

EL TERRORISMO ANTE EL DERECHO PENAL: LA PROPUESTA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO COMO RETROCESO

*Juan Pablo Mañalich R.**

1. Introducción

Por mensaje de fecha 3 de noviembre de 2014, el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet hizo envío al Congreso Nacional de un proyecto de “Ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal” (Boletín N° 9692-07). El proyecto se encuentra, al 12 de abril de 2015, en la etapa del primer trámite constitucional, habiéndose recientemente aprobado, además, su refundición con el proyecto de ley que pretende sustituir el texto de la Ley N° 18.314 —actualmente vigente—, iniciado por moción de los senadores Espina, Allamand, Chahuán, García y Prokurica (Boletín N° 9669-07)¹.

En el mensaje que acompaña al proyecto del gobierno se sostiene que el “macizo y contundente” informe que fuera elaborado por una Comisión Asesora Ministerial (en adelante, “la comisión”), constituida por iniciativa del Ministro del Interior y que desarrolló su trabajo entre los meses de junio y septiembre del año pasado², habría representado “un insumo de indudable valor”

* Doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008); licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2004). Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; jpmanalich@derecho.uchile.cl. El presente artículo se enmarca en el Proyecto Fondecyt N° 1140040, titulado “Terrorismo y democracia”, del cual la Prof. Dr. Myrna Villegas D. es investigadora responsable.

1 En sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, celebrada el 31 de marzo de 2015.

2 La comisión tuvo como coordinador a Juan Pablo Hermosilla O. y estuvo integrada, adicionalmente, por los abogados y académicos Enrique Aldunate E., Javier Couso S., Juan Pablo Cox L., Héctor Hernández B., María Inés Horvitz L., Juan Pablo Mañalich R. y José Ignacio Núñez L.

en cuanto a las “directrices básicas” que haría suyas el proyecto de ley en cuestión. Por supuesto, y como se hace explícito en el propio mensaje, las recomendaciones contenidas en el informe de la comisión de ninguna manera podrían reclamar ser vinculantes para el Ejecutivo; siquiera sugerir lo contrario supondría desconocer manifiestamente, y en la forma de un inaceptable fetichismo tecnocrático, cuál es la fuente de la posible legitimidad democrática de cualquier iniciativa legislativa. Pero esto deja intacta la pregunta de si efectivamente se deja reconocer siquiera una significativa proximidad —para no sugerir una del todo improbable identidad— entre las directrices básicas sustentadas en el informe de la comisión, por un lado, y los lineamientos fundamentales que es posible detectar en el proyecto de ley enviado por el gobierno, por otro. Como habrá de mostrarse en lo que sigue, la respuesta es palmariamente negativa.

Desde luego, el solo hecho de que el proyecto gubernamental se distancie, en varios aspectos esenciales, de la propuesta regulativa elaborada por la comisión resulta ser, en sus propios términos, estrictamente irrelevante. Pues lo importante es determinar si las definiciones elementales sobre las cuales descansa la propuesta de la comisión son política y técnicamente acertadas, de manera tal que, en la medida en que el proyecto gubernamental haya renunciado a ellas, éste deba ser criticado. Éste es precisamente el caso.

2. La valoración de la situación jurídica vigente

Las deficiencias exhibidas por la regulación plasmada en la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, han sido objeto de constatación por parte de un muy amplio conjunto de especialistas e instituciones, tanto nacionales como internacionales³. En esa constatación descansa el propio mensaje del proyecto gubernamental, cuando éste hace suya la denuncia tanto de la ilegitimidad originaria exhibida por la ley en cuestión como de su supuesta ineficacia regulativa, lo cual en definitiva, y no obstante las múltiples reformas experimentadas por la misma ley, la habría “puesto en desuso”.

³ Véase, entre otros, la Declaración Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, de 30 de julio de 2013, así como la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenatoria del Estado de Chile en el caso “Norín Catrimán y otros”. Corte IDH, caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de fecha 29 de mayo de 2014.

Para dar cuenta del “vicio de origen” que acompañaría a la Ley N° 18.314, el mensaje se apoya en la autoridad de la profesora Ángela Vivanco, a quien se atribuye la tesis de que la ley en cuestión habría sido puesta en vigor —en las palabras del propio mensaje— con “un objetivo de sanción a la oposición insurreccional e ideológica”, para después ilustrar esto último a través de la cita de un fragmento del mensaje que acompañaba el anteproyecto que fue dirigido a la Junta Militar en enero de 1984, donde se sostenía que “en principio todo crimen o simple delito puede tener el carácter de terrorista”. Es indudable que esta última declaración reproduce la radical banalización de la noción de terrorismo que, de hecho, era posible advertir en el articulado original de la Ley N° 18.314, tal como ésta entró en vigencia el 17 de mayo de 1984. Muestra de ello es, entre otras, que bajo el N° 13 del art. 1° se criminalizara a quienes “hicieren la apología del terrorismo, de un acto terrorista o de quien aparezca participando en él”, mientras el N° 16 tipificaba el comportamiento de quienes “provocaren maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, mediante la información relativa a la preparación o ejecución de actos terroristas falsos”. Pero esto se encuentra lejos de documentar, de modo mínimamente satisfactorio, en qué pudiera consistir el ya mencionado “vicio de origen” de la ley.

