocimiento de los tribunales militares los delitos de los artículos 4, 5 bis, 6, 11 y 12 de esta ley.

2.- El DL N°559 de 12 de Julio de 1974, que reemplazó el artículo 5 bis por los nuevos artículos 5 a), 5 b) y 5 c), que ampliaron las figuras delictivas de atentados y de secuestros en el sentido de considerarlos contra la Seguridad Interior del Estado cuando estos fueren realizados con el propósito de alterar el orden constitucional. Además, se aumentó la pena de estos delitos para el caso que se realizaren en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, o bien, cuando la víctima fuere cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el

⁴⁹⁹ Ibid. pág. 179

⁵⁰⁰ Ibid., pág. 143.

segundo grado de consanguinidad de quien fuere afectado en razón del cargo que ocupare. Se estableció además una calificante en el caso que el secuestro durare más de diez días, se exigiere rescate o se condicionare ña libertad de cualquier forma.

3.- El DL N°1009 de 8 de Mayo de 1975 que amplió la figura delictiva de secuestro contemplada en el artículo 5 b), en el sentido de establecer que incurren en este delito contra la Seguridad Interior del Estado, quienes lo ejecutaren con el propósito de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad. Se modificó, asimismo, el aumento de pena establecido para el evento que el secuestro durare más de diez días, haciéndose valer si el secuestro durare más de cinco días.

El DL N°1009 se encargará además de establecer ciertas presunciones de autoría respecto de algunos de los delitos de la LSE. Concretamente, respecto de las figuras de incitación de los artículos 4 (letras a, b y d) y 6 (letra c) de la LSE, respecto de “todo aquel que sea sorprendido portando volantes, panfletos o folletos que insten a su perpetración, siempre que las circunstancias del hecho o los antecedentes personales del autor permitan así suponerlo”. Además establece que se presumirá autor de propaganda de doctrinas o de propagar o divulgar noticias o informaciones que las leyes prescriban como delito al que sea sorprendido portando volantes, panfletos o folletos que sirvan para su difusión.

4.- La ley N°18.222 de 28 de Mayo de 1983 modificó la LSE en relación con el delito de secuestro, en su artículo 5 b), aumentando la penalidad y estableciendo como calificante la circunstancia de sí con motivo o con ocasión del secuestro, se cometiere además homicidio, violación o determinadas lesiones en la persona del ofendido.

A todas estas normas cabe agregar aquellas que efectuaron modificaciones en cuanto al procedimiento aplicable, a la competencia para el conocimiento de los delitos que establece la ley, o bien, modificaron las normas sobre delitos contra el Orden Público, estableciendo nuevas figuras delictivas o modificando las ya existentes.

Una vez terminado el régimen militar se efectúan ciertas modificaciones a la LSE tendientes a poner tal precepto a tono con el régimen democrático.

Se avanza - aunque de manera un tanto tímida - en la depuración de aquellos elementos de la LSE que ya aportados por el Régimen Militar recién abandonado o bien con un origen más antiguo, presentan un trasfondo de carácter autoritario.

Podemos mencionar, de esta manera:

1.- La Ley N°19.047 de 14 de Febrero de 1991, elimina en las figuras de los artículos 5 a) y 5 b) de la LSE, el elemento subjetivo “intimidar a la población” y restringe las agravantes del inciso final del artículo 5 de la LSE y del artículo 5 c) a sola hipótesis de guerra externa.

2.- La Ley N°19.733 de 4 de Junio de 2001 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo modificará la figura del artículo 6 de la LSE, eliminando la hipótesis de difamación, injuria y calumnias a las autoridades que señalaba el artículo 6 letra .b) y derogará los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la LSE, y modificará el artículo 17, que básicamente otorgaban ciertas facultades especiales a la autoridad respecto de delitos cometidos por determinados medios de comunicación y, además ciertas presunciones de responsabilidad respecto de delitos de la LSE cometidos por la prensa.

3.- La Ley N°19.734 de 5 de Junio de 2001, que deroga la pena de muerte en diferentes cuerpos legales sustituyéndola por la de presidio perpetuo calificado, modificará, en este sentido, el inciso segundo del artículo 5 a) y el inciso cuarto del artículo 5 b) de la ley 12.927, sobre Seguridad del Estado.

La imposición del presidio perpetuo calificado implica, en términos generales, la privación de libertad del condenado de por vida bajo un régimen especial, no pudiendo acceder a la libertad provisional sino una vez transcurridos 40 años de presidio efectivo.

Es de esperar que estas reformas a la LSE sean complementados en un futuro no muy lejano con modificaciones de carácter más significativa- del tenor de aquellas que nosotros proponemos más adelante en este trabajo - y que permitan brindarle a

esta ley una mayor coherencia con las bases democráticas que inspiran nuestro sistema político y con los derechos que el ordenamiento reconoce con un carácter esencial en los individuos.

B) Plan de exposición de los delitos contra la Seguridad del Estado en la Ley N°12.927.

La estructura de la LSE comprende 7 títulos de los cuales los 4 primeros se refieren a la regulación de los delitos y sus sanciones. Los demás títulos establecen disposiciones generales y normas sobre competencia y procedimiento, y dotan a la autoridad pública de ciertas facultades para prevenir los delitos que se refiere la ley.

El Título II de la Ley N°12.927, correspondiente a sus artículos 4, 5 a), 5 b) y 5 c), como señala su epígrafe, regula los “delitos contra la Seguridad Interior del Estado” que contiene éste cuerpo legal.

Es posible encontrar, en tal regulación, una gran cantidad de delitos atentatorios contra tal bien jurídico: figuras autónomas de inducción, delitos autónomos, y ciertos actos preparatorios especialmente penalizados.

Algunas de ellas, los contenidos en los artículos 5 a) y 5) incluyen hipótesis calificadas en atención a diversos factores como la calidad del sujeto pasivo de la acción o las circunstancias en que se tiene lugar la conducta.

C) Figuras contenidas en el artículo 4 de la Ley de Seguridad de Estado

1.- Aspectos Generales:

El artículo 4 de la ley N°12.927 describe la gran mayoría de las conductas constitutivas de las figuras penales que atentan Seguridad Interior del Estado dentro de dicho cuerpo legal.

El enunciado de la disposición se ha prestado para largos debates y explicaciones contradictorias respecto a su naturaleza.

Señala el encabezado del artículo 4 de la LSE: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente:...”

Existen dos posturas que intentan determinar la naturaleza y operatividad del enunciado de esta disposición y la relación que guarda con las distintas letras que a continuación de él se establecen.

Sostiene, por una parte, Ortiz Quiroga⁵⁰¹ que el artículo 4 de la LSE contendría en su totalidad “un solo tipo penal que incluye dos finalidades – alzamiento contra el gobierno constituido e incitación de la guerra civil- y varios casos especiales que conformaban figuras derivadas consagradas en cada una de las letras”.

En tales términos, señala el autor que “la expresión: *y especialmente*, indicaría, según su tenor literal, una enunciación de posibilidades ni siquiera taxativa”.

La Corte de Apelaciones de Santiago sigue esta posición en un fallo del año 1980, recaído en la causa “Contra Undurraga Infante, José Vicente”⁵⁰².

⁵⁰¹ CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 10.

⁵⁰² Causa Rol N°14-80 de la Corte de Apelaciones de Santiago, citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 113 y ss.

Señala la Corte que la disposición del artículo 4 de la LSE constituye en su conjunto una sola figura de hipótesis múltiple, esto es “un delito que puede quedar conformado por una diversidad de conductas con igual disvalor jurídico, cuya enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa”.

Una segunda posición, en cambio, ha entendido que cada una de las letras del artículo comentado constituirían una figura penal de carácter autónoma e independiente.

En apoyo de esta posición puede señalarse que el artículo 5 de la LSE que establece la penalidad aplicable a las conductas descritas en el artículo 4 de la LSE se refiere a “los delitos previstos en el artículo anterior”.

Por otra parte, existen razones históricas que permiten fundamentar esta posición. En efecto, como veremos más adelante, cada una de las letras del artículo 4 de la LSE tienen antecedentes legislativos que castigaban las conductas allí descritas, con completa autonomía.

Esta posición sigue un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1984, recaído en la causa “Contra Rojas Nuñez, Iván Zoilo”⁵⁰³, que condena a un sujeto que había cometido conductas encuadrables tanto en la figura de las letras a) y f) del artículo 4 de la LSE.

Señala el fallo citado que “aún cuando ambas figuras están íntimamente ligadas, pues las dos se desarrollan a través de la comunicación, pretenden mover a que se emplee la violencia y cautelan un mismo bien jurídico, no puede pretenderse por ello que constituyan un solo hecho criminoso”.

Observa Campusano Palma⁵⁰⁴ que esta sería la postura mayoritaria de nuestra Jurisprudencia y que, generalmente, da por sentada omitiendo toda fundamentación. Señala el autor que “nos encontramos con numerosos casos en los cuales se condena a los procesados como autores de dos o más de los delitos previstos en las diferentes letras del tantas veces citado artículo 4 de la LSE”.

⁵⁰³ Causa Rol N° 17-78 de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Ibíd*, pág. 37 y ss.

No obstante, el asumir esta última posición no resuelve el problema de determinar la naturaleza del enunciado del artículo 4 de la LSE.

Algunos autores entienden que nos encontraríamos frente a una figura penal autónoma y esencialmente diversa a las consagradas en cada una de las letras del artículo en análisis.

En este sentido, Salinas Chaud⁵⁰⁵ quien considera al enunciado del artículo 4 de la LSE como un delito base respecto del resto de las hipótesis que establece dicha disposición legal.

Señala que “los términos amplios de su consagración...- le permite -...acoger conductas respecto de las cuales el Código Penal es inoperante y no aparecen particularizadas en los numerandos del artículo 4 d el Ley de Seguridad del Estado”.

Sin embargo, son tales “términos amplios” a que se refiere el autor que permiten descartar la posibilidad de considerar como una figura autónoma el encabezado del artículo 4 de la LSE. Si así lo pensáramos estaríamos frente a un tipo legal abierto que no define en absoluto la conducta punida⁵⁰⁶.

En igual sentido se pronuncia Etcheberry, quien señala que “esta tipificación – refiriéndose al encabezado aludido – es demasiado amplia, es inaplicable en la práctica, salvo para los casos que a continuación se contemplan de manera expresa y especial”⁵⁰⁷.

Sin embargo, este autor señala que el encabezado del artículo 4 de la LSE adquiere una importancia fundamental cuando se lo relaciona con las diferentes letras de la disposición citada.

En efecto, sólo aquellos comportamientos que revistan la gravedad necesaria como para afectar la Seguridad Interior del Estado, en términos de poder ser equiparados a “un alzamiento contra el Gobierno constituido” o a “la provocación de la

⁵⁰⁴ CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 11.

⁵⁰⁵ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 85.

⁵⁰⁶ GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 123.

⁵⁰⁷ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 127.

guerra civil”, han de ser sancionados conforme las diferentes letras del artículo 4 de la LSE.

Lo anterior es sabiamente expresado en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1984, recaído en la causa “Contra Ramírez, Pedro Felipe y otro”⁵⁰⁸, que señala que “Estas acciones – las que constituyan la figura de la letra a) del artículo 4 de la LSE – deben ser de tal trascendencia (por ello su conocimiento se entrega a un Ministro de la Corte de Apelaciones) que correspondan con la forma verbal “alzarse” que encabeza el citado artículo 4 y respecto de la cual la enumeración siguiente implica sólo casos más específicos”.

Por último, cabe señalar que existe otro problema vinculado al enunciado del artículo 4 de la LSE, específicamente, de la interpretación que se le otorga a la frase “...cometen delito contra la Seguridad Interior del Estado...”, y que se plantea, también, de análoga expresión que utiliza el enunciado del artículo 6 de ese cuerpo legal, respecto, en ese caso de ciertos delitos contra el orden público⁵⁰⁹.

Cierta Jurisprudencia ha entendido en base a estas expresiones que se estarán estableciendo “presunciones prácticamente inimpugnables en casos concretos – y en consecuencia – se encontraba fuera de sus facultades el entrar a calificar si la seguridad interior o el orden público se hallaban realmente afectados con determinadas conductas”⁵¹⁰.

De esta forma, un fallo recaído en la causa “Contra Gómez, José Antonio” se sostenía, que “El artículo 6° de la Ley de Seguridad del Estado establece que los que cometen alguno de los supuestos que él describe cometen delito contra el orden público. Es así la propia ley la que presume que estas formas delictuosas alteran de alguna manera el orden público. Por tanto, no cabe al sentenciador contrariar el texto

⁵⁰⁸ Causa Rol N°58-83 de la Corte de Apelaciones de Santiago, citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 225 y 226.

⁵⁰⁹ El encabezado de dicha disposición señala: “Cometen delito contra el orden público:...”.

⁵¹⁰ GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 123.

explícito de la ley, que es claro, llegando por vías interpretativas a una conclusión contraria”⁵¹¹.

Como ya tuvimos ocasión de señalar esas presunciones de lesión de bien jurídico no son concebibles si se parte de una correcta comprensión del principio de lesividad. Nos remitimos, en este punto, a lo ya señalado en su oportunidad.

2.- Incitación a la sublevación o a la subversión del Orden Público.

a) Aspectos generales: (Conceptualización, naturaleza y antecedentes legislativos).

El artículo 4 letra a) de la Ley de Seguridad del Estado señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente: a) Los que inciten o induzcan a la subversión del orden público o a la revuelta, resistencia o derrocamiento del Gobierno constituido y los que con los mismos fines inciten, induzcan o provoquen a la ejecución de los delitos previstos en los Títulos I y II del Libro II del Código Penal, o de los de homicidio, robo e incendio y de los contemplados en el artículo 480 del Código Penal;”

Esta figura recibió consagración legislativa por primera vez en el artículo 1 letra b) del DL 50 de 24 de Junio de 1932, y posteriormente, en el artículo 1 de la Ley 6026, que consagraba conductas similares en sus números 2 y 3⁵¹².

La ley habla de incitación o inducción, términos sinónimos. Se trataría de una figura autónoma de inducción de carácter plurihipotética, mixta acumulativa, pues, es posible observar, al menos dos hipótesis bien diferenciadas de instigación.

⁵¹¹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXIX, 2º Parte, Sección 4º, págs. 4 y ss.

⁵¹² KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., págs. 9 y 10.

Por una lado, el legislador habla de la incitación o inducción a la subversión del orden público o a la revuelta, resistencia o derrocamiento del Gobierno constituido, es decir, la inducción estaría referida a la realización de hechos constitutivos de delitos contra el Orden Público, o bien, está referida a hechos constitutivos de sublevación.

En este último aspecto, constituiría según Künsemüller “una evolución y perfeccionamiento de la figura del artículo 123 del Código Penal, que castiga también la excitación al alzamiento público, y cuya característica especial la constituyen los pintorescos modos de comisión que dicha norma señala”⁵¹³.

En este sentido, debe indicarse como diferencias entre la figura analizada y la del artículo 123 del Código Penal, que no sólo no se exige aquí los modos de comisión que se establecen respecto de la figura del Código Penal, sino que además y principalmente, la figura del artículo 4 letra a) de la Ley N°12.912, no requiere para su penalización el hecho de que la sublevación alcance a consumarse.

La segunda hipótesis que la disposición legal analizada prevé se refiere a la incitación a la ejecución de los delitos contra la Seguridad Exterior e Interior del Estado que establecen los Títulos I y II del Libro II del Código Penal, o bien, los de homicidio, robo e incendio y estragos, contemplado este último en el artículo 480 del Código Penal, siempre que en estos casos se persigan los fines anteriormente señalados.

Künsemüller señala que, en este punto, nos encontraríamos frente a una incitación al terrorismo pues, éste último consistiría, “en general, en la ejecución de delitos comunes con fines políticos”⁵¹⁴.

En realidad, como ya veíamos en la parte introductoria, no cabe confundir delitos políticos relativos con delitos terroristas. La doctrina, en general, se encarga de establecer límites bien precisos entre el fenómeno del terrorismo y la criminalidad política⁵¹⁵.

⁵¹³ Ibid, pág. 10.

⁵¹⁴ Ibidem.

⁵¹⁵ En este mismo sentido, SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., págs. 169 y 170.

Por otra parte, desde el punto de vista de nuestra legislación y, principalmente, con la entrada en vigencia de la ley 19.027 de 24 de Enero de 1991 que modificó las disposiciones de la ley de conductas terroristas Ley N°18.314, el delito terrorista se encuentra determinado por la realización de determinadas conductas, que señala el artículo 2 de dicha ley, respecto de las cuales han de concurrir ciertas circunstancias, que establece el artículo 1 de la ley, verdaderas calificantes, y que le otorgan a dichas conductas las características propias del delito terrorista: que se cometa con la finalidad de causar temor en la población de ser víctima de delitos de la misma especie, ya sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados o la existencia de un plan premeditado para atentar contra un determinado grupo o categoría de personas el autor, o bien, que sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

En la caracterización del delito terrorista, como podemos apreciar, nuestra legislación ni siquiera toma en consideración el fin político.

b) Tipicidad objetiva:

i) Sujeto Activo:

La figura que analizamos así como las demás que establece el artículo 4 de la ley 12.927 tiene el carácter de plurisubjetiva, y en consecuencia requerirá para su consumación la concurrencia de varios sujetos activos⁵¹⁶.

ii) Conducta Típica:

⁵¹⁶ De igual parecer, Künsemüller, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los Delitos Atentatorios de la Seguridad Interior de Estado Contenidos en Leyes Penales Especiales”, op. cit., pág. 6.

La acción de incitar o inducir supone la de mover o estimular a otra persona para ejecutar una cosa.

Constituye la conducta descrita en el artículo 4 letra a) de la Ley 12.927 una figura autónoma de inducción que tiene las características que ya hemos analizado respecto de los delitos de tal naturaleza.

Principalmente, la circunstancia de no requerirse la realización del delito inducido por el destinatario para que el instigador sea sancionado, ha diferencia de lo que ocurre en general con la inducción que por constituir una forma de participación para que sea punible ha de tener lugar la comisión del hecho punible por parte del inducido al menos en grado de tentativa.

Distingamos las diferentes hipótesis del artículo 4 letra a) de la Ley 12.927:

- Incitación a la subversión del orden público, o a la revuelta, resistencia o derrocamiento del Gobierno constituido.

En primer lugar, esta hipótesis se refiere a la incitación dirigida a la alteración o trastorno del orden público, bien jurídico con características propias y respecto del cual el legislador ha tipificado ciertas figuras penales en el Código Penal, específicamente, en el título VI del Libro II, denominado “crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, y en la Ley de Seguridad del Estado, título III de dicho cuerpo legal.

Como ya señalábamos al analizar las características generales de toda figura autónoma de inducción, la instigación está destinada a la realización de uno o más hechos constitutivos de ciertos delitos, que en este caso, de los establecidos en los títulos mencionados del Código Penal y Ley 12.927.

Con todo, en cuanto el artículo 4 letra a) establece un delito contra la Seguridad Interior del Estado y no contra el Orden Público, la alteración del Orden

Público debe ser, al decir de Etcheberry⁵¹⁷, “significativa - vale decir - que entrase sensiblemente o impida el libre ejercicio de la autoridad pública con respecto a un sector importante del territorio o a una masa considerable de personas”⁵¹⁸.

En este mismo sentido, Salinas Chaud⁵¹⁹, para quien la subversión del Orden Público debe en este caso significar “un trastorno en las manifestaciones colectivas, de tal modo impactante al complejo social, que conduzca a una situación cercana, sino concurrente, a la ingobernabilidad”.

En segundo lugar, la incitación puede estar referida a la revuelta, resistencia o al derrocamiento del gobierno constituido.

Revuelta significa “alboroto, alteración, sedición” - o bien - “riña, pendencia, disensión”⁵²⁰, resistencia expresa la idea de “oponerse con fuerza a alguno a lo que se expresa”⁵²¹, al paso que derrocamiento, acción o efecto de derrocar, implica la idea de “derribar uno a otro luchando”⁵²².

Como podemos observar que estas diversas expresiones tienen una connotación de carácter violenta.

Por el contrario, un fallo de nuestra Jurisprudencia ha considerado que la incitación a una mera contraposición no violenta al Gobierno podría ser constitutiva de la figura analizada, entendiendo que con ella se induce a la resistencia al gobierno constituido.

Se trata del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1986 recaído en la causa “Contra Sanhueza Cruz, Manuel”⁵²³, por el cual se condenó al inculpado por el delito que analizamos, en razón de ser autor y suscriptor de un documento

⁵¹⁷ Lo manifiesta, por lo demás, el término subversión, acción de subvertir, vale decir, “trastornar, revolver, destruir”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1913, única acepción.

⁵¹⁸ ETCHEBERRY, ALFREDO, citado en CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 14.

⁵¹⁹ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 160.

⁵²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1795, Número 2, 1º y 2º acepción.

⁵²¹ Ver nota N°450.

⁵²² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo I, pág. 687, 2º acepción.

político titulado “La Intransigencia Democrática, la unidad del pueblo y la lucha democrática en 1986”, que se hizo publicar en la revista Análisis, de la semana del 28 de Enero al 3 de Febrero de 1986.

El tribunal señala que las expresiones vertidas en la inserción publicada constituyen, propiamente, una inducción a la resistencia al gobierno constituido, mediante la proposición de “un plan denominado de desobediencia civil, que implica una oposición concertada, y con el fin ilícito, a la acción del gobierno, figura penal que se encuentra penada en el artículo 4, letra a), de la Ley de Seguridad del Estado”⁵²⁴.

La doctrina contenida en este fallo es evidentemente criticable, pues, entiende que el ejercicio de las libertades públicas que no suponga la sumisión a la acción del gobierno está revestida de un carácter ilícito que la hace acreedora de sanciones penales, mediante una interpretación errada del término resistencia a que alude la norma del artículo 4 letra a) de la ley 12.927.

Por lo demás, es bastante dudoso que el legislador sancione en esta disposición una incitación a la desobediencia civil cuando la participación o la organización de acciones de tal naturaleza no aparecen penadas en ninguna parte.

En realidad, la expresión “resistencia” debe ser interpretada en el contexto de la disposición, y debe ser debidamente relacionada con las otras dos expresiones a las que se encuentra yuxtapuesta, los términos “revuelta” y “derrocamiento”.

En este sentido, cabe concluir, como hace Etcheberry que “para acreditarse el delito se requeriría que la resistencia pregonada sea organizada, multitudinaria, y que pretende utilizar la violencia, siendo absolutamente insuficiente la pretensión de sustituir pacíficamente un gobierno por otro o la mera resistencia pasiva o individual”⁵²⁵.

⁵²³ Causa Rol N°8-86 de la Corte de Apelaciones de Santiago, citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 271 y 272.

⁵²⁴ Una opinión similar la encontramos en SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 162 El autor opina que “también es posible incurrir en resistencia o derrocamiento del Gobierno, sin necesariamente valerse del alzamiento, incluso, sin tener que recurrir a exteriorizaciones que aúnen una pluralidad de sujetos”.

⁵²⁵ CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 14.

Sigue este planteamiento, un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1980, recaído en la causa “Contra Geisse Valenzuela, Guillermo”⁵²⁶ que sólo condena como autor de los delitos del artículo 2 y 3 del DL. 77 de 1973, pero lo absuelve respecto del delito analizado.

En la casa del inculpado se había encontrado numerosa literatura en forma de libros, escritos y circulares, además de discos fonográficos de propaganda, máquinas impresoras y panfletos.

La Corte entendió que no se configuraba el delito del artículo 4 letra a) de la Ley de Seguridad del Estado porque del comportamiento del mismo no cabe deducir que ha tenido el propósito de alzarse contra el gobierno constituido. Y agrega el tribunal “No puede constituir tal delito una resistencia pasiva, pacífica o individual. Esta debe ser organizada, multitudinaria y que, incluso, use la fuerza”.

Nosotros entendemos que con las expresiones la revuelta, resistencia o derrocamiento del Gobierno constituido, el legislador alude a diferentes modalidades o variedades a que en que puede desarrollarse un alzamiento rebelde o sedicioso, y en consecuencia, en esta parte de la disposición se estaría estableciendo una incitación a la sublevación.

En este mismo sentido, como ya adelantábamos, se pronuncia Künsemüller⁵²⁷, señalando la relación que existe, en esta parte, con la figura del artículo 123 del Código Penal.

En todo caso, cabe señalar que la figura que dispone el artículo 123 del Código Penal tiene un alcance mucho más limitado que la analizada, pues sólo tendrá aplicación en el evento que se consume la sublevación, condición objetiva de punibilidad que señala tal disposición, y siempre que, en este caso, la incitación sea realizada por los medios que se señalan.

Por lo anterior, de existir discusión respecto de la aplicación de ambos delitos para un caso concreto, la figura del artículo 123 del Código Penal primará por sobre la

⁵²⁶ Recaído en la causa Rol N°33-80 de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Ibíd.*, págs. 123 a 125.

de la letra a) del artículo 4 de la LSE, quedando esta última, en consecuencia, desplazada conforme al llamado principio de especialidad.

En todos los demás casos, vale decir, cuando la sublevación no tenga lugar, o bien, si lo ha tenido, la instigación se efectuó por medios distintos de los que establece la figura del Código Penal, ha de tener aplicación la figura del artículo 4 letra a) de la Ley 12.927.

- los que con los mismos fines inciten, induzcan o provoquen a la ejecución de los delitos previstos en los Títulos I y II del Libro II del Código Penal, o de los de homicidio, robo e incendio y de los contemplados en el artículo 480 del Código Penal.

Esta segunda hipótesis del artículo 4 letra b) de la Ley N°12.926, a los verbos incitar e inducir se agrega el de provocar, el cual debe entenderse con el mismo significado que los ya aludidos.

Aquí aparece más claro que la incitación tiene por objeto la ejecución de ciertos hechos constitutivos de determinados delitos: contra la Seguridad Exterior e Interior del Estado de los Títulos I y II del Libro II del Código Penal, o bien, los de homicidio, robo e incendio y estragos, contemplado este último en el artículo 480 del Código Penal.

Sin embargo, la defectuosa redacción de esta parte de la disposición conduce a que se caiga en contradicciones y repeticiones inútiles.

En primer lugar, es completamente criticable que el legislador señale la procedencia de una incitación referida a cualquiera de los delitos contra la Seguridad Exterior o Interior del Estado de los títulos I y II del Libro del Código Penal.

Lo anterior no sólo por el hecho que el legislador se haya referido promiscuamente a delitos que se refieren a aspectos diferentes de la Seguridad del Estado, sino porque resulta aún más extraña la posibilidad que se incite a la comisión

⁵²⁷ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 10.

de delitos contra la Seguridad Interior del Estado, ya con el fin de subvertir el Orden Público, bien jurídico de una menor entidad que la Seguridad Interior, ya con el fin de producir la revuelta, resistencia o derrocamiento del Gobierno constituido, que se traduciría en una superposición de elementos subjetivos equivalentes.

Por otra parte, los títulos I y II del Libro II del Código Penal, consagran ciertos actos de ejecución y preparación especialmente penalizados y figuras autónomas de inducción, respecto de los cuales no podría proceder una incitación a su comisión, no sólo por razones dogmáticas, sino por existir distorsiones evidentes en la penalidad, llegándose al absurdo de penalizar la inducción con una pena igual o incluso superior a la del hecho inducido.

Al parecer sólo podría tener aplicación respecto de los delitos del título I del Libro II del Código Penal, en cuanto no constituyan actos de ejecución y preparación especialmente penalizados o delitos autónomos de inducción.

Respecto de los delitos del título I del Libro II del Código Penal, sólo tendría aplicación respecto de los delitos de los artículos 134 a 136 del Código Penal, pues constituyen figuras autónomas respecto de la sublevación y siempre que la incitación a la comisión de estos actos no se encuentre consagrada en otras letras del artículo 4 de la ley 12.927.

Y tanto respecto de uno y otro caso, siempre que se cumpla con los fines que establece la norma analizada, vale decir, la subversión del Orden Público o la revuelta, resistencia o derrocamiento del Gobierno constituido.

Respecto de la incitación, con los mismos fines, a la comisión de hechos constitutivos de delitos de homicidio, robo e incendio y de los contemplados en el artículo 480 del Código Penal, vale decir, estragos, sólo cabe señalar que, en esta parte, la disposición del artículo 4 letra a) de la ley 12.927 ha de primar, por aplicación del principio de especialidad por sobre la inducción que constituya forma de participación de estos delitos, en razón del fin político a que tiende la conducta.

Por último, es necesario señalar que resalta dentro de la Jurisprudencia

elaborada en torno a la figura del artículo 4 letra a) de la ley 12.927 durante el Gobierno Militar, la interpretación meramente formalista del precepto que condujo a la incriminación de comportamientos completamente inofensivos para la integridad del aparato estatal.

Así no solo la conducta de repartir panfletos en la vía pública que llaman a la resistencia y al derrocamiento del Gobierno, se entiende encuadrada en la figura analizada⁵²⁸, sino que en ciertos casos, al encontrarse en poder de los inculpados panfletos y otros escritos en los cuales se llamaba a la lucha armada⁵²⁹, se entendía la realización de actos de ejecución de esta figura, cuando no se llegaba al extremo de entender que, en atención al volumen del material encontrado se presumiría la anterior distribución de éste⁵³⁰.

