



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO EN LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA.

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

BASTIÁN ASTUDILLO ROBLES

Profesora guía:

MYRNA VILLEGAS

**Santiago de Chile
Enero de 2017.**

A mi familia.

Tabla de Contenidos.

Introducción	1
Capítulo I: Regulación del desistimiento en el Derecho penal chileno	3
1.1 Adelantamiento de las barreras punitivas	4
1.2 Tentativa	5
1.2.1 Elemento subjetivo de la tentativa.....	6
1.2.2 Elemento objetivo de la tentativa	6
1.2.3 Desistimiento en la tentativa.....	7
1.2.4 Requisitos objetivos del desistimiento en la tentativa	9
1.2.5 Requisitos subjetivos del desistimiento en la tentativa.....	10
1.2.5.1 Teoría psicológica	11
1.2.5.2 Teoría valorativa o normativa.....	11
1.2.6 Efectos del desistimiento en la tentativa.....	13
1.3 Delitos frustrados.....	15
1.3.1 Factor objetivo del desistimiento.....	16
1.3.2 Factor subjetivo	16
1.3.3 Efectos	16
1.4 Desistimiento impropio del delito consumado	17
Capítulo II: Antecedentes legislativos del artículo 9° de la ley 18.314	19
2.1 Ley 19.172 sobre “Arrepentimiento eficaz” como precedente del artículo 4° de la ley 18.314	19
2.2 Historia de la ley 20.467 que crea la figura del desistimiento voluntario	24
Capítulo III: Desistimiento voluntario en la Tentativa (artículo 9° LCT)	27
3.1 Naturaleza jurídica.....	27

3.2 Presupuestos fácticos de operatividad	29
Capítulo IV: Regulación del Desistimiento en el Derecho comparado.....	35
4.1 Tratamiento comparado en los ordenamientos europeos	36
4.2 Tratamiento comparado en el ordenamiento español	39
Capítulo V: El desistimiento voluntario y su posible vinculación con agentes encubiertos y reveladores.....	42
5.1 Derecho penal del enemigo y ley 18.314.....	42
5.2 Agentes infiltrados, encubiertos, provocadores y reveladores	44
5.3 Tres elementos indiciarios del uso de agentes infiltrados	46
5.3.1 Ley 20.000.....	47
5.3.2 Ley 19.974.....	49
5.3.3 Examen de los Boletines N° 9669-07 y N° 9692-07	51
Conclusiones.....	55
Bibliografía.....	56

Introducción.

La legislación antiterrorista vigente en nuestro ordenamiento jurídico nacional (en adelante, Ley 18.314 que sanciona conductas terroristas, LCT), instituye diversas figuras que facilitan el ejercicio del *Ius puniendi* estatal y la represión – o prevención- de las acciones tipificadas en el texto legal.

Especial examen se generará en el presente trabajo, sobre la figura del desistimiento voluntario en la tentativa, prevista en el artículo 9° LCT, que fue introducida por la ley 20.467 del año 2010. El instituto en comento, versa que:

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

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

El presente trabajo se plantea como objetivo ser una contribución al estudio de los institutos de carácter premial en la legislación antiterrorista chilena, ya que específicamente la norma jurídica del artículo 9° no ha sido precisamente objeto de una exégesis o examen profuso por parte de la doctrina penal chilena. En virtud de esto, se analizarán las consecuencias jurídicas que implicaría la utilización o aplicación del desistimiento, que nos abre paso a la formulación de ciertas hipótesis en cuanto a los beneficios premiales que se instituyen para quienes abandonen la actividad delictiva prevista en los artículos 1° y 2° LCT. El principal efecto es la de exención total de la pena, en lo que podría señalarse como una *excusa legal absolutoria*, pero **¿para quiénes va dirigida?** ¿A qué espectro de delincuentes pretende apuntar la ley como legitimados pasivos para la operatividad del precepto en comento?

El artículo visualizado tiene una corta vigencia en la vida del derecho, hecho por el cual ha tenido nula aplicación en sede judicial, a diferencia del artículo 4° que se ha aplicado tenuemente, el cual establece una atenuación de pena de hasta dos grados que se aplica de manera facultativa por el ente adjudicador. Por esto, analizaremos el derecho comparado, con el fin de establecer parangones en las regulaciones que combaten el terrorismo mediante mecanismos premiales que motivan el abandono o la disociación del elemento estructural. Asimismo, estudiaremos leyes que instituyen mecanismos similares en aras de reprimir delitos que atacan bienes jurídicos privilegiados, tal como

lo que ocurre en la Ley de Drogas (20.000), y lo que se prescribe en la ley 19.974 que crea la Agencia Nacional de Inteligencia.

Con todo, nos planteamos la interrogante, sobre la factibilidad de la expansión de la legislación en este sentido, en cuanto probablemente sea más acorde a un Estado de Derecho aplicar las normas previstas en el derecho penal común sobre desistimiento, como las de los artículos 7° y 8° del Código Penal chileno. Para ello se examinará la fundamentación de política criminal que vienen a legitimar y expandir el uso de esta norma como figura autónoma para delitos previstos en la LCT.

En cuanto a los elementos que conforman el desistimiento voluntario, se verá el aspecto objetivo, que atañe a la no verificación o exteriorización en un plano empírico, de la conducta típica y antijurídica. En cuanto a su aspecto subjetivo, se estudiará el aspecto volitivo o la voluntariedad que tiene el actor para no llevar a cabo el injusto. Resultará interesante analizar cómo se cumple con los requisitos exigidos, toda vez que se traducen en presupuestos de hecho negativos, es decir que no deben concurrir para que se configuren los efectos que se le endosan jurídicamente.

Nuestra hipótesis de trabajo, es que, más allá de lo que se señale formalmente en cuanto a la finalidad del artículo 9°, nos parece que es una norma jurídica, que por su naturaleza es proclive a ser utilizada de manera desnaturalizada, en virtud del vacío legal que existe en la normativa antiterrorista sobre la utilización de agentes infiltrados y provocadores, llegando a convertirse en una vía útil y expedita para eximir de responsabilidad penal a éstos. En definitiva, esta norma viene a cubrir el vacío que existe en materia de inmunidad penológica para sujetos que presten servicios al estado infiltrándose en células terroristas.

Capítulo I: Regulación del Desistimiento en el Derecho penal chileno.

Nos encontramos en un punto de la historia de la humanidad, caracterizado en palabras de RIQUELME¹ como un modelo de desarrollo post industrial, configurado a través de una sociedad que debe desarrollarse entre un paradigma de tolerancia a los riesgos que nos plantea el diario vivir -ya que éstos aumentaron exponencialmente a partir del desarrollo de los modelos industriales de las incipientes democracias europeas; y un paradigma de aversión al riesgo, puesto que a medida que éste aumenta, mayor es la preocupación sobre la contingencia mediática por parte de la clase que se encuentre en el poder, elemento que, como veremos, no resultará inocuo para efectos de nuestro estudio, puesto que es el “legislador” quien finalmente redacta las directrices aplicables en términos de política criminal.

Por ende deviene relevante escudriñar acerca de los valores que inspiraron al legislador, dado que éste instituirá formalmente los principios que regirán la persecución punitiva del Estado, enmarcada en neutralizar aquellas amenazas de carácter criminógeno. Así, se verá que el derecho penal liberal clásico se caracterizó por aplicar una “velocidad”, en la cual se contenían los principios rectores y arquetípicas garantías del proceso.

No obstante, el legislador decimonónico en conformidad a su idiosincrasia y representación de la sociedad –la que influye categóricamente sobre los bienes jurídicos afectos a protección por un orden coactivo-, difícilmente llegó a representarse el aumento del riesgo (así entendido en forma genérica), a medida que el modelo post industrial fue ensanchando su avance y de esta manera, o bien nacieron nuevos bienes jurídicos objetos de tutela, bien se comenzaron a sofisticar los métodos delictivos de ejecución de injustos hacia los bienes resguardados por el ordenamiento jurídico. Es en este contexto que se inserta el expansionismo del derecho penal y el surgimiento de nuevas “velocidades”, tal como lo que se denomina “derecho penal de segunda velocidad”, caracterizado como un verdadero elemento de combate de política criminal mediante el cual se flexibilizan los principios rectores como el garantismo, tanto para efectos de imputación, para términos de las características del procedimiento penal aplicable al imputado o incluso atingente a la ejecución de la pena. SILVA SÁNCHEZ

¹ RIQUELME, Eduardo. 2006. El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo. Revista Político criminal n° 2, A2, p. 1-2

va más allá al plantearse la existencia de una “tercera velocidad”², que más bien responde a un “populismo penal” o una necesidad de otorgar seguridad al menos en un aspecto formal a las masas, a partir de los sucesos acaecidos en Estados Unidos el 2001, que se enmarca dentro de lo que JAKOBS caracterizó en 1985 como “Derecho penal del enemigo”³, el cual responde a ciertas lógicas de derecho penal del autor o incluso de *Ius Belli*.

En una aproximación criminológica, RIQUELME arguye que nos encontramos en pleno auge de la victimología y de la víctima-dogmática, que se manifiestan en conductas de masas como un exacerbado rechazo al riesgo y un consecuente privilegio por la seguridad, fenómeno del cual es principalmente el orden jurídico el que se hace cargo. El miedo imperante en parte de la población, transmite la idea de que la sociedad está llena de riesgos que anular o enemigos que destruir –entre los cuales mencionaremos el tráfico de drogas y el terrorismo, injustos que claramente no eran una prioridad en la cosmovisión del legislador decimonónico-; de manera que el Estado elabora legislaciones cada vez más “expansivas” en tanto crea nuevos delitos, aumenta penas de los ya existentes, relaja normas de imputación, acelera la consumación, anticipa las barreras de protección penal sancionando actos preparatorios, restringe la concesión de atenuantes, o, lo que es más grave, termina negando garantías fundamentales⁴.

Una vez determinado el contexto criminógeno sobre el cual se trabajará, nos enfocaremos sobre la importancia que se le ha otorgado al adelantamiento de la punibilidad, puesto que dentro de la tendencia internacional de considerar las herramientas jurídicas como un elemento más de lucha contra el crimen organizado, constituye un factor primordial.

1.1 Adelantamiento de las barreras punitivas.

En la misma línea de lo anterior, MAÑALICH añade que “*desde un punto de vista material, el adelantamiento de la punibilidad a estadios anteriores a la consumación suele justificarse, en términos muy generales, sobre la base de la siguiente consideración estándar: si el Estado emprende la persecución del delito porque éste amenaza la seguridad pública, ¿no sería más lógico intervenir y prevenir el daño antes*

² SILVA SÁNCHEZ, Eduardo. 2001. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Civitas ediciones. 2º edición. España. pp. 163-167.

³ JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. 2003. Derecho Penal del enemigo. Civitas Ediciones. p. 79.

⁴ RIQUELME, Ob. Cit. pp. 6-7

*que ocurra? ¿Por qué no detener y castigar al delincuente cuando está a punto de cometer el delito?”*⁵

Por eso, en este capítulo se tratará la regulación del desistimiento dentro del derecho penal chileno, en cuanto son delitos que se encuentran en una fase ejecutiva imperfecta dentro del *iter criminis*. Sin embargo, como el desistimiento no puede entenderse de manera aislada, sino sólo analizado dentro de determinado rango de ejecución del *iter criminis* –y en función de determinado delito en específico- es que se analizará dicha institución dentro de cada una de las etapas de concreción o desarrollo del delito, ya sea en el delito intentado, frustrado y consumado.

Cuando nos preguntamos el porqué de la exención de penas para el desistimiento voluntario, entendemos que se trata de un privilegio punitivo.⁶

1.2 Tentativa.

Lo común es que la ley proscriba o reprima una determinada conducta disvalórica de manera tal que se encuentre descrita típicamente en una hipótesis en la que el agente activo ha realizado completamente los actos que se requieren para consumir el delito al que se refiere dicho precepto. Por esto, POLITOFF advierte que es perfectamente posible que el delito no llegue a su etapa de perfección o *consumación* y quede en el camino.⁷

Así, el asunto radica en que tanto el delito intentado, el delito frustrado como el consumado al menos se asimilan en que como presupuesto básico para que se configuren, debe el autor iniciar la ejecución del hecho [típico]. El consumado se

⁵ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2004. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal algunas consideraciones conceptuales. Revista de Estudios de la Justicia. Centro de Estudios de la Justicia, Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. N° 4 pp. 2-3.

⁶ ROXIN, Claus. 2001. Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología. N° 3. España. Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html. (Fecha de consulta: 6-1-2017).

⁷ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Segunda edición, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 367.

diferencia del intentado y frustrado en que en el primero el resultado proscrito se produce, lo que nunca puede suceder en el intentado propiamente tal y en el frustrado.⁸

JIMÉNEZ DE ASÚA opina que la tentativa, corresponde a un tipo penal dependiente, puesto que no existe una *tentativa en sí*, una tentativa como tipo penal autónomo –*sui generis*–, ya que ésta “no protege un bien distinto que el tutelado por la norma primaria de consumación, está vacía mientras no se conecte con el delito concreto que el agente quería consumir”⁹.