Por supuesto, el déficit congénito de legitimidad exhibido por la Ley N° 18.314 tampoco puede ser identificado con el simple hecho de que ella fuera puesta en vigor, cual decreto ley, por lo que eufemísticamente ha sido a veces llamado un “gobierno de facto”. Y esto, no porque sea falso que esta sola circunstancia en efecto es determinante de una cierta medida de ilegitimidad, sino más bien porque la ilegitimidad resultante de esa misma circunstancia es predicable de *toda* “legislación” dictatorialmente producida e impuesta, cuya eventual validación democrática posterior, por vía de una asunción tácita de esa misma legislación expresada en su no-supresión, es harina de otro costal. Antes bien, aquí se trata de una *específica* fuente de ilegitimidad originaria, no reducible a la genérica fuente de ilegitimidad correspondiente al modo dictatorial de producción legislativa. Y la específica ilegitimidad del programa regulativo plasmado en la Ley N° 18.314 está determinada por la estrategia de “proyección-negación” implementada por el gobierno de Pinochet a través de esa misma ley.

En contra de lo sugerido por Vivanco, a través de la puesta en vigor de la Ley N° 18.314 la dictadura cívico-militar no se hizo meramente de una herramienta para la “sanción” de la oposición insurreccional e ideológica, sino

que buscó proyectar su propia idiosincrasia terrorista hacia los agentes y las fuerzas políticas perseguidos y reprimidos por ella, pretendiendo negar así ser aquello que precisamente era, a saber, una plataforma de terrorismo, y más precisamente: de terrorismo de Estado⁴. Para el desenvolvimiento de esta estrategia, la regulación originariamente establecida en la ley tenía que asegurar, tal como lo anunciaba el mensaje que acompañaba al anteproyecto del respectivo decreto ley, que “en principio todo crimen o simple delito pu[diera] tener el carácter de terrorista”. Y la manera de hacer esto posible, según ya se anunciara, pasaba por banalizar radicalmente la noción de terrorismo. Tal banalización era a todas luces reconocible en el catálogo previsto en el art. 1° de la ley bajo su versión original, siendo asimismo reconocible en sus diferentes versiones posteriores, las cuales, en lo concerniente a la definición de lo que cuenta como “conducta terrorista”, han descansado en el modelo de tipificación introducido a través de la Ley N° 19.027, de 24 de enero de 1991.

Este modelo de tipificación se distingue por combinar una exigencia típica común, establecida en el art. 1°, correspondiente a un elemento subjetivo específico consistente en una cierta finalidad (cuya estructura es la de una tendencia interna trascendente), y un determinado catálogo de hechos establecido en el art. 2°. Así, resulta constitutivo de un hecho terrorista cualquiera de los hechos previstos en el catálogo en cuestión, en la medida en que el mismo sea perpetrado con la correspondiente finalidad cualificante⁵. Y si bien el contenido preciso de esta finalidad ha experimentado una variación —técnicamente poco afortunada— como resultado de la nueva redacción del art. 1°, introducida por la Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010⁶, el rasgo definitorio del método de tipificación se mantiene, a saber: la *psicologización* del concepto legal de terrorismo.

Esta psicologización del concepto de terrorismo se corresponde, más precisamente, con la conjunción de dos maniobras, internamente conectadas. La primera consiste en hacer depender la calificación como terrorista de un

4 Véase Mañalich, Juan Pablo, *Terror, pena y amnistía*, (Flandes Indiano) 2010, pp. 9 ss., 23 ss.

5 Adicionalmente, la ley hoy vigente tipifica la amenaza de delito terrorista, en el inc. 2° del art. 7°, así como el financiamiento del terrorismo, en su art. 8°. El inc. 1° del art. 7° hace punible, además, tanto la tentativa como la conspiración en relación con cualquiera de los delitos tipificados en la propia ley.

6 En su versión actualmente vigente, el art. 1° de la ley reza como sigue: “Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

hecho que satisface la descripción de alguna de las formas de comportamiento comprendidas en el catálogo del art. 2º (entre los cuales figuran delitos de incendio y de estrago) de la constatación —por vía de adscripción— de la finalidad exigida en el art. 1º. Con ello, es un determinado propósito, *qua* elemento subjetivo específico, lo que imprime carácter distintivamente terrorista a la realización de alguna de las formas de comportamiento previstas en el catálogo en cuestión⁷. Pero no es en esta subjetivización de la estructura típica de los delitos terroristas que se agota la psicologización ya denunciada. Antes bien, la clave de ésta se deja reconocer en una segunda maniobra, consistente en la determinación legislativa según la cual la finalidad que imprime carácter terrorista al hecho en cuestión ha de tener por objeto la producción de temor “en la población o en una parte de ella”.