En realidad, el sólo porte o tenencia de panfletos y material en que se planteen acciones de subversión del Orden público o derrocamiento del Gobierno no implica en sí actos de ejecución del delito, mientras no se demuestre fehacientemente la intención de distribuirlos⁵³¹.

Si esta última situación no es plenamente acreditada, el comportamiento involucraría, a lo más, meros actos preparatorios de carácter material que sancionados sólo excepcionalmente en nuestra legislación no lo son, ciertamente, en materia penal política⁵³².

En general, puede señalarse que en todos aquellos casos en los cuales, la incitación se efectúa no respecto de personas determinadas sino con la intención de influir síquicamente en un público indeterminado como en la acción de tirar panfletos o

⁵²⁸ Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaído en la causa “Contra Gangas Guajardo, Evangelina de las Mercedes” Rol N°5-78 citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 30 a 31.

⁵²⁹ Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaído en la causa “Contra Rojas Nuñez, Iván Zoilo” Rol N°17-78, *Ibíd*, págs. 37 y 38.

⁵³⁰ Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaído en la causa “Contra Reyes Sutherland, Patricio” Rol N°20-80. *Ibíd*, págs. 118 a 120.

⁵³¹ En el ya citado fallo 33-80 de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaído en la causa “Geisse Valenzuela, Guillermo” Rol N°20-80. *Ibíd*, págs. 123 a 125.

el rayado de muros o vehículos de la locomoción pública, llamando, en todos estos casos, a la subversión del Orden Público o al derrocamiento del Gobierno, sólo excepcionalmente encuadrará en la figura analizada.

Ha de tratarse siempre de conductas que revistan la necesaria trascendencia⁵³³, como la situación de encontrarse dentro de un plan organizado, y que el contenido de los escritos no suponga una mera crítica al Gobierno o la manifestación de la situación política del país, sino que manifiesten de forma evidente la intención de subvertir el orden público o derrocar al Gobierno constituido mediante la incitación de hechos delictivos en tal sentido.

En esta línea se enmarca el fallo de la Corte de Apelaciones del año 1984 recaído en la causa “Contra Ramírez, Pedro Felipe y otro”, en que se absuelve por el delito analizado al autor de una entrevista en la revista Análisis.

La Corte desestimó el requerimiento sosteniendo entre otras razones que las acciones constitutivas del delito analizado “deben de ser de tal trascendencia (por ello su conocimiento se entrega a un Ministro de la Corte de Apelaciones) que correspondan con la forma verbal alzarse que encabeza el citado artículo 4, y respecto de la cual la enumeración siguiente implica sólo los casos más específicos”.

Siguiendo el razonamiento de la Corte, la acción de un sujeto aislado o el llamado a una resistencia de carácter pacífica la Gobierno⁵³⁴ carecen de la trascendencia necesaria para afectar la Seguridad del Estado y, en consecuencia, quedarán fuera de la descripción típica.

⁵³² Podemos mencionar así, el caso del artículo 445 del Código Penal, que sanciona al que tiene en su poder ciertos instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo.

⁵³³ Fallo de la Corte de Apelaciones recaído en la causa Rol N° 58-83 citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 225 y 226. La Corte continúa señalando que “las opiniones emitidas por el reo no son más que un juicio político de carácter personal y de términos generales, que no implica ni revela un plan subversivo ni organizado, y que refleja las condiciones sociopolíticas del momento”.

3.- Incitación a la desobediencia o a la indisciplina.

a) Aspectos generales: (Conceptualización, naturaleza y antecedentes legislativos).

El artículo 4 de la Ley N° 12.927 señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente: b) Los que inciten o induzcan, de palabra o por escrito o valiéndose de cualquier otro medio, a las Fuerzas Armadas, de Carabineros, Gendarmería o Policías, o a individuos pertenecientes a ellas, a la indisciplina, o al desobedecimiento de las órdenes del Gobierno constituido o de sus superiores jerárquicos;”

Esta figura tiene como antecedentes legales el artículo 1 de la ley N°5091 de 21 de Marzo de 1932 y el artículo 1 de la ley N°6026 de 12 de Febrero de 1937⁵³⁵.

Guarda cierta similitud a la recién analizada, pues como la anterior, se trataría de una figura autónoma de inducción. Claro está que aquí aparecen especialmente indicados quienes han de ser destinatarios de la instigación: la FFAA, Carabineros, Gendarmería o Policías, vale decir, la Policía de Investigaciones de Chile, en cuanto instituciones, o bien, el personal de dichos cuerpos armados, como sujetos particulares. La inducción busca lograr la indisciplina o desobediencia a las ordenes del gobierno constituido o de sus superiores jerárquicos.

Debe, por otra parte ser relacionada con la figura de la letra e) del artículo 4 de la ley 12.927, el delito de desobediencia a las órdenes del gobierno constituido por parte de empleados públicos de Institutos armados.

⁵³⁴ Como ya lo señalaba el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°8-86, que comentábamos al referirnos a la expresión “resistencia”.

⁵³⁵ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 11.

Precisamente, si la acción del inductor tiene éxito los destinatarios de la instigación realizaran hechos constitutivos de la figura del artículo 4 letra e) de la Ley de Seguridad del Estado.

Künsemüller⁵³⁶, vincula la disposición analizada con la figura de seducción de tropas y usurpación de mando del artículo 124 del Código Penal otorgándole idénticas características a la acción de “seducir” que integra la figura del código del ramo con la de “incitar” a que se refiere la figura que analizamos.

Para nosotros ambas expresiones tienen contenidos diferentes que, en definitiva, van a determinar que la figura del Código Penal tenga asignada una pena superior que la establecida respecto de la figura ahora analizada.

La figura del artículo 124 del Código Penal no sólo supone lograr la desobediencia o indisciplina de alguna institución armada o del personal que la integra, sino que, como señalamos en su oportunidad, la acción de seducir implica proporcionarse de un contingente militar que permita la perpetración de los delitos de rebelión o sedición.

En este sentido, la acción descrita en el artículo 4 letra b) de la Ley 12.927 podría implicar sólo la antesala de la conducta que establece el artículo 124 del Código Penal.

Por otra parte, la figura que analizamos guarda cierta similitud con ciertas hipótesis de instigación a la sedición militar o motín descritas en los artículos 274, 275 y 276 del Código de Justicia Militar.

En opinión de Alliendi Pinto⁵³⁷, la disposición del artículo 4 b) de la LSE habría derogado tácitamente las normas del Código de Justicia Militar, principalmente, la de su artículo 276⁵³⁸, ya que ambas regularían la misma materia.

⁵³⁶ *Ibíd*, págs. 11 y 12.

⁵³⁷ ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, pág. 39.

⁵³⁸ El artículo 276 del Código de Justicia Militar establece “El que, fuera del caso contemplado en el artículo anterior, induzca a cualquier alboroto o desorden, de palabra, por escrito, o valiéndose de cualquier otro medio, o hiciere llegar a conocimiento de las tropas especies destinadas a causarles disgusto o tibieza en el servicio, o que se murmure de él, será castigado...”

En realidad, la finalidad esencialmente política que imprime el enunciado del artículo 4 de la LSE, otorga a la figura de su letra b), un carácter claramente diferenciado del delito consagrado en el Código Castrense, que se orienta, por el contrario, directamente a la preservación de la Seguridad del Ejército y la disciplina militar⁵³⁹.

b) Tipicidad objetiva:

i) Sujeto activo:

Respecto de este punto cabe lo dicho respecto de la figura de la letra a) de este artículo 4 de la ley 12.927.

Puesto que la ley no distingue los inductores podrían ser integrantes de dichos institutos armados, o bien, personas ajenas a éstos.

ii) Conducta típica.

Analizábamos en el número anterior el significado de los términos incitar e inducir, aquí gozan del mismo significado.

Redunda el legislador al señalar que la acción puede verificarse “de palabra o por escrito o valiéndose de cualquier otro medio” pues, como señalábamos anteriormente, la instigación puede tener lugar por cualquier medio que permita lograr el convencimiento de los destinatarios, vale decir, las personas respecto de las cuales el instigador trata de persuadir en la realización de un hecho que revista las características de determinado delito.

Lo anterior, desde luego, siempre que se trate de un medio idóneo para tal efecto, por exigencia del principio de lesividad, y siempre que no suponga coacción

⁵³⁹ En este sentido, SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., págs. 183 y 184.

física o síquica o la inducción en un error del destinatario, situaciones en las cuales, evidentemente, el inductor pasará a ser autor.

La inducción puede tener por objeto la indisciplina o desobediencia respecto de las órdenes del Gobierno constituido, o de sus superiores jerárquicos.

Disciplina implica “Observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto”⁵⁴⁰, de manera que con indisciplina la disposición se refiere a la falta de observancia de las normas que rigen la actividad de estos cuerpos, principalmente, la ley orgánica respectiva o los respectivos reglamentos de conducta.

En estos términos, la expresión “indisciplina” se encuentra referida a “una situación de incumplimiento, pero que no dice relación con una orden en particular, sino más bien con el marco general a que deben someter su actuar los respectivos cuerpos armados”⁵⁴¹.

Por su parte, puesto que el término obedecer significa “cumplir la voluntad de quien manda”⁵⁴², la idea de desobediencia supone una orden de carácter específica, y una autoridad de la cual esta orden emana, aspectos ambos, que aparecen claramente en la figura analizada⁵⁴³.

Se trata, en consecuencia de los mandatos dados por el Gobierno legítimo a los institutos armados, o bien, de aquellos dados por los superiores jerárquicos a sus inferiores dentro de cada institución.

Las características que presentan las ordenes en uno u otro caso se va a encontrar determinada por la forma en que manifiesta el deber de obediencia.

En cuanto a la relación entre los cuerpos armados en su conjunto con los poderes públicos, el artículo 90 inciso 4° de la Constitución Política, disposición que señala que “Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son

⁵⁴⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo I, pág. 760.

Allí mismo e señala que la expresión "tiene mayor uso referido a la milicia - como en este caso - y a los estados eclesiásticos secular y regular".

⁵⁴¹ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 173.

⁵⁴² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1458, 1° acepción.

⁵⁴³ Que se refiere a un “desobedecimiento de las órdenes del Gobierno constituido o de sus superiores jerárquicos”.

esencialmente obedientes...”. De esta manera, se impone un deber de obediencia absoluto, vale decir, sin examen de discusión respecto de la orden del superior, el Gobierno constituido.

Distinta es la situación de las relaciones de subordinación intrainstitucionales, donde, por un lado aparece, conforme a las disposiciones de los artículos 334, 335 y 214 se impone un deber de obediencia reflexiva, es decir, que plantea la posibilidad al subordinado de representar la ilegalidad de la orden al superior, que solo se encontrará obligado a cumplir en el evento que el superior insista, y por otro lado, la orden se encuentra circunscrita a su relación con el servicio⁵⁴⁴ como al uso de legítimas atribuciones por parte del superior⁵⁴⁵.

En este último caso, puesto que la orden se encuentra condicionada a determinados elementos que hacen generar en el subordinado la obligación de acatar el mandato del superior, la falta de tales elementos determinaría la inexistencia del deber de obediencia, de manera que el incumplimiento es lícito y, aún obligatorio, si tiende tal orden, por ejemplo, a la perpetración de un delito. En tales condiciones, la inducción al no acatamiento de las órdenes desprovistas de los elementos que las vuelven obligatorias no puede ser vista como una incitación al desobedecimiento⁵⁴⁶.

Por otra parte, es necesario referirnos a la entidad de los comportamientos para la afección del bien jurídico Seguridad Interior del Estado.

Claramente una incitación al no acatamiento de las órdenes del Gobierno constituido supone, en todo caso, una perturbación a la Seguridad Interior, uno de cuyos aspectos fundamentales se encuentra determinado por la sujeción de la Fuerza Militar al control civil.

⁵⁴⁴ Es decir, que se refiera o tenga relación con “las funciones que a cada militar le corresponden por el hecho de pertenecer al cuerpo armado”. ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, op. cit., pág. 286.

⁵⁴⁵ Ambos requisitos que emana del inciso 1º del artículo 334 del Código Castrense que señala que “todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden *relativa al servicio* que, *en uso de atribuciones legítimas*, le fuere impartida por un superior”.

⁵⁴⁶ En el mismo sentido, SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 174; ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., págs. 37 y 38.

En efecto, como señala Jorge Mera “la disposición – que analizamos - no sólo alude a la disciplina interna de la rama respectiva, sino que concierne asimismo, y en primer lugar, a la mantención de la disciplina interna de la rama respectiva respecto del gobierno constituido (que se supone, es un gobierno democrático, de acuerdo al que fue dictada la ley)”⁵⁴⁷.

Pero no resulta igualmente clara la vinculación entre la inducción a la indisciplina o el desobedecimiento intrainstitucional y la Seguridad Interior del Estado. A primera vista, parecería existir sólo una infracción del deber de subordinación militar.

En realidad, debe entenderse esta parte de la disposición en el contexto general en que se encuentra establecida y, fundamentalmente con el enunciado del artículo 4 de la Ley N°12.927.

Ha de tratarse, en consecuencia de una incitación a la realización de actos concretos de desobediencia que tengan la trascendencia necesaria para que la integridad del aparato estatal pudiese verse afectada.

Este requisito referido al carácter significativo que han de tener los actos de inducción aparece desarrollado en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1963, recaída en la causa “Contra Palma K. Pablo y otros”, que absuelve a los procesados que, al paso de los soldados durante la Parada Militar, repartieron impresos con una composición del poeta cubano Nicolás Guillén.

Sostiene el tribunal que, “si bien el texto repartido importa la introducción de un elemento extraño y perturbador del concepto estricto de lealtad, obediencia y disciplina militar, por sí solo no sirve para producir la indisciplina o la desobediencia de los soldados. Para ello y, consecuentemente, causar un alzamiento contra el gobierno constituido o provocar la guerra civil se necesitaría, además de que los

⁵⁴⁷ MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973”, op. cit., pág. 18.

impresos fueran realmente entregados a los soldados, hubiera tropa dispuesta a faltar a sus deberes esenciales y a exponerse a sufrir las penas previstas en la ley marcial para este tipo de delitos”⁵⁴⁸.

Por el contrario, resulta completamente criticable la doctrina contenida en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1986, recaído en la causa “Contra Rojas Urbina, Sergio Eusebio”⁵⁴⁹ que condena al inculpado que, en Marzo de 1986, fue detenido en el momento en que se disponía a lanzar panfletos en los cuales “se incita a los miembros de las FFAA. a rebelarse contra la disciplina que los sujeta y el orden político del país”.

Respecto de la alegación de inidoneidad del medio empleado esgrimida por la defensa, el tribunal de primera instancia la desecha señalando que “en el proceso consta que fue justamente personal militar el que, al detener al reo, tomó conocimiento de los panfletos por lo que sí se configura el tipo delictivo debatido”.

No existe, de esta manera, ninguna preocupación por determinar si el contenido de los panfletos o la actividad misma desplegada – que no alcanza en la especie ni siquiera a materializarse - tiene la capacidad suficiente para lograr el convencimiento del personal militar respecto de la indisciplina frente al Gobierno o a sus superiores jerárquicos.

El acento se coloca, más bien, en la mera actitud interior del inculpado, más allá donde le es lícito llegar al Derecho Penal.

Lo anterior queda de manifiesto cuando el tribunal se encarga de señalar que “la intensión dolosa del reo queda aún más en evidencia si se considera que admite, igualmente, que llevaba consigo en aquella oportunidad papeles que se relacionan con actividades de agitación violentista de índole política”.

⁵⁴⁸ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LX, 2º Parte, Sección Cuarta, pág. 21, y además, CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 34.

⁵⁴⁹ Causa Rol N°15-86, citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 276 y 277.

4.- Complot o conspiración:

a) Aspectos generales: (Conceptualización, naturaleza y antecedentes legislativos)

El artículo 4 de la ley 12.927 señala en su letra c) que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente: c) Los que se reúnan, concierten o faciliten reuniones destinadas a proponer el derrocamiento del Gobierno constituido o a conspirar contra su estabilidad;”

Esta figura tuvo su primera consagración legislativa en el artículo 1 N°11 de la Ley 6.026, posteriormente, en el artículo 1 N°1 letra d) de la ley 8.927 de 3 de Septiembre de 1948⁵⁵⁰.

Como señala Künsemüller, en este caso la ley “eleva una conducta preparatoria de un delito, a la categoría de figura delictiva autónoma: se tipifica en forma especial, la comisión de actos preparatorios – proposición y conspiración”⁵⁵¹.

Etcheberry⁵⁵², por su parte, sostiene que se tratarían de “una tipificación especial de ciertas formas de conspiración”, que harían excepción a la regla general que establece la ley 12.927 en orden a que las resoluciones manifestadas, vale decir, la conspiración y la proposición, serán penadas con la sanción del delito consumado rebajada en uno o dos grados.

Campusano, en cambio, realiza una distinción, según la cual tendrían solamente la calidad de actos preparatorios “las reuniones destinadas a proponer el

⁵⁵⁰ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 34.

⁵⁵¹ Ibid., pág. 35.

⁵⁵² ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 128

derrocamiento del gobierno...pero creemos – señala - que las reuniones destinadas a conspirar contra la estabilidad son constitutivas ya de una acción delictiva propiamente tal”⁵⁵³.

En nuestra opinión no existe razón para distinguir una de otra conducta, desde que las reuniones a que se refiere la disposición legal tienen por objeto “proponer” o “conspirar” términos a los cuales el legislador les otorga un significado preciso en el artículo 8 del Código Penal.

Tales objetos imprimen a las reuniones el carácter evidente de actos preparatorios de hechos constitutivos de delitos que pudiesen afectar la Seguridad Interior del Estado.

En consecuencia, el delito analizado ha de emparentarse con ciertas figuras de imperfecta realización que establece el Código Penal, la proposición y conspiración para cometer ciertos delitos contra la Seguridad Interior del Estado: el delito de rebelión, artículo 121 del Código Penal; la forma agravada de este delito que establece el artículo 122 de dicho cuerpo legal; la seducción de tropas o usurpación o retención del mando del artículo 124 del Código Penal, o bien, el delito de sedición, artículo 126 del Código Penal.

La circunstancia de asignar la naturaleza de acto preparatorio a la figura analizada permite distinguirla de la que establece la letra d) del artículo 4 de la Ley 12.927, que tipifica ciertas conductas relacionadas con determinadas especies de asociaciones ilícitas: “milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes”.

Si bien tanto las reuniones como las agrupaciones a que se refieren, respectivamente, las letras c) y d) del artículo 4 de la Ley 12.927 buscan la comisión de acciones delictivas que afecten la Seguridad Interior del Estado, respecto de las “reuniones”, estos se tratarán de hechos delictivos, precisos y determinados que, en

⁵⁵³ CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de la Ley de Seguridad del Estado y su Jurisprudencia durante el Gobierno Militar”, op. cit., pág. 38.

cambio, no se encontrarán particularmente determinados en el caso de las “agrupaciones”.

Por su parte, los grupos a que se refiere la letra d) de tal artículo 4 de la Ley 12.927 tienen un carácter permanente que no es compartido por las reuniones que establece la disposición que ahora analizamos.

Por último, conviene tomar en cuenta al momento de interpretar la figura, su vinculación con el artículo 19 N°13 de la Constitución Política⁵⁵⁴, disposición que consagra “el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”.

En efecto, debemos de ser en todo cuidadosos en el análisis del artículo 4 letra c) de la LSE, de manera de no entender comprendidas en la figura conductas que sólo constituyan legítimo ejercicio del derecho de reunión, afectando, de esta manera, la esencia de tal derecho fundamental⁵⁵⁵.

b) Tipicidad objetiva:

i) Sujeto activo:

La naturaleza plurilateral de las reuniones conspirativas determina la concurrencia de diversos sujetos activos que han de concurrir a la comisión del delito.

ii) Conducta típica:

Las hipótesis que establece la figura del artículo 4 letra c) de la ley 12.927 son:

⁵⁵⁴ En este sentido, MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973”, op. cit. pág. 18.

⁵⁵⁵ Posibilidad que expresamente se encuentra vedada por el texto constitucional en su artículo 19 N°26, y que aparece aún más manifiesta respecto del derecho de reunión, teniendo en cuenta que el Constituyente no quiso, a diferencia de otros derechos constitucionales, autorizar su limitación en aras de la “Seguridad Nacional” (entiéndase Seguridad del Estado).

- Reunirse.

El significado de la expresión reunir, vale decir, “juntar, congregar o amontonar”⁵⁵⁶, sólo nos ofrece un aspecto parcial de la hipótesis que analizamos.

En efecto, la acción de reunirse implica el agruparse un número indeterminado de personas, con un carácter estrictamente temporal, característica esta última que la diferencia del “asociarse”, que supone, por el contrario, una vinculación de carácter permanente entre las personas involucradas.

La ley no establece un número mínimo de personas para entender que estamos ante una reunión. Tal número se encontrar, en definitiva determinado por la idoneidad requerida para afectar al bien jurídico protegido.

Puesto que la disposición no distingue, es indiferente que la conducta tenga lugar en un lugar público o particular, abierto o cerrado.

- Concertar o facilitar reuniones.

Concertar significa “pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio”- o bien - “traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes”⁵⁵⁷.

Por su parte, facilitar implica “hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin”⁵⁵⁸.

Puesto que en la letra c) del artículo 4 de la Ley 12.927, las formas verbales “concierten” y “faciliten” aparecen vinculadas por la conjunción disyuntiva “o”, parecería ser que la disposición estaría estableciendo dos acciones que pueden tener lugar indistintamente.

Así lo entiende Salinas Chaud, para quien las acciones supondrían, por un lado, en el caso de la acción de “concertar”, “el solo entendimiento de voluntades, verificado

⁵⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1791, 2º acepción.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, Tomo I, pág. 530, 3º y 4º acepción.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, Tomo I, pág. 943, 1º acepción.

entre dos o más personas, en orden a celebrar una reunión con los propósitos que señala la norma, aún cuando la decisión no se encuentre acabada y aún cuando la reunión no llegue a celebrarse”⁵⁵⁹.

Para la acción de “facilitar”, el autor indicado entiende que nos encontraríamos ante “la colaboración que pueda prestarse para que la reunión se haga posible y por lo tanto, comprende tanto los medios materiales (local, convocatoria, etc.) como intelectuales”⁵⁶⁰.

Sin embargo, la Doctrina y la Jurisprudencia, en general, han entendido que las acciones de “concertar” y “facilitar” que menciona el artículo 4 c) de la LSE se complementan mutuamente, al vincular la disposición analizada con una de las formas de coautoría que establece el artículo 15 N°3 del Código Penal.

Así señala Mera “por lo que se refiere a las formas de participación en el delito, el hecho que se considere como autores del mismo a quienes “concierten o faciliten” reuniones obedece a la tendencia marcada por el Código Civil chileno. Este, en efecto, considera autores, entre otros, a “los que, concertados para su ejecución (la del delito), facilitan los medios con los que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él” (Art. 15, N°3). De esta manera, la calidad de autor es más amplia que en el común de las legislaciones, incluyéndose conductas que en la doctrina penal corresponden más propiamente a la complicidad”⁵⁶¹.

En cuanto a la Jurisprudencia es posible citar, en primer término un fallo de la Corte Marcial del año 1972 recaído en la causa “Contra Viaux Marambio, Roberto y otros”⁵⁶², referida al secuestro y asesinato del Gral. Schneider y las reuniones en las cuales se ideó la realización de ésta y otras actividades delictivas.

La Corte pronunciando respecto de la responsabilidad que le podía caber a uno de los inculpados que únicamente facilitó el departamento en el cual se habían

⁵⁵⁹ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 186.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973”, op. cit., págs. 18 y 19.

⁵⁶² REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Tomo LXIX, 2° Parte, Sección 4°, págs. 191 y ss., especialmente pág. 231 (considerando 65 de la sentencia aludida).

realizado las reuniones pero sin conocer los fines a que se destinaría el inmueble señala “No aparece entonces de lo expuesto que Aravena haya realizado actos sancionables penalmente, porque no está demostrado que participara en reuniones de carácter político destinadas a conspirar contra la estabilidad del Gobierno, *ni facilitó los medios – en concierto con otros – para que se llevaran a efecto esas conspiraciones...*”.

También es posible citar el fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, del año 1975, recaído en la causa “Contra Cepeda Andrade, Cristián Humberto y otros”⁵⁶³, respecto de la realización de reuniones conspirativas realizadas por ex militantes del Partido Comunista que condenó a los inculpados por varios delitos.

Refiriéndose a la responsabilidad que les cabría por la figura analizada señala que con la confesión de algunos de los reos, la declaración de testigos respecto de otros y mediante presunciones respecto de los demás pudo acreditarse que los inculpados “realizaron reuniones, o se concertaron para facilitarlas”.

Cabe mencionar además otro fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1979 recaído en la causa “Contra Soto González, Luis de la Rosa y otros”⁵⁶⁴, respecto de la realización de reuniones clandestinas en que habrían participado los inculpados para reorganizar el Partido Comunista y distribución de panfletos.

Respecto de uno de los procesados señala el tribunal que su conducta difiere de los demás reos a los cuales si se le atribuye responsabilidad en el delito analizado. “En efecto – señala la Corte – este reo fue sorprendido por carabineros distribuyendo volantes y no se le imputa en ningún momento pertenecer al Partido Comunista o conocer, al menos, a sus co-acusados, lo que hace de rigor absolverlo de la acusación, pues la infracción a que ella se refiere *presupone reunión o concierto* de personas dirigidas en contra del gobierno constituido”

Por otra parte, debemos señalar que a pesar de que la disposición utiliza el plural – pues habla de “reuniones” – creemos que el delito podría encontrarse

⁵⁶³ Causa Rol N°1-75 citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs 22 a 24.

⁵⁶⁴ Causa Rol 7-79, *Ibíd.* págs. 59 y ss.

consumado con la realización de una sola, si ello basta para el cumplimiento de los fines a que tiende la figura.

En todo caso, las reuniones han de concretarse efectivamente para que la figura se entienda consumada.

De otra manera, se estaría penalizando “la conspiración para un acto preparatorio”, posición plácidamente sostenida por Salinas Chaud⁵⁶⁵, pero que se encuentra en franca contradicción con el principio de lesividad.

c) Tipicidad subjetiva:

Para que el delito se consume es necesario que cualquiera de las hipótesis a que nos hemos referido y que constituyen la conducta típica tiendan hacia la concreción de determinados fines.

Por ello, si bien reconocemos que la redacción de la disposición no es de lo más afortunada sería impensable entender que “conduce a que se castigue a una persona que se “concierte” o simplemente “facilite” la realización de una reunión (por ejemplo, prestando su domicilio) como autor del delito, aún sin saber a priori y con precisión que se tratará en ella”⁵⁶⁶, como señala Campusano Palma.

Y es que las finalidades presentes en la figura – tal como las existentes en otras figuras del artículo 4 de la Ley N°12.927 – constituyen elementos subjetivos que deben concurrir en el comportamiento de cada uno de los agentes, para que puedan resultar sancionados.

Conforme a la figura analizada los sujetos activos han de reunirse, concertar o facilitar reuniones destinadas a:

⁵⁶⁵ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 186.

i) Proponer el derrocamiento del Gobierno constituido.

Proponer significa “manifestar con razones una cosa para conocimiento de uno, o para inducirle a adoptarla”⁵⁶⁷.

La proposición como la conspiración constituyen actos preparatorios de delitos que se pretenden ejecutarse mediante una acción de sujeto plural.

Como ya señalamos, la proposición se encuentra definida en el inciso 3 del artículo 8 del Código Penal: “La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas”.

No existe, como indicábamos, proposición para ejecutar un delito en abstracto, sino uno en particular.

En el caso de la disposición comentada se trata de una proposición para cometer una sublevación, es decir, un hecho que revista caracteres de rebelión o sedición.

ii) Conspirar contra su estabilidad.

Conspirar implica “convocar, llamar uno en su favor; unirse algunos contra un superior o un soberano”⁵⁶⁸.

Sin perjuicio a la consideración del sentido natural del término, la conspiración aparece definida por el legislador, en el artículo 8 inciso 2° del Código Penal “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un crimen o simple delito”.

La conspiración, al igual que la proposición, lo es para cometer un delito en particular.

⁵⁶⁶ CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 41.

⁵⁶⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, Tomo II, pág. 1112, 1° acepción

⁵⁶⁸ *Ibid.*, Tomo I, pág. 364 y 365, 1° y 2° acepción.

Pero la disposición analizada establece que la conspiración es “contra su estabilidad – del Gobierno constituido”, sin encontrarse vinculada a un hecho delictuoso en particular.

Esta es, al parecer, la razón que hace pensar a Campusano Palma que en esta hipótesis a diferencia de la anterior no nos encontraríamos frente a un acto preparatorio especialmente penalizado sino más bien frente a una figura delictiva en particular.