1.2.1 Elemento subjetivo de la tentativa.

Señala GARRIDO MONTT que el dolo del delito consumado es el mismo que el del delito intentado: o sea, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de concretarlo.¹⁰ No obstante, POLITOFF añade que en la tentativa el dolo no es solamente integrante de la culpabilidad, sino además, en cuanto cofundante de la antijuridicidad, constituye un elemento subjetivo del tipo legal. Por tanto, el dolo de la tentativa es, además de un elemento del tipo de injusto, un elemento de la culpabilidad del hechor¹¹. Esto se traduce en que, ante un adelantamiento o anticipación de la punibilidad como lo es la tentativa, la protección del bien jurídico tutelado y el daño que conlleva su desprotección se vincula al contenido de la intención del agente y no a la efectiva producción del resultado querido por éste. En definitiva, se exige que el agente tenga una voluntad de realización, que su propósito apunte a la obtención de un resultado típico.

1.2.2 Elemento objetivo de la tentativa.

El artículo 7º inciso 3º del Código Penal chileno precisa que “*Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento*”. No nos detendremos en los modelos doctrinarios que se explayan sobre la interpretación del precepto en comento, por cuanto escapa de nuestro objeto de estudio, tan solo nos remitiremos a señalar que el modelo

⁸ GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal parte general, Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. Tercera edición actualizada, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, p. 267.

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 1957. Tratado de Derecho Penal, VII. pp. 448-449

¹⁰ GARRIDO MONTT, Derecho... p. 269.

¹¹ POLITOFF L., Sergio. 1999. Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 150.

mayoritario en nuestro país corresponde al objetivo material, conforme al cual se *da principio de ejecución* a un crimen o simple delito cuando la realización del plan del autor representa, para un tercero imparcial, un peligro para un bien jurídico concreto; ejecutado mediante *hechos directos*, es decir, *objetivamente idóneos* para causar el resultado típico.¹² De esta manera, se excluye la punibilidad de tentativa inidónea, reconocida en otros ordenamientos jurídicos como el alemán (§22, §23.3 StGB). El “observador imparcial” debe representarse un juicio *ex ante* sobre el curso que los hechos del agente (que no llegaron a consumarse) tomarían de acuerdo a las leyes naturales, y un juicio *ex post* que abarque un discernimiento sobre la peligrosidad de la fase imperfecta del injusto que se intentó cometer.

Al señalarse que “*falten uno o más hechos para su complemento*”, basta con entender que no se han llevado a cabo todos los actos que objetivamente conducirían a la realización del tipo legal, con independencia de la representación del autor y de sus posibilidades de actuación¹³. En una postura minoritaria, se encuentra CURY¹⁴, quien postula como punible la tentativa absolutamente inidónea, fundándose en el solo disvalor que representa cualquier principio de ejecución del resultado típico.

1.2.3 Desistimiento en la Tentativa.

Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros como el español y el alemán, no reconoce una regulación expresa de la figura del desistimiento. Sin embargo, la doctrina se encuentra conteste en la plena vigencia de este instituto. Así, POLITOFF señala que “si la consumación no se verifica por causas que son dependientes de la voluntad del agente, el hecho así incompleto no es punible. Si el legislador expresamente determinó la impunidad para el autor cuando, aunque haya realizado toda la acción que debía cumplir, el hecho no se consuma por voluntad suya, con mayor razón no será punible la situación del que abandona voluntariamente la realización de la acción durante su ejecución, o sea antes que la haya terminado”¹⁵.

Es por esto que la doctrina se ha encargado de esbozar un concepto operativo de desistimiento para nuestro ordenamiento jurídico, ante el silencio de la ley en dicha materia. Así, GARRIDO MONTT caracteriza al desistimiento como “la cesación voluntaria, de parte del sujeto, de la realización de la acción que ya había iniciado; puede

¹² POLITOFF, Lecciones... p. 379

¹³ POLITOFF, Lecciones... pp. 380-381

¹⁴ CURY URZÚA, Enrique. 1977. Tentativa y delito frustrado (el proceso ejecutivo del delito). Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 64.

¹⁵ POLITOFF, Actos... p. 217

asimismo el desistimiento consistir en que el autor impida la consumación del hecho por la acción ya realizada por él (desistimiento eficaz o arrepentimiento). El desistimiento libera de pena al sujeto por lo ya hecho, salvo que la parte de acción llevada a cabo hasta el momento del desistimiento constituya por sí misma un delito autónomo”¹⁶.

No obstante, no existe uniformidad en el tratamiento que se le da a la naturaleza de este instituto, ya que podría incluso señalarse que vendría a constituir una causal de atipicidad; en tanto NOVOA lo califica como un elemento negativo del tipo, o sea un elemento que necesariamente no debe concurrir para que se pueda calificar de tentativa una actividad determinada.¹⁷ Por su parte, POLITOFF, arguye que el desistimiento constituye una *excusa legal absolutoria*, pero la asimila a una *causa personal de exclusión de la pena* (en conformidad a la terminología alemana) que opera únicamente respecto del que se desistió.¹⁸ ETCHEBERRY por su parte, califica al desistimiento como *causal de extinción* de responsabilidad penal.¹⁹

Compartimos la idea de que el desistimiento opera como una excusa legal absolutoria, ya que en la tentativa, no excluye o elimina la tipicidad y/o culpabilidad de lo que ya está obrado; es decir, los hechos –entendidos como principio de ejecución- son de suyo típicos y antijurídicos. ZAFFARONI no “ve cómo un acto posterior, podría desplazar esa tipicidad o culpabilidad que ya existía legalmente”.²⁰ Dicha opinión es compartida por POLITOFF, al señalar que es posible “que se quiera atribuir al desistimiento la función de una causal de exculpación o de exclusión de la tipicidad. [...] Influencia sobre la culpabilidad solo pueden tener hechos que ya existían al realizarse el hecho típico y el desistimiento es una conducta posterior al hecho punible (aunque éste sea “enmendable”). Una exculpación *ex tunc* no existe”²¹. Ya FEUERBACH caracterizaba al desistimiento como una excusa legal absolutoria; que tiene un efecto marginador de la pena, por tanto su fundamento formal no se encuentra en la teoría del delito, porque desde esa perspectiva no se puede explicar, sino por razones de política criminal²².

¹⁶ GARRIDO MONTT, Derecho... p. 278

¹⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. 1963. El proceso de generación del delito: tentativa y delito. Revista de Derecho y Ciencias Sociales N° 124. Imprenta Universidad de Concepción. p. 65

¹⁸ POLITOFF, Actos...p. 227

¹⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. Derecho Penal Parte general. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. p. 9

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 1982. Tratado de Derecho Penal. IV. Buenos Aires. Ediar. p. 482

²¹ POLITOFF, Actos... p. 227

²² GARRIDO MONTT, Derecho... p. 279

En principio, el agente que ya ha ejecutado una parte de la acción típica (por ende, punible), debe ser castigado. “Pero a la ley le interesa salvaguardar la incolumidad de los bienes jurídicos hasta donde sea posible. Por esto, incluso en el momento postrero echa mano de todos sus recursos para detener al delincuente. Uno de ellos consiste en ofrecer perdonarlo si renuncia a consumir”.²³ Esta constituye la teoría del “Puente de Oro” –o Puente de Plata, en la terminología española-, muy criticada por POLITOFF, al señalar que “la promesa de impunidad no influye en modo alguno sobre la resolución del autor en el momento decisivo, tanto más cuanto suele ser ignorada por la población”²⁴. Este puente de oro vendría a establecer un salvoconducto sobre la acción del agente, la cual sería trasladada desde un estadio de la tipicidad y antijuridicidad de ésta, hacia la no punibilidad o extinción de su responsabilidad.

Esta distinción doctrinaria no es baladí, puesto que de configurarse el desistimiento como una causal de atipicidad de los hechos realizados, si nos situamos en un presupuesto fáctico donde se observa la coparticipación de agentes en un delito de terrorismo, beneficiaría no solo al agente que se desiste, sino que dejaría en la impunidad a todos quienes concurrieren en la ejecución delictiva, aun cuando no se hayan desistido; en caso de acogerse el postulado sobre la naturaleza del desistimiento que estimamos acertado, solo beneficiaría al sujeto que abandona la concreción de la acción, que seguirá siendo típica y antijurídica, por ende subsistirá la responsabilidad de los copartícipes.

1.2.4 Requisitos objetivos del desistimiento en la tentativa.

El desistimiento en la tentativa de perpetrar un acto típico, objetivamente exige que el agente abandone de manera espontánea la actividad injusta cuando ésta aún se encuentra en un estadio de ejecución imperfecta dentro del *iter criminis*. De este modo, el factor objetivo del desistimiento radica en que el agente que ha dado inicio de ejecución a un delito, *no siga actuando cuando podía seguir haciéndolo*. Se exige que el autor se abstenga de llevar a cabo cualquier acto posterior conectado con la acción típica, ya que por la naturaleza del curso de los hechos, tuvo la facultad o la posibilidad material de seguir avanzando en la ejecución de éstos. GARRIDO MONTT, añade 3 requisitos copulativos para que opere dicho instituto:

- a) Abandono oportuno de la acción: hay abandono cuando el sujeto cesa subjetiva y objetivamente en su actividad, quedando otros actos que realizar por el mismo para poner término a la ejecución. [...] El principio a seguir en esta materia

²³ CURY, ob. cit. p. 111

²⁴ POLITOFF, Actos... p. 223

consiste en que la voluntaria interrupción de la ejecución del hecho debe constituir, en la realidad material, el impedimento de su consumación.

- b) Debe ser espontáneo: esta acepción se utiliza como un sinónimo –aunque más acertado- de “voluntario”. Así, se señala que no es obligatoria la concurrencia de motivos altruistas para ejercer el abandono de la acción, sino que tan solo es necesario que éste se verifique, sin detenerse en las motivaciones que, en algunos supuestos, están hechas en base a fríos cálculos para evitar una pena abultada.
- a) Debe ser definitivo: para este autor no basta la “suspensión del actuar”, sino que se requiere que ésta suspensión sea de un carácter definitivo, puesto que de nada sirve posponer la ejecución del delito para otro momento más idóneo. Esto quiere decir que el dolo de consumir el delito debe terminarse.²⁵

POLITOFF se encuentra de acuerdo con la idea anterior, al señalar que “no se discute, desde luego, que no hay verdadero desistimiento si los actos hasta entonces realizados por el hechor siguen siendo eficaces para proseguir la acción punible y el hechor solo ha postergado a un mejor instante la continuación de lo realizado hasta entonces”²⁶.

1.2.5 Requisitos subjetivos del desistimiento en la tentativa.

El requisito propio más característico de la institución del desistimiento, consiste precisamente en la preeminencia del elemento volitivo para abandonar la ejecución del hecho típico.

CURY, señala que “es, justamente, la *voluntariedad* de la interrupción lo que diferencia la tentativa punible de la desistida. Por otra parte, es la “voluntad de abandonar” la que al exteriorizarse “corta” la “voluntad de realización”, impidiendo el perfeccionamiento del dolo y, por consiguiente, la tipicidad de la conducta. [...] la voluntariedad exigida para el desistimiento implica tan solo que el agente se abstiene de proseguir ejecutando aun cuando considera posible la consumación de acuerdo con su representación”.²⁷

Relevante para efectos de determinar la espontaneidad del abandono de la acción típica, es la distinción que POLITOFF hace entre *motivación autónoma* y *motivación heterónoma*.²⁸ Cuando nos referimos a dicha distinción, *grosso modo* se entenderá que si el resultado no se ha producido por circunstancias independientes de la voluntad del hechor, su desistimiento no podrá considerarse voluntario.

²⁵ GARRIDO MONTT, Derecho... pp. 281-283

²⁶ POLITOFF, Actos... p. 229

²⁷ CURY, ob. cit. pp. 123-124

²⁸ POLITOFF, Actos... p. 234

En virtud de esto, nos adentraremos en la noción de “voluntariedad”, dado que es un concepto de relevancia sustantiva para determinar cuándo procede la excusa absolutoria dentro de los casos de desistimiento; es decir, es el requisito *sine qua non* para que la conducta se subsuma o se encuadre en el tipo de desistimiento en la tentativa.

ZAFFARONI hace mención “en que hay dos sentidos fundamentales de la palabra voluntad y, por consiguiente, de lo voluntario, sentidos que aproximadamente podríamos llamar “realista o aristotélico” e “idealista o hegeliano”. Para el primero, la voluntad puede o no ser libre; para el segundo, la voluntad implica libertad”²⁹. Con todo, esto es concordante con una interpretación de lo que dispone el artículo 43 del Código Penal argentino sobre la exigencia de un “desistimiento libre”.

1.2.5.1 Teoría psicológica.³⁰

La teoría psicológica circunscribe la voluntariedad al necesario influjo psíquico o psicológico donde ciertas condiciones, de características externas como internas, vienen a ejercer sobre el sujeto un determinado nivel de coacción en su determinación volitiva. Por tanto, si un estímulo tanto externo-interno, como físico-psíquico no es idóneo para coartar la libertad de elección del agente, significa que éste aún puede decidir libremente, por ende su desistimiento se reputa como voluntario. *A contrario sensu*, cuando dicha coacción resulta en que el sujeto se ve obligado a abandonar la actividad típica, es evidente que el desistimiento no tendría una calidad de voluntaria.