Si bien desde la ya referida reforma de enero de 1991 y hasta la modificación introducida por la Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010, la finalidad ya caracterizada coexistía alternativamente, en tanto específico presupuesto subjetivo de la tipicidad de cualquier delito terrorista, con la de “arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”, la ya mencionada finalidad “atemorizante” fue siempre la predominante desde el punto de vista de la “invocación” de la Ley N° 18.314 como premisa de la persecución penal. Ello, hasta el punto de que precisamente la reforma del año 2010 la instituyó como la única finalidad (principal) cuya persecución convierte a un hecho en terrorista⁸. Y por supuesto, no es casualidad que, según la versión vigente durante ese mismo periodo, el art. 1º de la ley haya incluido una presunción simplemente legal de la finalidad de “producir dicho temor en la población en general [...] por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieran ocasionar estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos”.

7 Nótese que sólo algunas de tales formas de comportamiento se encuentran especificadas a través de la mención de correspondientes tipos de delito previstos en el Código Penal o en alguna otra ley.

8 Como resultado de la reforma del año 2010, la finalidad de “arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias” perdió su autonomía frente a la finalidad “atemorizante”, quedando relegada a desempeñar la función de uno de tres indicadores alternativos —junto al de “la naturaleza y efectos de los medios empleados” y al de “la evidencia de que [el hecho] obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas”— de la finalidad de “producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”. Es claro, empero, que la redacción así producida del art. 1º de la ley resulta ser técnicamente paupérrima, puesto que tiene poco sentido postular una conexión interna entre la circunstancia de que el hecho en cuestión sea perpetrado para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponer exigencias a ésta, por un lado, y la persecución de la ya referida finalidad “atemorizante”, por otro.

La reforma del año 2010 suprimió esta regla de presunción, pero mantuvo la referencia a “la naturaleza y efectos de los medios empleados” como un indicador de la finalidad “atemorizante”. Y si bien se ha entendido que esto volvería más “difícil” que la persecución penal de personas a quienes se imputa un hecho constitutivo de delito terrorista pueda concluir en una decisión de condena a este mismo título, sería un error pensar que ello necesariamente ha comprometido la “aplicación” de la Ley N° 18.314. Pues semejante conclusión desconocería que la forma de aplicación más relevante de la ley en cuestión no pasa por su invocación como premisa para una decisión condenatoria que en efecto llegue a habilitar la imposición de alguna de las penas del a todas luces draconiano catálogo previsto en el art. 3° de la misma ley, sino por su invocación como premisa para la activación de un régimen procesal que se aparta de modo considerable de aquel generalmente previsto para cualquier instancia de persecución penal.

Semejante régimen procesal extraordinario comprende, entre otros aspectos, los siguientes: en primer lugar, la posibilidad de que el plazo de detención previa a la puesta del imputado a disposición del tribunal se extienda hasta por 10 días (art. 10), lo cual no hace más que reproducir la regla plasmada en la propia Constitución Política, en el inc. 2° de la letra c) del art. 19 N° 7; en segundo lugar, la posibilidad de decretar medidas especiales para la protección de quienes funjan como testigos en el proceso (art. 15), complementada por la posible imposición de la prohibición de revelar la identidad de los mismos (art. 16), así como la posibilidad de que su respectiva declaración sea prestada “por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal” (art. 18), esto es, por parte de “testigos sin rostro”; y en tercer lugar, la posibilidad de que “determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto [...] hasta por un total de seis meses” (art. 21). El diseño regulativo fijado en la Ley N° 18.314 determina que las medidas constitutivas de ese régimen puedan ser aplicadas como resultado de la invocación de la ley, con total independencia de que en definitiva no llegue a haber condena por algún delito terrorista, ya sea porque el proceso respectivo termine sin condena alguna, ya sea porque la condena en cuestión descansa en la imputación de un hecho punible no constitutivo de delito terrorista, cuya comprobación judicial, empero, puede haber sido posible, exclusivamente, en razón de la aplicación de una o más de las medidas recién enunciadas.

Es extraordinariamente importante, sin embargo, reparar en que el muy *sui generis* régimen procesal susceptible de verse activado por la imputación

(provisional) de un hecho constitutivo de delito terrorista no se encuentra únicamente especificado en el articulado de la Ley N° 18.314. Antes bien, y como ya se anticipara a propósito de la fijación del plazo extraordinario de detención, es en la propia Constitución Política de la República que se hallan prefijadas algunas de las definiciones centrales de ese mismo régimen. Así, y adicionalmente, en la propia constitución se encuentra contenida una regla que vuelve más exigentes, en comparación con el régimen procesal ordinariamente aplicable, las condiciones de cuya satisfacción depende que pueda disponerse la “libertad provisional” del imputado por parte del correspondiente tribunal de apelación. En efecto, tratándose de la libertad provisional de una persona a quien se imputa un hecho constitutivo de delito terrorista, aquélla sólo puede ser decretada —en apelación— por una sala de la respectiva corte de apelaciones que se encuentre integrada exclusivamente por miembros titulares, y sólo por decisión unánime, según lo establece el art. 19 N° 7, en su letra e), de la Constitución Política.