En realidad, cuando analizamos el concepto de estabilidad, concepto que se encuentra profundamente ligado a la idea misma de Seguridad del Estado, tuvimos oportunidad de apreciar que la estabilidad del Gobierno constituido, desde una perspectiva democrática, solo puede resultar afectada, por hechos que, en cuanto supongan la transformación violenta o por medios reprochables del aparato estatal, constituyan conductas específicamente penalizadas por el legislador.

En consecuencia, no se entenderá configurada la figura por la sola circunstancia de presumirse un cierto ánimo hostil proclive a la realización de hechos de tal naturaleza, como parecer ser la posición de un fallo del año 1979 de la Corte de Apelaciones de Santiago recaído en la causa “Contra Durán Campos, Juan Eduardo”⁵⁶⁹ conforme al cual se condena a un sujeto ligado a miembros del MIR con los cuales se reúne en forma clandestina.

La Corte fundamenta la decisión señalando que “Este grupo – vale decir, el MIR- en forma pública ha proclamado y proclama su decidido y permanente propósito de derrocar al régimen constituido, conspirando contra su estabilidad”, y que “la actividad revolucionaria desplegada por los miembros del MIR es permanente y su propósito se mantiene latente mientras su objetivo de derrocar al régimen constituido no se cumpla”.

Contrariamente a la doctrina emanada de este fallo, no basta la expresión de meros deseos por parte de los agentes, sino que el hecho de conspirar contra la estabilidad del Gobierno constituido, supone proyectar acciones delictivas precisas y

⁵⁶⁹ Causa Rol N°17-79 citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 65 y 66.

determinadas en tal sentido, es decir, con la determinación de todos los elementos del tipo específico.

Podrá tratarse de un solo hecho delictivo, o bien, de varios, pero, en todo caso, han de ser éstos determinados.

Normalmente tales hechos han de constituir delitos contra la Seguridad del Estado, que obviamente afectarán la estabilidad del aparato estatal.

No obstante la Jurisprudencia ha entendido que otras conductas no constitutivas de delitos contra la Seguridad Interior del Estado sino de otras figuras delictivas puedan ser objeto de las reuniones conspirativas.

Así, por ejemplo, en el ya citado fallo recaído en la causa “Contra Viaux Marambio, Roberto y otros”⁵⁷⁰, se acredita que las reuniones tuvieron por objeto “preparar un plan para obtener que el entonces candidato a la Presidencia, don Salvador Allende, no llegara a ocupar la primera magistratura de la Nación, para lo cual se ideó el secuestro de algunos generales, que después se concretó a la persona del General Schneider”.

Si bien es cierto que en tal época no existía una figura como la que establece el actual artículo 5 letra b) de la Ley de Seguridad del Estado, que sanciona entre otras hipótesis a “los que con el propósito de alterar el orden constitucional...privaren de libertad a una persona”, que pudiese haber comprendido tales hechos, la intención política que los animaba era evidente.

Actualmente, con el amplio espectro de conductas que se encuentran tipificadas como delitos contra la Seguridad Interior del Estado, se hace difícil concebir que las reuniones conspirativas vayan a abarcar acciones no comprendidas en este tipo de figuras.

⁵⁷⁰ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Tomo LXIX, 2º Parte, Sección 4º, págs. 191 y ss., especialmente pág. 225 y 226.

5.- Bandidaje.

a) Aspectos generales: (Conceptualización, naturaleza y antecedentes legislativos)

El artículo 4 letra d) de la Ley 12.927 señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente: d) Los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes y a los que formen parte de ellas, con el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra los Poderes del Estado o atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6.º;...”.

Antes que nada es necesario señalar que la letra b) del artículo 6.º, fue objeto de una modificación que precisamente eliminó la referencia a estas autoridades.

En efecto, el antiguo texto de tal disposición sancionaba a “Los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo o el nombre de la Patria, himno nacional y los que difamen, injurien o calumnien al Presidente de la República, Ministros de Estado, Senadores o Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, o General Director de Carabineros, sea que la difamación, la injuria o la calumnia se cometa con motivo o no del ejercicio de las funciones del ofendido”.

El artículo 46 de la ley N°19.733 de 17 Mayo de 2001 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, suprimió la última parte de la disposición referida a las difamaciones, injurias o calumnias a las autoridades que allí se señalaba⁵⁷¹.

⁵⁷¹ De manera que, el texto actual de la letra b) del artículo 6 de la Ley 12.927 reza así: “b) Los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo, el nombre de la patria o el himno nacional;”.

Sin embargo, en cuanto la ley N°19.733 sólo modificó la letra b) del artículo 6 de la ley N°12.927, pero mantuvo intacta la figura de la letra d) del artículo 4 de dicho cuerpo legal, no se ha afectado para nada el sentido de disposición que analizamos y, en consecuencia, sigue constituyendo uno de los fines a los que tienden las conductas descritas en la norma, el atentar en contra de alguna de las autoridades que describía la letra b) del artículo 6 de dicho cuerpo legal⁵⁷².

La figura que establece el artículo 4 letra d) de la Ley 12.927 fue consagrada por primera vez a nivel legislativo con la dictación de la ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, sin que haya tenido antecedentes legislativos anteriores directos⁵⁷³.

Antecedente indirecto lo constituirían ciertas figuras de asociaciones ilícitas que establecían el artículo 3 del DL N°50, los artículos 1 N°5 y 3 de la Ley 6026 y del artículo 1 N°5 de la Ley N°8987⁵⁷⁴ y, pos supuesto, las normas de los artículos 292 y siguientes del Código Penal que sancionan distintos comportamientos referidos a la formación o participación en asociaciones ilícitas, respecto de las cuales, podemos adelantar, las “milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes” a que alude la disposición que analizamos serían sólo una especie de tales asociaciones revestidas de ciertas características especiales y orientados a un fin político determinado

El aspecto específico de la Seguridad Interior del Estado que aparece protegido en la disposición analizada es la preservación del monopolio del uso de la Fuerza en manos del Estado, sancionándose, de esta forma, las actividades vinculadas a la organización o acción de movimientos o grupos que pretendan constituir un poder militar paralelo al estatal.

Estamos plenamente de acuerdo con lo expresado por Campusano Palma, en el sentido de que esta figura es la que muestra, de manera más evidente, “la falta de

⁵⁷² Por otra parte, debe señalarse que la disposición que analizamos realiza una simple remisión a la letra b) del artículo 6 de la ley por una razón de economía legislativa, y en ningún caso, se encuentra en una relación de subordinación – para efectos de su aplicación – con la norma modificada.

⁵⁷³ Así señala, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 83.

⁵⁷⁴ *Ibid.* pág. 77 y 78.

sistematicidad del conjunto de disposiciones penales políticas⁵⁷⁵, ya que se comprenden situaciones completamente disímiles bajo una sola figura penal.

Es posible observar, de tal forma, tres hipótesis claramente diferenciadas.

En primer término, se sanciona la incitación a la organización de los grupos o movimientos armados, con el fin de sustituir, atacar o interferir en el desempeño de la fuerza pública, alzarse contra los Poderes del Estado, o atentar contra ciertas autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6.º, que corresponde a los cargos de mayor importancia de los tres poderes públicos y los jefes de la Fuerzas Armadas y de Orden.

Se trataría esta primera hipótesis de una figura autónoma de incitación, de características similares a las letras a) y b) del artículo 4 de la LSE. En este caso, la instigación va dirigida a la formación de organizaciones de carácter militarizado con el objeto de lograr los fines allí señalados.

En segundo lugar, se sanciona a los que, con los mismos fines, financien o ayuden a la organización de estos grupos.

Esta parte estaría referida a ciertas conductas que implican apoyo o asistencia en la formación de tales grupos, tanto con un carácter monetario como material o técnico.

Por último, la letra d) del artículo 4 de la Ley de Seguridad del Estado sanciona a los que formen parte de estas organizaciones con los fines ya indicados, vale decir, a los integrantes de dichos grupos.

Ninguna de las tres hipótesis indicadas sanciona la organización misma de los referidos grupos.

Künsemüller⁵⁷⁶ entiende que la conducta de organizar ya se encontraría penalizada dentro de la órbita del delito de asociación ilícita previsto en el artículo 292

⁵⁷⁵ CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 46.

⁵⁷⁶ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, pág. 37.

y siguientes del Código Penal, o bien, podemos agregar, en los tipos más específicos que establece la Ley de Control de Armas.

En realidad, se hace difícil pensar que la acción de organizar los grupos u organizaciones armados no pueda ser encuadrada dentro de alguna de las diferentes hipótesis del artículo 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado.

De esta forma, si la organización del movimiento es ideada por alguien que no va a participar en él, pero convence a otros para que la integren, estaremos frente a un incitador; en cambio, si el sujeto participa en el movimiento se entiende que forma parte de él – se trataría de una especie de promovedor -, y en consecuencia, también será sancionado por la figura analizada.

La figura del artículo 4 letra d) de la ley 12.927 guarda ciertas similitudes con delitos previstos en otros cuerpos legales.

Ya hemos adelantado, en parte, su relación con las disposiciones sobre asociaciones ilícitas que establece el Código Penal.

El artículo 292 del Código Penal señala que “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades importa un delito que existe por el sólo hecho de organizarse”.

El artículo 293 sanciona a “los jefes, los que hubieren ejercido el mando de ella y sus provocadores” de tales asociaciones, y el artículo 294 del mismo cuerpo legal, sanciona a “los que formen parte de éstas”, y a “los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento o escondite o lugar de reunión”.

Existe otra figura que guarda aún mayor similitud con la disposición del artículo 4 letra d) de la ley 12.927. Se trata de delito que establece el artículo 8 de la Ley N°17.798, sobre Control de Armas.

Tal disposición sanciona a “los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, instruyeren, incitaren o indujeren a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con algunos

de los elementos indicados en el artículo 3 (que establece un concepto de arma más amplio que el establecido en el Código Penal)...”. El inciso segundo de dicha disposición, a su turno, sanciona con una pena menor a “los que a sabiendas ayudaren a la creación y funcionamiento” de los grupos indicados.

Las similitudes que existen entre estas diversas disposiciones nos coloca en la necesidad de determinar cual de las figuras penales prevalece por sobre las demás en el caso concreto.

Por una parte, Etcheberry opina que la norma del artículo 4 letra d) de la Ley 12.927 prevalece por sobre las disposiciones de los artículos 294 del Código Penal y 8 de la Ley de Control de Armas, por aplicación del principio de especialidad, dada “la particular finalidad política que tiene esta conducta en la Ley de Seguridad del Estado”⁵⁷⁷.

En el mismo sentido se pronuncia Urbina, para quien “al contemplar y exigir una determinada finalidad en los sujetos activos, el delito de la LSE es la especie frente al artículo 8 de la Ley de control de armas que es el género al no contemplar ningún elemento subjetivo del tipo”⁵⁷⁸.

Diferente es la opinión sustentada por Campusano Palma, para quien la aplicación del principio de especialidad operaría, más bien en favor de la figura establecida en la Ley de Control de Armas en cuanto ésta “contempla como denominador común la presencia efectiva de armas y elementos sujetos al control de la misma..., en cambio, el tipo del artículo 4 letra d) de la LSE quedaría reducido a los casos de grupos de combate que, aún cuando tuvieran un organización idónea para utilizar armas o los propósitos pertinentes, no hayan sido efectivamente sorprendidos con elementos controlados por la ley 17.798”⁵⁷⁹. Señala además, en apoyo de esta tesis,

⁵⁷⁷ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 128.

⁵⁷⁸ URBINA, MAURICIO, 1985, “El concurso aparente de leyes penales-políticas en Chile” citado en CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 47.

⁵⁷⁹ *Ibid*, pág. 47.

la dictación posterior de la ley 17.798, “destinada precisamente a regular la posesión y tenencia de estos elementos”⁵⁸⁰.

En realidad, resulta más viable la primera posición, que sostiene la primacía de la norma del artículo 4 letra d) de la Ley 12.927 por sobre las otras disposiciones señaladas, atendiendo a la existencia de un determinado elemento subjetivo del tipo que ha de concurrir y que le imprimiría una indudable naturaleza penal-política a la figura.

Desde otro punto de vista, Alliendi Pinto⁵⁸¹ hace notar las similitudes que presenta la figura analizada con una de las hipótesis de militarización que establece el artículo 265 del Código de Justicia Militar: aquella que opera respecto de civiles “que formen partida militarmente organizada y compuesta de diez o más individuos; o que, formando partida en menor número de diez, exista en otro punto de la República otra partida o fuerzas que se propongan el mismo fin”.

Establece el autor mencionado que la figura de la LSE sería aplicable en el caso que “las milicias tuvieren menos de diez miembros y no existiere otra partida semejante en el territorio de la República”.

Nosotros no concordamos con la relación que pretende desprender de ambas y conforme a la cual la aplicabilidad de una u otra figura se encontraría determinada, prácticamente, por el número de intervinientes.

Contrariamente a lo que parece presuponer el autor, en el caso de la figura del artículo 4 letra d) de la LSE aún no se ha producido un alzamiento rebelde o sedicioso. Por el contrario, éste sólo figurará a lo más como uno de los propósitos que persiguen los militantes.

⁵⁸⁰ Ibid., pág. 52.

⁵⁸¹ ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 44.

Por último, los autores⁵⁸² nos recuerdan la vinculación al ejercicio del derecho de asociación consagrado actualmente en el artículo 19 N°15 de la Constitución Política.

A este respecto, cabe hacer notar que, a diferencia de las dificultades que observábamos de relacionar la figura del acápite anterior y el correspondiente derecho constitucional afectado – el derecho de reunión -, el texto constitucional establece expresamente que el derecho de asociación reconoce como limitación la Seguridad del Estado⁵⁸³.

Además, el inciso 6 del ya señalado artículo 19 N°15 de la Carta Fundamental se relaciona íntimamente con la figura del artículo 4 letra d) de la LSE, al declarar la inconstitucionalidad de “aquellas partidos, movimientos u otras formas de organización...que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política”.

b) Tipicidad objetiva:

i) Sujeto activo:

La circunstancia que la figura pertenezca al género de las asociaciones criminales determinará la naturaleza plurilateral del delito, de manera que las hipótesis que comprende la figura sólo podrán tener lugar si solo intervienen diferentes sujetos activos.

ii) Conducta típica:

- Milicias, grupos de combate u organizaciones semejantes.

⁵⁸² MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973”, op. cit., pág. 20.

⁵⁸³ El inciso 4 del artículo 19 N°15 de la Carta Fundamental señala “Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”.

Künsemüller define a estas milicias privadas, grupos de combate u organizaciones semejantes diciendo que “comprenden, en términos generales, los grupos armados, organizados militarmente o no, que operan en forma clandestina y fuera de la ley y cuya finalidad directa es la destrucción violenta del orden jurídico institucional existente en un país determinado”⁵⁸⁴.

Sin embargo, tal definición no nos señala todas las características que definen a este tipo de movimientos.

En primer lugar, debe señalarse que las “milicias privadas, grupos de combate u organizaciones semejantes” de que habla el artículo 4 letra d) de la Ley 12.927 suponen una especie bien definida, calificada, si se quiere, de asociación ilícita, lo que permite atribuirles una organización jerarquizada – y aún militarizada si se atiende a los términos que emplea la ley - y, además, un carácter permanente, en atención a que persigue la comisión de una cantidad imprecisa de delitos y no sólo uno determinado.

La estructura jerarquizada que caracteriza a estos movimientos ha sido señalado por la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo del año 1979, recaído en la causa “Contra Levinao Riveros, José Venancio”⁵⁸⁵, que absuelve al acusado que junto con otras personas cuya identidad y jerarquía se desconocen, realiza acciones de propaganda política mediante repetidos asaltos, condenándolo solo por el delito de la letra f) del artículo 4 de la Ley 12.927.

El fallo concuerda con la defensa del reo en cuanto estima que en autos “no concurren los presupuestos legales necesarios para tener por configurado el delito...en base a los razonamientos del escrito de la contestación a la acusación”, en donde se afirmaba que si bien resultaba acreditado que el grupo que conformaba el reo estaba integrado por tres o cuatro personas, parientes o amigos del procesado, y con el efectuó

⁵⁸⁴ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 37.

⁵⁸⁵ Causa Rol N°21-79 de la Corte de Apelaciones de Santiago, citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 71 a 73.

los asaltos acreditados, no puede sostenerse que constituya “un grupo paramilitar orgánico, jerárquico, con jefes y subordinados, capaz de desafiar a la fuerza pública haciendo peligrar la seguridad interior”⁵⁸⁶.

Respecto de la necesaria permanencia en el tiempo que ha de caracterizar a los grupos a que se refiere el artículo 4 letra d) de la LSE, constituye aquella característica que permite diferenciarlos - como a toda asociación ilícita - de un simple concierto, así como de una conspiración para delinquir, y específicamente, de las reuniones conspirativas a que se refiere la letra c) del artículo 4 de la LSE.

Es, en este mismo sentido, acertada la comparación que Vives Antón y Carbonell realizan entre conspiración y asociación ilícita señalando que “las asociaciones para cometer delito son más y menos que la *conspiración*: más, en cuanto requieren un mínimo de organización y una cierta duración temporal, y menos porque no requieren en los asociados el ánimo individual de ejecutar delito alguno – en particular”⁵⁸⁷.

Junto a las características anotadas, existen otras dos características de las agrupaciones a que se refiere la letra d) del artículo 4 de la Ley 12.927, que permiten diferenciarla, si no de todas las especies de asociación criminal que establece nuestro ordenamiento jurídico, al menos de la hipótesis más general que establece el artículo 292 del Código Penal.

En primer lugar, tales movimientos presentan una clara connotación paramilitar, es decir, una existencia paralela a la Fuerzas Institucionales.

Lo anterior no sólo aparece de atender al concepto de “milicias privadas”, lo que puede ser entendido como “tropas o gente de guerra, que no pertenecen al Estado, sino a personas o a determinados grupos sociales y que están compuestas por

⁵⁸⁶ Citado en CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., págs. 49 y 50.

⁵⁸⁷ Vives Antón y Carbonell comparan, de esta forma, conspiración y asociación ilícita señalando que “las asociaciones para cometer delito son más y menos que la *conspiración*: más, en cuanto requieren un mínimo de organización y una cierta duración temporal, y menos porque no requieren en los asociados el ánimo individual de ejecutar delito alguno”. VIVES ANTON y OTROS, 1996, “Derecho Penal: Parte Especial”, op. cit., pág. 759.

individuos de orden civil”⁵⁸⁸, sino que además si se reparara en los fines a que tiende la conducta de sus militantes, principalmente, la finalidad de “sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño”⁵⁸⁹.

En segundo lugar, caracteriza a las agrupaciones del artículo 4 letra d) de la LSE, su carácter armado.

Como la característica anteriormente mencionada, tal singularidad de estos movimientos o grupos resulta de reparar en las expresiones de que se vale el legislador en la disposición mencionada, “milicias privadas”, “grupos de combate”, con las cuales se da a entender que se trata de grupos que comparten “el empleo de armas como medio apto para la consecución de los fines que se proponen”⁵⁹⁰.

Lo anterior no sólo ha sido puesto de manifiesto por los autores, sino que también la Jurisprudencia.

Al respecto cabe mencionar el fallo de primera instancia de 16 de Junio de 1970 en la causa “Contra Silva Luvecce y otros”⁵⁹¹.

Luego de señalar en su fallo el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que la circunstancia que “no constituyan fuerzas uniformadas, no obsta a la conclusión de que son efectivamente de combate”⁵⁹², señala que si tienen tal carácter desde que está demostrado que los militantes “actúan siempre con armas”⁵⁹³, que habrían utilizado o tenían destinadas para sus actividades ilícitas, y “que no puede pretenderse que el uso que le dieron no fue ocasional, pues aparece... que esas acciones

⁵⁸⁸ ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 43.

⁵⁸⁹ En este mismo sentido, SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., págs. 198.

⁵⁹⁰ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., págs. 196. En el mismo sentido, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 37.

⁵⁹¹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Tomo LXVII, 2º Parte, Sección 4º, págs. 352 y ss, especialmente pág. 360.

⁵⁹² Con esto el tribunal dejó bien en claro que a diferencia de la exigencia que realizaba la figura del artículo 3 de la ley 6.026, uno de los antecedentes de la figura analizada, tal característica no resulta ahora exigida.

⁵⁹³ Además de las armas de fuego y similares encontradas a los inculpados, se acreditó esta circunstancia al encontrarse un cuaderno anexo de documento en el cual se señalaba que “es exigencia para los militantes de estos grupos que cada componente esté premunido de un mínimo de armas de combate y de resistencia”.

violentas las cometieron con la debida preparación y desde un acabado plan, hasta el extremo perfecto y estudiado”.

- Las diferentes hipótesis que describe la conducta típica.

La figura del artículo 4 letra d) de la Ley 12.927 describe, en su parte objetiva, tres hipótesis claramente diferenciadas:

En primer lugar, el "Incitar a la organización" de los grupos o movimientos armados.

En esta parte nos encontramos, como ya hemos señalado, frente a una hipótesis autónoma de inducción.

Como tal se acerca a las letras a) y b) de este artículo 4 de la ley 12.927 y comparte, asimismo, con ellas, las características generales de toda incitación autónoma: su independencia frente a la comisión del delito por los inducidos y, la idoneidad necesaria para lograr el convencimiento en los destinatarios de la instigación.

Lo que interesa, particularmente, en esta hipótesis es que la instigación vaya dirigida precisamente “a la organización” de agrupaciones que tengan las características ya señaladas, es decir, a su formación. De esta manera, quedaría fuera de la hipótesis comentada, por ejemplo, la instigación a la integración de un grupo o movimiento ya iniciado.

Por otra parte, es posible que la actuación del sujeto activo sea la de "Financiar o ayudar a la organización" de estos grupos.

Financiar significa “aportar el dinero necesario para una empresa” - o bien - "sufragar los gastos de una actividad, obra, etc.”⁵⁹⁴.

Por su parte, ayudar implica “prestar cooperación” - y por extensión - "auxiliar, socorrer”⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo I, pág. 970, 1º y 2º acepción.

Se trataría, en consecuencia, de diferentes acciones que suponen apoyo, auxilio, ya sea económico, que se quiere significar con el término “financiar”, o bien, material o humano, en el caso de la expresión “ayudar”.

Sin embargo, puesto que la ley habla de financiar o ayudar “a la organización de”, estas acciones deben prestarse, precisamente, para la formación de estos grupos o movimientos, y no en un momento posterior, tratándose de un grupo ya existente, vale decir, ya “organizado”⁵⁹⁶.

No ha sido esta la interpretación que los tribunales le han dado al término.

Se ha entendido que la acción se encuentra referida a prestar cooperación de manera directa para la ejecución de los actos ilícitos que la agrupación realizaba o proyectaba realizar.

En este sentido, podemos citar una causa seguida ante un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1969⁵⁹⁷, que habiéndose acreditado la existencia de un grupo u organización de aquellos a los que se refiere el artículo 4 letra b) de la ley 12.927, se pronuncia sobre la responsabilidad de uno de los inculpados condenándolo sólo como cómplice.

Señala en su fallo el Ministro de Corte que la intervención del inculpado “no fue de “ayuda a la organización” o a “los que forman parte de ella” en lo que concierne al núcleo de actividad en cuanto con ella se preparaba el ataque o se atacaba bienes jurídicos protegidos por la ley mencionada; dicho de otra manera, no intervino en la organización y actividades de ella de manera causal, como factor determinante. Realiza meros hechos favorecedores del delito imputado, “sin que le haya correspondido participación en la ejecución misma de los actos ni haya ayudado *directamente* a ejecutarlos”, con pretensión sólo de cooperar con ciertos actos que facilitaron el

⁵⁹⁵ Ibid, Tomo I, pág. 241, 1º, 2º acepción.

⁵⁹⁶ En este mismo sentido, CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 52.

⁵⁹⁷ Reaído en la causa 14-59 de la Corte de Apelaciones de Santiago. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVII, 2º Parte, Sección 4º, págs. 59 y ss.

desbande del grupo, sin que ello signifique que la organización misma había terminado y que por tal motivo debiere ser considerado autor”⁵⁹⁸.

Podemos señalar también el ya citado fallo recaído en la causa “Contra Silva Luvecce y otros”⁵⁹⁹, que señala que si respecto de uno de los inculpados se ha probado que su labor no se ha limitado a labores de propaganda sino que “conoce muchos detalles que son propios de los militantes que están al corriente de la acción directa” tal conocimiento “invade los límites de un ámbito que no sólo le permitía conocer el delito, sino que además, ayudar a los delincuentes en su acción”, “permite deducir que este reo ayudó a los autores del delito con pleno conocimiento de los que hacían, por lo que concluye de que en realidad es autor”.

En cambio, el tribunal entiende que es distinta la situación de otro inculpado, que incorporado al movimiento semanas antes, sólo había actuado como correo y que se encontraba ajeno y desconocía los hechos delictuosos no debe ser sancionado “porque con su limitada actuación y su desconocimiento de los planes del movimiento, hasta aquí no ha hecho otra cosa que sustentar una ideología”.

Por último, la última hipótesis que describe la figura es la de "Formar parte" de tales grupos u organizaciones.

El simple “formar parte” no constituye, en sí misma, una acción sino más bien la relación en la cual una persona se encuentra respecto de estos grupos.

De esta forma, tal expresión debe interpretarse en el sentido de ingresar a la estructura organizacional del grupo o movimiento, ya desde su gestación o bien, posteriormente, teniendo participación en las actividades ilícitas que se efectúan a través de ella o que se planea realizar.

En otros términos, la sola circunstancia de vincularse al movimiento, y aún compartir la doctrina violentista que inspira al grupo o realizar determinadas actividades para él como propaganda o correo, no constituirá un “formar parte” de la

⁵⁹⁸ Ibid, considerando N°35, págs. 77 y 78.

⁵⁹⁹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Tomo LXVII, 2° Parte, Sección 4°, págs. 352 y ss, especialmente págs. 362 y 363.

asociación, si no existe intervención directa en los hechos ilícitos que realiza tal asociación.

Si la intervención en el grupo es tan sólo indirecta, vale decir, actividades de correo o de propaganda, por ejemplo, y siempre que exista pleno conocimiento de las finalidades a que tiende el comportamiento de los demás intervinientes, conforme la Jurisprudencia ya analizada, hemos de encontrarnos frente a un comportamiento de “ayuda” al movimiento..

c) Tipicidad subjetiva:

El artículo 4 letra d) de la ley 12.927 contempla determinadas objetivos o finalidades a los que debe apuntar la conducta típica y que le dan propiamente su carácter político a la figura.

Estas finalidades deben verificarse de manera fehaciente en el accionar de los sujetos involucrados en las agrupaciones que la figura describe.

De esta forma, no cometen este delito aquellos que perteneciendo a un grupo o facción armada, y aún predicando una determinada corriente violentista, se dedicaren a cualquier otro fin ilícito delictual diferente al aquí señalado, tales como cometer delitos contra la propiedad o las personas⁶⁰⁰.

Es por lo anterior que resulta criticable el fallo confirmatorio de la Corte de Apelaciones de Temuco recaído en la causa “Contra Railaf Curaqueo, José Luis y otros”⁶⁰¹ que condena por el delito analizado a los integrantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria en cuyo poder se encuentran de armas de fuego, municiones y artefactos explosivos de gran poder destructivo.

Si bien se daban los elementos que configuran la tipicidad objetiva de la figura, vale decir, la existencia de un grupo de combate y su carácter armado, la Corte da por sobrentendido que sus integrantes persiguen los fines que la figura reclama tan solo por

⁶⁰⁰ Quienes si podrán ser sancionados conforme a las disposiciones del Código Penal o de la Ley N°17.798, en su caso.

pertenecer al MIR “organismo – señala la Corte - con grupos de combate que actúan clandestinamente y que persiguen atacar a la fuerza pública, interferir en su desempeño y alzarse contra los poderes del Estado”.

Refirámonos al sentido y alcance de cada una de las finalidades.

i) Sustituir, atacar o interferir en el desempeño de la fuerza pública.

La disposición establece tres diferentes finalidades que aunque todas ellas buscan perturbar el normal ejercicio de las funciones propias de los Institutos Armados, pueden resultar, entre sí, incluso incompatibles.

Sustituir significa “poner a una persona o cosa en lugar de otra”⁶⁰², de tal manera que se trata de expresar la intención de reemplazar con los grupos o movimientos a que la figura se refiere, las instituciones estatales encargadas del ejercicio de la Fuerza Pública.

Atacar implica “acometer, embestir”⁶⁰³. Atacar la fuerza pública implicaría ejercer actos de violencia en contra de las instituciones armadas.

Interferir significa “cruzar, interponer algo en el camino de una cosa, o en una acción”⁶⁰⁴, con lo que se está indicando la pretensión de obstaculizar el normal desenvolvimiento de las funciones propias de tales instituciones.

ii) Alzarse contra los Poderes del Estado.

Esta finalidad está referida propiamente a la intención de cometer una sublevación, es decir, una rebelión o una sedición, pues ambos delitos precisamente se caracterizan por el alzamiento.

⁶⁰¹ Rol 3-84 de la Corte de Apelaciones de Copiapó, *ibid*, págs. 255 a 257.