1.2.5.2. Teoría valorativa o normativa.

Dichos postulados reciben este nombre por acentuarse sobre la necesidad de valorar las causas que motivaron el abandono del proceso ejecutivo del delito. Se sugieren ciertos parámetros para fines de determinar cuándo una conducta de desistimiento es voluntaria, tal como lo sería la valoración de dicha conducta de conformidad al ordenamiento jurídico en aras de determinar la voluntariedad del abandono. Lo sustantivo de esta teoría, es que abandona la abultada subjetivación del procedimiento para determinar la voluntariedad del acto, así el desistimiento dejará de explicarse por una mera reacción psicológica ante determinadas circunstancias.

MARTÍNEZ ESCAMILLA señala que no se puede afirmar que las teorías valorativas o normativas son las únicas que le dan relevancia a los motivos de manera que estos

²⁹ ZAFFARONI, ob. cit. p. 488

³⁰ Sin perjuicio de que se encuentra en una posición intermedia, ciertas ideas al respecto pueden encontrarse en MUÑOZ CONDE, Francisco. 1972. El Desistimiento voluntario de cometer el delito. Barcelona. Editorial Bosch. pp. 95-96.

devengan en irrelevantes para las teorías psicológicas. En definitiva, para ambas teorías los motivos (empíricamente comprobables) tienen relevancia, entonces la diferencia radica en que mientras en las valorativas lo decisivo es el aspecto cualitativo de los motivos, es decir, si son ética, social o jurídicamente valiosos, para las psicológicas lo relevante es el apartamiento de la vertiente valorativa, centrándose en lo cuantitativo, o sea, en la influencia o efectos psíquicos de las razones que llevaron a desistir, de manera tal que cuando se anula la libertad de decisión del sujeto, no habrá voluntariedad.³¹

Una vez definida dicha voluntariedad que se exige para que el desistimiento sea espontáneo, nos abocamos a los criterios vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico para que opere correctamente el desistimiento en la tentativa de cometer un delito. De manera que cuando exige que sea voluntario, se refiere a que “el autor, aunque considera el resultado todavía posible, por motivos propios (autónomos) no quiere ya alcanzar el resultado que perseguía, con independencia del juicio ético que pueda hacerse sobre dichos motivos. Así, el desistimiento surte efectos aun cuando esté motivado por la sola conveniencia del autor –que se ve reconocido por la víctima del delito, por ejemplo-. Al contrario, no hay desistimiento si la posibilidad de elección del autor ha desaparecido y, aunque quisiera, no puede consumar su delito. En este caso, el motivo para no seguir actuando es una causa independiente de su voluntad (por ejemplo: huye porque es sorprendido en una redada policial al momento de iniciar una venta de sustancias prohibidas). Tampoco hay desistimiento, si el delito no se consuma por inadvertencia del autor (por ejemplo: da vuelta la taza en que servía el veneno) o porque crea erróneamente que el delito se ha consumado”.³²

Por su parte, a CURY le parece que el desistimiento es voluntario siempre que el autor se represente la posibilidad material de consumar (aunque hacerlo importe un riesgo considerable) y, sin embargo, abandona. La interrupción solo requiere que el sujeto sepa que puede hacer tal cosa y, a pesar de ello, se abstenga de proseguir adelante. Añade que la no producción del resultado o la falta de complemento de la acción solo son independientes de la voluntad del autor, cuando éste no cuenta con la posibilidad material de orientar los procesos causales hacia el fin (típico) perseguido, esto es, cuando según su representación estima que le es físicamente imposible consumar. Y para finalizar, expresa una opinión contraria en cuanto a los requisitos que autores como

³¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. 1994. El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid y Centros de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia de Madrid, pp. 5-6.

³² POLITOFF, Lecciones... p. 381-382

GARRIDO MONTT añaden en relación a la espontaneidad, al señalar que la voluntad de desistir es independiente de los motivos y, por consiguiente, no se requiere que descansa en consideraciones éticas. Tampoco es menester espontaneidad. La espontaneidad supone que la voluntad se determina sin la intervención de factores externos. Tal cosa no tiene por qué exigirse. Por esto, no obsta a la voluntariedad que el sujeto desista cediendo al ruego o insinuación de otro”.³³ En definitiva, el foco no debe estar puesto sobre la motivación directa o indirecta que haya tenido el agente para voluntariamente abandonar la acción, ya que lo que es racional para éste y lo motiva a desistir no está desprovisto de este elemento volitivo (por más calculista o perversa que sea la motivación), y esto debe bastar para que opere dicho “premio” al abandono. JIMENEZ DE ASÚA critica el “exasperado eticismo” que impera en otros ordenamientos jurídicos como el alemán –que puede encontrar su origen en la ética kantiana-, y no debiera alterar el sentido de resguardo político criminal que subyace en la institución. Finaliza refiriéndose a que el desistimiento es “siempre bienvenido”³⁴

1.2.6. Efectos del desistimiento en la tentativa.

El desistimiento, al tener como efecto jurídico ser excusa legal absolutoria, provoca que el agente, o el “delincuente” en palabras del artículo 7º, no reciba pena por los actos que constituyen la tentativa. Esto concurre en el supuesto de que el proceso ejecutivo del delito fuere perpetrado por un autor único y solitario, por tanto no procede que el agente reciba pena alguna.

No obstante, distinto es el panorama cuando el desistimiento concurre en un contexto de pluralidad de intervinientes, es decir, cuando existió una coparticipación de agentes. Esta situación es objeto de discusión doctrinaria. La premisa es que el desistimiento es una excusa absolutoria, o también caracterizada como causa personal de anulación de la pena, por tanto el efecto liberador de la pena se aplica solo sobre aquellos intervinientes que se desisten. En otros ordenamientos jurídicos como el alemán (§24 StGB), se establecen los requisitos para que el copartícipe que desiste goce del beneficio liberador de pena: “El desistimiento puede tener lugar de común acuerdo y beneficia a todos; si, en cambio, los intervinientes solo parcial o diversamente se desisten, no sería bastante que el respectivo partícipe se limite a *deshacer* su contribución al hecho común, sino que debe *impedir* o *a lo menos voluntaria y seriamente esforzarse por impedir la consumación*”³⁵.

³³ CURY, ob. cit. pp. 125-126

³⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado... p. 816

³⁵ POLITOFF, Actos... pp. 235.

El Código Penal español (art. 16.3), de inspiración abierta en el código alemán, prescribe: “*Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria firme y decididamente, la consumación*” sin perjuicio de los delitos autónomos en que incurrieren en la comisión de dichos actos.³⁶

En una opinión ligeramente divergente, se encuentra NOVOA, quien señala que “en el caso de delito perpetrado por varios sujetos, el desistimiento solamente excluirá la tentativa si proviene de todos ellos, *a menos que uno desista individualmente y al mismo tiempo impida que los demás aprovechen de la contribución que a él correspondía en el acto conjunto*, caso en cual él solo será favorecido”³⁷. En cambio, GARRIDO MONTT, recoge plenamente la postura equivalente a la del StGB, ya que no en principio no basta que el partícipe reitre su contribución, sino que debería “evitar que el hecho se consume, o por lo menos lograr la anulación de su aporte”³⁸. En opinión más crítica se encuentra CURY, en cuanto señala que “el acuerdo expreso o tácito para obrar en conjunto es un requisito de la concurrencia, pero no crea una vinculación indisoluble que subsiste por sí sola y puede suprimirse únicamente actuando para evitar la consumación. Tampoco la realización efectiva de la cooperación debe tener tal efecto sino, precisamente, el de obligar a retirarla. Si cumple con esto, el sujeto ha exteriorizado la voluntad de evitación indispensable para demostrar la interrupción de la voluntad de realización manifestada con el acto de colaborar. Exigirle más implica un gravamen infundado que puede contribuir, incluso, a dificultar el abandono. [...] No se divisa motivo alguno para imponerle, además, la obligación de obtener que otros se plieguen a su decisión; mucho menos la de constituirse en custodio de la incolumidad del bien jurídico, pues algo así no se reclama de los ciudadanos ordinarios.”³⁹ Es por este motivo que critica la posición de garante que otros ordenamientos jurídicos –menos liberales, de hecho–, vendrían a exigir de quien se encuentra en calidad de copartícipe y desea desistir de cometer la acción típica.

En definitiva, parece suficiente que en el supuesto de que el partícipe en nada aun hubiere contribuido en la ejecución del hecho, se abstenga de hacerlo, y si ya ha obrado ejecutivamente, procure anular o deshacer lo que ya ha hecho. Esto se justifica debido a que si el agente permaneciera en una posición pasiva al abandonar, “la eficacia causal de lo ya hecho seguiría operando a través del actuar de los demás y no podría hablarse, en

³⁶ POLITOFF, Actos... pp. 237-238.

³⁷ NOVOA, ob. cit. p. 68.

³⁸ GARRIDO MONTT, Lecciones... p. 282

³⁹ CURY, ob. cit. pp. 120-121

rigor, de un verdadero desistimiento. Si el coautor o el partícipe logra deshacer su contribución al hecho, de manera que ésta ya no constituya una condición del resultado común, entonces ha suprimido el resultado en lo que concierne a su persona y le es aplicable la liberación de la pena⁴⁰ Si ello ya no es posible, entonces, el desistimiento será fallido.

1.3 Delitos frustrados.

La mayoría de las legislaciones comparadas han eliminado la distinción entre delito tentado (tentativa inacabada o conato) y delito frustrado (tentativa acabada). No obstante, dicha distinción persiste en nuestro código (art. 7° inc. 2°).

Para que se configure un delito frustrado son necesarios, a priori, los mismos elementos que en el delito tentado. La diferencia, es que en los delitos frustrados el agente debe haber realizado todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito, de manera que a su autor “ya no le queda nada que hacer”⁴¹. En la tentativa, han tenido lugar solo parte de los actos ejecutivos, por tanto, este nivel de desarrollo ejecutivo del iter criminis, es más imperfecto en cuanto está menos avanzado en la consecución del resultado típico requerido, elemento que tiene significación político-criminal, ya que probablemente el legislador estimó que mientras más cercano un acto de ejecución se encuentre de consumarse, mayor es el peligro que corre el bien jurídico tutelado, por ende, mayor es el disvalor de acción.

Sabemos que el delito frustrado se configura cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el delito se consume, y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Entonces cabe hacerse la pregunta sobre qué sucede cuando la no consumación se ha debido a causas dependientes de la voluntad del hechor.

Así, en la simple tentativa para que opere el desistimiento era meramente necesaria la pasividad del agente; la excepción corresponde a los casos de coparticipación delictiva. “Como en la frustración el sujeto ha debido realizar *todo lo necesario para que el delito se consume*, “dejando lanzado un proceso causal destinado a proseguir hasta la realización del delito”, tal exigencia es incompatible con la idea misma de *desistir*, de abstenerse de *completar lo necesario para la consumación* y solo es concebible, en lo que concierne al agente que quiera impedir el resultado delictuoso, que éste oponga a ese proceso “una contención que lo detenga o un contra impulso que lo haga volver atrás”⁴².

⁴⁰ POLITOFF, Actos... p. 239

⁴¹ ETCHEBERRY, ob. cit. p. 65

⁴² NOVOA, ob. cit. p. 68

CURY añade que “si realmente desea evitar el resultado tiene que actuar, interfiriendo el curso causal que desencadenó su conducta. Esta es la única forma que le resta de exteriorizar su voluntad contraria a la realización e interrumpir el proceso de perfección del dolo. Por ello, el desistimiento del delito frustrado grava al agente más que el de la tentativa”.⁴³ Por ese motivo POLITOFF prefiere utilizar en este presupuesto expresiones como *arrepentimiento* o *abandono activo*, limitando de preferencia la expresión *desistimiento* a la voluntaria no continuación por parte del agente de los actos ejecutivos necesarios para la consumación⁴⁴.

1.3.1 Factor objetivo del desistimiento.

Para que opere el desistimiento en la frustración, es menester que sea el propio autor quien evite el resultado. En otras palabras, que la “no consumación sea el fruto exclusivo de la propia actividad del actor, sea que lo haga por sí mismo, sea que obtenga el concurso de terceros para ello. Pero si a pesar de sus esfuerzos el resultado se produce, no hay desistimiento, y a lo más operará la atenuante del art. 11 n° 7”⁴⁵. No se plantean en la frustración las dificultades que se plantean en la tentativa en caso de coparticipación de agentes: “aquel de entre ellos que se desiste está obligado a intervenir activamente para impedir la consumación. Eso también es lo que se exige al que actúa solo; por consiguiente, no constituye un gravamen especial establecido por la concurrencia, sino de un requisito impuesto por la naturaleza de la situación que se ha creado”⁴⁶.

1.3.2 Factor subjetivo.

Aquí se aplica el mismo principio que en la tentativa o conato, puesto que se exige la concurrencia de una actuación voluntaria, es decir, que el autor pudiendo elegir no evitar el resultado, aun así lo hace.

GARRIDO MONTT, señala que “el desistimiento tiene consecuencia liberadora de pena únicamente cuando cumple con dos condiciones: a) que el realizador de la acción logre que el resultado de ella no se produzca, y b) que la actividad evitadora se realice por su voluntaria iniciativa”⁴⁷, asimilándose en ese sentido a lo expuesto *supra*.