Este manifiesto exceso regulativo evidenciado por la constitución vigente dista de ser una simple excentricidad, sino que se inserta en un auténtico programa de constitucionalización del estatus jurídico de la criminalidad terrorista, representativo de una anomalía desde el punto de vista del derecho constitucional comparado. Ese programa se encuentra delineado, en lo fundamental, en el art. 9° de la Constitución Política, cuyo inc. 1°, tal como quedara definido su texto como resultado del “pacto constitucional” de 1989, declara que el terrorismo es “por esencia contrario a los derechos humanos”. Si al ya suficientemente expresivo tenor literal de la disposición se añade el antecedente de que la instauración de esta declaración fue entendida como la compensación de la supresión de la proscripción constitucional de toda “concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases”, originalmente consagrada en el art. 8° de la carta de Pinochet⁹, resulta difícil eludir la conclusión de que la constitución pactada en los albores de la transición perpetuó institucionalmente la estrategia de proyección-negación que la dictadura cívico-militar había hecho suya a través de la puesta en vigor de la Ley N° 18.314.

9 Y que pervive, asimismo, en el art. 19 N° 15, inc. 6°, que proclama el principio de pluralismo político a la vez que declara inconstitucionales “los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política”.

Semejante institucionalización quedó rígidamente asociada al requerimiento constitucional, plasmado en el inc. 2° del mismo art. 9°, de que la definición y penalización de las “conductas terroristas” tenga lugar mediante una ley de quórum calificado. Este requerimiento se ve complementado, en el mismo contexto, por el establecimiento constitucional de sanciones de inhabilitación para funciones y cargos de diversa índole. A ello se añade la declaración, fijada en el inc. 3° y final del mismo artículo, que niega el carácter de delitos políticos a los hechos punibles tipificados como delitos terroristas bajo la misma ley, la cual va acompañada de una restricción de la eficacia del indulto como causa de extinción de la responsabilidad o de conmutación de la pena. El programa de constitucionalización del estatus jurídico-penal de las “conductas terroristas” se cierra, finalmente, con las reglas del art. 16 N° 2 y del art. 17 N° 3, el primero de los cuales asocia una suspensión del derecho constitucional de sufragio al hecho de que una persona sea acusada por un delito terrorista, mientras el segundo consagra la pérdida de la calidad de ciudadano para toda persona condenada por semejante delito, quedando la eventual recuperación de su ciudadanía sometida a su rehabilitación por el Senado.

El panorama resultante de esta escueta descripción muestra que la Constitución Política impuesta por la dictadura cívico-militar en efecto dio rango supra-legal a un modelo de criminalización, penalización y persecución de comportamientos etiquetados como constitutivos de “terrorismo”, el cual, tal como se encuentra configurado bajo la Ley N° 18.314, se deja caracterizar sin mayor hipérbole como un modelo de derecho penal del enemigo¹⁰. Es sobre la constatación de la radical ilegitimidad de semejante modelo constitucionalmente prefigurado que se orientó la propuesta regulativa elaborada por la comisión asesora ministerial.

3. La propuesta de la comisión

3.1. Desconstitucionalización y codificación como *desiderata*

La propuesta de la comisión admite ser reconstruida a partir de la premisa de que la Ley N° 18.314 constituye la realización de un programa político-criminal ilegítimo, constitucionalmente prefigurado. De ahí que uno de los

¹⁰ Véase Mañalich, Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, en Revista de Estudios de la Justicia, 6, (Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile) 2005, pp. 63 ss., 81 ss.

ejes capitales de la propuesta estuviera constituido por la supresión de toda referencia constitucional al terrorismo, bajo el predicamento de que ninguna de las dos tareas normativas básicas de una constitución democrática —la institucionalización y organización del ejercicio del poder del Estado, y la fijación de una cierta identidad política de quienes están sometidos al ejercicio de ese poder y en cuyo interés el mismo es ejercido— supone una tematización del terrorismo como objeto regulativo.

Al mismo tiempo, y sobre la base de lo anterior, la comisión proponía sustituir el modelo de la legislación especial (constitucionalmente impuesto), para reconducir las decisiones de criminalización y penalización del terrorismo al Código Penal, en pos de subvertir, desde ya simbólicamente, el estatus de la regulación penal del terrorismo como pieza de derecho penal de excepción. Pero la propuesta de la comisión no se quedaba, de modo alguno, en la mera simbología. Antes bien, y como se detallará a continuación, aquélla favorecía una reformulación integral del fundamento y la estructura de tipificación de la criminalidad terrorista.