⁶⁰² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, *op. cit.*, Tomo II, pág. 1925, única acepción.

⁶⁰³ *Ibid*, Tomo I, pág. 144, Número 2, 1º acepción.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, Tomo II, pág. 1179, 1º acepción.

La redacción actual de esta parte del artículo 4 letra d) de la LSE se debe a la Ley N°17.798 de 1972, sobre Control de Armas, que reemplazó la expresión “el Gobierno constituido” por “los Poderes del Estado”, modificación que según ciertos autores⁶⁰⁵ tiene por objeto evitar la tendencia a identificar Seguridad del Estado con la sola protección del Poder Ejecutivo.

iii) Atentar contra ciertas autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6.º.

Esta finalidad no se contemplaba en el texto original de la Ley N°12.927, siendo introducida por la Ley N°17.798 de 1972.

Atentar significa “Emprender o ejecutar alguna cosa ilegal o ilícita” o “intentar, especialmente hablando de un delito”⁶⁰⁶.

Las autoridades a que se refería tal disposición legal – según ya hemos explicado - son aquellas que corresponden a los cargos de mayor importancia de los tres poderes públicos, vale decir, el Presidente de la República, los Ministros de Estado, Senadores o Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, al Contralor General de la República, y además los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros y los jefes de la Fuerzas Armadas y de Orden.

El término atentado ha sido empleado por el legislador en otras ocasiones, ya para definir cierto tipo de figuras como las establecidas en los artículos 261 y siguientes del Código Penal, ya para describir algún elemento de la descripción típica como en el caso del delito del artículo 292 del Código Penal o aún como verbo rector en el caso de la figura del artículo 5 letra a) de la propia LSE.

Sin embargo, en todos estos casos el legislador vincula la acción con algún elemento que permite darle mayor precisión a la conducta que se realiza.

⁶⁰⁵ GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 127 y 128.

⁶⁰⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo I, pág. 146, Número 2, 1º y 2º acepción.

Tal situación no ocurre en el caso que analizamos, en donde el único antecedente que entrega el legislador es la vinculación directa entre la acción y las autoridades que señala.

Salinas Chaud⁶⁰⁷ entiende que para desentrañar el significado de la expresión de la expresión “atentar” debemos “guiarnos por el significado dado por el Código Penal. En tal sentido, atentado abarcaría todas aquellas conductas que signifiquen acometimiento (agresión), resistencia (mera desobediencia y resistencia corporal); empleo de fuerza (uso de violencia material) o intimidación (amenaza o cualquier otro hecho que produzca en el ofendido conmoción o emociones violentas)”.

Disentimos profundamente de la definición que proporciona este autor pues aún esta viene a resultar demasiado amplia y, además, no se compadece con las características que presentan los grupos o movimientos que integran quienes persiguen estas finalidades, ni con la trascendencia de las demás finalidades a que puede tender la conducta típica.

Conforme a tales consideraciones es más acertado afirmar que por la disposición estaría referido a la realización de acciones dirigidas a afectar la vida o la integridad física de las autoridades que señala.

6.- Desobediencia a las órdenes del gobierno o de superiores jerárquicos.

a) Aspectos generales: (Conceptualización y naturaleza y antecedentes legislativos)

El artículo 4 letra e) de la Ley de Seguridad del Estado señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por

⁶⁰⁷ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., págs. 203 y 204.

cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente: e) Los empleados públicos del orden militar o de Carabineros, Policías o Gendarmería, que no cumplieren las órdenes que en el ejercicio legítimo de la autoridad les imparta el Gobierno constituido, o retardaren su cumplimiento o procedieren con negligencia culpable;...”

Este numeral del artículo 4 de la LSE tiene su origen en el artículo 1 N°10 de la Ley 6.026 de 1937⁶⁰⁸, que contemplaba una forma culposa de similares características a que se refiere la última parte de esta disposición.

La norma tiene como funcionamiento el deber de obediencia que se impone a los Cuerpos Armados frente a los ordenes del Gobierno legítimo, que como ya hemos señalado, aparece en nuestro ordenamiento reconocido constitucionalmente⁶⁰⁹.

Establece el artículo 4 de la ley 12.927, en su letra e), una figura que comprende tres distintas hipótesis, todas ellas de naturaleza omisiva.

En consecuencia, se trataría de una figura de omisión simple o propia referida a la falta por parte de los funcionarios de las instituciones armadas de “su obligación de cumplir de forma diligente y eficaz las órdenes dadas por el gobierno constituido en el ejercicio legítimo de su autoridad”⁶¹⁰, y que puede tener lugar, ya derechamente en una falta de cumplimiento de los mandatos, ya un cumplimiento imperfecto, se trate, en este último caso de un cumplimiento tardío o su ejecución negligente.

Debemos descartar que, como señala Luis Ortiz Quiroga⁶¹¹, estemos frente a un delito de daño, ya que la figura en estudio no entraña de por sí una lesión a la organización institucional del Estado sino solo una puesta en peligro del bien jurídico.

⁶⁰⁸ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., págs. 45 y 46.

⁶⁰⁹ Deber que tiene fundamento constitucional: “Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes”., artículo 90 de la Constitución Política.

⁶¹⁰ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 48.

Tampoco es aceptada la afirmación de Künsemüller⁶¹², quien afirma que en razón de que la punibilidad de la conducta no se encuentra condicionada a una ejecución en determinada oportunidad – como si se señalaba en la Ley 6.026⁶¹³ – “la ley presume el peligro para la Seguridad del Interior, y aplica la sanción, precisamente con el fin de contrarrestar dicho peligro”.

Por el contrario, nosotros hemos postulado la necesidad de configurar las diferentes figuras analizadas como delitos de peligro concreto, y, en consecuencia, imponiéndose la necesidad de efectuar una valoración de la entidad del incumplimiento, retardo o negligencia, de manera que hayan de constituir una verdadera perturbación a la Seguridad Interior del Estado.

De esta manera, la norma no sancionará todo tipo de desobediencia o descuido en el cumplimiento de las órdenes, “sino solo aquellos, donde debido a las circunstancias en que pronuncien las ordenes o en que estas deban ser cumplidas o donde en consideración a los contenidos específicos del mandato, pueda asignárseles un significado político”⁶¹⁴.

La figura se diferencia claramente de las hipótesis de desobediencia que establece el Código de Justicia Militar en sus artículos 336 y 337, que tienen una evidente naturaleza intrainstitucional⁶¹⁵.

Por último, debe recordarse la íntima relación que tiene la disposición analizada con aquella del artículo 4 letra b) de la LSE, que establece entre sus hipótesis

⁶¹¹ ORTIZ QUIROGA, LUIS, 1989, “Ponencia en Seminario sobre Jurisprudencia sobre Ley de Seguridad del Estado”, citado en CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 55.

⁶¹² KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 48.

⁶¹³ El artículo 1 N°10 de la ley N°6.026 de 1937 establecía que “Cometen delitos contra la Seguridad Interior del Estado, aquellos que procedan con negligencia culpable, siendo funcionarios públicos encargados de la fuerza, a cumplir las leyes, reglamentos o instrucciones que, en circunstancias graves y especiales, imparta el Gobierno legítimamente constituido”.

⁶¹⁴ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 220.

⁶¹⁵ El artículo 336 del Código Castrense establece que “el militar que fuera del caso antes contemplado – que autoriza para resistir la orden del superior - dejare de cumplir o modificare por iniciativa propia una orden del servicio impartida por su superior, será castigado: ...”. Por su parte, el artículo 337 del mismo cuerpo legal

de inducción a la desobediencia, aquella referente precisamente al delito que ahora analizamos.

b) Tipicidad:

i) Sujeto activo:

La disposición en análisis establece un sujeto activo calificado: “Los empleados públicos del orden militar o de Carabineros, Policías o Gendarmería”.

Jorge Mera sostiene que los “sujetos activos de estas figuras no son los militares, carabineros, policías o gendarmes propiamente tales, sino solamente los empleados públicos de las distintas reparticiones señaladas”⁶¹⁶.

No consideramos acertado el planteamiento formulado por este autor, pues, como explica Künsemüller, el fundamento de la norma que analizamos se encuentra en velar por la obediencia de “aquellos funcionarios a los cuales la ley ha erigido en titulares de la fuerza pública”⁶¹⁷.

En otros términos, es precisamente la insubordinación del personal armado de las instituciones mencionadas lo que, en definitiva, puede afectar a la Seguridad Interior del Estado, siendo escasa o nula importancia para la protección de este bien jurídico la desobediencia del personal civil de tales institutos.

Estos últimos se encuentran en todo caso incluidos en la figura ya que el legislador utilizó la expresión orden militar “como una manera de evitar la repetición

establece que “El militar que se negare abiertamente a cumplir una orden del servicio que le fuere impartida por un superior, será castigado...”

⁶¹⁶ MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973”, op. cit., pág. 22.

⁶¹⁷ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 47.

del término FFAA y que involuntariamente quedo ampliada la extensión de ella, incluyéndose a los empleados civiles”.⁶¹⁸

ii) Conducta típica:

La figura en análisis constituye una hipótesis de omisión simple o propia. La norma de mandato infringida se encuentra en la subordinación del personal de los cuerpos armados al Gobierno legítimo.

La conducta omisiva puede tener lugar a través de tres distintas modalidades incumplimiento de las órdenes de la autoridad civil.

- No cumplir con las órdenes que en el ejercicio legítimo de la autoridad les imparta el Gobierno constituido.

Esta hipótesis no solo habrá de verificarse por un comportamiento pasivo, vale decir, un simple no actuar sino que también, a través de la realización de un comportamiento diferente a lo ordenado, así como también el cumplimiento defectuoso de la orden, siempre que no constituyan un cumplimiento tardío y siempre que no exista culpa sino dolo del agente, porque de otra forma nos encontraremos ante las demás modalidades que la disposición establece.

Sin embargo debe recalcarse que cualquiera que sea la forma de incumplimiento debe ser de tal manera significativa que logre poner en peligro la Seguridad Interior del Estado.

La disposición establece que la orden debe haber sido impartida por el gobierno constituido “en el ejercicio legítimo de la autoridad”.

Sin embargo, como ya hemos señalado las Fuerzas Armadas y de Seguridad se encuentran bajo un sistema de obediencia absoluta respecto de la autoridad civil que

⁶¹⁸ ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 46. En el mismo sentido, SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior

tiene rango constitucional y, conforme al cual no les corresponde calificar la justicia o legalidad de la orden impartida.

La única solución sería entender que por “ejercicio legítimo de la autoridad”, la ley estaría aludiendo a que la orden sea emanada por la autoridad competente - vale decir, “el superior” - dentro de la esfera de sus atribuciones. Del mismo parecer, Alliendi Pinto⁶¹⁹.

También evidencia el problema Salinas Chaud⁶²⁰, autor que más cauteloso señala que debe conciliarse el principio de obediencia absoluta con el principio de legalidad, lo que, en realidad, no nos da luces respecto de una posible solución.

- Retardar el cumplimiento de las órdenes que en el ejercicio legítimo de la autoridad les imparta el Gobierno constituido.

La omisión podría tener lugar, en segundo término, por “retardar su cumplimiento”, es decir, demorar la ejecución de la orden, que no sería más que una especie de cumplimiento imperfecto. En esta hipótesis como en la anterior debe existir dolo pues de lo contrario la conducta encuadraría en la hipótesis siguiente.

- Proceder con negligencia culpable en el cumplimiento de las órdenes que en el ejercicio legítimo de la autoridad les imparta el Gobierno constituido.

Por último, el comportamiento omisivo puede revestir la forma de una hipótesis culposa: “proceder con negligencia culpable”.

Proceder significa “modo, forma y orden de portarse y gobernar uno sus acciones bien o mal”⁶²¹.

del Estado”, op. cit., pág. 217.

⁶¹⁹ En idéntico sentido se pronuncia ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 46.

⁶²⁰ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., págs. 218 y 219.

En cuanto al término “negligencia” constituye una especie de culpa que “se traduce en una falta de actividad: se pudo haber evitado el resultado desplegando más actividad que la desarrollada”⁶²².

La disposición agrega en forma redundante el adjetivo “culpable”, que no añade nada al significado de la hipótesis que involucra “un desenvolvimiento descuidado, sin observar la atención que le es exigida para el desempeño de sus funciones”⁶²³.

La circunstancia que la figura de le artículo 4 letra e) de la ley 12.927, contenga una hipótesis culposa no es incompatible con su configuración como un delito de peligro. En efecto, mientras el peligro mira el resultado valorativo, la culpa mira el nexo subjetivo entre la conducta y el resultado⁶²⁴.

Lo que sí resulta objetable, con miras al principio de culpabilidad, es que una conducta culposa reciba a una sanción de la misma gravedad que una de carácter dolosa.

7.- Propaganda Subversiva.

a) Aspectos generales: (Conceptualización y naturaleza y antecedentes legislativos)

Señala el artículo 4 letra f) de la ley 12.927 “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente:

⁶²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1670, Número 1, única acepción.

⁶²² SOLER, SEBASTIAN, citado en ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo I, Parte General, pág. 319.

⁶²³ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 219.

⁶²⁴ BUSTOS, RAMIREZ, JUAN y POLITOFF, SERGIO, 1969, “Los Delitos de Peligro”, op. cit., págs. 339 y 340.

f) Los que propaguen o fomenten, de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno;...”.

El DL N° 50 en su artículo 1, así como el artículo 1 N° 4 de la ley N°6026, contemplaban conductas esencialmente similares, claro que de un mayor alcance del que posee el precepto legal vigente, pues especificaban que debía entenderse por propagar o fomentar tales doctrinas, estableciendo comportamientos que salían de lo que comprensiblemente podía entenderse dentro de tales expresiones, como la sola distribución o depósito de folletos revistas, periódicos, etc. destinadas a la propaganda expresada⁶²⁵.

La ley 12.927 eliminó tales presunciones de propagación o fomento, lo que nos permite señalar con mayor énfasis que actualmente tales conductas, necesariamente suponen que las doctrinas lleguen a conocimiento de los sujetos a quienes va dirigida.

Contrariamente a lo que sostiene el profesor Künsemüller⁶²⁶, no procede una interpretación amplia de los verbos rectores de la figura basada en las similitudes que guarda la descripción típica de la figura con sus antecedentes legales, pues, precisamente, como tuvimos la oportunidad de analizar, la dictación de la Ley de Seguridad del Estado tuvo por propósito enmendar las contradicciones y desaciertos legislativos contenidos en la Ley de Defensa de la Democracia⁶²⁷.

Por otra parte, una interpretación restrictiva de las conductas que establece la figura en análisis parece justa en razón de la estrecha relación que existe entre la misma y el ejercicio de las libertades públicas, principalmente, la libertad de emitir opinión que garantiza nuestra Constitución, en su artículo 19 n°12.

⁶²⁵ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., págs. 20 y 21. La ley N° 6.026 contemplaba, en su artículo 14, “se entenderá que propagan o fomentan las doctrinas a que se refiere el N° 4 del artículo 1, los que introduzcan, impriman, mantengan en depósito, distribuyan o vendan folletos, revistas, láminas, periódicos o películas cinematográficas, destinadas a la propaganda expresada”.

⁶²⁶ *Ibid.*, pág. 22.

⁶²⁷ En el mismo sentido que el nuestro, SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 227. Señala el autor que puesto que tales presunciones contenidas en la normativa anterior constituían reglas que alteraban el iter criminis requerirían hoy de norma expresa. Recuerda que por tal razón el DL N°1.009 tuvo que establecer en términos expresos tal posibilidad.

Lo anterior resulta mucho más evidente con la reforma constitucional del año 1989 que derogó el artículo 8 de la Carta Fundamental y estableció diferentes normas, como la del inciso 6 del N°15 del artículo 19, por medio de las cuales se amplía el principio de pluralismo político a todo tipo de corrientes, movimientos y partidos, cualquiera sea la ideología que sustentan, y sin que aparezca, en consecuencia, que la sola propagación de doctrinas, aún las contrarias al régimen democrático, que no se traduzcan en objetivos (concretos), actos o conductas, puedan vulnerar por sí misma los principios que sustentan el Estado democrático⁶²⁸.

Razonamientos muy semejantes a los expuestos fueron, en su oportunidad, esgrimidos por la Comisión de Legislación y Justicia que informó del proyecto de la primera Ley de Seguridad del Estado⁶²⁹.

La figura del artículo 4 letra f) de la Ley 12.927 debe ser relacionada con la de apología de la violencia del artículo 6 letra f) del mismo cuerpo legal por el cual se sanciona a “los que hagan al apología o propaganda de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas, como medios para lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales”.

Por de pronto la figura del artículo 6 letra f) de la LSE se encuentra incluida entre los delitos contra el Orden Público de manera que las conductas que aparecen allí descritas suponen un atentado de menor intensidad que aquel que, como el caso de la figura analizada pueda llegar a afectar la Seguridad Interior del Estado.

Desde otro punto de vista, si relacionamos ambas disposiciones corresponde concluir que la letra f) del artículo 4 de la ley de Seguridad del Estado es mucho más específica que la figura de su artículo 6 letra f), pues sólo habla de “doctrinas” propagadas, mientras que la segunda disposición menciona “doctrinas, sistemas o métodos”.

⁶²⁸ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO, “Importancia de la Reforma Constitucional para el Régimen Democrático”, en VERDUGO MARINKOVIC, MARIO y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA, 1998, “Manual de Derecho Político”, op. cit., Tomo II, Las Fuerzas Políticas y los Regímenes Políticos, págs. 328 y 329.

Por otra parte, sólo se circunscribe la conducta a una alteración del orden social o la forma de gobierno, finalidades esencialmente políticas, mientras que la figura del artículo 6 letra f) de la ley 12,927 contempla una conducta provista de un objetivo más amplio: “lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales”.

Por otra parte, es posible analizar la relación existente entre la figura de letra f) del artículo 4 de la LSE con aquellas contenidas en sus letras a) y b).

Como sabemos, tales disposiciones contienen figuras autónomas de inducción, ya a la sublevación o a la subversión del Orden Público, ya a la desobediencia o a la indisciplina en el orden militar.

El delito del artículo 4 letra f) de la LSE aparece frente a tales figuras como “un supuesto “sui generis” de inducción, donde el delito, respecto del cual se busca la resolución de obrar, no aparece determinado más que por los contenidos del discurso”⁶²⁹.

De esta forma, mientras en las letras a) y b) del artículo 4 de la LSE existe una referencia más o menos precisa a los hechos delictivos hacia los cuales ha de tender la acción de inductor, en el caso de la figura establecida en la letra f) de tal artículo, el legislador, al hablar de “doctrinas que tiendan” a ciertos fines que la disposición señala, no logra establecer “una conexión – si es que se puede admitir que en realidad exista alguna - clara ni directa entre la conducta que se castiga y la comisión de determinados delitos por otras personas”⁶³¹.

Es por tales razones, que figuras que como la que establece el artículo 4 letra f) de la LSE, que como veremos, constituyen simples peticiones de adhesión ideológica y no una incitación directa al delito, van siendo despenalizadas en el derecho comparado.

⁶²⁹ “La violencia en sí misma, como medio de acción política constituye delito; pero sustentarla y predicarla como un medio de acción no puede importar delito alguno”, citado en ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 48.

⁶³⁰ CURY, citado en SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 235.

⁶³¹ MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973”, op. cit., pág. 22.

En efecto, como señala Muñoz Conde, “si bien social, política o institucionalmente pudieran considerarse dignas de reproche, no se hacen merecedoras de sanción penal por no suponer una incitación directa al delito”⁶³².

Por último, se plantea el problema de si como consecuencia de la hipótesis de inducción a la formación de grupos o movimientos paramilitares que establece la letra d) del mismo artículo se realice la conducta que describe la figura de la letra f) del artículo 4 de la LSE.

La solución vendría por aplicación del principio de consunción, considerando que el desvalor delictivo que presentan las conductas vinculadas a la figura de la letra d) del artículo 4 de la LSE absorbe el que supone la propagación de doctrinas subversivas⁶³³.

b) Tipicidad:

La figura contempla los siguientes elementos:

i) Propagar o fomentar de palabra o por escrito, o por cualquier otro medio.

Para precisar el sentido y alcance de los verbos rectores que la figura presenta, puede, en primer lugar, recurrirse al sentido natural y obvio de los términos.

En tal sentido, la expresión “propagar” significa “extender el conocimiento de una cosa o la afición a ella”⁶³⁴

Por su parte, el término “fomentar”, implica “excitar, promover, impulsar o proteger una cosa” – o bien – “atizar, dar pábulo a una cosa”⁶³⁵.

⁶³² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCIA ARAN, MERCEDES, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo I, Parte General, pág. 504.

⁶³³ En este sentido, SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., págs. 214 y 215.

⁶³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1677, 3º acepción.

⁶³⁵ *Ibid.*, Tomo I, pág. 982, 2º y 3º acepciones.

Acoge esta interpretación de estas expresiones un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1969, recaído en la causa “Contra Figueroa Mac Ginty, Patricio y otros”⁶³⁶, en la cual se procesó a varias personas, algunas de ellas miembros del MIR, por su presunta participación en el delito que analizamos.

Este señala, “Estos términos – vale decir, propagar o fomentar –deben entenderse en un sentido natural y obvio, ya que la ley no se encargó de definirlos en forma especial (artículo 20 de Código Civil) “propagar” es difundir algo; y “fomentar” es promover o excitar”.

Luego señala, “conforme a estas acepciones se requiere en la especie que los acusados hagan difundir doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o constitucional; o bien que hubiesen promovido, vale decir, creado, un acción encausada a los fines que acaban de señalarse. Es así como el actuar en estos casos resulta complejo tiene que ser realizado para que se configure la consiguiente acción criminosa”.

Más adelante el fallo señala que los acusados “fueron sorprendidos en los momentos en que transportaban ese material de propaganda subversiva en su automóvil, sin que lograran su objetivo de repartirlos entre los dirigentes y delegados obreros – en consecuencia- ...no se logró efectivamente la propagación o fomento de los principios o ideas que se tenían en los referidos documentos”.

El tribunal termina absolviendo al considerar que “en estas condiciones no se reúnen en la especie los presupuestos necesarios para estimar como acreditado el delito”.

Siguiendo la doctrina que asienta este fallo, la conducta típica que la figura establece sólo pasaría a concretarse desde el momento en que las doctrinas son comunicadas al grupo determinado o indeterminado de personas a quien va dirigida, no bastando la mera expresión en el papel de tales doctrinas.

⁶³⁶ Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 29 de Abril de 1970, recaído en la causa “Contra Figueroa Mac Ginty y otros”. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVII, 2º Parte, Sección 4º, págs. 112 y ss.

No obstante la racionalidad de tal interpretación, durante la época del gobierno militar los tribunales entendieron en varias oportunidades que dentro del término propagar quedaba comprendida la mera tenencia de documentos u otros elementos en que aparecen descritas doctrinas con las características la figura analizada establece.

Así cabe mencionar un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1978 recaído en la causa “Contra Rojas Nuñez, Iván Zoilo”⁶³⁷, que condena por el delito del artículo 4 letra f) de la ley 12.927 al inculpado a quien se encuentra en su domicilio diversos documentos escritos, casi todos repetidos en numerosos ejemplares de doctrina política contraria al régimen vigente.

La Corte señala que “la sola circunstancia de mantenerse en poder del agente una gran cantidad y variedad de material con contenido subversivo y adoctrinante, es suficiente evidencia del propósito de ser empleado en la divulgación e incitación – por referirse también a la conducta del artículo 4 letra a) – que son propias de las conductas delictivas castigadas en los preceptos aplicados”.

En este mismo sentido se pronuncia otro fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago también del año 1978 recaído en la causa “Contra Barría Oyarzún, Armando del Carmen y otros”⁶³⁸.

Los inculpados fueron detenidos transportando escritos de propaganda o documentos para ser repartidos en la calle o colegios.

La Corte rechaza la argumentación de la defensa en orden a que el delito se encontraba en grado de tentativa y sanciona a los inculpados como delito consumado señalando que “el reconocer que se portaban los anteriores documentos para repartirlos o tirarlos conlleva naturalmente la propagación de su contenido por escrito”.

En el mismo sentido de los anteriores podemos citar un fallo de la Corte Suprema del año 1979 recaído en la causa “Contra Carrasco Novoa, Jaime Humberto y otro”⁶³⁹.

⁶³⁷ Causa Rol N°17-78. citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 37 a 39.

⁶³⁸ Recaído en la causa Rol N°19-78. Ibid., págs. 40 y 41.

⁶³⁹ Causa Rol 619-78 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ibid., págs. 27 a 29.

Los inculpados son detenidos en casa de uno de ellos durante un allanamiento en que se encontró literatura marxista, panfletos, mimeógrafo, stencils y documentos, además de dos estopines eléctricos por los cuales se les procesó en la Justicia Militar como autores de tenencia ilegal de artefacto explosivo.

El tribunal de primera instancia había condenado por el delito analizado, fallo que había sido revocado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, absolviendo a los reos tanto por que los documentos destinados a la propaganda no contenían doctrinas violentistas como por entender que “la sola tenencia de literatura revolucionaria con constituye delito ya que la acción delictiva está constituida por las acciones destinadas a propagarla o fomentarla con fines subversivos”.

La Corte Suprema revoca el fallo de segunda instancia y ratifica la sentencia de primera, señalando que “se da por acreditado el cuerpo del delito del artículo 4 letra f) de la Ley de Seguridad Interior del Estado, ya que de acuerdo a los verbos rectores de la figura (propagar y fomentar), basta que se establezca la conducta dolosa de extender el conocimiento de doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno, o de excitar o promover dichas ideas, lo que ocurre en los documentos incautados al propiciar estos la insurrección armada del proletariado o la clase trabajadora”.

La anterior Jurisprudencia parece ser la mayoritaria durante el Régimen Militar⁶⁴⁰.

Sin embargo, en otros fallos se vuelve al que había sido el criterio tradicional.

Así podemos citar el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago recaído en la causa “Contra Mercado Maezo, Miguel Francisco”⁶⁴¹ del año 1978.

Con motivo de un allanamiento practicada en casa de procesado se encontraron panfletos en que se incita “a luchar por el término de la Dictadura”, o que se expresan “que Pinochet cumpla su palabra”, y documentos que acreditan la

⁶⁴⁰ En la misma línea argumentativa podemos citar los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago recaídos en las causas: “Contra Valenzuela Solorza, Hugo Luis” Rol 14-78 , “Contra Muñoz Espinoza, Víctor” Rol 38-79, “Contra Iglesias Tapia, Iván” Rol N°1-82, . Ibid págs. 35 y 36, 81 a 83, y 184 y 185, respectivamente.

⁶⁴¹ Causa Rol 21-78, Ibid., págs. 42 y 43.

adquisición de una máquina multcopiadora y gran cantidad de folletos con propaganda subversiva.

El tribunal de primera instancia declara culpable al procesado por el delito analizado pero en grado de tentativa, fallo que confirma la Corte, expresando: “Se establece, aceptando la alegación de la defensa que, en cuanto a su grado de desarrollo, el delito quedó en grado de tentativa, pues en autos no se probó que se haya consumado la propagación de ideas políticas y fines sediciosos”. Y agrega, “Sin embargo, resulta evidente que el acusado había dado principio de ejecución de los hechos delictuosos, sin que llegara a realizar los demás hechos necesarios para la consumación, como eran los de sacar los panfletos y folletos de su domicilio y circularlos o propagarlos”.

Este último fallo tiene la virtud de centrar su atención en un elemento de la descripción al cual curiosamente no se le había puesto con anterioridad mayor atención: dilucidar cual es, verdaderamente, el objeto de la propagación o fomento a que se refiere la figura analizada.

Tal elemento nos permitirá precisar el significado de los verbos rectores que aparecen en la figura.

ii) Propagar o fomentar "doctrinas".

Doctrina significa “enseñanza que se da para instrucción de alguno”⁶⁴², acepción más cercana a la etimología del vocablo, que proviene de la voz latina docere que significa enseñar, pero también puede significar, “conjunto de ideas u opiniones religiosas, filosóficas, políticas, etc. sustentadas por una persona o grupo”⁶⁴³, en el sentido de ideología, de sistema de ideas.

⁶⁴² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 770, 1º acepción. Aparece con un significado similar en ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 49.

⁶⁴³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 770, 3ª acepción.

Esta última parece ser la acepción que más propiamente emplea el legislador en la figura analizada⁶⁴⁴.

Conviene, conforme a ella, no caer en el error de confundir los elementos que permiten la propagación de las doctrinas, tales como, libros, escritos, cartas, cintas de grabación, etc., que constituyen una pura materialidad, con las doctrinas en sí, que por constituir ideas no tienen una existencia separada de quienes las emiten y quienes las reciben.

Con lo anterior quiero expresar que, el acto de propagar una doctrina supone necesariamente unos sujetos pasivos en quienes ha de recaer la acción⁶⁴⁵.

Por otra parte, cabe señalar que en la disposición comentada, el legislador se está refiriendo a un tipo especial de doctrinas, las políticas, es decir, “un complejo más o menos coherente de concepciones acerca del hombre, la sociedad o el Estado y de las relaciones existentes entre estos factores de la vida política”⁶⁴⁶.