1.3.3 Efectos.

⁴³ CURY, ob. cit. p. 130

⁴⁴ POLITOFF, Actos ... p. 248

⁴⁵ POLITOFF, Lecciones... p. 384

⁴⁶ CURY, ob. cit. p. 131

⁴⁷ GARRIDO MONTT, Derecho... p.284

De no producirse el resultado por una causa *dependiente* del agente que se desistió, la ley libera de toda pena a éste, por los hechos encuadrados dentro de la frustración. Por tanto, esto se entiende sin perjuicio de que se imponga pena por otros delitos cometidos durante el acto material de arrepentimiento en un caso hipotético, tal como si el agente para deshacer lo ya obrado, tuviere que cometer un delito accesorio en atención al dolo principal.

En la coparticipación de agentes, se libera de pena a todos quienes participan en la evitación del resultado, tanto a quienes actuaron activamente, como también a quienes simplemente no se oponen o no impiden que se evite el resultado típico.

Distinto es el caso de quienes no están de acuerdo con la evitación del resultado o se oponen activamente a esta evitación, ya que no serán amparados bajo la excusa absoluta. Con todo, si quien se desiste no logra controlar el curso causal de los hechos, puesto que sus compañeros siguen ejecutando el delito, todavía le quedan las atenuantes previstas en el artículo 11 n° 7 del Código Penal.

1.4 Desistimiento impropio del delito consumado.

En concordancia a lo expuesto precedentemente, la posibilidad de que se configure el desistimiento cuando el delito se ha consumado, sería, a priori, inimaginable. Esto es lógico considerando que algo que está concluido, difícilmente puede interrumpirse. No obstante, CURY plantea que existen ciertos casos, como en los delitos de resultado cortado en los que, el tipo anticipa el momento consumativo a la efectiva obtención de un propósito ulterior en cuya existencia, sin embargo, radica el fundamento de la antijuridicidad del acto.

Es en estos casos que a juicio nuestro se haría relevante la distinción doctrinaria entre consumación del delito, y el agotamiento del mismo. Puesto que en visión de CURY, “es posible imaginar que el autor, después de realizar el acto con cuya ejecución se satisface la faz objetiva del tipo, abandone, sin embargo, el objetivo posterior de cuya preexistencia dependía, subjetivamente, la tipicidad, y cuya subsistencia al momento de consumir bastó para perfeccionarla por completo”. Pero advierte que “esas situaciones no configuran un desistimiento auténtico, pues en ellas no puede hablarse de una interrupción del dolo”⁴⁸, por tanto, en opinión de dicho autor, en este caso, a diferencia del desistimiento propio, se configurarían auténticas excusas legales absolutorias.

⁴⁸ CURY, ob. cit. pp. 136-138

Se volverá a analizar esta figura, a propósito de los institutos premiales de carácter mixto, que permiten la exclusión de la pena en delitos consumados, cuando concurren o se verifican cierto tipo de conductas posteriores a éste. (Ver *infra* cap. 3)

Capítulo II: Antecedentes legislativos del artículo 9º de la ley 18.314.

Los institutos que se analizarán tienen su origen en técnicas legislativas que se apartan de la costumbre jurídica chilena. Se trata de una verdadera importación de elementos jurídicos y prácticas cuya eficacia se analizará *infra*. Se trata del derecho penal premial, el cual “se ha constituido en un instrumento de utilización frecuente en contra de las organizaciones terroristas, como técnica de control social enmarcada en la legislación de emergencia que se aplica a las mismas. Por derecho penal premial debemos entender aquel fenómeno en virtud del cual, tras la pena que corresponde por la comisión de un ilícito, vienen aplicado un premio consistente en una despenalización. Se trata de “incentivar” al sujeto en la colaboración con la justicia para el desmantelamiento de las organizaciones terroristas, independientemente de la producción en el mismo de un determinado estado psicológico que efectivamente dé cuenta de su reinserción social”.

⁴⁹

Una definición en derecho comparado la encontramos en SÁNCHEZ GARCÍA, al caracterizar el derecho penal premial como un conjunto donde se “agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculcado. Desde una perspectiva político- criminal, son, pues, razones de pragmatismo las que fundamentan estas disposiciones que conceden beneficios penales: la evitación de futuros delitos y el descubrimiento de los ya cometidos”⁵⁰.

2.1 Ley 19.172 sobre “Arrepentimiento Eficaz” como precedente del artículo 4º de la ley 18.314.

⁴⁹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. 2001. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Santiago, Chile. Capítulo VII, apartado V. Disponible en http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2001/villegas_m/html/index-frames.html (Fecha de consulta 13-1-2017).

⁵⁰ SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. 2005. El coimputado que colabora con la Justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 07. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc> (fecha de consulta 6-1-2017). p. 2.

La ley 19.172, sobre Arrepentimiento eficaz de 1992, a diferencia de la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, fue dictada en un contexto sociopolítico de democracia. Sería de esperar, entonces, que la direccionalidad jurídica y política dada por el legislador diste de apuntar hacia la represión indiscriminada de ciertas manifestaciones delictivas que son propias de los regímenes que se encuentran en dictadura; puesto que en este contexto se reconoce como válida la lucha por la emancipación nacional, es decir, estos crímenes abandonarían su faceta primaria o primitiva, y tendrían un fin “altruista” o evolutivo⁵¹, o derechamente estarían provistos de un elemento “político” y no meramente delictual; en relación a la caracterización que GUZMÁN DALBORA realiza sobre la criminalidad atávica como violenta o material, y evolutiva a la de carácter fraudulento o intelectual.

No obstante, lo que sucedió fue exactamente lo contrario, el legislador quiso ir más allá y se propuso consolidar definitivamente el modelo adoptado en dictadura. En un plano jurídico esto se traduce en un perfeccionamiento o refinamiento de los instrumentos que promueven la eficacia en la represión de delitos ya sea de manera preventiva, o *a posteriori*, como veremos. Cuenta de esto nos otorga la opinión de VILLEGAS, en cuanto a que “de la lectura del texto legal in comento se desprende que el legislador chileno no escatimó en declarar abiertamente que el *arrepentimiento eficaz* tuvo por objeto principal la desarticulación completa de las organizaciones armadas y que poco importaba el fuero interno del sujeto, si éste efectivamente abandona la organización armada y su estrategia, por una real convicción acerca de lo erróneo de dicha vía política, o impulsado por la mera obtención de una ventaja procesal”⁵²

La ley 19.172 utiliza técnicas premiales en la represión del terrorismo, que no es novedosa en un nivel comparado, puesto que se ha utilizado dentro de legislaciones como la italiana y española; no obstante sí lo era situándonos en el contexto político-jurídico nacional. En ese sentido, “el legislador chileno, siguiendo los modelos italiano y español, le asignó a esta normativa sobre arrepentidos una vigencia temporal limitada. Si bien el artículo 4° de la ley 18.314, cuya aplicación se encuentra suspendida durante la vigencia de la ley 19.172, consagra una atenuante que participa de las características

⁵¹ GUZMÁN DALBORA, José Luis. 2015. El terrorismo como delito común. En AMBOS. Kai, et.al (ed.). Terrorismo y Derecho penal. Konrad-Adenauer Stiftung. España. p. 409.

⁵² VILLEGAS, Terrorismo ... Capítulo VII, apartado V.

premiales, en el sentido de que también se trata de premiar a aquél que tiene un comportamiento posterior a la consumación del delito”⁵³.

Dichas técnicas premiales encuentran su justificación -al igual que las excusas absolutorias o anulaciones de pena para el desistimiento en su faceta ejecutiva- no dentro de una teoría del delito propiamente tal, sino que encuentran su asidero en razones de eficacia jurídica de política criminal del Estado; esto es de suma relevancia, puesto que la finalidad de dicha ley no es castigar por el hecho a determinado sujeto, sino que éste, a pesar de haber cometido toda la fase ejecutiva, con la consiguiente consumación y agotamiento del delito, pueda revelar información valiosa que apunte a desbaratar organizaciones delictivas o a prevenir actuales o futuros ilícitos. En virtud de esto, apuntamos que lo prescrito en la presente ley tiene una doble eficacia: a) Inmediata: En relación al delito que puede estar imperfecto ejecutivamente o consumado, se pretende disociar al sujeto perteneciente a una organización, y que desista de perpetrar los propósitos antijurídicos del grupo. B) Mediata: Mediante la entrega de información valiosa, se pretende una represión del elemento estructural. De nada sirve evitar un delito concreto y particular, si la organización persiste.

Así, el artículo 1° prescribe que:

Quedará exento de las penas establecidas en el artículo 3° de la ley N° 18.314, para el delito del número 5 del artículo 2°, y de las del artículo 7° de la misma ley, el que sin haber cometido otro de los delitos sancionados en ella, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que le afecte o pueda afectarle, abandone la asociación ilícita terrorista y:

a) Entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para prevenir o impedir la perpetración o consumación de delitos terroristas e individualizar y detener a los responsables, o

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

HORVITZ apunta que “para la ley chilena no basta la mera disociación o abandono de la asociación ilícita terrorista para acceder a los beneficios que ella contempla, sino que es

⁵³ HORVITZ, María Inés. 1992. Comentarios a la Ley de Arrepentimiento Eficaz.

Revista Derecho y Humanidades. Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p. 125

necesario, además, la activa colaboración con la autoridad en orden a prevenir o impedir la perpetración de delitos terroristas y/o procurar la identificación o captura de los miembros y dirigentes de la asociación ilícita. La respuesta penal dependerá del grado y eficacia de la colaboración prestada por el terrorista (...)⁵⁴. No obstante, en conformidad a lo prescrito por el artículo 3º, de no cumplirse los presupuestos advertidos en el literal a y b del artículo 1º, por causas independientes de la voluntad del arrepentido, igualmente se otorgarán beneficios. “En su afán de obtener colaboración a toda costa, el legislador autoriza, como se ha visto, la posibilidad, inusual en otras legislaciones, de revisar *sentencias firmes*, cuestión que no se prevé para el resto de la delincuencia. La ley prevé, en su artículo 4º [que fue modificado por la ley 19.183 de 1992], la posibilidad de que se otorgue al arrepentido la libertad vigilada si aún aplicados los beneficios de la ley debiere cumplir pena de reclusión”. Asimismo, el inciso 5 del artículo 4º, señala que si el arrepentimiento -o el acto formal de acogerse a dicha ley- tuviere lugar después de dictada la sentencia de término, la colaboración y su eficacia corresponderá calificarlas al juez que incoe el proceso que se sustancia en virtud de la información, antecedentes o elementos de prueba que aporte el condenado: *Este tribunal podrá modificar la sentencia de término (...)*. Coincidiendo con HORVITZ, nos cuestionamos: ¿Por qué tendría derecho a esta medida el sujeto que ha vulnerado los bienes jurídicos más fundamentales de la colectividad y que tras un frío cálculo de costos y utilidades, decide colaborar con la autoridad, y negarle, sin embargo, esta posibilidad a quien con favorables posibilidades de resocialización y requerido de asistencia, quizás incluso arrepentido en el hecho, no tiene acceso a ello por la magnitud de la pena asignada al delito que ha cometido?⁵⁵ La respuesta la cifra en el quiebre de la relación básica entre hecho cometido - respuesta penal, ya que “en este caso, este quiebre no responde a principios políticos criminales de carácter general aplicados a la legislación penal, sino que sería la aplicación del principio de necesidad de pena o de merecimiento de pena exclusivamente a criterios de utilidad y reservado únicamente para este tipo de delincuencia”.

Los objetivos de esta ley son meramente utilitarios y transitorios. En la incipiente y débil democracia de los años 90, se buscó consolidar dicho modelo utilizando las mismas técnicas que otrora fueron útiles para la persecución o criminalización de la disidencia política. Tampoco se estimó necesario satisfacer exigencias de justicia que atendiesen a móviles éticos ni altruistas del individuo arrepentido (acepción que de por sí está provista de una cierta dimensión ético-religiosa). “La ley no presta atención a los motivos, ya sean positivos o negativos, alentados por el arrepentido; ni tampoco exige

⁵⁴ HORVITZ, ob. cit. pp. 125-126

⁵⁵ HORVITZ, ob. cit. pp. 125- 126

una presentación voluntaria ante la autoridad judicial. Se trata de evitar la comisión de futuros delitos terroristas, y sobre todo, conseguir la desarticulación de las organizaciones terroristas. La dimensión individual del sujeto pasa a un segundo plano y el objetivo fundamental es la eficacia (jurídica). Con ella se reconoce implícitamente, también, la ineficacia de los instrumentos punitivos tradicionales”⁵⁶.

En un plano procesal, también se presentan ciertas dificultades en cuanto a los beneficios que se aplican al arrepentido. Así, nos retrotraemos a un paradigma inquisitorial, en el cual se privilegia la confesión de parte por sobre los principios clásicos del proceso, tales como la contradicción. En cuanto al interrogatorio, este se convierte en el medio probatorio primordial, “donde la defensa pierde su carácter para unirse al objetivo común de formar la acusación. La colaboración del sujeto pasa a ser el núcleo central del proceso penal y el propio proceso pasa a ser una etapa más de estrategia de combate antiterrorista”⁵⁷. Estos elementos son propios de lo que llamamos derecho penal de lucha.⁵⁸ En el artículo 5° de la ley en comento se encuentran ciertos beneficios procesales atípicos, que no están taxativamente determinados, al señalarse que “*el juez deberá disponer todas la medidas necesarias para proteger a quienes soliciten los beneficios establecidos en los artículos 1° a 4°. También se menciona el uso de otro nombre, con la consiguiente adopción por parte del Registro Civil de todas las providencias necesarias para que esto se concrete tanto para el arrepentido como para su familia; también se hace referencia al secreto de todas las actuaciones que se promuevan en el proceso*”. El principal aspecto que esta ley excluye, dice relación con las sanciones civiles que se hubieren decretado en otro procedimiento anterior.