3.2. La propuesta de tipificación: el delito terrorista como delito de organización

3.2.1. La redefinición de la asociación ilícita como asociación criminal

La propuesta de la comisión adoptó un modelo regulativo de la criminalidad terrorista que la identifica con una forma especialmente grave de criminalidad organizada¹¹, cuya tipificación había de quedar establecida dentro de un nuevo párrafo 10 del Título VI del Libro II del Código Penal, cuyo epígrafe rezaría “De las asociaciones criminales”. Bajo este modelo, la asociación criminal terrorista constituye, propiamente, un hecho punible autónomo, cuya lesividad resulta de la combinación de la lesividad genéricamente predicable de toda asociación criminal, por un lado, y la lesividad específicamente predicable de una organización criminal que cuenta como terrorista, por otro.

Como presupuesto de lo anterior, la comisión entendía imprescindible redefinir las exigencias típicas de la forma básica de organización punible, que en los términos de la misma propuesta pasa a denominarse “asociación criminal”. La tipificación de esta forma básica de organización en sí misma punible se orienta a satisfacer una exigencia elemental de índole político-criminal,

¹¹ Para una detallada fundamentación de tal orientación, véase Cancio, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, (Reus) 2010, pp. 85 ss., 154 ss.

concerniente a la gravedad que debe exhibir ya la sola existencia de una organización para que ella amerite una punibilidad autónoma, tal como este principio se halla reconocido por la regulación vigente. Con ello, la propuesta reconocía ya en la denominación de la forma básica de organización punible una síntesis del particular fundamento de esa punibilidad autónoma. Así, la asociación criminal ha de ser “criminal”, técnicamente, en un doble sentido: por un lado, en cuanto a su propio estatus como hecho punible, el cual queda asociado a la categoría de “crimen” en el sentido del art. 3° del Código Penal; y por otro lado, en cuanto a los hechos punibles cuya perpetración constituye el objetivo cuya persecución convierte a la organización en cuestión en específicamente criminal, que a su vez han de ser constitutivos de crímenes en el mismo sentido.

La propuesta regulativa incluía —en el inc. 2° de un nuevo art. 292— la fijación legislativa de un catálogo de criterios explícitos para la determinación de la existencia de una *organización* que pueda ser constitutiva de asociación criminal en los términos ya señalados. Estos criterios consisten en: primero, la cantidad de los miembros que integran la respectiva organización; segundo, su dotación de medios y recursos; y tercero, su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo. Por esta vía, la regulación propuesta pretendía superar un marcado déficit que muestra la legislación vigente en la materia, que ha tendido a volver esencialmente inciertos los requisitos mínimos que ha de satisfacer una asociación para resultar autónomamente punible, sin ser reducible, verbigracia, a una simple conspiración orientada a la perpetración futura de un hecho punible determinado. Al mismo tiempo, y acogiendo un planteamiento cada vez más generalizado en la literatura especializada, la propuesta prescindía de diferenciar posiciones jerárquicas susceptibles de ser ocupadas por los miembros de la organización. De este modo se perseguía abrir la posibilidad de que organizaciones horizontalmente constituidas resulten abarcadas por la tipificación, en la medida en que se satisfagan los criterios ya mencionados.

Para efectos de penalidad, la propuesta distinguía entre la posición de aquellos integrantes que hubieran fundado o contribuido a fundar la asociación, por un lado, y la posición de los demás integrantes, por otro. Con ello, la eventual colaboración con la operación de la organización por parte de individuos que no cuentan como integrantes de la misma tendría que quedar sometida a las reglas generales sobre intervención en un hecho punible, plasmadas en los arts. 14 y siguientes del Código Penal.

En fin, y según ya se anticipara, la propuesta de la comisión mantenía el principio de la penalización autónoma de la asociación criminal, que en tal medida deja intacta la penalidad diferenciada de los hechos punibles que pudieran llegar a ser perpetrados por los miembros en el marco de la realización de los propósitos perseguidos por la organización, lo cual queda entregado a las reglas generales aplicables en materia de concurso de hechos punibles.

3.2.2. La especificidad de la asociación criminal terrorista

Por la vía de prescindir de la criminalización de cualquier variante del así llamado “terrorismo individual”, la propuesta de la comisión hacía suya una tendencia reconocible en el derecho comparado, cuyo paradigma se encuentra en el modelo regulativo alemán, y coincidía así con la propuesta contenida en el Proyecto de Código Penal enviado en marzo de 2014 al Congreso Nacional por el entonces Presidente de la República, Sebastián Piñera (mensaje N° 435-361).

La tipificación del delito de asociación criminal terrorista, propuesta por la comisión, descansa en una configuración triádica de su específico injusto autónomo, esto es, una configuración que entrelaza funcionalmente tres componentes diferenciados, a saber: un elemento estructural, definido por la exigencia de que la asociación exhiba el carácter de una organización criminal en el sentido de la tipificación de la asociación criminal (“a secas”) como delito-base; un elemento instrumental, asociado al espectro de crímenes cuya perpetración se proyecta hacia la realización de la finalidad perseguida por la organización; y un elemento teleológico, que especifica en qué ha de consistir esta finalidad última, la cual se ve disyuntivamente formulada. Así se pretendía obtener una descripción típica con rendimiento para la demarcación de los presupuestos materiales de la existencia de una organización específicamente constitutiva de asociación criminal terrorista¹².