Las doctrinas constituyen una unidad orgánica de ideas, de manera que no son doctrinas, por tanto, las simples opiniones políticas o ideas que puedan desarrollarse sólo en relación con un punto específico de la realidad política⁶⁴⁷.

Lo anterior, permite calificar de injustificado el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del año 1979, recaído en la causa “Contra Mercado Maezo, Miguel Francisco”⁶⁴⁸, que condena por el delito que analizamos al encontrarse, al

⁶⁴⁴ Aunque la Jurisprudencia haya entendido en ciertas ocasiones la procedencia de la primera acepción. Así, por ejemplo, en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1982, recaído en la causa “Contra Valdés Sepúlveda, Jorge y otros”, Rol N°9-81, citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 37 a 39.

⁶⁴⁵ En este sentido, CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 59. Lo fundamenta el autor entendiendo que de otro modo no afectaría afectada la Seguridad Interior del Estado, y que además, “se correría el riesgo de sancionar meras manifestaciones ideológicas protegidas por el derecho a la libertad de opinión y expresión.

⁶⁴⁶ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA, “Manual de Derecho Político”, op. cit, Tomo II, Las Fuerzas Políticas y los Regímenes Políticos, pág. 221.

⁶⁴⁷ En este sentido, SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit, pág. 228. Señala el autor, “ideas de acción u opinión aisladas, sin hacer mención a un marco teórico de referencia específico, por muy violentistas o atentatorias al orden social, no pueden corresponder en esencia a la expresión doctrina”.

⁶⁴⁸ CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 42 y 43.

acusado en cuyo poder se encontró panfletos en que se incita a “luchar por el término de la Dictadura”, o que expresan “que Pinochet cumpla su palabra”.

En efecto, tales expresiones no logran constituir doctrina al carecer de una coordinación estructural que permita concebirlas como un sistema de ideas.

Por último, quienes profesan doctrinas políticas no solo buscan explicar la realidad sino concretarlas en la vida política del país.

Tal aspecto, aparece bien manifestado por el legislador cuando introduce en la figura analizada la expresión “fomentar” doctrinas, noción a la que se le otorga el significado de “promover, excitar”.

Por el contrario, a la expresión “propagar” se le atribuye, más bien, un sentido neutro, entendiéndola – cuando no se ha caído en aberraciones interpretativas – como un mero difundir, un mero comunicar.

Sin embargo, cuando la expresión “propagar” lo vinculamos al término doctrina - tal cual aparece en la figura, por lo demás - la noción se identifica con el concepto de hacer propaganda, esto es, “acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos (o compradores)”^{649 650}.

De allí que es dable sostener que los verbos rectores de la figura – “propagar” y “fomentar” no expresan comportamientos de carácter alternativo sino análogos, referidos a la idea de “promover”, de “persuadir”,

De manera que la mera exposición de doctrinas como las que señala la figura analizada, no constituirán en sí una acción de propagación, si tal exposición no va orientada a lograr el convencimiento de sus destinatarios.

⁶⁴⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1677, 3º acepción.

⁶⁵⁰ Esta interpretación del término logra acercarse a la figura, tanto a sus antecedentes más remotos, el delito de “propaganda ilegal” del Derecho Penal Español, como a sus más cercanos, que nos hablan de conductas de “propaganda expresada”.

iii) Que tales doctrinas tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno.

Para que un comportamiento encuadre dentro de la descripción típica, será necesario que las doctrinas sustentadas no se refieran a cualquier hipótesis de transformación política, sino a una bien determinada, el empleo de la violencia, vale decir, la utilización de fuerza física o moral, como método de acción política, para lograr la destrucción - modificación total - o bien, la alteración - modificación parcial - del orden social o la forma republicana y democrática de gobierno.

Quedan fuera del ámbito de la figura en cuanto no efectúan un llamado a la violencia política, no sólo aquellas doctrinas políticas que postulan transformaciones políticas de carácter institucional, vale decir, conforme a los mecanismos electorales que establecen la Constitución y las leyes, sino también aquellas que postulan transformaciones políticas a través de mecanismos alternativos - como la desobediencia civil⁶⁵¹ - siempre que ellos no supongan la utilización de la llamada “acción directa”.

Para determinar esta característica de tales doctrinas, es necesario entrar al análisis del material probatorio.

No corresponde, en consecuencia, partir de una vinculación apriorística de determinados concepciones a la utilización de violencia sino que, efectivamente, el ideario político sustentados por los inculpados ha de prever la utilización de la violencia como mecanismo de acción política.

De esta forma, por ejemplo, puede citarse un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁵², referido a inculpados a quienes habían organizado una cédula del Partido Comunista en la empresa Mantos Blancos, efectuando reuniones políticas,

⁶⁵¹ Es decir, “resistencia pacífica a las exigencias o mandatos del poder constituido”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo I, pág. 722, única acepción.

⁶⁵² Recaído en la causa Rol N°69-80. citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 89 a 91.

proselitismo y distribución de panfletos y similares, reclutando militantes y recolectando fondos.

Específicamente, respecto de la figura del artículo 4 letra f) del artículo 12.927, el tribunal entiende que se encuentra configurado el delito aún cuando en el material no se hace un llamado directo a la vía armada, pues “ya que no sólo llamando a la lucha, que deja destrucción y muerte, se reúne el requisito de violencia, sino además ella existe al tratar de mantener inconformidad, de tal manera que las tensiones humanas estén propicias a la violencia, lo que en la especie se había logrado con las críticas a la política gubernamental”.

Es difícil defender semejante concepto de violencia que hace prácticamente imposible el ejercicio de toda actividad política, la cual supone, obviamente, confrontación y defensa de ideas - que no serán siempre, las que el Gobierno postula.

Conforme señala la disposición, las doctrinas violentistas a que alude deben encontrarse destinadas a “destruir o alterar...el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno”.

Señala Etcheberry que el legislador parece identificar la noción de orden social con la de “orden público en un sentido más amplio, no en el restringido de tranquilidad”⁶⁵³, es decir, más bien, como “el conjunto de principios fundamentales político-jurídicos que rigen una sociedad”⁶⁵⁴.

Sin embargo, tal significado que se atribuye a la noción debe ser puesto en sus necesarios límites atendiendo que el fin de la norma es, en definitiva, la protección de la organización institucional del Estado.

En tal sentido, deben considerarse “aquellas relaciones en que se traduce el concepto que tengan relevancia para el control social, es decir, que alterados, signifiquen una disfunción para el Estado en el cumplimiento de dicha misión”⁶⁵⁵.

⁶⁵³ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 317. El autor habla del significado de este término al efectuar un comentario del artículo 292 del Código Penal, en el que el legislador define el delito de asociación ilícita.

⁶⁵⁴ *Ibid*, pág. 261.

⁶⁵⁵ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 231.

En cuanto a la expresión “forma republicana y democrática de gobierno” opina Künsemüller, que en razón de no existir regla expresa sobre su verdadero sentido, debe ser interpretada en sentido amplio identificándose según él “con el gobierno del país”, por cuanto cree que “no ha sido la intención del legislador proteger sólo una determinada forma de gobierno, sino en general, el ordenamiento político existente en un momento determinado”⁶⁵⁶.

Tal planteamiento contradice nuestra posición acerca del bien jurídico en el derecho penal político, y además, no estaría acorde con la historia fidedigna del establecimiento de la norma, pues la dictación de la Ley N°12.927, precisamente, tuvo por objeto la preservación del régimen democrático.

Al contrario de lo que sostiene este autor la expresión “forma republicana y democrática de gobierno”, es lo suficientemente clara para ser vinculada a una forma de gobierno determinada, y que es la única que merece protección penal.

La figura del artículo 4 letra f) de la ley 12.927 debe ser relacionada con las figuras de las letras a) y b) de este mismo artículo.

Mientras en estas últimas existe una clara y directa conexión entre la conducta que se castiga y la comisión de determinados delitos, en la figura analizada dicho vínculo es más sutil, simplemente se habla de doctrinas que “tiendan a” los fines indicados⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 23. En ese mismo sentido, SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 232.

⁶⁵⁷.En este mismo sentido, MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973”, op. cit., pág. 22

8.- Noticias o Informaciones falsas o tendenciosas.

a) Aspectos generales: (Conceptualización, naturaleza y antecedentes legislativos)

El artículo 4 de la Ley 12.927 señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente: g) Los que propaguen de palabra o por escrito o por cualquier otro medio en el interior, o envíen al exterior, noticias o informaciones tendenciosas o falsas destinadas a destruir el régimen republicano y democrático de gobierno, o a perturbar el orden constitucional, la seguridad del país, el régimen económico o monetario, la normalidad de los precios, la estabilidad de los valores y efectos públicos y el abastecimiento de las poblaciones, y los chilenos que, encontrándose fuera del país, divulguen en el exterior tales noticias”.

Entre los antecedentes de esta figura han de mencionarse el artículo 1 del DFL N°143 de 6 de Mayo de 1931, el artículo 1 N°9 de la Ley N°6.026 de 12 de Febrero de 1937, que consagran una figura delictiva de muy similares características, y el artículo 1 letra c) de la ley 8.987 que amplía considerablemente el ámbito de aplicación de la figura, al agregar y ampliar las finalidades a tiende la conducta típica⁶⁵⁸.

El delito que establece el artículo 4 letra g) de la Ley 12.927 comprende distintas hipótesis, todas ellas referidas a la transmisión de noticias o informaciones tendenciosas o falsas: ya sea, mediante su propagación en el interior del país; su envío al exterior, o bien, su divulgación en el exterior, casos todos en los cuales debe tenerse en mira alguna de las finalidades que la disposición señala.

⁶⁵⁸ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 7.

En esta disposición, ha señalado Künsemüller⁶⁵⁹, no sólo se defiende la Seguridad Interior del Estado sino también aparece protegido el llamado Orden Público Económico Nacional, lo que puede desprenderse de la última parte de la disposición que señala que las noticias a que alude han de estar dirigidas entre otros fines “a perturbar ... el régimen económico o monetario, la normalidad de los precios, la estabilidad de los valores y efectos públicos y el abastecimiento de las poblaciones,...”.

En realidad, el bien jurídico predominantemente protegido en esta figura es como en todas las demás del título II de la Ley 12.927, la Seguridad Interior del Estado.

La protección de otros bienes jurídicos, como lo es, en este caso, el Orden Público Económico Nacional – y, en el caso de la letra a), el Orden Público, en la letra b) la disciplina Militar, o en el artículo 5 a), la integridad física de las personas – no desmiente que el legislador ha considerado como el centro de la protección en estos delitos la Seguridad Interior del Estado, frente a la cual los demás bienes jurídicos, en este sentido, aparecerán con un carácter accesorio.

En el precepto analizado el legislador busca evitar que en la formación de la opinión pública nacional como internacional puedan entrar a jugar elementos distorsionadores de la realidad, que perturben no sólo directamente la estabilidad del aparato estatal, sino, de manera indirecta, al afectar los presupuestos sobre los cuales dicha estabilidad se asienta.

No obstante, debe decirse que en este último caso la perturbación de la Seguridad Interior del Estado aparece en forma bastante mediata. Normalmente, la afección de tales aspectos del Orden Público Económico Nacional redundará sólo en una alteración al Orden Público Formal, vale decir, en la tranquilidad pública.

Lo anterior, lleva a poner especial énfasis en la trascendencia de las conductas incriminadas y en la consideración de que, en todo caso, debe apreciarse la puesta en peligro de la Seguridad Interior del Estado, para la configuración del delito que analizamos.

⁶⁵⁹ Ibid, pág. 8.

La figura analizada puede ser vinculada con la del artículo 339 del Código Penal, que prohíbe a las oficinas telegráficas una vez verificado un motín o asonada, transmitir o tolerar telegramas que fomenten o favorezcan el desorden, o den avisos de la marcha de los sucesos sin asentimiento de la autoridad, o instruyan sobre el movimientos de tropas y las medidas tomadas por la autoridad para sofocar el desorden.

Sin embargo, el Código Penal considera aquella figura como un atentado contra el Orden y la Seguridad Pública, estableciendo una sanción muy inferior que en el caso del delito de la Ley de Seguridad del Estado⁶⁶⁰.

En realidad, tal configuración y penalidad son adecuadas a la figura del artículo 339 del Código Penal que en cuanto constituyen conductas de colaboración a una sublevación ya producida, se traducen más bien en una infracción a deberes funcionarios que a un atentado contra la organización institucional del Estado.

Por otra parte, la disposición del artículo 4 letra g) de la LSE se vincula a los artículos 8 y 9 de la misma ley, y nos coloca en la necesidad de resolver eventuales conflictos de aplicación entre las respectivas normas.

La primera de ellas, prohíbe y sanciona a los funcionarios públicos o privados de Servicios de Telégrafos y Telecomunicaciones transmitir informaciones y comunicaciones que inciten a la ejecución de un delito penado en la LSE.

En este caso, a pesar de que la figura presenta un sujeto activo calificado, va a ser desplazada por el delito de propagación de noticias o informaciones falsas o tendenciosas, en razón de que este último presenta ciertas finalidades a que tiende la conducta que se encuentra ausente en el caso de la otra figura.

Por su parte, el artículo 9 de la LSE prohíbe y sanciona la circulación, remisión y transmisión por funcionarios de los Servicios de Correos y Telégrafos, Cables, Aduanas y Transportes, de diarios, revistas u otros impresos o noticias constitutivas de delitos sancionados en la LSE, salvo que se trate de la difusión de doctrinas filosóficas o materias históricas, técnicas o teóricas (inciso 1º del artículo 9 de la LSE).

La circunstancia que la ley aplique a este último delito la penalidad establecida para la figura del artículo 253 del Código Penal, nos permite indicar que la LSE asimila la conducta descrita en él a la denegación de auxilio a la autoridad que establece el legislador común.

En consecuencia, la LSE estaría configurando al delito de su artículo 9, tal como en el caso de la figura de su artículo 8, es decir, como una especie de delito funcionario, que por la levedad que asume, expresada en la exigüidad de la pena⁶⁶¹, no logra afectar la Seguridad Interior del Estado.

Por último, el artículo 19 de la Ley N° 16.643, sobre abusos de Publicidad, establecía una figura que si tenía muchos elementos en común con la analizada.

Se trataba de la “difusión maliciosa por alguno de los medios sometidos a su regulación, de noticias sustancialmente falsas o de documentos supuestos, alterando en forma esencial o atribuidos inexactamente a una persona cuando por su naturaleza puede causar daño grave a la seguridad, el orden, la administración o a la economía públicos, o ser lesiva a la dignidad, crédito, reputación o intereses de personas naturales o jurídicas”.

Sin embargo, la ley N°19.733 de 4 de Junio de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, derogó casi en su totalidad la ley N° 16.643, sobre Abusos de Publicidad - a excepción sólo de su artículo 49, siendo, de esta forma, suprimida la figura de nuestro ordenamiento, con lo que nos ahorraremos su comentario.

⁶⁶⁰ Sólo de reclusión menor en su grado medio y multa de seis a diez sueldos vitales.

b) Tipicidad objetiva:

i) Sujeto activo:

La propagación en el interior o el envío al exterior de las noticias o informaciones con las características que señala la figura no requiere ninguna calidad especial del sujeto activo.

En cambio, tratándose de la última de las hipótesis, vale decir, la referida a la divulgación en el exterior de las referidas noticias o informaciones, la conducta sólo puede ser ejecutada por un chileno, que se encuentre fuera del país.

Como sabemos la Constitución Política define en su artículo 10 quienes tienen la calidad de chileno, y no está de más señalar que han de cumplirse todos y cada uno de los requisitos que, en cada caso, tal disposición establece, para que pueda entenderse configurada la última de las hipótesis que establece la letra g) del artículo 4 de la ley 12.927.

ii) Conducta típica:

Como señalábamos es necesario distinguir tres diferentes hipótesis a través de las cuales es posible cometer este delito, todas ellas ligadas a la comunicación de noticias o informaciones tendenciosas o falsas. Comenzaremos por indicar cuando estaríamos ante tales.

Por noticia ha de entenderse “noción, conocimiento”, “contenido de una comunicación antes desconocida”⁶⁶². Por su parte, el término información significa

⁶⁶¹ En términos generales, suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales.

⁶⁶² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1449, 1º y 2º acepción.

“comunicación o adquisición de conocimiento que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”⁶⁶³.

Es posible señalar, en consecuencia, que ambas expresiones están referidas a la idea de comunicación del conocimiento respecto de algún hecho o suceso. La diferencia estaría en el grado de conocimiento previo que se tiene respecto a tal situación o acontecimiento.

En consecuencia, estaríamos frente a una “noticia” si la situación o acontecimiento comunicado era completamente desconocido hasta el instante mismo de la comunicación, y frente a una “información”, si la comunicación constituye sólo una complementación del conocimiento previo que se tenía de una situación o acontecimiento.

La figura del artículo 4 letra g) de la ley de Seguridad del Estado, establece que para que se constituya la figura las noticias o informaciones han de tener las características de ser “tendenciosas” o “falsas”.

Es falso lo “engañoso, fingido, simulado; falta de ley, de realidad o veracidad”, “incierto y contrario a la verdad”⁶⁶⁴.

Tendencioso es, en cambio, aquello “que presenta o manifiesta una cosa parcialmente, obedeciendo a ciertas tendencias, ideas, etc.”⁶⁶⁵.

Ciertamente, respecto de este último vocablo podría también entenderse que significa “que manifiesta o incluye tendencia hacia determinados fines”. Tal acepción le concedió al término la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo del año 1969 por el cual se pronunciaba de la apelación del auto de procesamiento en contra el director del diario “la Segunda”, por una publicación efectuada en tal periódico⁶⁶⁶.

En este mismo sentido se pronuncia Campusano Palma, para quien constituye un defecto de redacción de la disposición “el empleo de la conjunción “o” que induce a

⁶⁶³ Ibid., Tomo II, pág. 1164, 7° acepción.

⁶⁶⁴ Ibid., Tomo I, pág. 948, 1° y 2° acepción.

⁶⁶⁵ Ibid., Tomo II, pág. 1959, única acepción. Por su parte, tendencia significaría “propensión o inclinación en los hombres y en las cosas hacia determinados fines” - o bien - “ideas religiosa, económica, política, artística, etc., que se orienta en determinada dirección”. Ibidem, 1° y 3° acepción

⁶⁶⁶ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVI, 2° Parte, Sección 4°, págs. 302 y ss.

pensar - señala el autor - que las noticias o informaciones pueden ser simplemente tendenciosas “o” falsas”⁶⁶⁷.

En realidad, pensamos que esto último es precisamente aquello que el legislador se propuso indicar.

La acepción que sigue el fallo y el autor señalado respecto de la expresión “tendenciosas” no es la más adecuada para describir la característica que han de tener las noticias o informaciones de que habla la disposición analizada. Resulta demasiado general, e indudablemente, y priva al concepto de la función propia que tiene la expresión dentro de la disposición legal: la relación con el proceso comunicativo a que la norma alude.

Desde nuestra perspectiva, estaremos frente a una noticia o información falsa, o bien, frente a una noticia o información tendenciosa, dependiendo de cual sea el grado de adecuación a la realidad del hecho o suceso cuyo conocimiento es transmitido.

Si existe una radical contradicción entre el conocimiento comunicado respecto de la situación o acontecimiento, por un lado, y su existencia, o bien, la forma en la cual este se produce o se manifiesta en la realidad, por otro, la noticia o información será falsa.

En este sentido, la noticia o información falsa consiste en “el anuncio o narración del acaecimiento de hechos o de la verificación de actos que en realidad no se han producido, o que habiéndose producido, se las relata en un modo diferente al verdadero, o se les da un carácter distinto al que han tenido efectivamente”⁶⁶⁸.

En cambio, tendrá la característica de tendenciosa si aparecen distorsionados sólo ciertos aspectos específicos respecto a la forma en que tuvo lugar el hecho o suceso, particularmente, por la omisión de ciertos datos que permiten formarse una cabal representación de la realidad de éste.

⁶⁶⁷ CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 80.

⁶⁶⁸ ORREGO VICUÑA, GERMAN, “Delitos de Imprenta o de publicación”, citado en ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit. pág. 51.

En este sentido, “el vocablo tendenciosa se refiere a un carácter que debe poseer la noticia misma, por lo que no cabe asimilarlo a un elemento subjetivo del tipo penal”⁶⁶⁹.

Habiéndonos definido en sus aspectos esenciales las expresiones “noticias o informaciones tendenciosas o falsas”, es necesario que señalemos ciertas características que le resultan inherentes.

Concretamente, nos referimos a la circunstancia de estar referidos tales juicios a la relación existente entre la comunicación del conocimiento respecto de la existencia o características que un determinado hecho o suceso que ha tenido lugar en la realidad.

Es por ello que, en primer lugar, que en cuanto la noticia o información atiende al conocimiento de una situación o acontecimiento que tiene lugar en la realidad, ésta necesariamente tiene que haber ocurrido, y no constituirá, en consecuencia, noticia o información la mera posibilidad expresada de que vaya a verificarse el hecho o suceso. Se puede hablar así de la preteridad de la noticia o información.

En segundo lugar, si lo que existe es sólo en el proceso de comunicación es sólo la expresión de las opiniones o sensaciones que un determinado hecho o suceso causa en el transmitente, no estaremos frente a tales noticias o informaciones sino más bien frente a la crítica, la manifestaciones de impresiones personales acerca de la naturaleza o características de un hecho.

Indudablemente, el criterio fundamental en la diferenciación entre una noticia o información y la mera crítica será su presentación con un carácter netamente objetivo, es decir, desinteresado, desapasionado.

Sin embargo, en varias ocasiones aparece bastante difícil la diferenciación, particularmente por la circunstancia de que como todo proceso de transmisión de ideas, el proceso de comunicación de una noticia o información se encuentra expuesto a las diferentes valoraciones y posiciones subjetivas de cada individuo, tanto al momento de

⁶⁶⁹ MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, “Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973”, op. cit., pág. 25.

la aprehensión de la realidad del hecho, suceso o acontecimiento, como al momento mismo de transmitirlo.

Por último, para que la comunicación respecto del hecho o suceso constituya una noticia o información debe encontrarse destinada a la publicidad, requisito que aparece directamente relacionado con la posibilidad de afectar el bien jurídico protegido, de crear un peligro respecto de la Seguridad Interior del Estado.

No debe confundirse en este sentido publicidad con la idea de promocionar, acepción vulgarmente entendida, sino que nos referimos a la idea de hacer pública o, si se quiere, “masificar” el conocimiento que se tiene respecto de la realidad de un hecho.

Conforme a la característica recién anotada, no tendrá el carácter de noticia o información, el simple rumor, o bien, los comentarios que se formulen a individuos particulares.

Para observar si concurren en la especie la presentación objetiva, la preteridad y la publicidad que determinan que la transmisión del conocimiento de la realidad de un hecho o suceso tenga el carácter de una noticia o información, el juzgador ha de echar mano a diferentes elementos a considerar: el contexto en el cual tiene lugar la información, el despliegue que se hace de ella; el medio empleado para hacerla conocida, y, concretamente, si se trata de un medio de comunicación social; la técnica periodística empleada y su vinculación con las otras comúnmente utilizadas, etc.

Debe señalarse que la recepción de las características de las noticias o informaciones tendenciosas o falsas por parte de la Jurisprudencia han tenido diferente suerte.

Merece mencionarse, en primer término, un fallo de la Corte Suprema de fecha 8 de Septiembre año 1967, recaído en la apelación del auto de procesamiento dictado en la causa “Contra García Garzena, Víctor y otros”⁶⁷⁰, en la cual se persiguen varios delitos contra la Seguridad Exterior e Interior del Estado.

El requerimiento se había sido intentado, concretamente respecto de la figura analizada, en razón de estimarse que ciertas declaraciones públicas formuladas por el

Partido Nacional, “constituían propagación de noticias e informaciones tendenciosas o falsas destinadas a perturbar la seguridad del país, cuando se sostiene que “frente al nuevo atropello a la Soberanía de Chile en el canal Beagle”, existe “la urgencia de solucionar las deficiencias de armamentos y estabilidad económica que afectan la capacidad defensiva de la FFAA.”, todo lo cual está directamente referido a la necesidad que habría, para los autores de la declaración, de “enfrentarse al gobierno argentino”, “cuyos propósitos expansionistas y hegemónicos son conocidos”, según ellos señalan, y califican después de dolerse de que nuestro Gobierno se apresurara a reconocerlos “incondicionalmente”.

Lo anterior constituiría según la requirente la comisión del delito de la letra g) del artículo 4 de la ley N°12.927 puesto que “se trata de evidenciar que la nación carece de elementos morales y materiales para defender su integridad, para perturbar la seguridad del país e, incluso, el orden constitucional aplicable a las relaciones internacionales”⁶⁷¹.

La Corte confirma la revocación del auto de procesamiento y expresa en su fundamento N°1 “que si bien la Declaración del Partido Nacional, que ha sido materia del proceso, pudiera estimarse inoportuna e inusitada, esa circunstancia por sí sola no la hace constitutiva de los delitos contemplados en los artículos 1°, 4° y 6° de la ley de Seguridad del Estado, puesto que dentro de la libertad para emitir sin censura previa las opiniones que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República, los partidos políticos tienen derecho a expresar públicamente el concepto que le merecen los actos del Gobierno y a criticar sus actuaciones, salvo que estas opiniones constituyan una incitación a la subversión o a la revuelta o una injuria a S.E. el Presidente de la República o a sus Ministros de Estado, lo que en el presente caso no resulta establecido en su texto”⁶⁷².

El fallo vinculó los delitos requeridos, entre ellos el que establece el artículo 4 letra g) de la ley N°12.927, con el ejercicio de derecho de libertad de opinión,

⁶⁷⁰ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXIV, 2° Parte, Sección 4°, págs. 266 y ss.

⁶⁷¹ *Ibid.*, concretamente, pág. 268.

entendiendo que existiría en la especie sólo expresión pública del concepto que le merecen a los ciudadanos los actos del Gobierno y la crítica de sus actuaciones, y no configurándose, en consecuencia, la figura analizada.

Por su parte, el ya anteriormente citado fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1969, que se pronuncia respecto de la apelación de auto de procesamiento que declara reo al entonces director del diario “La Segunda”, Don Mario Carneyro Castro, se refiere a otro de los aspectos analizados.

En los titulares de dicha publicación se había expresado “El Ejército del norte exige al Gobierno reponer al General Viaux”, reproduciendo luego una declaración pública, en que oficiales de la primera división del Ejército, exigían al Primer Mandatario un acto inmediato de desagravio y de justicia que reponga en su puesto de Comandante de tal división al General de Brigada don Roberto Viaux, el que había sido depuesto en razón de delitos contra la Seguridad Interior del Estado en los cuales había participado.

Pueden desprenderse de este fallo varios elementos que permiten revelar diferentes aspectos de la descripción típica de la figura, de los cuales algunos serán analizados más tarde.

Concretamente respecto del asunto de la falsedad de las noticias o informaciones, el tribunal de primera instancia fundamenta la dictación del auto de procesamiento por el delito analizado en contra del director de la publicación, por entender que el título señalado “no guardó absoluta fidelidad con el expresado contexto, como quiera que, apareciendo como remitentes o firmantes de la declaración “oficiales de guarnición”, el periódico sin embargo, la intituló como “Ejército del Norte”, de lo cual fluye que de no ser tal título exactamente veraz”⁶⁷³.

La Corte Suprema deja sin efecto el auto de procesamiento indicado, señalando sobre el punto que “el titular que lógicamente dentro de la técnica

⁶⁷² *Ibid.*, pág. 271.

⁶⁷³ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVI, 2º Parte, Sección 4º, esta vez pág. 303.

periodística pudo tener leves variaciones, substancialmente condensa lo medular y más grave de la declaración pública”⁶⁷⁴.

De esta forma, la Corte entiende que puede existir cierta disconformidad entre lo expresado en la noticia o información y la realidad de los hechos relatados siempre que ello se encuentre dentro de los márgenes del estilo periodístico y, tenga relación con lo esencial del hecho.

Si bien tal planteamiento es bastante razonable, creemos que más pesan los argumentos formulados por el voto de minoría que estuvo en este punto por confirmar el fallo apelado.

Sin entrar a las disquisiciones sobre la técnica periodística empleada por el pasquín, estima que la noticia es derechamente falsa, ya que el texto de la declaración revela que es anterior al llamado a retiro de Viaux y no una situación actual como se hace referencia en la publicación⁶⁷⁵.

En cuanto al tema de la preteridad y publicidad de las noticias o informaciones cabe citar la posición de la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo del año 1983, recaído en la causa “Contra Rodríguez Araya, María Cecilia”⁶⁷⁶, que condena en calidad de autora de tentativa del delito analizado, a quien fue detenida cuando se encontraba a bordo de un avión con destino a Europa en posesión de documentación con opiniones contra el Gobierno expresadas a través de distintos folletos, fotografías de manifestaciones callejeras, y dos carpetas de variado material impreso.