Una vez transcurrido el espacio temporal al que se circunscribe la validez de la ley 19.172, ésta quedó en desuso y se volvió a aplicar el precepto del artículo 4° de la ley 18.314, que establece una atenuación de la pena hasta en dos grados a quienes realizaren acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran

⁵⁶ HORVITZ. Ob. cit. p.124

⁵⁷ HORVITZ. Ob. cit. p.125

⁵⁸ DONINI, Massimo. 2008. Derecho penal de lucha: Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. Revista Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Coord. por Manuel Cancio Meliá, Laura Pozuelo Pérez; Gonzalo Rodríguez Mourullo. pp. 29-75.

efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos. Podemos caracterizar dicha temporalidad de la ley 19.172, como atingente a una cierta necesidad jurídica de la contingencia del momento en que fue dictada, la cual ya fue determinada *supra*.

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

2.2 Historia de la ley 20.467 que crea la figura del desistimiento voluntario.

La ley 20.467 ingresada al Parlamento con fecha 12 de septiembre de 2010, en conformidad a lo señalado en su mensaje presidencial, tiene como principio aprobar dicha iniciativa presentada, sin perjuicio de reconocer que es necesaria una nueva modificación más global o sistemático al respecto (que corresponde a una legislación completa y nacida en democracia como la que se analizará *infra* en el capítulo 5°). Con todo, el envío de la ley presupone un avance en lo que a legislaciones modernas respecta, adecuándola a los estándares internacionales que se han venido promoviendo desde los hechos acaecidos en septiembre de 2001, correspondientes a los Ataques a las Torres Gemelas en Estados Unidos.

Nos parece llamativo un argumento en la primera parte del mensaje, en cuanto consideramos que contiene una contradicción de principios al señalar que “se eliminaron las referencias a la crueldad en la ejecución del delito, por encontrarse esta circunstancia ya contemplada como agravante en el Código Penal”⁵⁹. Siendo así, ¿por qué se introduce una figura autónoma de desistimiento en la tentativa para los delitos terroristas en la misma ley, en circunstancias que ya existen figuras genéricas en la legislación penal común?

El contenido del proyecto original estaba estructurado en cuatro ejes principales, a saber:

- 1) Modificación de la conducta terrorista: se elimina el numeral segundo del artículo primero de la ley 18.314 que describe como elemento terrorista autónomo el haber sido cometido el delito para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias, subsumiéndose este presupuesto dentro la hipótesis asociada a la provocación de temor en la población o una parte de ella. También suprime la presunción que invertía la carga de la prueba en cuanto a este mismo respecto. Asimismo, dentro del catálogo de delitos susceptibles de

⁵⁹ Mensaje Presidencial. 2010. Historia de la Ley N° 20.467. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/d48211c193ab08330b30eb97ed8189b3.pdf> (Fecha de consulta: 9-1-2017). p. 8

ser catalogados como terroristas, se elimina el delito de parricidio, se precisa la clase de lesiones que puede dar lugar a un delito terrorista, se acotan las conductas relacionadas con los artefactos de gran poder destructivo, entre otros.

- 2) Modificaciones de las penas por delitos terroristas: se reemplazan los incisos primero y segundo del artículo tercero de la ley a fin de diferenciar la gravedad de la pena en las distintas hipótesis contempladas en el delito de incendio. Además se suprime el inciso segundo del artículo tercero bis, eliminando las referencias a la crueldad en la fase ejecutiva del delito, por encontrarse regladas en el código penal.
- 3) **Cooperación eficaz y desistimiento en la tentativa:** la finalidad de esta modificación tiene como propósito disminuir la afectación o peligro de los bienes jurídicos protegidos por la normativa antiterrorista, de manera que desde el prisma político criminal se actúe de manera idónea en la lucha represión de delitos de esta materia. Es en este contexto que se introduce la figura del **desistimiento del acto terrorista tentado**, que exige como presupuestos de operatividad, requisitos esenciales para eximir de responsabilidad penal: la revelación a la autoridad del plan delictual y de sus circunstancias. Esta figura se suma al precepto previsto en el artículo 4° (el cual ya existía), sobre atenuación de la pena cuando el delito –que se encuadra en la descripción típica mencionada en los artículos 1° y 2° LCT- llega a consumarse.
- 4) Perfeccionamiento de las normas sobre el derecho a defensa en los casos de testigos y peritos protegidos. Así se protege la identidad y seguridad de quienes delaten a sus compañeros o quienes entreguen información valiosa para el proceso.

Dicha ley consta de un artículo único, que introduce las modificaciones señaladas *supra*. En lo que concierne a nuestro objeto de estudio, se señala:

“Reemplázase el artículo 9°, actualmente derogado, por el siguiente: “Quedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere de la tentativa de cometer algunos de los delitos previstos en esta ley, siempre que revele a la autoridad su plan y las circunstancias del mismo. En los casos de conspiración o de tentativa en que intervengan dos o más personas como autores, inductores o cómplices, quedará exento de responsabilidad penal quien se desistiere cumpliendo con la exigencia prevista en el inciso precedente, siempre que por su conducta haya conseguido efectivamente impedir la consumación del hecho o si la autoridad ha logrado igual propósito como consecuencia de las informaciones o datos revelados por quien se ha desistido. De producirse la consumación del delito, se estará a lo dispuesto en el artículo 4°”.

Recordemos que éste último artículo solo aplica una atenuación de la pena, que opera mediante colaboración con la justicia. Además, tratándose de la conspiración y de la tentativa en que intervienen dos o más sujetos, se exige que dicha revelación haya efectivamente impedido la consumación del hecho.

Ya en la Discusión en Sala, el entonces Ministro de Justicia, señaló que “dentro de las modificaciones planteadas por el Ejecutivo, se está incorporando la figura de la cooperación eficaz, que ha demostrado ser un instrumento útil para combatir delitos de cierta significación, como también el desistimiento de la tentativa. De alguna manera

queremos premiar a esa persona que, en determinado momento, decide abandonar su actividad delictual -como ocurre con el desistimiento de la tentativa- o que, por otra vía, contribuye al esclarecimiento de los hechos, a desarticular un posible atentado o a identificar finalmente a los responsables, lo cual está asociado a la contribución eficaz⁶⁰. El presente comentario nos merece ciertas dudas que, atienden a motivaciones de orden político criminal y serán planteadas *infra* (Capítulo 5°).

Son pocas las referencias que en concreto se hacen específicamente a la figura en examen durante la tramitación del proyecto. Esto es de suyo evidente, toda vez que el artículo ingresado a tramitación es íntegramente el mismo que se publicó en el Diario Oficial una vez promulgada la ley. En nuestra opinión se evidencia la poca prolijidad, o, en su defecto, el poco compromiso del legislador por generar un proceso exegético o una genuina deliberación democrática⁶¹ de las normas que regirán nuestro país, así como del alcance de orden práctico que éstos preceptos pudieren llegar a tener.

Entre las referencias, cabe citar lo que señaló el profesor de derecho penal Juan Domingo Acosta Sánchez, quien se remitió a decir que “la incorporación del artículo 9°, que regula los efectos del desistimiento de la tentativa y del delito frustrado, dándoles, bajo ciertos presupuestos, el efecto de excluir la responsabilidad penal, es un buen instrumento de política criminal que tiende a evitar la consumación de estos delitos”⁶².

En opinión contraria y ostensiblemente crítica se manifestó Jorge Burgos, quien espera que “los jueces no apliquen el artículo 9° de este proyecto, porque es ininteligible. Entiendo que no fue propuesto por el Ejecutivo, sino por el senador Espina. Como digo, es ininteligible, porque deja el desistimiento de la tentativa en manos del partícipe que no se desiste. Obviamente, los alumnos de derecho sólo lo van a citar, más bien, para demostrar que se puede legislar mal”⁶³.

⁶⁰ BULNES, Felipe. 2010. Historia ...p. 34

⁶¹ Dicho concepto es trabajado en su totalidad en STOKES, Susan. 2001. Patologías de la deliberación. En ELSTER, Jon. La democracia deliberativa. Barcelona. Gedisa.

⁶² ACOSTA, Juan. 2010. Historia ... p. 193

⁶³ BURGOS, Jorge. Historia... p. 381

Capítulo III: Desistimiento Voluntario en la Tentativa (artículo 9° LCT).

El artículo 4° de la ley 18.314 ya analizado, que establece disminuciones de pena para aquellos sujetos que llevaren acciones que tiendan directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado y aportaren información útil para desbaratar organizaciones terroristas –que se califica como una causa de atenuación de la pena- se encuentra en directa relación con el precepto que analizaremos, y acepta de todos modos una hipotética aplicación accesoria en caso que no se cumplieren los objetivos previstos por el legislador respecto del desistimiento en la tentativa.

De esta forma, la ley 20.467 de 8 de octubre de 2010, introduce modificaciones a la ley 18.314, entre ellas el nuevo artículo 9°, que en similitud al artículo 4°, responde a lógicas propias del derecho penal premial, tal como la exención total o parcial de la responsabilidad penal, así como la promoción de las delaciones y entrega privilegiada de información.

3.1 Naturaleza Jurídica.

El artículo 9° comienza estableciendo una verdadera causa personal de exención de la pena, al señalar que:

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

En nuestra opinión se trata de una excusa legal absolutoria, sin perjuicio de que el concepto de causa personal de exención de la pena, nos parece que se circunscribe de mejor manera a este determinado y preciso fenómeno, ya que el primer término pudiere abarcar otro tipo de situaciones. Con todo, ambos conceptos no se contravienen entre sí de manera sustantiva, es más, se complementan, ya que la excusa absolutoria puede caracterizarse como “aquellas circunstancias *personales* que por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico excluyen de la imposición de pena a un delito”⁶⁴. De esta manera, a pesar de configurarse o perfeccionarse un delito acorde a la teoría, es decir, de darse una acción típica, antijurídica y culpable, se exime de responsabilidad penal al agente que lleva a cabo dicho injusto. No obstante, nos preguntamos sobre los reales alcances de dicha exención penológica, en cuanto “ello dependerá del concepto que se tenga de punibilidad, ya que si se la entiende como ‘constitutiva del último elemento esencial del concepto jurídico de delito’ cuya función

⁶⁴ VILLEGAS, Terrorismo ... Capítulo VII, apartado V.

es la de verificar la necesidad de respuesta penal tendría que concluirse que las excusas legales absolutorias son ‘causas de exclusión de la punibilidad’, a diferencia de las ‘causas de exclusión de la penalidad’⁶⁵. En esta diferencia que, en principio pareciera semántica, pero que no lo es debido a la divergencia de contenido conceptual entre *punibilidad* y *penalidad*; radica un aspecto esencial sobre la naturaleza de los efectos criminógenos de la figura *in comento*, puesto que si se adhiere a la última teoría señalada, la excusa absolutoria tendría el efecto principal de eliminar la pena, es decir se excluye la aplicación de ésta a pesar de haberse configurado una acción típica, antijurídica y culpable. En contraposición, si se adhiere al primer postulado, entendiendo la excusa absolutoria como excluyente de la punibilidad, se verá comprometida la existencia misma del delito –y por tanto de los elementos que lo constituyen en cuanto tal-. Cualquiera sea el postulado al que se adhiere (cuyo equívoco se encuentra alimentado por la indistinta utilización conceptual por parte de la doctrina), lo correcto es que sin perjuicio de la eliminación de los elementos del delito o no, el legislador establece dichas figuras por razones meramente utilitarias y de conveniencia político criminal. En definitiva, la explicación dogmático penal del instituto en comento, dependerá de las concepciones que se tengan sobre injusto y reprochabilidad; nosotros situaremos el instituto del artículo 9º fuera de la teoría del delito.⁶⁶

La figura del desistimiento en la tentativa de cometer delitos terroristas de la LCT, puede ser objeto de un desgaje de sus aspectos normativos, que da como resultado lo siguiente:

- a) Elemento propio del desistimiento: concurren los requisitos objetivos y subjetivos caracterizados *supra* en el capítulo 1º, que corresponden al abandono oportuno, espontáneo y definitivo de la acción ilícita, y al elemento volitivo o voluntariedad de abstenerse de seguir actuando, respectivamente. Dicho tipo de desistimiento, encaja perfectamente con el tipo de la legislación penal común.
- b) Elemento premial: corresponde a un fenómeno *post delictum*, independientemente de que el rango de ejecución se encuentre en un estadio previo, actual, o posterior al agotamiento del delito (el artículo 9º exige que sea antes de la consumación, de lo contrario se estará a lo prevenido en el artículo 4º), que consiste en una intervención activa del desistente mediante la cual se delate o se entregue información valiosa a la autoridad, para fines de evitar nuevos delitos o anular los que ya estén en su fase ejecutiva.

⁶⁵ VILLEGAS, Terrorismo ... Capítulo VII, apartado V.

⁶⁶ CUERDA ARNAU, María Luisa. 1995. Atenuación y remisión de la pena en los delitos terroristas. Ministerio de Justicia. España. p. 267.