En cuanto al segundo componente, los hechos punibles cuya perpetración constituye el objetivo instrumental de la organización quedan circunscritos a un catálogo de crímenes especialmente idóneos para canalizar una estrategia comunicativa de violencia política intensificada. De esta manera se minimiza el riesgo de que la descripción típica resulte sobre-inclusiva, así como el riesgo

12 Las dificultades de lograr esto objetivo, empero, siguen siendo considerable; véase Fletcher, George, “The Indefinable Concept of Terrorism”, en *Journal of International Criminal Justice*, 4, (Oxford University Press) 2006, pp. 894 ss.

de que ella banalice la noción de terrorismo, haciendo posible, además, una clara diferenciación de la especie de la asociación terrorista frente al género de la asociación criminal. El catálogo comprende ataques graves a la vida y a la salud e integridad corporal de las personas, correspondientes al homicidio y a las especies de lesión corporal (*lato sensu*) que son constitutivas de crimen, así como las formas de comportamiento constitutivas de tortura que el derecho vigente conoce bajo la etiqueta de “apremios ilegítimos”. Adicionalmente, quedan comprendidos atentados contra la salud, consistentes en el envenenamiento o la infección de bebidas y otros productos destinados al consumo público y en la propagación de gérmenes patógenos orientada a la producción de alguna enfermedad. El catálogo se cierra con el crimen cuya tipificación se proponía introducir a través de un nuevo art. 403 ter, consistente en la instalación, activación o detonación de una bomba o un artefacto explosivo.

Por su parte y finalmente, el componente teleológico exige que, a través de la perpetración de los crímenes proyectados por la organización, ésta persiga un determinado objetivo que confiera significación política a la sola existencia de esa misma organización. Esto último, empero, no concierne al contenido particular de la agenda de la asociación, sino a la estrategia de comunicación que ella despliega. Así, y en congruencia con los desarrollos más reconocibles en el contexto del derecho internacional¹³, la propuesta identificaba el elemento teleológico con una finalidad de contenido disyuntivo, a saber: una finalidad o bien de socavar las bases mismas del orden democrático constitucional, o bien de imponer exigencias a la autoridad política o arrancar decisiones de ésta, o bien de someter o desmoralizar a la población infundiendo temor generalizado.

Tal como lo hacía con la asociación criminal en cuanto delito-base, la propuesta incorpora un principio de penalización autónoma de la asociación criminal terrorista. Esta definición no sólo determina la autosuficiencia de la tipificación de la asociación criminal terrorista como título de punibilidad, enteramente desvinculado de la contingencia de que efectivamente lleguen a perpetrarse uno o más crímenes de aquellos proyectados por ella, sino también el reconocimiento de la relación de auténtico concurso entre la asociación criminal terrorista como tal y cualesquiera hechos punibles perpetrados por uno o más miembros de la organización en el marco de la implementación de su agenda criminal.

13 Véase Ambos, Kai y Timmermann, Anina, “Terrorism and Customary International Law”, en Saul, Ben (ed.), *Research Handbook on International Law and Terrorism*, (Edward Elgar) 2014, pp. 27 ss., 34 ss.

3.2.3. La reivindicación territorial legítima bajo el derecho internacional como criterio de exclusión del carácter terrorista de una organización

La propuesta de tipificación de la asociación criminal terrorista como especie calificada de asociación criminal se completaba con una regla que consagra, declarativamente, la exclusión del carácter terrorista de una organización cuya finalidad consista en una reivindicación territorial legítima bajo el derecho internacional. La regla se fundamenta en la consideración relativa al insoslayable riesgo de abuso en la aplicación de una regulación que, como resulta indispensable, incorpora un elemento teleológico en la tipificación del crimen de asociación terrorista que a su vez queda al menos parcialmente definido en referencia a un factor de índole política o ideológica¹⁴.

Una preocupación de esta naturaleza está lejos de carecer de precedentes en el horizonte comparado. Especialmente significativa a este respecto es la regla del párrafo 2 del § 129 del Código Penal alemán, que excluye la aplicabilidad de la norma de sanción que penaliza la “formación de una asociación criminal”, entre otros casos, “si la asociación es un partido político que el Tribunal Constitucional Federal no haya declarado inconstitucional”. Esta disposición, que hace operativo el así llamado “privilegio para los partidos”, es interpretada como una auténtica causa de atipicidad¹⁵, y supone un reconocimiento del riesgo que la criminalización de organizaciones de determinada índole representa para el desarrollo de actividades y la persecución de objetivos de naturaleza política en el contexto de un Estado democrático de derecho.