La Corte, en opinión que no compartimos, rechaza las alegaciones de la defensa referidas al carácter pretérito y público que deben tener las noticias o informaciones a que se refiere la figura, señalando que “esto carece de relevancia ya que se trata de circunstancias ajenas al tipo penal de autos en cuanto el legislador se remite a los que envíen o lleven al exterior noticias o informaciones tendenciosas o falsas, sin distinción alguna”.

⁶⁷⁴ Ibid., pág. 304, numerando 3°.

⁶⁷⁵ Ibid, pág. 305.

⁶⁷⁶ Causa Rol N°6-83 de la Corte de Apelaciones de Santiago, citada en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 217.

En contra del señalado parecer, el voto disidente de la confirmatoria de encargatoria de reo recaído en la causa que nos ocupa, sigue a nuestro juicio la doctrina correcta.

En tal sentido expresa, “que no pueden catalogarse de falsos o verdaderos los juicios de valor y, además, que para la catalogación de la figura delictiva del artículo 4 letra g) de la LSE, no es posible desentenderse del carácter pretérito y público de la información cuestionada”⁶⁷⁷.

Habiéndonos preocupado de explicar el alcance de la expresión “noticias o informaciones tendenciosas o falsas”, pasemos a analizar el sentido de las expresiones que describen los verbos rectores de la conducta típica.

Se trata de tres comportamientos alternativos en cuanto al ámbito en que se desarrollan pero todos ellos apuntan hacia un mismo aspecto: la extensión del conocimiento de las noticias falsas o tendenciosas.

- Propagar en el interior del país de palabra o por escrito o por cualquier otro medio tales noticias o informaciones.

Propagar, como ya hemos señalado respecto de la figura de la letra f) del artículo 4 de Ley 12.927, significa “extender el conocimiento de una cosa o la afición a ella”⁶⁷⁸.

Sin embargo, nosotros entendemos que en aquella figura el sentido de la expresión era distinto al que tiene lugar en la que actualmente analizamos.

La razón es que el contenido mismo de la propagación es diverso, lo que le da a la expresión un matiz diferente, apuntando claramente, como señalábamos, al proceso de comunicación de las noticias o informaciones falsas o tendenciosas.

Esta hipótesis plantea el caso que tal proceso tenga lugar en el interior, vale decir, dentro del territorio nacional.

⁶⁷⁷ Ibid., pág. 218.

Lo anterior implica que tanto quien propaga las noticias o informaciones como los destinatarios se encuentren dentro de tal ámbito espacial.

Conforme señala la disposición, la propagación puede efectuarse de palabra o por escrito o por cualquier otro medio.

Hace bien el legislador en no limitar la propagación a un determinado medio, pues junto a los tradicionales instrumentos utilizados en el proceso formativo de la opinión pública, como los que se han valido de la imprenta (prensa escrita, los libros, etc.) han venido a cobrar gran importancia con el progreso técnico y científico otros medios de carácter oral o visual como el cine, la radio, la televisión, internet, etc.

Por la misma razón, no debe restringirse el alcance de la propagación a los medios de comunicación social⁶⁷⁹ a que alude la ley N°19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, sino que puede tener lugar a través de vehículos de comunicación de carácter informal o esporádica como panfletos, avisos, medios audiovisuales como documentales, siempre que tenga la característica necesaria de masividad para darle a la comunicación un carácter público.

- Enviar al exterior tales noticias o informaciones.

Enviar significa “hacer que una cosa se dirija o sea llevada a alguna parte”⁶⁸⁰.

De manera que esta hipótesis está aludiendo a la acción de transmitir las noticias o informaciones desde dentro del territorio nacional hacia fuera de él.

Si bien la expresión misma de que se vale el legislador es parca, su extensión debe ser precisado por la extensión de los otros verbos de la figura (propagar y divulgar) que “determinan la atipicidad de los envíos privados sin un posible efecto de

⁶⁷⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 1677, 3° acepción.

⁶⁷⁹ El artículo 2 de la ley 19.733 señala que “Para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado”.

⁶⁸⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo II, pág. 857, 2° acepción.

difusión, siendo este último, el elemento esencial y característico de los respectivos comportamientos”⁶⁸¹.

- Divulgar, en el exterior, dichas noticias o informaciones, siempre que sea realizado por chilenos que se encuentren fuera del país.

Divulgar “publicar, extender, poner al alcance del público una cosa”⁶⁸².

El verbo rector que emplea el legislador al describir esta hipótesis de la figura pone de realce el requisito de publicidad que han de tener las noticias o informaciones.

Esta hipótesis plantea un caso de extraterritorialidad de la ley penal.

Su fundamento puede encontrarse en el llamado principio real o de defensa conforme al cual ciertos sucesos que ocurren fuera del territorio puedan excepcionalmente afectar el orden jurídico de un Estado⁶⁸³.

En todo caso, la figura restringe la nacionalidad del sujeto activo señalando que quien divulga las noticias o informaciones estableciendo que ha de tratarse de un chileno.

Constituye lo anterior una aplicación del principio de personalidad, conforme al cual la circunstancia de ser chileno le añade gravedad a la ofensa “por el especial vínculo que debe unir a los ciudadanos con su patria”⁶⁸⁴.

Con todo, Alliendi Pinto⁶⁸⁵ repara en la dificultad de sancionar a quienes incurren en esta hipótesis: sólo podría tener aplicación si el culpable regrese voluntariamente al país, pues, obviamente, la extradición no es procedente respecto de un delito que tiene carácter político.

⁶⁸¹ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 241.

⁶⁸² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo I, pág. 768, única acepción.

⁶⁸³ ETCHEBERRY, ALFREDO, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo I, Parte General, págs. 123 y ss.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, especialmente pág. 125

c) Tipicidad subjetiva:

A diferencia de lo que sostiene Künsemüller quien señala que el precepto “no formula ninguna exigencia especial relativa al ánimo del sujeto activo, conformándose con el dolo común de toda forma delictiva”⁶⁸⁶ es posible observar que la figura es prolífica en exigencias subjetivas hacia las cuales debe tender la conducta.

Nuestra Jurisprudencia a reparado desde muy antiguo en ellas.

Así puede citarse un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso⁶⁸⁷ del año 1940 que señala que “los hechos que constituyen este delito deben transparentar el propósito del agente, dirigido a producir los males castigados en la ley como objetivo”.

Por su parte, el citado fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1969, que se pronuncia respecto de la apelación de auto de procesamiento que declara reo al entonces director del diario “La Segunda”, conforme al cual se señala que tanto la expresión “tendenciosas” como el vocablo “destinada”, y sobretodo la última “contienen un sutil pero elemento subjetivo de la figura o tipo penal”⁶⁸⁸.

Las finalidades a que debe encontrarse destinada la conducta señalada pueden ser:

i) Destruir el régimen republicano y democrático de gobierno.

Ya nos hemos referido anteriormente a este punto, de manera que reproducimos completamente lo señalado para la figura del artículo 4 letra g) de la LSE.

⁶⁸⁵ ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 52.

⁶⁸⁶ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, op. cit., pág. 9.

⁶⁸⁷ Gaceta de los tribunales, 1940, Segundo Semestre, N°86, pág. 395. Citado en ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 52.

⁶⁸⁸ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVI, 2° Parte, Sección 4°, esta vez pág. 304, 4° numerando.

ii) Perturbar el orden constitucional.

Según señala Etcheberry, el orden constitucional hace “referencia a las normas fundamentales de ese carácter que reglamentan el ejercicio de la autoridad pública a través de los poderes del Estado en recíproca relación y en la esfera de su competencia, y en la generación de dichos poderes”⁶⁸⁹.

La propagación de noticias o informaciones a que la figura se refiere produce una alteración del libre ejercicio de las atribuciones que corresponden a los órganos que conforman la estructura del aparato estatal y que se encuentran señaladas en el marco normativo que la Carta Fundamental establece.

iii) Perturbar la seguridad del país.

Salinas Chaud considera que esta finalidad apunta a la afectación tanto a la Seguridad del Estado tanto en su perspectiva interna como externa⁶⁹⁰.

En realidad tal conclusión privaría de utilidad a la finalidad recién analizada pues quedaría completamente incluida en la presente.

Por tal razón conviene entender que con Seguridad del país el legislador solo se estaría refiriendo a la Seguridad Exterior del Estado⁶⁹¹.

iv) Perturbar el régimen económico o monetario.

Régimen económico o monetario puede interpretarse como el conjunto de reglas o medidas que regulan el comportamiento de los agentes económicos en el mercado, para la preservación de los principios que permiten su funcionamiento (libre

⁶⁸⁹ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho Penal”, op. cit., Tomo III, Parte Especial, pág. 209.

⁶⁹⁰ SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 245.

⁶⁹¹ En este sentido, ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, op. cit., pág. 51.

competencia, transparencia en el intercambio de productos y servicios, homogeneidad de la moneda, etc.).

El concepto de régimen económico constituye uno de los elementos del llamado Orden Público Económico, concepto al que pretendía la doctrina asignar el papel de bien jurídico del delito económico. Demostrada por la Doctrina Penal la insuficiencia de éste para tal objeto, aún se conserva hoy en día para englobar dentro de sí una serie de bienes jurídicos de naturaleza suprapatrimonial⁶⁹².

Como ya señalábamos al comenzar este acápite, a pesar que la finalidad ahora analizada así como las que vienen más adelante permitan dar protección a ciertos aspectos del Orden Público Económico, el bien jurídico predominantemente protegido sigue siendo la Seguridad Interior del Estado, de manera que sólo deberán ser consideradas aquellas conductas que tendiendo a una alteración de ciertos aspectos específicos del Orden Público Económico que se señalan, redunden en una perturbación al aparato estatal, impidiéndole la realización de las funciones que le corresponden.

v) Perturbar la normalidad de los precios.

La normalidad de los precios se refiere a la fijación natural del valor de los bienes y servicios y que, específicamente, en una economía de mercado, tiene lugar a través de la libre concurrencia de oferentes y demandantes al mercado.

vi) Perturbar la estabilidad de los valores y efectos públicos.

Los valores constituyen títulos representativos de participación en haberes de sociedades, de cantidades prestadas, de mercaderías, de fondos pecuniarios o de

⁶⁹² Al respecto, DONOSO ROSELLO, FERNANDO, 1999, “Bienes jurídicos colectivos bien jurídico en los delitos económicos”, Santiago de Chile, Memoria para de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 62.

servicios que son materias de operaciones mercantiles. Su calificación de público estaría determinada por la adscripción estatal del capital.

Los efectos públicos son los documentos de crédito emitidos por los organismos públicos que han sido reconocidos por el gobierno como negociables en Bolsa.

La estabilidad de valores y efectos públicos puede tener importancia para la integridad del aparato estatal puesto que constituyen una de las formas a través de las cuales el Estado obtiene financiamiento.

vii) Perturbar el abastecimiento de las poblaciones.

Se refiere a la alteración de la provisión de víveres u otros productos necesarios para los habitantes de un importante sector del país.

9.- Penalidad de los delitos del artículo 4 de Ley N°12.927.

a) Regla General:

El artículo 5 de la LSE establece las penas aplicables para las distintas figuras del artículo 4 de esta ley.

Señala la disposición que "los delitos previstos en el artículo anterior serán castigados con presidio, relegación o extrañamiento menores en sus grados medio a máximo, sin perjuicio de las penas accesorias que correspondan según las reglas generales del Código Penal".

Esta última referencia a las penas accesorias era, en todo caso, completamente innecesaria.

b) Regla aplicable a extranjeros que no tengan cónyuge ni hijos chilenos.

El inciso 2° de la disposición establece que debe aplicarse la regla que establece el artículo 3 de la ley en el caso que haya sido condenado por alguno de tales delitos un extranjero.

En consecuencia, una vez dictada sentencia condenatoria contra un extranjero, el presidente de la República ordenará su expulsión del territorio nacional, una vez cumplida la pena.

Se trata de una clase especial de extrañamiento que también encontramos en el artículo 472 del Código Penal como pena accesoria a la privativa de libertad que se impone al delito de usura.

Se asemeja con la pena de extrañamiento en que supone también la expulsión de territorio de la República sin fijarse al condenado un lugar determinado de residencia forzosa.

Por su parte, se diferencia de éste en que la expulsión lleva implícita la prohibición de ingresar al país y en la circunstancia que no se pone límite a la duración de la expulsión, vale decir, es perpetua.

El propio artículo 3 de la LSE establece una excepción a dicha regla, conforme a la cual no procederá respecto de extranjeros que tengan cónyuge o hijos chilenos.

c) Agravante de responsabilidad en caso de guerra externa.

Conforme señala el inciso 3° del artículo 5 de la LSE en tiempo de guerra externa la pena será de presidio, relegación o extrañamiento mayores en cualquiera de sus grados.

Debemos recordar que el concepto de tiempo de guerra se encuentra en el artículo 418 del Código Castrense. A él ya nos hemos referido anteriormente.

D) Figuras contenidas en los artículos 5 a) y 5 b) de la Ley N°12.927.

1.- Aspectos Generales:

Los delitos previstos en los artículos 5 a) y 5 b) de la Ley N°12.927 presentan varias características comunes que se debe a la circunstancia de tener un mismo origen legislativo, el artículo 5 bis agregado a la LSE por el DL N°5 de 22 de Septiembre de 1973.

Aparte de tener elementos subjetivos comunes - "alterar el orden constitucional o la seguridad pública" - ambos se caracterizan por la falta de precisión en la descripción típica que, efectuando el legislador una vaga referencia a la afección mediata de ciertos bienes jurídicos individuales, "la vida o la integridad física" en el caso del artículo 5 a) de la ley, o bien, "la libertad", en el caso de la figura del artículo 5 b) de la LSE.

Por otra parte, ambas figuras se encuentran construidas de manera similar, estableciéndose una figura base a la cual se le van agregando diversas calificantes, cuya concurrencia, determina un aumento en la penalidad.

Por último, respecto de ambos delitos se encuentra establecida la agravante del artículo 5 c) de la Ley.

2.- Atentado político.

a) Aspectos generales: (Conceptualización, naturaleza y antecedentes legislativos)

El artículo 5 letra a) de la Ley 12.927 contempla un delito que bien podríamos denominar atentado político.

A diferencia de las figuras delictivas establecidas en las diferentes letras del artículo 4 de ese cuerpo legal, este delito no cuenta con antecedentes legislativos directos previos a la LSE.

La figura que analizamos tiene su origen en el artículo 5 bis, disposición que fue agregada a la LSE por el DL N°5 de 22 de Septiembre de 1973 y que contenía una figura muy semejante a la actual. Su redacción definitiva se debe al DL N°559 de 12 de Julio de 1974, que vino a reemplazar el antiguo artículo 5 bis de la LSE por los nuevos artículos 5 a), 5 b) y 5 c).

El legislador tipifica este delito estableciendo una figura base a la cual va superponiendo distintas circunstancias que agravan su penalidad, ya en razón del resultado producido, ya en cuanto a la calidad de los sujetos sobre los cuales ha de recaer la acción delictiva.

Conviene que nos refiramos, en primer lugar, a tal figura base que establece la disposición.

Señala el inciso 1° del artículo 5 letra a) de la Ley 12.927: “Los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública atentaren contra la vida o integridad física de las personas, ...”.

El término atentado no es ajeno a nuestra terminología punitiva pues aparece utilizado por el legislador para denominar la figura del artículo 261 del Código Penal.

Sin embargo, el legislador común se encarga de delimitar en forma específica las conductas que habrían de quedar comprendidas en aquel delito.

En cambio, en la figura que analizamos el legislador se contenta con emplear como verbo rector el propio término atentar que le imprime a la figura un carácter vago e impreciso.

Es claro, en todo caso, que el legislador estaría penalizando, de manera autónoma, aquellos actos de ejecución de delitos contra la vida o la integridad física de las personas⁶⁹³. Se trataría de lo que Garrido Montt ha denominado un delito de “pura

⁶⁹³ De similar parecer, ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 129. Señala el autor, refiriéndose a la figura en análisis “la conducta consiste en un atentado contra dichos

tentativa⁶⁹⁴, cuyo agotamiento supone alguna de las hipótesis calificadas que la propia disposición se encargará de establecer.

Pero, si bien existe acuerdo respecto de la índole de la figura, aún permanece subsistente el reproche referido a la amplitud de la figura, pues, como señala Guzmán Vial, “en todos aquellos casos en que no se diere muerte a la víctima o no se le infirieren lesiones graves, la figura adquiere una imprecisión enorme, pues los actos de ejecución que puedan estimarse como simples amenazas a la vida o a la integridad física, están representados por una gran variedad de conductas, que pueden incluir acciones muy leves o lejanas para constituir un riesgo más o menos efectivo al bien jurídico protegido⁶⁹⁵”.

Para una adecuada delimitación de la figura ha de considerarse que el bien jurídico predominantemente protegido es, en todo caso, la Seguridad Interior del Estado, de manera que los atentados a la vida o integridad física de las personas a que la disposición se refiere deben, en todo caso, estar dirigidos a “alterar el orden constitucional o la seguridad pública”, elementos subjetivos que le otorgan un carácter indudablemente “político” a la figura.

El carácter preeminente de la Seguridad Interior del Estado dentro de la objetividad jurídica de la figura del artículo 5 a) de la LSE ha sido destacado por la Jurisprudencia.

Puede citarse, de esta forma, un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁹⁶, del año 1981, recaído en la causa “Contra Zúñiga Arellano, Víctor Manuel y otros” a propósito del atentado de que fue víctima el entonces presidente de la

bienes jurídicos, esto es, en un acto realizado con la intención de lesionarlos, lo que entregado a las reglas generales constituiría una tentativa”. En el mismo sentido, GUZMAN VIAL, MANUEL, 1988, “El Derecho Penal como instrumento represivo”, en Revista Chilena de Derechos Humanos, N°9, Noviembre de 1988, Santiago de Chile, Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, pág. 27.

⁶⁹⁴ GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación”, op. cit., pág. 173.

⁶⁹⁵ GUZMAN VIAL, MANUEL, “El Derecho Penal como instrumento represivo”, op. cit, pág. 27. De tal forma que a la crítica que puede formularse desde el punto del principio de legalidad se agrega aquella referida al principio de lesividad.

Excma. Corte Suprema, don Israel Bórquez Montero, quien producto de tal acción recibió dos impactos de bala que le causaron lesiones graves.

Señala la Corte rechazando las argumentaciones de la defensa que “no se puede calificar el hecho como un simple homicidio frustrado, por cuanto es obvio que el bien jurídico protegido en el tipo que nos ocupa no es la vida del señor Bórquez, sino la seguridad del Estado”.

En este mismo sentido se pronuncia a Doctrina, señalando que “la vida o la integridad física de las personas es, para estos efectos, un bien accesorio que se expresa en la gradación de la pena”⁶⁹⁷.

En cuanto a los elementos subjetivos que la figura comprende además de “alterar el orden constitucional o la seguridad pública”, la disposición contemplaba como un tercer propósito al que podía estar dirigida la conducta, “intimidar a la población”, expresión que fue suprimida por la ley 19.047.

El acierto es evidente, pues tal finalidad daba a la figura un matiz más bien terrorista que propiamente político, y su mantenimiento hubiese provocado mayores problemas concursales entre la figura analizada, y ciertas figuras establecidas en la ley de conductas terroristas, que los que hoy día pueden observarse.

b) Tipicidad objetiva:

La conducta típica, como señalamos, estaría conformada por la acción de “atentar contra la vida o integridad física de las personas”.

El término atentar que en lenguaje común significa emprender alguna cosa ilegal o ilícita, puede asociarse a la noción de tentativa en sentido amplio, vale decir, incluyendo la frustración.

⁶⁹⁶ Reaído en la causa Rol N°21-81 de la Corte de Apelaciones de Santiago, citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, op. cit., págs. 271 y 272.

⁶⁹⁷ CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 158.

De esta forma, queda comprendida en el comportamiento que la norma señala la realización de actos de ejecución de delitos contra la vida o la integridad física de las personas, sea homicidio, mutilaciones o lesiones.

Respecto de las lesiones se suscita el problema de determinar hasta que tipo de lesiones alcanza la conducta.

En este sentido, pensamos que la conducta sólo alcanzaría a las lesiones menos graves, pues otro tipo de conductas resultarían irrelevantes para del bien jurídico protegido.

Etcheberry, reparando en el hecho que el legislador sólo habla de “integridad física” y no menciona “la integridad síquica”, entiende que la norma “podría tener la consecuencia injustificable de excluir los atentados que lesionaren gravemente la salud mental”⁶⁹⁸.

En realidad, pensamos que la disposición al referirse a “integridad física” no excluye los actos que agrediendo al individuo en sus condiciones físicas pueda tener una repercusión en la psiquis del individuo, sino que pretende desplazar los atentados que se dirijan contra lo que algunos autores denominan sus condiciones ideales⁶⁹⁹, como, por ejemplo, la tentativa referida a los ilícitos penales que atacan su esfera de intimidad, o su libertad de autodeterminación.

Tal conclusión resulta de observar que la norma establece en su propio inciso primero, una hipótesis calificada en el evento de que se infirieren “lesiones graves” a la víctima, variedad de lesiones, que conforme al artículo 397 N°1 del Código Penal, comprende, aquellas situaciones que como consecuencia de desplegar el agente el comportamiento típico - herir, golpear o maltratar de obra - el ofendido quede demente⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 129.

⁶⁹⁹ POLITOFF, SERGIO, GRISOLIA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN, 1993, “Derecho Penal Chileno”, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, op. cit., pág. 33.

c) Tipicidad subjetiva:

Las finalidades a que debe apuntar la figura son las de alterar el orden constitucional o la seguridad pública.

Ya nos referimos a la expresión “orden constitucional”, a propósito de la figura del artículo 4 letra g) de la LSE.

En cuanto a la expresión “la seguridad pública”, Etcheberry la hace sinónima de Seguridad del Estado⁷⁰¹, tanto en su perspectiva externa como interna, y vendría a comprender la anterior noción de orden constitucional.

En este punto disentimos del parecer de tal autor, pues la noción de Seguridad Pública parece estar más bien emparentada con la de Orden Público, como se desprende del epígrafe del título VI del Libro II del Código Penal.

En este sentido, el atentado estaría exigiendo una alteración de tal modo significativa para la Seguridad Pública que involucre la Seguridad del Estado.

Esta disposición como la de la letra a) del artículo 4 de la LSE viene a demostrar la estrecha vinculación entre ambos bienes jurídicos, y que ya pudo ser observada al analizarse la figura de la letra a) del artículo 4 de la LSE.

d) Penalidad del tipo base e hipótesis calificadas.

Los que incurran en la conducta analizada sufrirán, de acuerdo a lo que señala el inciso 1º del artículo 5 letra a) de la Ley de Seguridad del Estado la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

No obstante esta regla puede verse alterada por una serie de circunstancias que la norma señala:

⁷⁰⁰ Por otra parte, cabe recordar que si la LSE se expresa con impropiedad, también lo hizo el Código Penal al denominar “Lesiones corporales” al párrafo 3º del Título VIII, del Libro II.

⁷⁰¹ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 129.

i) Figura calificada en atención a los resultados del inciso 1° del artículo 5 letra a) de la Ley 12.927.

El legislador luego de referirse a la penalidad de la hipótesis simple de atentado político establece una figura calificada del delito en el evento que “se diese muerte a la víctima del delito o se le infirieren lesiones graves”.

En este caso se aplicará precisamente la pena de presidio mayor en su grado máximo.

Como adelantábamos, el agotamiento del delito supone una circunstancia que el legislador toma en consideración para agravar la pena.

La ley habla de “se diese” muerte o “se le infringieren” lesiones graves, lo que hace evidente que estos resultados se encuentran cubiertos por el dolo del autor y no bastaría, en consecuencia, la culpa.

ii) Figura calificada en atención a la calidad de los sujetos pasivos de la acción.

La primera parte del inciso 2 del artículo 5 a) de la LSE establece que “En los casos en que el atentado se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, la pena será de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo”.

Conforme el inciso final de este artículo la misma pena será aplicable en el caso que la víctima fuere su “cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el segundo grado de consanguinidad” de tales personas.

La disposición estaría evidentemente aludiendo a un cargo de carácter público. Así opinan Etcheberry⁷⁰² y Campusano Palma⁷⁰³.

⁷⁰² Ibidem.

⁷⁰³ CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, “Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar”, op. cit., pág. 157. El autor señala que esta sería también la opinión de Luis Ortiz Quiroga.

No se logra apreciar, de manera clara, en todos los casos que la hipótesis comprende, el fundamento de la agravación.

Si la víctima se encuentra ejerciendo un cargo, la ratio legis ha de ser la defensa de la función pública, que determina una mayor reprochabilidad respecto de aquellos comportamientos que tendientes a perturbar la Seguridad Interior del Estado, logran afectar a los miembros de las instituciones del aparato de control.

Pero tal motivación del legislador es difícilmente extensible a los demás casos, principalmente, en que el sujeto pasivo de la acción resulta ser pariente del funcionario. Constituyen tales situaciones una suerte de privilegio o prerrogativas personales, claramente injustificables desde la perspectiva de un Estado Democrático de Derecho.

Etcheberry apoyándose en la redacción de los diferentes incisos del artículo 5 a) llega a la conclusión que tratándose de la hipótesis que ahora analizamos no se requeriría que la conducta típica tienda a las finalidades que establece la primera parte de la disposición, es decir, que se persiga alterar el orden constitucional o la seguridad pública, de manera que “el atentado se origina solamente en el hecho de encontrarse la víctima o uno de sus parientes vinculado al ejercicio de un cargo público – sin requerirse, por tanto, señala el profesor - que concurren simultáneamente ambos propósitos o motivaciones”⁷⁰⁴.

Nosotros pensamos que no es esa la interpretación adecuada.

En efecto, cuando el inciso segundo del artículo 5 a) de la LSE señala “en los casos en que el atentado se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar...”, la disposición se está refiriendo a la conducta que describe el inciso primero de la disposición sin que aparezca que se está excluyendo ninguno de los elementos objetivos o subjetivos que la definen.

De acuerdo a lo anterior, en la hipótesis analizada el autor pretende lograr la alteración del orden constitucional o de la seguridad pública, dirigiendo el atentado contra quien se encuentra vinculado a un determinado cargo público.

⁷⁰⁴ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo IV, Parte Especial, pág. 130.

El dolo en el caso de esta figura calificada se extiende al conocimiento de la calidad de funcionario público de la cual la víctima se encuentra investida, lo estuvo o lo estará y, en su caso, del parentesco que presenta respecto de dicha persona.

Por ultimo, es necesario señalar que artículo 2 N°3 de la Ley N°18.314, contempla una figura con ciertas similitudes a esta hipótesis calificada de atentado político, al señalar que constituye delito terrorista siempre que reúna alguna de las características que establece el artículo 1 de la ley “el atentado en contra de la vida o la integridad corporal del jefe de Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa o de personas internacionalmente protegidas en razón de sus cargos”.

Los posibles problemas concursales entre esta hipótesis calificada de atentado político y la figura del artículo 2 N°3 de la Ley N°18.314 aparecen resueltos en la propia ley de conductas terroristas al prescribir en su artículo 3 que se aplicará la pena establecida en la LSE aumentada en uno, dos o tres grados.

iii) Figura calificada en atención a ambas circunstancias.

Si además de tener alguna de las calidades señaladas, se diere muerte a la víctima del delito o se le infirieren lesiones graves, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Es decir se aplicará la pena señalada si como consecuencia de la conducta desplegada por el agente se da muerte a la víctima o se le provocan, a lo menos, lesiones graves, es decir aquellas lesiones descritas en el artículo 397 del Código Penal.

El artículo 2 de la Ley N°19.734 se encargó de establecer como pena máxima en estos casos el presidio perpetuo calificado, reemplazando, de esta forma, la pena de muerte, como pena máxima por este delito.

3.- Secuestro político.

a) Aspectos generales: (Conceptualización, naturaleza y antecedentes legislativos)

El artículo 5 b) de la Ley 12.927 contempla un delito que presenta varias similitudes con el establecido en el artículo a) de este cuerpo legal.

Tiene como tal delito, su origen en el artículo 5 bis, que agregada a la LSE por el DL N°5 de 22 de Septiembre de 1973, disposición que fue posteriormente, reemplazada por los nuevos artículos 5 a), 5 b) y 5 c), que introdujo el DL N°559 de 12 de Julio de 1974.

La figura que analizamos ha sido tipificada de forma similar que la figura del artículo 5 a) de la LSE, es decir, sobre una figura base a la cual va superponiendo distintas circunstancias que agravan la penalidad inicial, eso sí, más variadas que en el caso del atentado político.

La figura base de este delito, al cual llamaremos secuestro político, se encuentra en el inciso 1° de la norma aludida, descrita de la siguiente forma: “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, ...”.

Esta figura, aunque en grado menor, admite también reparos en cuanto a la vaguedad de la descripción típica, que sin señalar con precisión los comportamientos que constituyen la conducta típica, realiza una mera alusión al bien jurídico inmediatamente afectado.

Cuando la disposición habla de libertad debe entenderse, en todo caso, que se está refiriendo a la libertad personal, vale decir, la “que consiste en moverse materialmente de un lugar a otro o no hacerlo”⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ *Ibíd*, Tomo III, Parte Especial, pág. 201.