La unión de ambos elementos dentro de un solo tipo, deviene en la figura de carácter mixto que se analiza en el presente capítulo.

3.2 Presupuestos fácticos de operatividad.

Prosiguiendo con el análisis del artículo 9º, queda de manifiesto el hecho de que dicho desistimiento, opera solamente en la tentativa, razón por la cual se procede a descartar de plano los supuestos que se comentaron *supra*, que corresponden al desistimiento –arrepentimiento- en los delitos frustrados o tentativas acabadas. De todos modos, en este supuesto el desistimiento sigue otorgando impunidad a los arrepentidos, de acuerdo a las reglas generales. Ahora, esta exención de responsabilidad, requiere de un requisito *sine qua non* para que opere, que corresponde a la revelación que hace el desistente a la autoridad del plan y las circunstancias del mismo. Parece contraproducente, que de este modo, el legislador introdujera exigencias o gravara de mayor manera un desistimiento de la fase ejecutiva en un estadio anterior dentro del íter *criminis* que corresponde a la tentativa inacabada en beneficio de la tentativa acabada. Sin embargo, en atención a lo observado anteriormente, esto puede perfectamente explicarse por un mero incentivo “calculista” para abandonar la acción antes de terminar los actos que perfeccionan el dolo de cometer los injustos previstos en los artículos 1º y 2º de la LCT.

Aquellas exigencias que se comentaran en el capítulo 1 sobre la posible posición de garante que se exige en aquellos actos ejecutivos inacabados cuando concurriera una coparticipación de agentes, en el sentido de no solo no seguir ejecutando la actividad individual cuando ésta ya estuviera en curso (o también anterior a este momento) sino que impedir que los demás copartícipes terminen de ejecutar el acto –o en su defecto remediar o deshacer lo ya hecho individualmente-; ahora se cristalizan positivamente incluso en un nivel de ejecución individual. Esta exigencia “extra” parece incongruente, ya que al gravarse el desistimiento en el conato con una actividad de denuncia, que es requerida netamente en atención a los supuestos materiales en los que se encuadra un injusto cuando es ejecutado por agentes previamente concertados, podría llegar a sancionarse a sujetos que legítimamente han desistido de forma voluntaria de su propósito disvalórico, por el solo hecho de no cumplir el requisito *sine qua non* de denunciar a la autoridad el plan. Dicha actividad post delictual no se exige en un momento más avanzado del iter *criminis* (y por tanto, en teoría, con un mayor *quantum* de lesividad social al bien jurídico tutelado).

Ya se señaló en el capítulo precedente, que el legislador no llevó a cabo un análisis mayormente serio del precepto en examen, el cual, se aparta de la legislación penal premial habitual, que tiene como elementos una acción facultativa del agente que se

arrepiente (al menos en términos formales es así, ya que en un plano material el agente se verá coaccionado por la seria amenaza de obtener una pena bastante abultada), de manera que la decisión de acogerse a las fórmulas premiales atienda al fuero interno del sujeto (sea éste de corte ético, o de frío cálculo procesal-penológico). Esto no sucede así en el artículo 9°, ya que se naturaliza positivamente una fórmula que otrora consistiere en un premio para actitudes que se representan conforme a derecho, de una manera negativa, ahora castigando a quien no cumpliera con el nivel de exigencia de actividades que se prescriben de manera imperativa. Es por esto que nos parece poco operativa la obligación de denuncia, a lo menos, cuando se actúa individualmente. Por otro lado, el legislador excede el campo mismo de aplicación de un desistimiento propiamente tal, como el que se exige en derecho común, y le añade elementos que se alejan de lo que describíamos como “voluntariedad de dejar de hacer algo”: ahora se necesita que el agente, no conforme con impedir el resultado o el dolo de consumir, tenga que estar en la condición de denunciar sus propios hechos o planes o los de sus compañeros (copartícipes), en aras de desbaratar una posible conexión con redes terroristas. Por tanto, esta figura del artículo 9ª, es de carácter mixto, pues no solamente exige la no verificación de un presupuesto de hecho en vista de no perfeccionar los elementos del tipo, sino que también debe concurrir una actividad post delictiva, que tan solo podría encontrar una reminiscencia o remisión en el derecho penal común chileno, en el artículo 8° del Código Penal, en cuanto al tratamiento de la proposición y conspiración:

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

No obstante, dichas figuras solo serán punibles cuando así expresamente lo señala la ley. Así ocurre en la LCT, en el artículo 7°, al señalarse que la conspiración de cometer delitos terroristas se sancionará con la pena señalada al delito rebajada en dos grados. Asimismo llega a sancionarse la mera amenaza (seria y verosímil) de cometer estos delitos, tal como si fuera tentativa de dicho delito.

Lo correcto o más feliz no es el deber de denuncia, sino el deber de impedir la consumación. Así se prescribe en otros ordenamientos jurídicos. El artículo 16.3 del Código Penal español señala: *“Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que se desistan en la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”.* Por su parte en

Alemania el StGB en el §24 II señala: “*Si en el hecho intervienen varios, no será sancionado por tentativa el que impida voluntariamente la consumación. Con todo, bastará para su impunidad su esfuerzo voluntario y serio por impedir la consumación del hecho, cuando éste no se consume sin su actuación o se cometa con independencia de su contribución anterior*”.

En cuanto a la obligación de denuncia, se puede señalar que *a priori* no existen razones sustantivas para hacer extensibles los requisitos necesarios de la tentativa misma hacia ésta, tal como la concurrencia de elementos subjetivos como voluntariedad o espontaneidad. Dicho precepto debiese satisfacerse con la circunstancia de que se preste la debida información antes de que la autoridad ya tenga pleno conocimiento de los planes y circunstancias de la tentativa desistida.

El artículo 9º no se agota en este paradigma y en su inciso segundo señala:

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

Ahora el artículo se hace cargo de la coparticipación de agentes en sus distintas calidades (autor, inductor, cómplice, se excluye encubridor); y también extiende su operatividad al incipiente rango de ejecución de conspiración. El efecto que se genera es el mismo que opera para casos de desistimiento individual, es decir, la exención de responsabilidad penal. No obstante, en atención a la calidad del delito en la cual concurre coparticipación, es que este inciso nos merece hacer dos alcances:

a) El primer punto no merece mayor detención y dice relación en la exigencia al desistido del mismo requisito que si actuare individualmente, que es la obligación de denuncia. Esto se encuentra en conformidad a lo comentado a propósito del efecto personal de exención de la pena que implica un desistimiento voluntario.

b) El segundo punto trata sobre la *eficacia* de la actividad desistida. La eficacia se convierte en el requisito *sine qua non* para que el desistido goce de los beneficios de dicho artículo. Esto se traduce en términos de que se impida eficazmente la consumación del delito, o que la autoridad haya logrado dicho propósito como consecuencia o a causa de las informaciones reveladas. Entonces, cuando concurre una coparticipación de agentes, el estándar de conducta requerida se eleva aún más, y pide como requisito que

esta denuncia sea idónea o produzca el efecto de impedir la consumación, o que debido a esto, la autoridad logre mismo efecto. En este sentido queda planteada la interrogante sobre la exigibilidad de eficacia en la revelación del plan a la autoridad en los emprendimientos individuales, puesto que la ley solo la exige a propósito de emprendimientos colectivos.

Positiva es la idea de que se legisle sobre el tratamiento de los deberes del desistido en casos de coparticipación de agentes, puesto que esto no está regulado positivamente en nuestro ordenamiento penal común. Sin embargo, esta regulación puede dar pie a equívocos en la adjudicación de la culpabilidad, ya que en cuanto a la evitabilidad de consumación de actos que dependen de un tercero, el sujeto que desiste podría responder por hechos que están al margen de los suyos, por el solo hecho de haber contribuido en la ejecución del iter criminis aunque sea en un estadio muy previo o meramente preparatorio.

En virtud de esto, nos merece especial atención la interpretación que se le dará al artículo 9° en sede judicial, atendiendo a la vulneración de derechos o principios arquetípicos del derecho penal, como es la culpabilidad, o la igualdad, ya que la exigencia de denuncia privilegia la delación de aquellos sujetos que tienen más información sobre la “célula terrorista”, que por regla general son quienes tienen un mayor poder direccional sobre sujetos subordinados. Visto de otro modo, se otorga un privilegio que puede resultar en una total impunidad del jerarca (o eventual autor mediato) de la organización, por el solo hecho de manejar más información, en desmedro de los subordinados o eventuales autores materiales de la acciones, quienes no tienen medidas premiales a las cuales acogerse, más que la prevista en el artículo 4° que solamente se remite a atenuar la pena aplicada.

Haciéndonos cargo de ciertos vacíos legales que genera el precepto *in comento*, es que nos apoyamos en las opiniones doctrinarias planteadas *supra*. Por tanto en casos de desistimiento en delitos ejecutados colectivamente es necesario hacer una distinción en cuanto al nivel de ejecución del iter criminis: a) Cuando el sujeto que se desiste aún no ha hecho su aporte a la ejecución del delito, y b) Cuando el sujeto que se desiste ya ha realizado su aporte personal. Cabe señalar que esto no importa a la consumación del delito, dado que en un emprendimiento colectivo quien cumpla con los requisitos del tipo puede ser recién el último eslabón de la cadena, quedando hipotéticamente todos los actos anteriores en calidad de preparatorios. En este paradigma, en cuanto al primer supuesto planteado, al agente tan solo le basta desistirse y denunciar a la autoridad. En el segundo supuesto, aparte de abandonar la ejecución del injusto, la doctrina añade que el autor debe anular o retirar su aporte personal, de modo que el delito no se consume, o,

que de consumarse, no pueda fundarse causalmente en el aporte hecho por el desistido. Con todo, si el delito llegare de todos modos a consumarse, el desistido puede acogerse a lo previsto en el Código Penal en el artículo 11 n°7 de manera genérica o al artículo 4° LCT.

En definitiva, aunque la LCT en su artículo 9° no lo señale, queda de manifiesto que los sujetos que ya han realizado su aporte al plan colectivo quedando obligados a denunciar el plan y sus circunstancias, también tienen la obligación de impedir la consumación quedando en una verdadera posición de garante del bien jurídico custodiado.

En cuanto a la efectividad de las acciones tendientes a impedir la consumación del delito, sale sobre la palestra la interrogante sobre qué es lo que el legislador entiende por efectivo o eficaz. Aquí planteamos dos postulados sobre la actuación del agente: a) Impedimento directo y b) Impedimento indirecto. La primera forma de impedir la consumación dice relación con la ejecución propia de actividades que tienen un efecto anulatorio sobre el aporte ya hecho. En el sentido más simple, si el agente tenía la misión de transportar la bomba hacia un concurrido edificio, basta con que una vez transportado el artefacto explosivo hacia el *target*, él mismo sea quien la devuelve hacia el sitio que se encontraba ubicada originariamente. En el segundo caso, que se impide la consumación de forma indirecta, el sujeto que transporta el artefacto explosivo, una vez colocado éste en el sitio a detonar, inmediatamente hace un llamado a la autoridad dando aviso de todo el plan y las circunstancias para que se proceda a evacuar el edificio. En este supuesto, ya habría que distinguir si de todos modos se consuma el delito (por cuestiones del azar la policía no alcanzó a concurrir al sitio del suceso antes de la consumación), caso en el cual podría aplicarse la atenuante prevista en el artículo 4° LCT; o si alcanzando a llegar la policía y procediendo a evacuar, la bomba de todos modos explota pero solo genera daños materiales.

Con todo, lo que debe remarcarse es que la no verificación del supuesto de hecho que exige el delito para perfeccionarse como tal, tiene que ser imputable directa o indirectamente a la conducta del que se desiste. Entonces corresponde a un juicio *ex post* la determinación en concreto sobre la idoneidad de la actividad destinada a impedir el perfeccionamiento del dolo, o si éste no se verificó al menos en parte debido a esta actividad post delictual. Una acción anulatoria inidónea no cumple con los requisitos exigidos. Nos parece que debe satisfacerse este criterio para otorgar la impunidad, haciendo caso omiso de los elementos volitivos o cognoscitivos que operan como móviles de la voluntad del desistido, ya que dichos juicios de carácter ético o altruista difícilmente serán atingentes o relevantes en un aspecto jurídico para este contexto.

Finalmente, el artículo 9° agrega en su parte final: “(...) De producirse la consumación del delito, se estará a lo dispuesto en el artículo 4°”. Esto ya había sido apuntado anteriormente, y producirá el efecto de atenuación de la responsabilidad penal y rebaja de hasta dos grados de la pena por parte del juez, quien aplicará dicho precepto de manera facultativa.

Capítulo IV: Regulación del Desistimiento en el Derecho Comparado.

Ya hemos señalado que nuestra figura se encuentra regulada en el artículo 9 de la LCT (18.314), que fue introducida por la ley 20.467 del año 2010, como también que se trata de un instituto que describimos con un carácter *mixto* o *compuesto*, por cuanto no solo exige el mero abandono de la actividad de la ejecución delictiva, o la sola no-concurrencia de los presupuestos fácticos que el tipo penal prescribe para que se perfeccione el dolo; sino que también incorpora la exigencia de una actitud positiva que se encuadra dentro de las lógicas premiales, que son más bien propias de ordenamientos jurídicos dotados de una tradición valórica divergente a la nuestra.