A diferencia de la regla del Código Penal alemán, empero, la disposición que hacía suya la propuesta de la comisión se encuentra exclusivamente referida a la demarcación del ámbito de la asociación terrorista como especie calificada de asociación criminal, y no al ámbito típico de la asociación criminal en general. En su efecto excluyente de la tipicidad, la regla propuesta pretendía ser puramente declarativa, en el sentido de hacer explícito que una organización de personas que persigue esa reivindicación legítima, y no otra, en ningún caso puede resultar subsumible bajo la descripción de la asociación criminal terrorista. Técnicamente, la regla incorpora una cláusula de remisión dinámica al derecho internacional. Bajo su actual estado de desarrollo,

¹⁴ Que ello no supone vincular la categoría del terrorismo con la del así llamado “delito político”, es concluyentemente demostrado por Cancio, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, (Reus) 2010, pp. 136 ss., 192 ss.

¹⁵ Véase sólo Ostendorf, Heribert, en Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid y Paeffgen, Hans-Ullrich, *Nomos Kommentar zum StGB*, 4ª ed., (Nomos) 2013, § 129, n.m. 24.

empero, es posible constatar que el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado de Chile, reconoce a los pueblos indígenas y tribales derechos especiales de “propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (art. 14.1), imponiendo además a cada Estado parte la obligación de instituir “procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” (art. 14.3).

De esta manera, la propuesta pretendía contribuir a que el Estado de Chile ajuste su ordenamiento jurídico a los estándares internacionales a los cuales debe someterse su actividad de persecución y penalización del terrorismo, de modo tal que se vea reducido el riesgo de arbitrariedad y discriminación en la aplicación de una regulación que fija parámetros de reacción penal particularmente enérgicos para una forma de criminalidad que reviste especial gravedad.

3.3. El régimen procesal penal diferenciado

En el despliegue del mismo esfuerzo por desmontar el régimen de un derecho penal de excepción al cual corresponde el modelo regulativo plasmado en la Ley N° 18.314, la comisión asumió la necesidad de proponer un régimen de “diligencias y medidas especiales de investigación”. Este régimen estaba diseñado para ser aplicable a la persecución de presuntos hechos punibles de especial gravedad, cuyo parecido de familia se deja identificar con la circunstancia de que se trata aquí de instancias paradigmáticas de criminalidad cuya complejidad vuelve necesaria la eventual habilitación y activación de técnicas de investigación no previstas por la regulación procesal ordinaria.

En este espacio no es posible ofrecer una descripción mínimamente exhaustiva del régimen procesal penal así concebido, pero en rigor ello tampoco es pertinente. Pues según ya se anticipara, el mismo no fue diseñado como un régimen *ad hoc* para la persecución del terrorismo, sino como uno dispuesto para la persecución de cualquier presunto hecho punible comprendido en el correspondiente catálogo taxativo: además de la asociación criminal, la asociación criminal terrorista y el financiamiento del terrorismo, el catálogo comprendía los delitos tipificados en la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el delito de lavado de activos, los delitos tipificados en la Ley sobre Seguridad del Estado, así como los delitos de producción y de distribución de material pornográfico infantil, de proxenetismo de menores de edad, de obtención de favores sexuales de

parte de menores de edad, y de tráfico de migrantes y trata de personas para la prostitución.

En cualquier caso, el régimen así proyectado por la comisión se distingue por exhibir algunas diferencias capitales respecto de aquellos regímenes *ad hoc* previstos por el derecho vigente, verbigracia bajo la Ley N° 18.314 y muy notablemente también bajo la Ley N° 20.000. A este respecto, una de las divergencias más significativas radica en la instauración general del control judicial como condición para la activación y la preservación o renovación de las medidas especiales de investigación previstas, incluida aquí, desde luego, la intervención de funcionarios policiales como agentes encubiertos o agentes reveladores. Por otra parte, y en abierto contraste con la situación posibilitada por la reglamentación procesal incluida actualmente en la Ley N° 18.314, la propuesta de la comisión incorporaba una regla que excluye la posibilidad de que la evidencia o los antecedentes obtenidos como resultado de la aplicación de las reglas del párrafo en cuestión sirvan para la fundamentación de una condena por un hecho punible distinto de aquellos comprendidos en el catálogo respectivo.

4. El proyecto de ley

4.1. La banalización de la criminalización del terrorismo

Medido bajo las definiciones fundamentales que inspiran la propuesta de la comisión, el proyecto de ley enviado por el gobierno se muestra como deficitario en todos los frentes posibles.

En lo tocante a la regulación penal sustantiva, que el proyecto pretende plasmar en una nueva ley especial, sustitutiva de la Ley N° 18.314, el gobierno opta por criminalizar, adicionalmente a la asociación criminal terrorista, el así llamado “terrorismo individual”, y ya bajo dos variantes diferenciadas. Así, y por una parte, el art. 3° prevé la imposición de una pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio sobre quien tome parte o ejecute alguno de los delitos cuya perpetración ha de constituir el objetivo instrumental de una organización para que ésta pueda contar como una asociación criminal terrorista (en los términos del inc. 1° del mismo proyecto), siempre que aquél “hubiese adscrito o adherido positivamente a los propósitos concretos de perpetración de los crímenes manifestados por organizaciones, asociaciones o grupos nacionales o extranjeros”. Que el proyecto pretenda fundar el carácter

terrorista del hecho punible perpetrado por un individuo que de hecho no integra asociación criminal alguna en su sola “adhesión positiva” muestra la magnitud de la trivialización de la noción de terrorismo que ello supone, hasta el punto de que, inmediatamente a continuación, el mismo inciso del art. 3° propuesto especifica que tal “adhesión positiva” puede consistir en “cualquier manifestación de voluntad expresa o tácita del imputado o la aceptación de los propósitos criminales de una organización, asociación o grupo, la participación en redes sociales o cualquier otro medio”.