En este sentido, cabe relacionar la figura con el delito establecido en el artículo 141 y siguientes del Código Penal, que, para evitar confusiones, llamaremos secuestro común.

Si bien, ambos delitos están referidos a la libertad ambulatoria⁷⁰⁶, la figura en análisis se diferencia de la norma del Código Penal, no sólo en cuanto a las finalidades políticas hacia las cuales tiende la conducta del autor, sino en el hecho de que no establece de manera expresa la forma en la cual tiene lugar la privación de libertad.

A las finalidades políticas que establece la figura del artículo 5 a) de la LSE se une una nueva: imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad, que se explica por el carácter de delito permanente que tiene el secuestro político.

Tal como en el caso de la figura anterior la ley 19.047 suprimió la finalidad de “intimidar a la población”, a que podía estar dirigido el secuestro.

Por último, es necesario señalar que el artículo 2 N°1 de la Ley N°18.314, contempla una figura de similares características a la analizada al señalar que constituye delito terrorista siempre que reúna alguna de las características que establece el artículo 1 de la ley “...los de secuestros, sea en la forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores, castigados en los artículos 141 y 142 ...(del Código Penal)”.

Los posibles problemas concursales entre el secuestro político y la figura de la Ley de conductas terroristas se agravan en razón de que una de las circunstancias que permite calificar como delito terrorista las conductas que señala el artículo 2 de la Ley N°18.314, es idéntica a una de las finalidades que establece el artículo 5 b) de la LSE: que el delito sea cometido para imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad.

Obviamente, en este caso, en mérito del principio de non bis in idem ha de optarse por aplicar una de las dos normas en juego. Preferiría la norma de la Ley de conductas terroristas que en cuanto establece una mayor penalidad, supone un mayor disvalor delictivo.

b) Tipicidad objetiva:

i) Conducta típica.

Como señalábamos, el legislador no señala con toda precisión la conducta, y se contenta con referirse a “privar de libertad”.

Etcheberry entiende que el legislador al recurrir a tal expresión estaría estableciendo una “formula más amplia que la del Código Penal, ya que no está restringida al “encierro” o a la “detención”, aunque siempre, naturalmente, se refiere a la libertad personal, y no a otra”⁷⁰⁷.

Por otra parte, se ha sostenido que “las formas de comisión, aunque no las menciona la disposición, no pueden ser otras que el encierro o la detención a que se refiere el artículo 141 del Código Penal”⁷⁰⁸.

Nosotros nos quedamos con esta segunda posición, por considerar que la LSE estaría asumiendo que la privación de libertad haya de tener lugar a través de encierro o la detención que son las dos formas de plagio que conoce nuestro ordenamiento.

Otras formas de privación de libertad más vastas, como el sometimiento a servidumbre, no tendrían significación en sí mismas consideradas para un ilícito penal político como el que establece el artículo 5 b) de la LSE.

De esta forma, la privación de libertad podría tener lugar por medio de encierro, es decir, “la colocación (o mantenimiento, si ya estaba allí) de una persona en un recinto cerrado, o al menos limitado, del cual o puede salir a voluntad, o en todo caso no puede hacerlo sin grave riesgo para su persona, su pudor”⁷⁰⁹. En tanto que

⁷⁰⁶ Al menos como bien jurídico inmediatamente afectado por la conducta criminosa.

⁷⁰⁷ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo III, Parte Especial, pág. 208.

⁷⁰⁸ VICARIA DE LA SOLIDARIDAD, 1976, “DL 1.009: análisis de sus normas penales y procesales, con exclusión del artículo 1º”, Santiago de Chile, Arzobispado de Santiago, pág. 12.

⁷⁰⁹ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo III, Parte Especial, pág. 203.

detención sería “cualquier forma de privación de libertad de movimiento que no consistiera en un encierro”⁷¹⁰.

c) Tipicidad subjetiva:

Las finalidades a que debe apuntar la figura son las de alterar el orden constitucional o la seguridad pública, o bien, imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad.

Las dos primeras ya fueron analizadas respecto del atentado político, de manera que sólo comentaremos la última de ellas.

Exigencia significa “pretensión caprichosa o desmedida”⁷¹¹, de manera que, “imponer exigencias” parecería implicar la acción de realizar solicitudes o demandas arbitrarias, injustas.

Sin embargo, pensamos que también debe incluirse dentro del término “exigencia” aquellos requerimientos a las que si se tiene derecho y que la autoridad ha sido renuente a otorgar, pues nuestro análisis de las disposiciones estudiadas parten del presupuesto de la existencia de un régimen democrático, en donde resulta vedada la vía violenta como método de acción política.

Arrancar, por su parte, significa “obtener o conseguir algo de una persona con trabajo, violencia o astucia”⁷¹².

En este caso, se intenta coaccionar a la autoridad para que resuelva un asunto de manera favorable al agente.

La figura no exige ni que la finalidad de la exigencia sea específicamente política, ni que las demandas sean satisfechas, ni que las decisiones hayan sido efectivamente tomadas o llevadas a cabo⁷¹³.

⁷¹⁰ Ibidem.

⁷¹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, “Diccionario de la Lengua Española”, op. cit., Tomo I, pág. 933, 2º acepción.

⁷¹² Ibid., pág. 194, 4º acepción.

⁷¹³ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo III, Parte Especial, pág. 209.

El Código Penal establece en el artículo 141 inciso 3° una calificante del secuestro común un tanto similar que consiste en que tal delito se ejecutare entre otras hipótesis para “imponer exigencias o arrancar decisiones”. Claro que en tal caso no se establece que será la autoridad la coaccionada. Si así lo fuera caeríamos dentro del ámbito de la figura que analizamos.

d) Penalidad del tipo base e hipótesis calificadas:

Los que incurran en la conducta analizada, de acuerdo a lo que señala el inciso 1° del artículo 5 letra a) de la Ley de Seguridad del Estado, serán sancionados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio.

No obstante esta regla puede verse alterada por una serie de circunstancias que la norma señala.

i) Figura calificada en atención a las circunstancias o móviles del secuestro.

La circunstancia calificante del inciso 2° del artículo 5 letra b) de la Ley 12.927 tiene lugar “Si el secuestro durare más de cinco días, o si se exigiere rescate o se condicionare la libertad en cualquiera forma”

El primer supuesto esta referido a la duración que pueda tener la privación de libertad.

El secuestro es un delito continuado y, en consecuencia, va a dar lugar a un estado antijurídico que se prolonga a través del tiempo.

Obviamente una privación de libertad que se extiende por un mayor tiempo supone una vulneración mayor a los bienes jurídicos involucrados.

Y en razón de tal consideración el legislador establece una regla arbitraria pero precisa de agravación de la penalidad.

El plazo de 5 días que establece la figura que analizamos es, en todo caso, mucho menor al plazo de 15 días que establece inciso 4° del artículo 141 del Código Penal, para la análoga calificante del secuestro común⁷¹⁴.

El segundo supuesto está referido a la exigencia de rescate, respecto del cual “no se requiere que se haya llegado efectivamente a pagar o a percibir éste; pero no basta el solo móvil, este debe haberse exteriorizado en una exigencia”⁷¹⁵.

Por último, la calificante puede tener lugar en el evento de que se pudiese condiciones por parte de los secuestradores a la libertad.

Debe advertirse que esta calificante sólo opera en el caso que la condición que se imponga para liberar al detenido sea ajena a las finalidades políticas a las que se refiere la figura base de manera de no afectar el principio de non bis in idem⁷¹⁶.

En todos estos casos la pena será de presidio mayor en su grado máximo.

ii) Figura calificada en atención a la calidad de los sujetos pasivos de la acción.

El inciso 3° del artículo 5 letra b) de la Ley 12.927 establece como calificante que “En los casos en que el secuestro se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, o si la víctima fuere cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el segundo grado de consanguinidad de ésta”.

Ya nos hemos referido a idéntica calificante respecto de la figura anterior, de manera que nos remitimos a lo ya expresado.

En este caso la pena es igual a la señalada en el inciso anterior, es decir, presidio mayor en su grado máximo.

⁷¹⁴ Cabe señalar que el DL 1.009 de 1975, se encargó de reducir el primitivo plazo de 10 días que establecía la disposición por el que actualmente se señala.

⁷¹⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, “Derecho penal”, op. cit., Tomo III, Parte Especial, pág. 210.

iii) Figura calificada en atención a la afección de otros bienes jurídicos.

El inciso 4° del artículo 5 letra b) de la Ley 12.927 señala que “El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1° del Código Penal, en la persona del ofendido”.

Esta calificante agregada por la ley 18.222 de 1983, es similar a la circunstancia que establece el inciso final del artículo 141 del Código Penal, salvo en cuenta no incluye en la enumeración los delitos de violación y violación sodomítica.

Estos delitos pueden ser cometidos “con motivo” del secuestro, vale decir, para posibilitar o facilitar su ejecución o impunidad, o bien, “con ocasión” del secuestro, es decir, durante la privación de libertad del ofendido con aprovechamiento de la situación de desamparo en que se encuentra.

En este caso la sanción será la de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

4.- Agravante de responsabilidad para caso de guerra externa.

El artículo 5 c) de la LSE establece una agravante aplicable tanto a las figuras de los artículos 5 a) como 5 b) de la LSE.

Conforme a esta regla las penas señaladas en tales artículos serán aumentadas en un grado si los comportamientos en ellos descritos se verifican en tiempo de guerra externa.

La disposición señala que si la pena que establecen tales artículos fuere la de presidio perpetuo, se aplicará esta precisamente, disposición que tenía por objeto evitar que como consecuencia de la agravación que aquí se establece, el responsable fuese condenado a muerte.

⁷¹⁶ En este sentido, VICARIA DE LA SOLIDARIDAD, 1976, “DL 1.009: análisis de sus normas penales y procesales, con exclusión del artículo 1°”, op. cit., pág. 12.

VI.- Reflexiones finales respecto de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado.

A) Generalidades.

En esta última parte del trabajo hemos querido efectuar una evaluación crítica general a la normativa sobre Seguridad Interior del Estado, que sirva de base a posibles modificaciones tendientes al perfeccionamiento de sus disposiciones.

Desde que la definición de los procesos criminales reside en el Estado, toda decisión jurídico-criminal que se asuma es propiamente una valoración de naturaleza política, y en consecuencia, coherente con las bases que sustentan al órgano de control.

Por eso no puede hablarse de una Política criminal en sí, sino de una Política Criminal propia de un Estado intervencionista, de un Estado de Bienestar, de uno autoritario, en las cuales encontraremos que se persiguen determinados derroteros: la defensa del orden social, la obtención del consenso en el sistema de valores, la protección del Estado en sí, etc.

Una política criminal propia de un Estado social y democrático de Derecho tiene como fundamento y objetivo la consecución plena de la libertad y la igualdad⁷¹⁷, y se plasmará en las normas penales sujeta a ciertos límites materiales, directamente relacionados con sus bases de sustentación.

Estos límites se expresan a través de ciertos principios con un claro origen en el período iluminista, momento, que como pudimos apreciar, es coincidente con una nueva caracterización del delito político.

Lejos de ser una mera coincidencia, debe señalarse que, precisamente, la nueva caracterización de la criminalidad política, ya despojada de los resabios del crimen majestatis, y el nacimiento de nuevos principios en el orden penal, como lo es el

principio de necesidad de la intervención, el de legalidad de los tipos y las penas o el principio de culpabilidad parten de una misma base: la preservación de los derechos del individuo frente a los abusos del poder.

De esta forma, con el nacimiento de un nuevo tipo de Estado, el Estado liberal democrático, iba a producirse, por una parte, una redefinición de la criminalidad política y, por otra, la creación de nuevos principios en el orden penal que modelarían la política criminal de este naciente Estado.

La evolución histórica nos conduce al momento en que, bajo un Estado social y democrático de Derecho, las garantías y principios del Estado Liberal dejan de tener una proyección meramente formal y van a expresarse en su más fructífera y acabada gama de posibilidades.

Con miras al actual paradigma de Estado y a los principios que de él emanan, que se van a proyectar necesariamente en el sistema penal, estamos en condiciones de evaluar sinceramente la definición de lo criminal-político que expresa nuestro legislador en la normativa penal.

B) Política Criminal sobre la base de la protección de Bienes Jurídicos.

Probablemente, el principio básico del sistema penal se encuentra constituido por la necesidad de intervención penal, fundamento de la mayoría de los límites del Derecho Penal Subjetivo.

Conforme a este principio, la potestad punitiva del Estado sólo puede ser utilizada cuando su ejercicio sea necesario.

En efecto, si el ejercicio del Ius Puniendi es siempre gravoso, al suponer, en todo caso, una afección más o menos acentuada a las garantías individuales - fundamentalmente, a la libertad personal - su empleo no puede ser indiscriminado, sino

⁷¹⁷ BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, "Lecciones de Derecho Penal", op. cit., vol. I, pág. 30.

que sujeto a ciertos criterios.

El más importante de dichos criterios es, sin duda, la exclusiva protección de bienes jurídicos, principio que permite extraer a la noción de necesidad de la intervención de la atmósfera de vaguedad que la rodea para dotarla de “una base concreta de sustentación, que señale cuales son los hitos y límites fundamentales del sistema”⁷¹⁸.

En efecto, el proceso de definición de conductas criminales que efectúa el Estado, siempre ha de encontrarse fundamentado en la existencia de ciertos objetos de protección coincidentes con las bases del sistema. En buena parte de este trabajo tuvimos la oportunidad de desarrollar este punto.

De esta forma, el bien jurídico protegido constituye un concepto fundamental en el Derecho Penal, tanto para fundamentar la tipificación de conductas por el legislador, para la interpretación y aplicación los tipos de la parte especial, y además, para la crítica y perfeccionamiento de la norma sancionadora.

Se trata de los distintos ámbitos de operatividad del concepto, pero que no son sino manifestación de una misma idea: la sumisión de la actividad punitiva a valoraciones predeterminadas y coherentes con los fundamentos democráticos del sistema.

Ya nos hemos ocupado suficientemente de enfocar el estudio de nuestro tema hacia los dos primeros ámbitos, precisando, por una parte, cual es la noción que nuestro legislador atribuye a la Seguridad Interior del Estado, y por otra parte, sobre la base de esta misma noción, interpretar los tipos penales que comprende esta parte del Derecho Penal Político, encarguémonos de efectuar una mirada crítica a fin de detectar sus posibles carencias y defectos.

Los lineamientos de toda política criminal democrática han de partir de la consideración de que es lo protegido, es decir, el bien jurídico que se encuentra tras los ilícitos penales.

⁷¹⁸ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1989, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, op. cit., págs. 44 y 45.

Sólo tras ponernos de acuerdo en tal sentido podremos entrar a evaluar cual es la forma específica en la cual ha de proporcionársele protección, vale decir, la técnica tipificadora correcta.

Un concepto de Seguridad Interior del Estado sólo tendrá capacidad de rendimiento para desempeñar el papel de bien jurídico si es enfocado desde la perspectiva del poder. De esta forma cuando hablamos de Seguridad Interior del Estado estamos propiamente hablando de la protección del aparato estatal desde su perspectiva interna.

Un concepto más extenso, como lo es la protección del Estado-colectividad sería, en cambio, ineficaz para cumplir con los requerimientos del bien jurídico. Se trataría de una noción que, si bien en una primera percepción aparece como motivada de un profundo garantismo, por mostrar límites imprecisos amenaza con englobar dentro de sí todos los otros bienes jurídicos, autorizando al legislador a efectuar una punición desbordada.

Por otra parte, nuestra legislación penal aparece, en términos generales como más coherente con la formulación que hemos señalado, al partir precisamente de la protección del aparato estatal en sí, de su organización, de sus elementos más característicos.

Sin embargo, los vestigios de la legislación especial penal política, que históricamente tuvo en Chile épocas de creciente proliferación legal, y que hoy aparecen cristalizados en nuestra actual Ley N°12.927, en ciertas ocasiones nos conduce a desconciertos.

Lo anterior tiene lugar respecto de aquellas figuras que presentan ciertos elementos subjetivos referidos a conceptos bastante distantes de dicha caracterización, específicamente, en el caso de las figuras de los artículos 4 letra g) y 5 b) de la Ley N°12.927.

En el primero de los casos, pudimos observar que la propagación, envío al exterior o divulgación en el exterior de noticias o informaciones tendenciosas o falsas,

no solo podía estar dirigida a fines políticos coherentes con la noción señalada - destruir el régimen republicano y democrático de gobierno, perturbar el orden constitucional o la seguridad del país, sino además a otros objetos diversos: “el régimen económico o monetario, la normalidad de los precios, la estabilidad de los valores y efectos públicos y el abastecimiento de las poblaciones”.

Desde luego, una consideración aislada de esta disposición podría conducirnos a pensar que el ámbito de protección se traslada a bienes jurídicos propios del ámbito penal económico, de elementos comprendidos dentro de la evanescente noción de Orden Público Económico, conclusión a la que llega, por ejemplo, el profesor Künsemüller.

Sin embargo, el contexto en que se encuentra la disposición, y principalmente, la consideración del enunciado del artículo 4 de la Ley de Seguridad Interior del Estado, que asimila las conductas descritas en las letras de tal disposición a un alzamiento contra el Gobierno constituido o la provocación de la guerra civil, hace ver que la afección ha de redundar, en todo caso, en una perturbación de la organización institucional del Estado.

De allí que si bien puedan resultar afectados bienes jurídicos de naturaleza penal económica, la intervención penal descansa esencialmente en la protección del aparato estatal.

De cualquier forma, los esfuerzos interpretativos no logran obviar el problema de la idoneidad de las conductas tendientes a dichos fines para la afección del bien jurídico, que quedará entregada a la prudencia del órgano judicial.

Otra situación problemática tiene lugar en el caso de la figura del artículo 5 b) de la Ley de Seguridad del Estado.

En este delito, la privación de libertad puede tender no sólo a la alteración del orden constitucional o de la seguridad pública, sino además a “imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad...”, finalidad que resta a la figura de un carácter propiamente político, para atribuirle, más bien, un cariz terrorista, al presentarse este

mismo elemento subjetivo dentro de las circunstancias calificantes que establece el N°2 del artículo 1 de la Ley de conductas terroristas.

Esta situación claramente contrasta con los intensos esfuerzos realizados, en general, por la doctrina comparada para deslindar el fenómeno criminal-político del terrorista, y que han hecho eco en la dictación de la ley N°19.027 de 1991 que modificando las disposiciones de la ley de conductas terroristas - Ley N°18.314 - efectúa una conceptualización del terrorismo como “método de acción criminal” tendiente a un fin inmediato de alarma pública, no necesariamente vinculado a la idea de subversión política.

De esta forma, la existencia de tal elemento subjetivo no solo se encuentra en contraposición con el esquema que plantea la LSE sino la propia ley de conductas terroristas, enrareciendo y confundiendo en materias que por resultar gravemente afectados los derechos fundamentales, el legislador debería actuar con la mayor claridad y cautela⁷¹⁹.

Por su parte, una concepción democrática de la Seguridad Interior del Estado no se corresponde con figuras como la del artículo 4 letra f) de la ley 12.927, que sancionando la propagación o fomento de doctrinas violentistas, implican la mera persecución de ideas desligadas de una concreción práctica perniciosa.

En efecto, ni un acto preparatorio ni una instigación a cometer delitos contra la Seguridad Interior del Estado pueden verse en el hecho de "predicar en abstracto doctrinas más o menos partidarias de la acción violenta ilegal - que ciertamente - no equivale a acaudillar un motín o incitar a un grupo de personas a pasar a la acción de manera inmediata"⁷²⁰.

Nos encontramos, en consecuencia, pura y simplemente frente a un delito de expresión, que implica un cercenamiento de la libertad de pensamiento no sólo respecto del manifestante, sino aún en el auditor, que presupone el legislador como

⁷¹⁹ Eso sin contar además los problemas concursales que se derivan y a los cuales nos hemos referido en su oportunidad.

⁷²⁰ CORDECH, PABLO, citado en POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, “Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración”, op. cit., pág. 37

incapaz de autodeterminarse políticamente dentro de un contexto republicano y democrático.

Los elementos subjetivos aludidos de las figuras de los artículos 4 letra g) y 5 letra b) de la LSE, así como la figura del artículo 4 letra f) de la ley 12.927, originados en el seno de una legislación de emergencia – el artículo 1° N°9 de la ley de Defensa de la Democracia, artículo 6 a) del DL N°1.009 de 1975 y artículo 1° del DL N°50 de 1932, respectivamente – más preocupada del resguardo del poder que de la protección de los individuos, aparecen hoy en día, en plena democracia, como injertos extraños, de manera de resultar de todo recomendable, la reformulación de los señalados preceptos legales, despojando, en un caso, a las figuras de tales elementos, y derogando derechamente, en el segundo caso, la figura de la letra f) del artículo 4 de la LSE.

C) Desarrollo de los planteamientos programáticos.

1.- Objeciones respecto del tratamiento orgánico de las figuras.

Como pudimos apreciar, en nuestra legislación, los delitos contra la Seguridad Interior del Estado aparecen regulados en distintos cuerpos legales.

Es así como a la regulación contenida Código Penal (Título II del Libro II) se suma aquella contenida en el Código de Justicia Militar (Título IV del Libro III).

De por sí esta doble regulación no resulta problemática⁷²¹, pues conforme al proceso de militarización que utiliza el legislador castrense, los delitos que establece el Código de Justicia Militar basan su estructura completamente en las figuras del Código Penal y se limitan a complementar tales descripciones típicas con calificantes, es decir, circunstancias especiales, que principalmente referidas a la calidad del sujeto activo determinarán una penalidad agravada.

⁷²¹ Salvo en cuanto la crítica que merece la excesiva extensión de la competencia de los tribunales castrenses, tema que si bien es preocupante, obedece a un análisis más bien adjetivo que propiamente material o sustancial, y que por tanto no nos toca tratar aquí.

El problema, en cambio, se va a producir con el nacimiento de ciertas leyes especiales en materia de Seguridad Interior del Estado que más allá de complementar la regulación que a este respecto efectúa el Código Penal va a superponerse a ésta, una situación de multiplicidad o al menos hoy de duplicidad de tal normativa penal.

En términos generales, tal regulación se encontrará representada sucesivamente por el Decreto Ley N°50 de 24 de Junio de 1932, la Ley N°6.026 de 12 de Febrero de 1937, la Ley N°8.927 de Defensa de la Democracia de 3 de Septiembre de 1948, y la Ley 12.927, de Seguridad del Estado de 6 de agosto de 1958, a lo cual corresponde agregar la farragosa legislación surgida en los períodos históricos que van desde 1924 a 1932, y posterior a 1973.

La dictación de estos cuerpos legales no obedece en realidad a una necesidad legislativa evidente, pues, como pudimos apreciar, en el Código Penal aparecen tipificadas una gran cantidad de conductas que por anticipar la barrera defensiva del bien jurídico, cubren amplios aspectos en los que la Seguridad Interior del Estado podría verse amenazada.

En realidad, tales leyes penales especiales en materia penal política tenían una finalidad bastante evidente, legitimar la persecución de los enemigos políticos del Gobierno. En tal sentido, “la legislación penal constituye el instrumento represivo por excelencia, el medio de control social más severo que se usa para sancionar “legalmente” a los sectores opositores”⁷²².

Resulta emblemática a este respecto la llamada Ley de Defensa de la Democracia. Nacida supuestamente para fortalecer la defensa del régimen democrático de gobierno, vino a convertirse en un mecanismo que permitió erradicar a amplios sectores – el Partido Comunista y otros sectores afines – de la vida política nacional, situación que fue planteada en su oportunidad por representantes de diferentes sectores de la colectividad, lo que avala en gran medida la objetividad del planteamiento.

⁷²² GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 142.

La dictación de la ley 12.927 vino en parte a solucionar el problema pues, como ya hemos señalado, permitió la sistematización de las distintas disposiciones penales sobre Seguridad del Estado que existían en la materia y logro solucionar gran parte de las críticas que se achacaban a la ley 8.987.

Sin embargo, se mantuvieron, de todas formas, varios casos de construcción defectuosa de los tipos, como lo constituye, por ejemplo de la figura multihipotética de la letra a) del artículo 4 de la Ley N°12.927, una de cuyas hipótesis está referida a la inducción respecto a cualquiera de los delitos de los Títulos I y II del Libro II del Código Penal.

Una interpretación textual de tal disposición – como analizamos en su oportunidad - llevaría a distorsiones evidentes en la penalidad y a la sanción indiscriminada de actos inocuos para la Seguridad Interior del Estado.

Sin dejar de lado estos reparos en cuanto a la redacción de las figuras, cabe señalar que la Ley N°12.927, dejó sin solución el problema de hacer pervivir dos legislaciones paralelas en materia de Seguridad Interior del Estado, la “legislación común” contenida en el Código del Ramo y la “legislación especial”, que contempla la propia Ley N°12.927, cuestión que se intensificaría con la proliferación de leyes penales durante el Gobierno Militar.

Las consecuencias que se siguen de esta superposición de legislaciones no son fútiles. Se encuentran directamente vinculadas a temas tales como la publicidad de la ley penal, y de la uniformidad en su aplicación.

En efecto, la existencia de diferentes disposiciones contempladas en múltiples cuerpos legales dificulta la posibilidad de que todo ciudadano conozca con certeza que comportamientos se encuentran prohibidos y cuales constituyen áreas de libre actuación. Por otra parte, tal diversidad legislativa pone al juzgador ante la disyuntiva de dar primacía a una u otra disposición, lo que nos coloca ante el peligro de decisiones contradictorias ante situaciones similares.

Desde otro punto de vista, la sola existencia leyes especiales puede afectar la recta interpretación que los tribunales ha de dar a tales preceptos.

En este sentido, se desliga, por una parte, las figuras que establecen tales regulaciones de aquellas que las contenidas en el Código Penal, y respecto de las cuales suponen un grado menor de afección del bien jurídico protegido, y además, se genera la sensación de encontrarnos en presencia de normas penales excepcionales, que constituyen una radical alteración de las reglas que establece la Parte General del Código Penal.

Este último aspecto, vale decir, la aludida excepcionalidad que se atribuye la normativa penal política, debe ser, en todo caso, descartada de plano, pues si bien es cierto que tal normativa ha presentado históricamente, ciertas características especiales que la distinguen del resto de la normativa común en el Derecho Penal⁷²³, es preciso señalar que el grueso de las disposiciones penales generales - en materia de participación, de tipicidad u otras materias - no resultara afectada.

Pero, aún de forma más significativa, conviene señalar que las características especiales que pudieran presentar las figuras en materia de Seguridad Interior del Estado no podrán en ningún caso vulnerar los basamentos fundamentales del Derecho Penal, como lo es el principio de legalidad, el principio de responsabilidad personal, o el de culpabilidad⁷²⁴.

Conforme a lo señalado, una vez subsanadas las deficiencias que puedan presentar tales disposiciones⁷²⁵ referidas a delitos contra la Seguridad Interior del Estado en cuerpos normativos distintos a los del Código Penal, su incorporación formal y completa a éste viene a ser otra de las exigencias que deben ser formuladas en el ámbito legislativo.

⁷²³ Como la proliferación de figuras de peligro, la participación necesaria, o la existencia de eximentes especiales de responsabilidad.

⁷²⁴ Posición que hemos sostenido de la manera más enfática a lo largo de este trabajo. Un ejemplo de ello lo constituye la polémica generada en torno a la presunta configuración de figuras de peligro abstracto que habrían de tener varias de las figuras atentatorias contra la Seguridad Interior del Estado, y la contrargumentación que hemos desarrollado a la luz de los Principios que informan nuestro Derecho Penal.

⁷²⁵ Una incorporación que prescindiera de tales enmiendas podría resultar incluso mucho más peligrosa que el mantenimiento de la actual situación, pues propendería a legitimar las deficiencias legislativas.

2.- Objeciones respecto del tratamiento específico de las figuras.

a) En cuanto a la determinación precisa de las conductas incriminadas.

El principio de legalidad, conforme al cual los delitos y las penas deben encontrarse establecidos en una ley anterior a los hechos incriminados, uno de los principios fundamentales del Derecho Penal Moderno, se vería fácilmente burlado si no se exigiera también que esa ley estableciera la descripción precisa de los hechos que constituyen tales delitos, a través de tipos penales. Se trata del llamado principio o sub-principio de tipicidad, o de determinación.

En efecto, sin la determinación precisa de las conductas incriminadas mediante la formulación del tipo⁷²⁶, el ilícito penal aún encontrándose consagrado en una fuente legislativa, y cumpliendo así formalmente con el principio de legalidad, tendría un carácter tan amplio y vago que permitiría encuadrar, por parte de los órganos del poder, toda suerte de comportamientos de los ciudadanos, lo que, en definitiva implicará un total desvalecimiento del ciudadano frente al Estado.

La amenaza de arbitrariedad en tales infracciones al principio de legalidad es evidente, y lo es más en materia penal política, donde siempre se encuentra latente la tentación de emplear el Derecho Penal como instrumento del poder para la neutralización de los adversarios políticos. Se trata éste de un terreno donde, como recuerda Guizot, “el tránsito de la investigación del delito a la simple persecución del hombre es breve y resbaladizo”⁷²⁷.