Así, se verá que la premiación a la delación sobre elementos delictivos (dentro de lo que podríamos comprender futuras acciones o delitos que pudieren llegar a cometerse, organizaciones armadas o identificación de los principales cuadros), la idoneidad de la información entregada para que sea la misma autoridad quien lleve a término el desbaratamiento de las redes que disputan el monopolio de la violencia al Estado, como también las principales críticas doctrinarias y prácticas que se suscitan a este respecto, tienen su asiento dentro de la doctrina y dogmática comparada, y datan de tiempos anteriores siquiera a la dictación de nuestra ley 18.314. Podríamos agregar como elemento que dentro del conjunto de valores morales chileno existe una degradación o denigración de la calidad que un sujeto reviste dentro de éste, cuando ocurre una situación de traición o de delación de información a la autoridad, sobre aquellos aspectos que se consideran reservados a una relación de confianza. En virtud de esto, puede criticarse la mala práctica que promueve el Estado, en cuanto a instar la denostación moral propia de un sujeto inmiscuido de los valores característicos de nuestra idiosincrasia.

Otro elemento de relevancia sustantiva dice relación con el momento en que se genera el abandono de la actividad ejecutiva. En nuestro capítulo 1, se señaló que el desistimiento de la actividad delictiva está relegado primordialmente a un estadio de la ejecución más bien incipiente, de manera que procede principalmente en los casos de conato. Por otra parte, doctrinariamente es más acertado caracterizar como “abandono” de la actividad ejecutiva cuando el sujeto se desiste en un estadio frustrado dentro del rango del *iter criminis*. En ese sentido, el desistimiento en un nivel consumado por regla general no procede, puesto que difícilmente puede desistirse de una actividad delictiva que ya se encuentra perfecta. La excepción corresponde a ciertos delitos de resultado cortado que se señalaron *supra*.

La relevancia del carácter compuesto de nuestra figura, es que precisamente cobra preponderancia el juicio *ex post*, sobre la punibilidad que debiera operar en caso de no existir dicha figura, que configura, a juicio nuestro, una causa de eliminación de la pena *ex tunc*. El elemento activo que exige nuestra figura del artículo 9° en cuanto a la actitud positiva de revelar la información a la autoridad sobre el plan y las circunstancias del mismo, se desmarca del mero abandono o desistimiento. Esta actitud positiva, puede suscitarse perfectamente en un estadio consumado, cuyo caso será tratado como una causa de atenuación de la pena, debido a que se remite a la aplicación del artículo 4° y se atenuará la pena en uno o dos grados, elección que es facultativa del órgano adjudicador.

Dicho artículo introducido por el legislador el año 2010, puede remitir sus antecedentes o encontrar sus vestigios –si es que no, derechamente similitudes directas- en otros ordenamientos jurídicos que incluso ya probaron su fracaso o al menos, los efectos perniciosos que pudieren suscitarse a través de la aplicación de éste.

En el presente capítulo se estudiará la experiencia comparada, con el fin de estudiar la regulación del desistimiento en otros ordenamientos jurídicos. Para esto, dividiremos el examen en dos: la primera parte, analizará la regulación que se ha generado en ciertos países europeos, ya que en dichos países han sido probadas las técnicas premiales con mayor antelación que en nuestro ordenamiento jurídico. La segunda parte, tratará la regulación específica que se la ha otorgado al desistimiento en España; esto, porque dicha legislación es de abierta inspiración para el legislador chileno.

4.1 Tratamiento comparado en los ordenamientos europeos.

De esta manera, en el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch, StGB) en su §24 regula de manera genérica el desistimiento:

§ 24. Desistimiento

(1) No será castigado por tentativa, quien renuncia voluntariamente a la realización del hecho o evita su consumación. Si el hecho no se consuma sin intervención del desistente, entonces será impune si él se esfuerza voluntaria y seriamente para evitar la consumación.

(2) Si son varios los partícipes en el hecho entonces no se castigara por tentativa a quien evitó voluntariamente la consumación. Sin embargo, basta para su no punibilidad su esfuerzo voluntario y serio, para evitar la consumación del hecho, cuando no se consume sin su intervención o se haya cometido independientemente de su anterior aporte al hecho.

Lo primero que se debe señalar, es que la regulación genérica del desistimiento del StGB exige como requisito básico que el delito aún no se encuentre consumado. También, se recoge lo señalado en cuanto al carácter personal de la anulación de la pena, ya que se exige evitar la consumación en casos de coparticipación mediante un esfuerzo voluntario y serio. Finalmente, cabe agregar que el artículo en comento no exige que el esfuerzo se vea seguido por el éxito. Esto se verifica de manera patente hasta el punto de que “pone el legislador el acento en el esfuerzo serio y voluntario del sujeto, y no tanto en el resultado de aquel que, incluso en determinados casos en los que el éxito se produjera, debería excluirse la aplicación de los beneficios; así cuando dicho éxito fuera ajeno al esfuerzo del sujeto, o bien cuando hubiere de negarse la seriedad de dicho esfuerzo: así ocurriría cuando para la evitación del resultado el sujeto no hubiere llevado a cabo todo lo que, según su representación, era necesario y, pese a ello, su conducta resultare exitosa (...)”⁶⁷

En segundo lugar, en el §129 se sanciona la fundación, participación y colaboración con una asociación terrorista. En este caso, el órgano adjudicador puede llegar a rebajar la pena según su criterio, o incluso prescindir de ésta en ciertos casos que el autor (§129 n°6):

1) Se esfuerce voluntaria y sinceramente en impedir la continuación de la asociación o la comisión de alguno de los delitos que constituyen su objeto o

2) Revele voluntaria y puntualmente delitos cuya planificación conozca y que aún puedan ser evitados.

En su numeral 5°, el juez también puede prescindir de la pena para el partícipe cuando éste presente una culpabilidad menor y su participación no sea de carácter sustantivo en la perpetración del ilícito. Con todo, cuando el autor alcance su fin de impedir la consumación de la pena (arrepentimiento eficaz), o éste se alcance por motivos ajenos al esfuerzo decidido, no será finalmente castigado. Mismo efecto se proyecta para los supuestos del §129 a) n°1 (en relación a la fundación de organizaciones destinadas a la comisión de ciertos ilícitos como asesinatos), n°6 y n°7.

CUERDA ARNAU opina que el legislador alemán lo que hizo fue desarrollar la concepción del desistimiento, creando para ello un precepto específico que, entre otras cosas, se retiraba de las reglas generales del §24 en el hecho de darle entrada pese a la consumación del delito de formación de asociación terrorista. En efecto, solo para el caso de tentativa de fundación, prevista en el apartado 3, era posible aplicar el §24

⁶⁷ CUERDA ARNAU, ob. cit. p. 239

StGB⁶⁸. Esto, ya nos otorga un posible precedente en el cual el legislador chileno pudo haberse inspirado al redactar nuestro artículo 9° LCT, en especial en cuanto a la remisión que se hace hacia el artículo 4° LCT.

Otro elemento que el legislador alemán introduce, con una relativa eficacia en cuanto a sus efectos materiales, y en derecha similitud con leyes promulgadas por el legislador chileno (por ejemplo Ley 19.172 sobre Arrepentimiento eficaz), es el carácter temporal o transitorio de ciertas leyes, como por ejemplo en *Gesetz zu Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten (KronzG)* de 9 de junio de 1989, cuya vigencia fue prorrogada en 1993, o bien *Verbrechensbekämpfungsgesetz* de 28 de octubre de 1994, que permitían facultativamente al tribunal rebajar la pena, y que una vez agotado su período de aplicación quedaron derogadas por el solo ministerio de la ley.

En el ordenamiento jurídico italiano, en cuyo seno creció la doctrina del “*pentitismo*”, o derecho del arrepentido, podemos mencionar el Decreto ley N° 625 de 1979 de Medidas urgentes para la tutela del orden democrático y la seguridad pública, en cuyos artículos 4° y 5° se encuentran causas de exclusión de la punibilidad para casos de arrepentimiento activo eficaz, que tienen una eficacia *post delictum*, es decir, operan retroactivamente para los delitos que ya se han perpetrado. PAGLIARO señalaba que se trataban de causas de resolución del delito⁶⁹. Así, se fueron dictando sucesivamente leyes que apuntaban hacia la promoción del arrepentimiento y la colaboración con la justicia, en la ley n° 15 de 1980, la n° 304 de 1982, y la ley n° 34 de 1987. En relación a las organizaciones de tipo mafioso, es que se dicta la ley n° 5 de 1991 (de *Nuevas normas en materia de secuestro de personas con fines de extorsión y para la protección de los testimonios de justicia, así como para la protección y el tratamiento sancionatorio de los que colaboran con la justicia*), entre otras. El foco del legislador italiano, está centrado sobre las organizaciones criminales, ya que en este radio actúan las asociaciones terroristas y mafiosas. Por tanto, pondrá énfasis en el concepto de *dissociazione*, en aras de destruir el tejido social y material que otorga el sustento a las células a perseguir. Dicho concepto se encuentra estrechamente ligado al abandono o a nuestro desistimiento, pero plantea ciertas discusiones en torno al ámbito de aplicación, ya que menester es distinguir si aplica para aquellos casos de abandono de la organización criminal o delictiva, o si más bien corresponde aplicar dicho término al abandono de actividades delictivas. Misma interrogante en torno al carácter personal o plural de la aplicación de la exclusión de la pena se suscita al respecto.

⁶⁸ CUERDA ARNAU, ob. cit. p. 238

⁶⁹ PAGLIARO, Antonio. 1987. Principi di diritto penale. Parte generale, 3° edición. Milano, p. 543- 544. Citado por CUERDA ARNAU, ob. cit.

CUERDA ARNAU intenta ofrecer una solución al mencionar que dichas expresiones “deben entenderse como manifestación de la exigencia de que el sujeto haya abandonado las actividades delictivas del género que nos ocupa, con independencia de que las realice vinculado en calidad de miembro o de mero colaborador de las bandas (...)”⁷⁰. Como elemento adicional, cabe señalar que la disociación que se refiere el legislador italiano, contiene como requisitos el abandono total y definitivo de toda clase de vínculo que pudiere ligar al agente con la organización terrorista, de manera que no bastaría la mera interrupción de las actividades delictivas, ni el apartamiento temporal de la organización, ni el desistimiento de una o más actividades terroristas; sino que la disociación debe ser definitiva y de carácter sustantivo.

Dicha ley de 1987, perfeccionó el concepto de disociación, y, además, determinó ciertos elementos como la forma en que debe exteriorizarse el abandono para que dicha conducta fuere acreedora de efectos de relevancia jurídica. Este elemento no había sido tratado anteriormente, por cuanto se comprendía que la colaboración del agente con las autoridades era un “signo inequívoco de que el abandono se había producido, pues la permanencia en la organización parecía lógicamente incompatible con la realización de aquel tipo de conductas, que, además, en su práctica totalidad suponían la inculpación de terceros”⁷¹. Más aun, la ley de 1987 excluía la colaboración, por tanto el abandono debe exteriorizarse través de ciertos “síntomas”, entre los cuales mencionaremos “la necesidad de que el sujeto hiciera público repudio de la violencia como método de lucha política”⁷², un aspecto que a juicio nuestro va encaminado más bien hacia un derecho penal de autor, o hacia la función comunicativa de la prevención general del derecho penal.

También se contemplan leyes más cercanas temporalmente, como aquella sobre la *Modificación de la disciplina de protección y tratamiento sancionatorio de aquellos que colaboran con la justicia, así como disposiciones a favor de las personas que prestan testimonio*. El sujeto que colabora, puede ser beneficiado desde la atenuación de su pena, hasta revocaciones de medidas cautelares. En cuanto a la ejecución de la pena misma, también se otorgan ciertos beneficios penitenciarios.

De manera muy similar, en el derecho francés también se contempla dentro de su Código Penal una excusa absolutoria para los casos de desistimiento y colaboración activa, dentro del delito de pertenencia a una asociación delictiva previsto en sus artículos 450 n° 1 y n°2. Para este caso se exige, que en un momento anterior al inicio de la persecución penal, el autor revele la existencia y conformación del grupo a las autoridades, en aras de identificar a los demás copartícipes. Dichos beneficios también se hacen extensibles para la comisión de delitos terroristas previstos en el artículo 422.1 del Código Penal francés.

4.2 Tratamiento comparado en el ordenamiento español.

⁷⁰ CUERDA ARNAU, ob. cit. p. 404

⁷¹ CUERDA ARNAU, ob. cit. p. 406

⁷² CUERDA ARNAU, ob. cit. p. 407

La legislación comparada española regula los crímenes de carácter terrorista en su Código Penal a partir del Capítulo VII “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”. A partir de su sección 2ª “De los delitos de terrorismo”, en el artículo 579 se prevén rebajas de pena para quienes inciten, provoquen o conspiren para la comisión de esta categoría de delitos, más precisamente en su numeral nº 3:

3. Los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo se castigarán también con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este Capítulo.

Asimismo existen normas en la parte general del Código que vienen a operar a modo de atenuantes genéricas, contempladas en el artículo 21 nº 4: *La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*, que configura una atenuante por arrepentimiento. En el 21 nº 5 “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”, que suena familiar a las fórmulas utilizadas en Chile. Por su parte, también cabe mencionarse el artículo 21.6, el 16.2 y el 3 del respectivo cuerpo legislativo. También se contemplan atenuantes en el artículo 376 a propósito del delito de tráfico de drogas.