Pero por otra parte, el inc. 2° del mismo art. 3° del proyecto tipifica una segunda variante de “terrorismo individual”, en términos tales que la misma pena habría de ser impuesta a todo “individuo que, sin pertenecer a una organización o grupo y habiendo tomado parte o ejecutado alguno de los delitos señalados en el artículo 1°, lo hubiese hecho persiguiendo las finalidades allí expresadas”. Bajo la tipificación de esta segunda variante, la desvinculación del comportamiento del hechor respecto de la posible operación de una organización resulta ya plena e irrestricta, deviniendo suficiente para la punibilidad de su comportamiento *qua* instancia de criminalidad terrorista que a través de la perpetración de alguno de los hechos del catálogo del art. 1° aquél simplemente persiga alguna de las finalidades enunciadas en esa misma disposición.

No es posible pasar por alto, ulteriormente, que no sólo el catálogo de delitos cuya perpetración se encuentra reconocida como el objetivo instrumental de una posible asociación terrorista es distinto del catálogo incluido en la propuesta de la comisión¹⁶, sino que también lo es el espectro de finalidades “últimas” susceptibles de ser perseguidas a través de los hechos punibles cuya perpetración se proyecta por la organización. En cuanto a esto último, resulta especialmente preocupante que el proyecto incluya la alteración grave del “orden público” como una de las finalidades cuya persecución a través de la perpetración de los hechos punibles proyectados, y comprendidos en el catálogo respectivo, puede convertir a una organización en una asociación criminal terrorista. Pues esto sólo confirma la tendencia a la banalización que hace suya el proyecto del gobierno. Esto, combinado con la ya mencionada opción por la tipificación del así llamado “terrorismo individual”, se traduce en que, por ejemplo, un hecho constitutivo de homicidio, perpetrado por un agente

16 En efecto, el proyecto de ley incluye el secuestro y la sustracción de menores, así como determinados delitos tipificados en la Ley sobre Seguridad del Estado y “el delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios” tipificado en la Ley de Control de Armas.

individual no remotamente conectado con agrupación alguna, puede llegar a constituir una instancia de criminalidad terrorista, siempre que a través de la perpetración de ese homicidio el agente persiga, verbigracia, “alterar gravemente el orden público”.

4.2. La hipertrofia del régimen procesal

También en lo concerniente al régimen procesal de persecución, el proyecto del gobierno se distancia manifiestamente de la propuesta de la comisión. Si bien el proyecto reproduce la decisión de establecer un nuevo párrafo (4°) dentro del Título I del Código Procesal, cuyo epígrafe reza “Diligencias y medidas especiales de investigación para delitos organizados o complejos”, el ámbito de aplicabilidad del mismo se extiende a la persecución “de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa”. Con esta última cláusula, el catálogo de delitos en referencia a cuya persecución las reglas del párrafo en cuestión resultan aplicables “en todo caso” se vuelve relevante sólo en la medida en que, en ese mismo ámbito, el Ministerio Público no necesita justificar fundadamente la pertinencia de una o más de las diligencias o medidas en cuestión. Tratándose de la persecución de cualquier presunto hecho constitutivo de crimen, empero, bastaría con que el Ministerio Público “justifique fundadamente” que, por las “especiales características” del hecho investigado, se hace indispensable la utilización de las correspondientes técnicas de pesquisa. Esta radical apertura del régimen de investigación así configurado vuelve dubitable, en cualquier caso, que el mismo se deje describir, sin eufemismos, como uno de “diligencias y medidas *especiales*”.

4.3. La renuncia a la desconstitucionalización

Ni el mensaje ni el proyecto mismo contienen una sola referencia al nivel constitucional del problema de la regulación penal y procesal del terrorismo bajo el derecho chileno vigente. Uno ciertamente puede entender que, encontrándose en el horizonte de los compromisos programáticos del actual gobierno un proceso que culmine en la aprobación de una nueva constitución política, el propio gobierno haya procurado evitar abrir anticipadamente ese flanco a propósito de una iniciativa de reforma legal que, como lo es en el presente caso, corresponde a una escala muy diferente. Pero siendo ello así, y estando constitucionalmente prefigurado el ilegítimo modelo regulativo

de criminalización, penalización y persecución del terrorismo que el gobierno aparentemente pretendía dejar atrás, uno no puede sino concluir que, en atención a esas mismas circunstancias, lo sensato sería postergar la discusión legislativa acerca del estatus jurídico-penal del terrorismo hasta que el flagelo constitucional haya sido remediado.