Tal resultado aparece agravado por la circunstancia que el empleo frecuente de elementos subjetivos en las figuras atentatorias contra la Seguridad Interior del Estado, conlleva el peligro de que una pobre caracterización de la parte objetiva del tipo penal

⁷²⁶ Sin desconocer que el principio incluye asimismo la adecuada determinación de la naturaleza y límites de las penas.

⁷²⁷ GUIZOT, citado en RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, “Evolución del Delito Político”, op. cit., pág. 144.

se traduzca “una total subjetivación del injusto y pretender el castigo de la actitud del sujeto”⁷²⁸.

Sin embargo, el tipo penal cumple no sólo una función de garantía, sino además, una función indiciaria, así como una función motivadora o de instrucción.

Conforme a la primera de ellas, “la realización de un tipo legal implica un indicio de injusto o bien un indicio de la existencia de un delito”⁷²⁹, es decir, el tipo penal, en cuanto ratio cognocendi de la antijuridicidad, va a señalar la presumible contrariedad de una conducta respecto del ordenamiento jurídico.

Junto a la anterior aparece la función de instrucción del tipo penal, conforme a la cual solo a través del tipo penal se comunica a los ciudadanos que bienes jurídicos son significativos para el Estado.

Ambas funciones resultan impedidas si la descripción típica está construida sobre lo que es, por regla general, sólo el legítimo ejercicio de libertades públicas, de manera que, el juzgador va de determinar sólo a posteriori, vale decir, una vez que tal conducta tuvo lugar, si ha de ser o no contraria al ordenamiento y sancionada en cuanto encuadrable en el tipo penal, perspectiva que hecha por tierra la posibilidad de ejercer cualquier derecho fundamental de manera libre.

Tales advertencias deben ser tomadas en cuenta cuando analizamos determinadas figuras en materia penal política.

De esta forma, es posible formular serios reproches desde el punto de vista del principio de determinación a la figura del artículo 133 del Código Penal.

En tal disposición, se establece que el delito podrá cometerse mediante el empleo de “astucia o por cualquier otro medio, pero sin alzarse contra el Gobierno”.

El legislador, de esta forma, renuncia a efectuar la descripción típica y se contenta con manifestar vagos criterios de penalidad que entrega al tribunal, órgano que, en definitiva, será el encargado de completar el tipo penal.

⁷²⁸ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 8.

⁷²⁹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, “Lecciones de Derecho Penal”, op. cit., vol. II, pág. 34.

Otra situación de conflicto con el principio de legalidad, quizá no tan dramática pero igualmente preocupante es la que se aparece de analizar el enunciado del artículo 4 de la Ley N°12.927.

Señalaba tal disposición que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente:...”.

A pesar de que los comportamientos descritos caen en la más amplia vaguedad, no ha faltado la descuidada opinión que pretende dar aplicación a esta parte de la disposición como una figura delictiva independiente.

En realidad, si se toma con seriedad el principio de determinación de los tipos y se estudia a fondo las instituciones en juego, es evidente que no puede sostenerse un alzamiento carente de finalidad política, o una conducta de tan amplios márgenes como lo es la provocación de guerra civil.

La solución al respecto la constituye, el sostener que el precepto tiene como objetivo realzar la característica de necesaria gravedad que han de revestir las conductas descritas en las diferentes letras del artículo 4 de la LSE, o bien, plantear derechamente la inconstitucionalidad de la figura. Una modificación legislativa, en uno u otro sentido sería, en todo caso, sería bastante aconsejable.

Pero la Ley N°12.927 no acaba aquí con los problemas referentes al principio de determinación o tipicidad, pues como también puede observarse, se plantean en el caso de las figuras descritas en los artículos 5 a) y 5 b) de la Ley N°12.927.

En ellas, la conducta típica tendiente a los fines que tales disposiciones señalan, esta representada, respectivamente, por “atentar contra la vida o integridad física de las personas” y “privar de libertad a una persona”.

Ambas figuras merecen un reproche similar: el legislador se contenta con señalar cual o cuales han de ser los bienes jurídicos inmediatamente afectados, pero renuncia a describir la conducta específica que lo afecta.

El problema es definitivamente más grave en el primero de los casos, en que la amplitud conceptual del verbo rector -atentar- no sólo siembra incertidumbre acerca del específico comportamiento desplegado por el agente sino que también respecto de grado de afección los bienes jurídicos involucrados.

b) En cuanto a la estructuración de las figuras típicas y el principio de lesividad.

Para dar una efectiva protección a cada bien jurídico el legislador seleccionará cierto tipo de conductas que han de afectar al objeto de protección, las describirá mediante tipos penales a los cuales asociará una sanción en caso de su realización.

En la descripción de tales conductas el legislador puede emplear una amplia gama de instrumentos que permitan estructurar las figuras penales.

Tanto en la elección de las conductas como en la estructuración de los tipos penales el legislador penal democrático se encontrará limitado, por ejemplo, por el principio de legalidad como ya lo hemos visto en la sección anterior.

Sin embargo, existe además un especial límite que se relaciona con la naturaleza misma de su función, conforme al cual no se podrá tipificar conductas que no afecten al bien jurídico, o bien que lo hagan solo remotamente, afectando extensa áreas de libre actuación de las personas que normalmente deberían encontrarse ajenas a la represión penal.

En ambos casos, se estará afectando el principio de lesividad conforme al cual toda conducta tipificada ha de suponer necesariamente la afección de un bien jurídico tutelado en grado de daño o de peligro.

Observemos como se lesiona este principio en materia de Seguridad Interior del Estado.

- i) Aquellas conductas en que verdaderamente el bien jurídico no aparece afectado.

Tal situación tiene lugar en el caso de la figura del artículo 135 del Código Penal que sanciona a “Los empleados que continuaren funcionando bajo las órdenes de los sublevados o que sin haberles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonaren cuando haya peligro de alzamiento,...”.

Es bastante difícil suponer que las conductas que aparecen descritas en esta disposición estarían vulnerando la Seguridad Interior del Estado, a menos de entenderse que existe una suerte de colaboración de los funcionarios públicos con los sublevados.

Esta última conclusión debe, en todo caso, descartarse de plano, pues estaríamos partiendo de la base que el legislador presume que toda acción de continuidad o de abandono de funciones, en uno u otro caso, tendría una finalidad subversiva, situación que el legislador no solamente no señala sino que no podría en ningún caso establecer, de manera absoluta⁷³⁰.

Aunque pueda conceptualizarse este ilícito como un incumplimiento de un deber funcionario la disposición no logra eludir el reproche que pueda formularse ya desde la perspectiva del principio de culpabilidad, pues como señala un autor, a través de la consagración de una figura de tales características "mas bien, se trata de evitar punitivamente el pánico o miedo de las personas, que no es la función del derecho penal"⁷³¹.

Corresponde en este caso, o bien, consagrar la figura como un ilícito de carácter administrativo, vale decir, en sede extra-penal, o bien, reestructurar la figura añadiéndole un elemento subjetivo que le otorgue un carácter claramente reprochable desde la perspectiva de la afectación a la Seguridad Interior del Estado.

⁷³⁰ Pues se lo prohíbe la disposición del artículo 19 N°6 de la Constitución política de la República.

⁷³¹ BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, op. cit., pág. 405.

ii) Aquellas conductas que se hayan tipificadas de tal forma que la afectación del bien jurídico se plantea por vía de un peligro remoto o en que el juzgamiento mismo dependa de una valoración sumamente subjetiva o arbitraria.

Al momento de analizar las características generales de las figuras atentatorias contra la Seguridad Interior del Estado, pudimos apreciar el empleo recurrente de ciertos instrumentos de técnica legislativa: la utilización de figuras de peligro, tipos de imperfecta realización, figuras autónomas de inducción, y figuras plurisubjetivas de convergencia.

La utilización de tales recursos en la estructuración de los tipos se explica, como hemos afirmado, en razón de las características propias del bien jurídico protegido y son, en consecuencia ampliamente justificados. Ello, empero, siempre y cuando se mantengan dentro de los requerimientos básicos de la Ciencia Penal.

La anticipación de la barrera defensiva del bien jurídico, que trae, como consecuencia, por un lado, la configuración de figuras de peligro y por otro, de tipos de imperfecta realización y figuras autónomas de inducción, conlleva siempre el peligro de tipificar conductas en que el grado de afección del bien jurídico no puede ser observado fácilmente.

Estas situaciones determinan, o bien, que el intérprete se vea obligado a recurrir a construcciones artificiosas, como la configuración de delitos de peligro abstracto, verdaderos delitos de “peligro sin peligro”, o bien, conducen a que el juzgamiento mismo dependa de una valoración sumamente subjetiva o arbitraria.

Tal situación se observa claramente respecto de aquellos delitos que suponen figuras de instigación autónoma respecto de actos preparatorios especialmente penalizados, como la hipótesis del artículo 4 letra a) de la Ley N°12.927.

La defectuosa redacción de la disposición, al referirse genéricamente a los delitos previstos en los Títulos I y II del Libro II del Código Penal, unida a una interpretación meramente literalista de ella, llevaría a que la instigación incluyera actos preparatorios especialmente penalizados, y aún otras figuras de inducción autónoma,

sin perjuicio de la inútil superposición de elementos subjetivos análogos, o la más aún contradictoria posibilidad que se incite a la comisión de delitos contra la Seguridad Interior del Estado con el fin de subvertir el Orden Público, siendo que el bien jurídico protegido es propiamente la Seguridad Interior.

Lo anterior no solo trae consecuencias desde el plano meramente dogmático sino que evidentes distorsiones en la penalidad, llegándose al absurdo de penalizar la inducción con una pena igual o incluso superior a la del hecho inducido.

Otra forma de inducción autónoma que también merece reparos desde el punto de vista del principio de lesividad es la figura del artículo 123 del Código Penal, referida a los tocadores de campana y otros instigadores a la sublevación.

Si bien es cierto que la ley establece una condición objetiva de punibilidad - la producción efectiva de la rebelión o sedición - suministrando, de esta forma, un elemento más para especificar el entorno típico, los medios comisivos que supone la conducta típica son en sí, demasiado precarios para suponer una afección al bien jurídico protegido.

Otro tanto ocurre respecto de la figura del artículo 4 letra e) de la Ley de Seguridad del Estado, referida al personal de los institutos armados que “no cumplieren las órdenes que en el ejercicio legítimo de la autoridad les imparta el Gobierno constituido, o retardaren su cumplimiento o procedieren con negligencia culpable;...”.

Las tres hipótesis delictivas que establece la disposición son difícilmente conciliables con el principio de lesividad, por no especificarse el grado de afección del bien jurídico que comprenden las formas de desobediencia descritos⁷³².

Respecto de la última de las conductas descritas el reproche es aún mayor que las dos primeras pues presupone una hipótesis culposa, en el cual al juicio de peligro referido al resultado se agregará además uno referido a la propia acción del agente⁷³³.

⁷³² Situación que determina un reproche también desde el punto de vista de la tipicidad al tener el juez que seleccionar los comportamientos que suponen una afección al bien jurídico de la entidad requerida por el legislador.

c) Objeciones en cuanto a la diferenciación de los grados de participación en el hecho.

La participación criminal es vista por la mayoría de los autores nacionales⁷³⁴ como una forma de extensión de la responsabilidad penal a personas distintas de quien realiza la conducta típica, entiéndase autor.

Explica Etcheberry, de esta forma, que "así como los preceptos relativos a las etapas de desarrollo del delito extienden la penalidad al que todavía no lo ha ejecutado completamente,... otros preceptos de la Parte General extienden también la penalidad a quienes no han realizado por sí mismos el acto típico, pero se encuentran de alguna manera ligados a él"⁷³⁵.

El comportamiento de los partícipes será accesorio al hecho o conducta típica pero subordinado a su ejecución por el autor, y será este último quien tiene realmente el poder o dominio final sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal.

Tal regla trae como natural consecuencia que la penalidad de los partícipes sea menor respecto del autor del delito, pues su contribución en el hecho es solo auxiliar, interviniendo en un hecho que "pertenece" a otro.

En el caso de los delitos contra la seguridad del Estado, el legislador prevé hipótesis pluripersonales, es decir, establece figuras en las cuales la conducta típica es desplegada por varios sujetos activos, con miras a una finalidad común.

De esta forma, el delito de rebelión requerirá a un número cuantioso de personas, que se alzan persiguiendo alguna o varias de las finalidades que establece el artículo 121 del Código Penal.

⁷³³ WELZEL, HANS, citado en BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1969, "Los Bienes Jurídicos Colectivos", op. cit., págs. 339 y 340.

⁷³⁴ Como señala GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, "Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación", op. cit., págs. 253 y 254.

⁷³⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, "Derecho Penal", op. cit., Tomo II, Parte General, pág. 74.

Todos los rebeldes son autores, pues realizan el tipo penal, de manera que siguiéndose las reglas generales correspondería aplicarles a todos ellos un mismo régimen de penalidad.

Sin embargo, el legislador del Código de todas formas establecerá un tratamiento diferenciado pues, entiende que respecto de ciertos autores se predica una mayor responsabilidad, en razón de tener un mayor grado de intervención en el hecho.

Establece, de esta forma, reglas especiales de penalidad respecto de los promovedores y sostenedores de la sublevación y sus caudillos principales.

Situación parecida ocurre en el Código de Justicia Criminal respecto de "los jefes o promotores el movimiento y el de mayor graduación o el más antiguo si hubiere varios del mismo grado".

La LSE sigue criterios diferentes a los que establece el Código Penal y el Código Castrense.

De esta forma, puede citarse el caso de las reuniones conspirativas a que se refiere la letra c) del artículo 4 de la Ley N°12.927.

En la figura que allí se establece, el legislador, como tuvimos ocasión de analizar, asimila la conducta de quienes "se reúnan", con la de los que "concierten o faciliten" reuniones destinadas a proponer el derrocamiento del Gobierno constituido o a conspirar contra su estabilidad.

Si bien es cierto que la Doctrina y la Jurisprudencia han entendido que estas dos últimas son acciones que se complementan mutuamente, y en consecuencia han de encontrarse vinculadas a una de las hipótesis de coautoría que establece el artículo 15 N°3 del Código Penal, de seguirse una interpretación meramente textual del precepto, aparecen como acciones que pueden tener lugar indistintamente, y en consecuencia, el legislador estaría ampliando la punibilidad y sancionando como autores a personas – v. gr. aquel que facilita la realización de tales asambleas - que, conforme a las reglas generales no tendrían tal calidad, por realizan meros actos de colaboración⁷³⁶.

⁷³⁶ De seguirse la interpretación textual ya señalada "los que se conciertan" para la realización tendrían la calidad de verdaderos conspiradores, con lo que se daría una conspiración de una conspiración.

Situación similar tiene lugar en el caso de la letra d) del artículo 4 de la Ley N°12.927, disposición que comprende diferentes conductas vinculadas a la formación y participación en “milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes” con el objeto de realizar ciertos fines políticos que la disposición señala

En tal disposición el legislador establece igual régimen respecto de todos los intervinientes, es decir, tanto aquellos que inciten a la organización de estos grupos, aquellos que financien o ayuden a su organización, así como a quienes formen parte de ellos, sin distinguir, respecto estos últimos, la circunstancia que realicen un papel directivo o no dentro de la asociación criminal.

Se señala que “el punto más conflictivo en esta disposición lo constituye la situación del “ayudista”, que no aparece descrito y que más pareciera corresponder al grado de participación de un encubridor y no de un autor”⁷³⁷.

En los casos señalados aparece afectado el llamado principio de proporcionalidad, conforme al cual la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho, no sólo en cuanto a su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, sino que además por la intensidad del ataque al mismo.

En este sentido, la proporcionalidad implicará la necesaria adecuación de la cantidad de delito y gravedad del delito - suponiendo que la acción fuera delictiva- con la cantidad y gravedad de pena impuesta al mismo, lo que lleva a su vez a excluirse igual pena si la contribución al hecho es diferente.

⁷³⁷ GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, op. cit., pág. 239.

Bibliografía Consultada :

- 1.- ALLIENDI PINTO, DIEGO, 1960, “Breve estudio de la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho.
- 2.- ANTOLISEI, FRANCESCO, 1960, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Buenos Aires, Editorial UTEHA Argentina.
- 3.- ASTROSA HERRERA, RENATO, 1971, “Derecho Penal Militar”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- 4.- ASTROSA HERRERA, RENATO, 1985, “Código de Justicia Militar comentado”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3° Edición.
- 5.- BALLADORE PALLIERI, GIORGIO, 1953, “La crisis de la personalidad del Estado”, en RIPERT, GEORGES, 1953, “La crisis del Derecho”, Buenos Aires, Editorial EJE.
- 6.- BARATTA, ALESSANDRO, 1995, “Viejas y Nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal”. En BUSTOS RAMIREZ, JUAN, “Prevención y teoría de la pena”, Santiago, Editorial Jurídica Conosur.
- 7.- BLANCO HERRERA, RICARDO, 1985, “Los delitos de omisión”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 8.- BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1969, “Los Bienes Jurídicos Colectivos”, en BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1987, “Control Social y Sistema Penal”, Barcelona, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias.
- 9.- BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1980, “Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile (1973-1979)”, en BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1987, “Control Social y Sistema Penal”, Barcelona, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias.
- 10.- BUSTOS RAMIREZ, JUAN, 1989, “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Barcelona, Editorial Ariel, 3° edición aumentada, corregida y puesta al día.
- 11.- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, 1991, “Manual de Derecho Penal”, Parte Especial, Barcelona, Editorial Ariel, 2° edición aumentada, corregida y puesta al día.

- 12.- BUSTOS RAMIREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1999, "Lecciones de Derecho Penal", Madrid, Editorial Trotta S. A., vol. I y II.
- 13.- CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, "La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado", Santiago de Chile, VICARIA DE LA SOLIDARIDAD.
- 14.- CAMPUSANO PALMA, RAUL, 1991, "Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar", Santiago de Chile, Memoria para de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 15.- CARRARA, FRANCESCO, 1944, "Programa del Curso de Derecho Criminal", Buenos Aires, Editorial De Palma, Parte Especial, vol. VII.
- 16.- COUSIÑO MAC IVER, LUIS, 1992, "Derecho Penal chileno", Santiago de Chile, Editorial Jurídica, Tomo I.
- 17.- CUELLO CALON, EUGENIO, 1955, "Derecho Penal", Barcelona, Bosh Casa Editorial, 9º edición, Tomo II, Parte Especial.
- 18.- DE LA TORRE REYES, CARLOS, 1954, " El delito político; su contenido jurídico y proyecciones sociales", Quito, Editorial La Unión C.A.
- 19.- DE QUEROL Y DE DURAN, FERNANDO, 1945, "Principios de Derecho Militar Español con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de Julio de 1945", Madrid, Editorial Naval.
- 20.- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, 1974, "Código penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora", Valparaíso, Editorial EDEVAL.
- 21.- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, 1975, "Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal: en celebración del centenario del Código Penal chileno: (Valparaíso 7-12 de noviembre de 1975)", publicadas bajo la dirección y con un prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, EDEVAL.
- 22.- DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO, 1990, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Tomo XLII-1, Enero-Abril.

- 23.- DEL BARRIO REYNA, ALVARO y LEON REYES, JOSE, 1991, "Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos", Santiago, Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- 24.- DEL RIO, RAIMUNDO, 1935, "Derecho Penal", Santiago de Chile, Editorial Nascimento, vol. 3.
- 25.- DONOSO ROSELLO, FERNANDO, 1999, "Bienes jurídicos colectivos bien jurídico en los delitos económicos", Santiago de Chile, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 26.- DURAN, MANUEL, 1970, "Notas sobre el delito político", en "Problemas actuales de la Ciencias penales y la Filosofía del derecho", Buenos Aires, Editorial Pannedille.
- 27.- DUVERGER, MAURICE, 1970, "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". Barcelona, Editorial Ariel.
- 28.- ETCHEBERRY, ALFREDO, 1976, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Concepción, Editorial Gabriela Mistral, Tomo I.
- 29.- ETCHEBERRY, ALFREDO, 1976, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, Tomo VI, pág. 12.
- 30.- ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, "Derecho Penal", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Parte General
- 31.- ETCHEBERRY, ALFREDO, 1998, "Derecho Penal", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, Parte Especial.
- 32.- FERRAJOLI, LUIGUI, 1992, "Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales", en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José de Costa Rica, Marzo - Junio, año 4, N°5. En sitio web: www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2005/ferraj05.htm (consulta: 1 de Abril de 2002).
- 33.- FIERRO, GUILLERMO J., 1964, "Teoría de la participación criminal", Buenos Aires, Editorial EDIAR.
- 34.- GARCIA RIVAS, NICOLAS, 1990, "La Rebelión militar en Derecho penal", Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, España.

- 35.- GARRIDO MONTT, MARIO, 1984, “Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- 36.- GONZALEZ FUENTES, NANCY y URIBE RIVAS, PERLA, 1997, “Crimen de Lesa majestad en el Derecho Romano y su evolución hasta las Siete Partidas”, Santiago de Chile, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 37.- GONZALEZ MORALES, FELIPE, MERA FIGUEROA, JORGE y VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE, 1991, “Protección democrática de la Seguridad del Estado”, Santiago de Chile, Programa de Derechos Humanos de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- 38.- GRIMSLEY, RONALD, 1977, “La filosofía de Rousseau”, Madrid, Alianza Editorial S.A.
- 39.- GUZMAN VIAL, MANUEL, 1988, “El Derecho Penal como instrumento represivo”, en Revista Chilena de Derechos Humanos, N°9, Noviembre de 1988, Santiago de Chile, Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano,
- 40.- HASSEMER, WINFRIED y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1989, “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”, Valencia, Tirant lo Blanc.
- 41.- HORMAZABAL MALAREE, HERNAN, 1992, “Bien Jurídico y Estado Social y democrático de Derecho”, Santiago de Chile, 2° Edición, Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- 42.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, 1964, “Tratado de Derecho Penal”, Buenos Aires, Editorial Losada, Tomo III.
- 43.- KAUFMANN, MATHIAS, 1989, “Los Principios Filosóficos de la Teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt”, Editorial Alfa.
- 44.- Kelsen, HANS, 1965, “Teoría General del Estado”, Ciudad de México, Editora Nacional.
- 45.- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, 1969, “Estudio de los delitos atentatorios de la Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes especiales”, Santiago de Chile, Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

- 46.- LABATUT GLENA, GUSTAVO, 1954, "Derecho Penal", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2° Edición, Tomo II.
- 47.- LAMARCA PEREZ, CARMEN, 1985, "Tratamiento Jurídico del Terrorismo", Madrid, Colección Temas Penales, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- 48.- LUCAS VERDU, PABLO y LUCAS MURILLO, PABLO, 1994, "Manual de Derecho Político", vol. 1, Introducción y Teoría del Estado, Barcelona, 3° Edición corregida.
- 49.- LLANAN NOGUEIRA, JULIO y BARRAGUIRRE, GABRIEL, "La violencia: del acto al proceso". En sitio web: www.russell.com.ar/ecos11.htm. (consulta: 6 Abril de 2002)
- 50.- MANZINI, VINCENZO, 1949, "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Primera Parte: "Teorías Generales", vol. III, Buenos Aires, Editorial EDIAR S.A.
- 51.- MANZINI, VINCENZO, 1957, "Tratado de Derecho Penal", Tomo VI, Segunda Parte: "De los delitos en Especial", Buenos Aires, EDIAR S.A.
- 52.- MAQUIAVELO, NICOLAS, 1980, "El Príncipe", ciudad de México, Librería Manuel Porrúa.
- 53.- MARROQUIN GRILLO, GERMAN, 1988, "La Doctrina de la Seguridad Nacional", en Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología, Vol. X, n°36, Septiembre-Diciembre Bogotá, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.
- 54.- MASSOUL, HENRI, 1936, "La Lección de Mussolini", Santiago de Chile, Ediciones Ercilla.
- 55.- MAURACH, REINHART, 1962, "Tratado de Derecho Penal", Barcelona, Ediciones Ariel, Vol. I.
- 56.- MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1987, "Función judicial, Seguridad Interior del Estado y Orden Público: El caso de la Ley de Defensa de la Democracia", Santiago de Chile, Cuaderno de trabajo N°5 del Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano.
- 57.- MERA, JORGE, GONZALEZ, FELIPE y VARGAS, JUAN ENRIQUE, 1989, "Ley de Seguridad Interior del Estado y Derechos Humanos 1958-1973",

Cuaderno de trabajo N°8 del Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile.

- 58.- MERA FIGUEROA, JORGE, 1998, “Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- 59.- MERA FIGUEROA, JORGE, 2000, “La Justicia Militar en Chile”, Santiago de Chile, FLACSO-Chile.
- 60.- MEZGUER, EDMUND, 1946, “Tratado de Derecho Penal”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- 61.- MEZGUER, EDMUND, 1958, “Derecho Penal”, Parte General, Madrid, Editorial Bibliográfica Argentina.
- 62.- MIR PUIG, SANTIAGO, 1996, “Derecho Penal”, Tomo I, Parte General, Barcelona, Editorial Reppertor, 4° Edición.
- 63.- MONTEALEGRE KLENNER, HERNAN, 1979, “La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, Santiago de Chile, Academia de Humanismo Cristiano.
- 64.- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, 1996, “Derecho Penal”, Tomo II, Parte Especial, Valencia, Tirant Lo Blanch, 11° Edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995.
- 65.- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCIA ARAN, MERCEDES, 1998, “Derecho Penal”, Tomo I, Parte General, Valencia, Tirant Lo Blanch, 3° Edición.
- 66.- NOGUEIRA ALCALA y CUMPLIDO CERECEDA, 1993, “Derecho Político, Introducción a la Política y Teoría del Estado”, Santiago de Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 2° Edición.
- 67.- NOVOA MONREAL, EDUARDO, 1984, “Fundamentos de los delitos de omisión”, Buenos Aires, Ediciones De Palma.
- 68.- NOVOA MONREAL, EDUARDO, 1985, "Curso de derecho penal chileno", Santiago de Chile, EDIAR - ConoSur,
- 69.- POLITOFF, SERGIO, 1965, “Los elementos subjetivos del tipo legal”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

- 70.- POLITOFF, SERGIO, GRISOLIA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN, 1993, "Derecho Penal Chileno", Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2º Edición.
- 71.- POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, 1999, "Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- 72.- PUIG PEÑA, FEDERICO, 1959, "Derecho Penal", Barcelona, Ediciones Nauta S.A., 5º Edición, Tomo III, vol. I, Parte Especial.
- 73.- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1992, "Diccionario de la Lengua Española", Madrid, Espasa Calpe S.A., 21º Edición, Tomo I y II.
- 74.- REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CHILENAS, 1996, "Código Penal y leyes complementarias", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2º Edición.
- 75.- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LX, 2º Parte, Sección 4º.
- 76.- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXIV, 2º Parte, Sección 4º.
- 77.- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVI, 2º Parte, Sección 4º.
- 78.- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVII, 2º Parte, Sección 4º.
- 79.- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVIX, 2º Parte, Sección 4º.
- 80.- REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo LXVII, 2º Parte, Sección 4º.
- 81.- RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, 1983, "Derecho Penal Español", Parte General, Madrid, Artes gráficas CAVASA, 9º Edición, Vol. II.
- 82.- ROXIN, CLAUS, 1997, "Derecho Penal", Parte General: Fundamentos, la estructura de la Teoría del Delito, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas.
- 83.- RUIZ FUNES, MARIANO, 1944, "Evolución del Delito Político", México, Editorial Hermes.

- 84.- SALINAS CHAUD, MAURICIO, 1991, “Delito Político y Seguridad Interior del Estado”, Santiago de Chile, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho.
- 85.- SOLER, SEBASTIAN, 1945, “Derecho Penal Argentino”, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo II y V.
- 86.- TORAL BUSTAMANTE, JOSE y YAÑEZ LEON, ALFONSO, 1985, “De los delitos contemplados en la ley N°17.798, de 1972, posteriormente modificada, sobre el control de armas”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 87.- VERDUGO MARINKOVIC, MARIO y GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA, 1998, “Manual de Derecho Político”, Instituciones políticas, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 4° Edición, Tomo I.
- 88.- VICARIA DE LA SOLIDARIDAD, 1976, “DL 1.009: análisis de sus normas penales y procesales, con exclusión del artículo 1°”, Santiago de Chile, Arzobispado de Santiago.
- 89.- VICARIA DE LA SOLIDARIDAD, 1991, “La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado”, Santiago de Chile, Arzobispado de Santiago.
- 90.- VIERA GALLO, JOSÉ ANTONIO y SANCHEZ ORTUZAR, DOMINGO, 1987, “Reflexiones sobre el terrorismo: exigencias de una política democrática”, Centro de Estudios para el Desarrollo (CED), Materiales de discusión, N°203, Diciembre.
- 91.- VIVES ANTON, 1996, “Derecho Penal: Parte Especial”, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- 92.- WALKER PRIETO, IGNACIO, 1980, “El delito político”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