En cuanto a su naturaleza jurídica, dichos institutos operan como semiexcusa absolutoria, o como causa personal de atenuación de la pena, por cuanto solo nos permite rebajar la pena en uno o dos grados, de manera facultativa por el juez, mas no eliminarla o excluirla –remisión total de la pena– como lo hacía el antiguo artículo 57 bis b), que en la actualidad se encuentra derogado.

Como se ha mencionado, los fundamentos de dichos institutos no residen dentro de la teoría del delito, ya que se tratan de comportamientos post delictivos, y difícilmente pudieren encuadrarse dentro de sede de injusto o de culpabilidad.

Los fundamentos que avalan dicho instituto tienen relación más bien con elementos de política criminal de promoción de las figuras premiales; así se producirá como efecto que: a) No se cometerán más delitos de ésta índole porque se detiene el avance ejecutivo de éstos, o por que mediante la disociación de los elementos terroristas se dificulta la ejecución misma de los delitos, o al menos se debilita la organización y así su nivel de peligrosidad disminuye. B) el agente coadyuvará al esclarecimiento de los hechos a la administración de justicia. C) se apoyará la reinserción del delincuente terrorista en base a la atenuación de su pena, en cuanto a los fines preventivos especiales.

Los requisitos exigidos al agente para que opere la atenuación son: 1) que éste haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, 2) colaboración activa con las autoridades, con el fin de bien evitar la consumación del delito (por tanto en éste caso sí se configura un desistimiento o arrepentimiento propiamente tal), o para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con los que haya colaborador.

En España, al igual que en Chile, dichos preceptos han tenido una escasa aplicación, pudiendo encontrarnos con una mayor aplicación en sede judicial en delitos de tráfico de drogas.

El sistema español prevé medidas de protección similares a las de nuestro ordenamiento jurídico, en miras a salvaguardar efectivamente la integridad de quien se desiste de delitos de terrorismo, y delata a sus compañeros, o los planes de la organización. Asimismo, se protege la vida y la identidad no solo del desistente, sino que la de su entorno cercano, principalmente su familia, pudiendo incluso ser reubicados de ciudad, así como aquellas medidas más típicas como rodas policiales, entre otras.

La exacerbada promoción de la delación y de la auto incriminación nos merece, al igual que al Tribunal europeo de derechos humanos, algunos comentarios. Así, lo primero es el cuestionamiento sobre la veracidad misma de la declaración que lleva a cabo el desistente, y su relación con la verdad material de los hechos. En la sentencia n° 120, del año 2000 (caso Labita contra Italia)⁷³, si bien el Tribunal reconoce el aporte que, en la lucha contra el terrorismo y la mafia supone la utilización de las categorías premiales, las declaraciones pueden ser objeto de manipulaciones, utilizadas con el mero fin de obtener los beneficios estipulados en la ley. En virtud de esto, se duda de la total idoneidad o veracidad de las declaraciones, y se señala que no bastan para producir plena prueba, debiendo contrastarse mediante otros elementos de prueba, como también los testimonios directos deben ser probados por hechos directos.

Finalmente, el ordenamiento español prevé no solo medidas durante el proceso, sino que también durante la ejecución de la pena misma. Dichas medidas son principalmente dos:

a) Clasificación o progresión al tercer grado penitenciario: el artículo 72.6 de la Ley penitenciaria exige los siguientes requisitos para los condenados:

- que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas.
- Que hayan colaborado activamente con las autoridades, para:

1. Impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista.

2. Atenuar los efectos de su delito.

3. La identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas.

4. Obtener pruebas.

5. Impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Dichas medidas nos parecen más bien de orden práctico, ya que pudiese tornarse necesario resguardar la integridad de quien delata, y aun así es condenado a pena efectiva de cárcel.

b) Libertad condicional: dicho beneficio se otorgará a aquellos sujetos que, en conformidad a lo prescrito en el artículo 90 CP español, tuvieren un pronóstico de reinserción social, exigiéndose similares requisitos que en la medida anterior.

⁷³ Tribunal europeo de Derechos Humanos. 2000. Labita contra Italia. Disponible en <http://portales.te.gob.mx/internacional/sites/portales.te.gob.mx.internacional/files/CASE%20OF%20LABITA.pdf> (fecha de consulta 9-1-2017).

Capítulo V: El Desistimiento Voluntario y su posible vinculación con agentes encubiertos y reveladores.

Lo que principalmente se ha hecho hasta ahora es generar un análisis más bien dogmático-penal sobre la figura contenida en el artículo 9° de la LCT, que sienta las bases para la operatividad de los principios premiales en el derecho penal chileno y también en un plano comparado; así también se ha analizado las figuras de desistimiento en las distintas fases del *iter* criminal, entendidas en un aspecto genérico del derecho penal común, ya que éstas atañen a la generalidad de los delitos (siempre cuando éstos no constituyan un delito que de por sí ya está previsto como un adelantamiento de las barreras punitivas, tal como la confección de ganzúas prevista en el CP chileno, caso en el cual, según nuestra opinión, no procede considerar una fase ejecutiva inacabada, dado que materialmente, éste delito ya correspondía a actos preparatorios de otro delito como puede ser el robo en lugar habitado con escalamiento). Por tanto nos preguntamos ¿qué es aquello que, de manera sustantiva o adjetiva, diferencia al desistimiento en los delitos “comunes” de aquellos que se practican en delitos de terrorismo? Las diferencias pueden ser más bien evidentes, considerando el rango de elementos fácticos sobre el cual se circunscribe la descripción típica de la conducta disvalórica, como también las exigencias que se instituyen como requisitos *sine qua non* para que opere la excusa absoluta, tal como lo es la delación sobre diversos elementos característicos de la célula terrorista a la autoridad; que le otorgan al desistimiento un carácter más bien compuesto en delitos de terrorismo; y en su generalidad, aquellos de carácter simple o meramente negativo⁷⁴ corresponden a las figuras de desistimiento en el derecho penal común.

Por tanto, la interrogante que corresponde plantearse debe escudriñar un poco más sobre las razones o la motivación que tuvo el legislador chileno para separar el tratamiento de –por una parte- la mayoría de los delitos previstos en el sistema chileno, de aquellos que versan sobre ilícitos terroristas previstos en los artículos 1° y 2° de la LCT.

5.1 Derecho Penal del Enemigo y Ley 18.314.

La interrogante aludida puede ser respondida al menos de manera parcial, pero para eso se debe entender la finalidad que ésta persigue y el contexto político y jurídico en que fue dictada.

⁷⁴ Esto, por cuanto se premia a quien deja de ejecutar actos que producen una no-verificación de presupuestos de hecho descritos en el tipo para que se configure responsabilidad. Por tanto se premia a quien se encuentra en una situación dada, y *no* hace una conducta determinada.

A fines del siglo XX se abandonaron algunas tesis o garantías del modelo penal liberal clásico, para concentrarse en aquellas “legislaciones de emergencia”, que atienden situaciones o delitos que atacan bienes jurídicos que son relevantes para la clase dominante y, que se han visto vulnerados de manera sistemática por ciertos sectores de la sociedad.

Las legislaciones de emergencia se sitúan dentro de esta corriente que niega la mera dualidad de velocidades del derecho penal, y conforme a esto introduce una tercera velocidad que flexibiliza ciertos principios y suspende garantías constitucionales, procesales para los delitos que atacan bienes jurídicos de mayor relevancia para el legislador, tales como el narcotráfico y el terrorismo. Esta corriente de legislación –que se sitúa en un estadio comparado y luego el legislador chileno la importa-, corresponde al “derecho penal del enemigo”. Éste “nace en el contexto de una sociedad globalizada, para hacer frente, desde una perspectiva estructural funcionalista, a los riesgos que no han podido ser enfrentados con las herramientas del viejo derecho penal liberal.”⁷⁵

En el capítulo 1 se habló sobre el expansionismo del derecho penal en atención a la expansión misma del riesgo en la sociedad post industrial. Este expansionismo se alimenta del “viejo punitivismo” y se complementa con el “derecho penal simbólico”. “Este último resulta sumamente importante en la reproducción de la subjetividad del sistema y se caracteriza por los efectos que tiene en la ciudadanía el derecho penal. Se trata de dar la impresión de legislador atento, decidido, eficaz frente al combate de la delincuencia”⁷⁶

En ese contexto, es que fue dictada la Ley 18.314, cuyo principal fin fue la represión de aquellos delitos que atentaren contra la seguridad de aquellos grupos de personas que tuvieren el temor justificado de ser víctimas de los ilícitos descritos en sus artículos 1º y 2º. Esto es sin perjuicio que a partir del siglo XXI la legislación contra el terrorismo haya acogido más deliberadamente dichos principios.

Sin embargo, pese a que existen en nuestro derecho penal común institutos dirigidos a regular el desistimiento o el abandono de la actividad delictiva, el legislador, de manera más bien tardía (en arreglo a la legislación comparada analizada *supra*) quiso añadir una

⁷⁵ VILLEGAS DÍAZ, Myrna: “El Mapuche como enemigo en el Derecho (Penal). Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo”. Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. <http://www.cienciaspenales.net> (fecha de consulta 9-1-2017). Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla La Mancha. p. 4.

⁷⁶ VILLEGAS, El Mapuche p. 5

figura privativa de aquellos delitos descritos en los artículos comentados, la cual exime o atenúa la pena, en aquellos delitos que tienen una penalidad más alta, en desmedro de los delitos que tienen menor penalidad, que atacan bienes jurídicos menos valiosos, o de manera menos gravosa, y que en definitiva tienen una mayor expectativa de resocialización luego de cometido el delito. ¿Por qué se ofrece este tipo de beneficios para delincuentes terroristas –cuyas conductas están dotadas de un mayor disvalor de injusto- y no hay consideración alguna para delincuentes comunes? ¿No se viola el principio de igualdad ante la ley con la aplicación de éstas figuras?

Compartimos la idea de VILLEGAS, cuando señala que “una de las cosas que llama la atención en el arrepentimiento eficaz es el beneficio que supone en la rebaja de la pena. La disminución, sensiblemente notoria, especialmente en cierta clase de delitos, conduce a plantearnos una interrogante en relación a quienes se encuentra dirigida la atenuación. ¿Realmente lo es hacia el terrorista arrepentido? ¿No será que con esta figura se pretende dar una cobertura legal hacia quienes realizan labores de inteligencia al interior de las organizaciones armadas?⁷⁷

Dicha interrogante es perfectamente aplicable para el artículo 9° LCT; es más, estimamos que una de las razones prácticas de la figura del desistimiento en la tentativa es facilitar la operatividad de agentes infiltrados. Con todo, la idea de los párrafos siguientes no es generar una demostración empírica de la verosimilitud de la interrogante planteada, dado que para verificarla *in toto*, sería menester modificar nuestro estudio a uno de campo. Por ende, nos basaremos en tres elementos que a juicio nuestro constituyen una prueba indiciaria de que el instituto del artículo 9° se vincula con la operatividad de agentes infiltrados y sus categorías subyacentes.

5.2 Agentes infiltrados, encubiertos, provocadores y reveladores.

Comencemos señalando que nuestra ley 18.314 en ningún momento se hace cargo de una realidad que existió y sigue existiendo en Chile: la presencia de agentes infiltrados como elemento de inteligencia⁷⁸. En efecto, nuestra ley no los reconoce formalmente por tanto, en principio, su utilización debiera estar proscrita.

Podemos caracterizar al **agente infiltrado** como “aquellos funcionarios policiales que actúan en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, y que desempeñan tareas

⁷⁷ VILLEGAS. Terrorismo... Capítulo VII, apartado V. 2.3.

⁷⁸ Para más detalles al respecto, consultar entrevista a Humberto López Candía (cuya pena fue atenuada en virtud del artículo 4° LCT) titulado: Los Subterráneos de la Transición. En <https://cearmaipu.files.wordpress.com/2010/12/los-subterrc3a1neos-de-la-transicic3b3n1.pdf>. (Fecha de consulta 9-1-2017).

de represión y prevención del crimen mediante la infiltración en organizaciones criminales a fin de descubrir a las personas que las dirigen, recabando pruebas y prestando testimonio de cargo ante la justicia”⁷⁹. POLITOFF cree que es “el individuo que, fingiendo estar de acuerdo con otras personas, las mueve a cometer acciones delictivas con la intención de evitar su consumación una vez comenzada su ejecución y poner a los hechores a disposición de la justicia penal, al tener pruebas en sus manos para hacerlos castigar”⁸⁰.

La definición otorgada por MUÑOZ, permite la caracterización del agente infiltrado como un elemento en las antípodas de lo que sería un **agente provocador**, en atención a que éste último, más que prevenir la comisión de un hecho ilícito, invita abiertamente a la comisión de éste, e incluso puede participar en los actos ejecutivos del delito. Entendiendo que dicho agente pudiera ser de una entidad estatal como también perfectamente un delincuente común que se acoge a los beneficios futuros que las policías le ofrecen, que actúa remunerada o gratuitamente; la figura del artículo 9º perfectamente podría ser aplicada en aquellos casos que, el agente provocador lleva a cabo actos preparatorios o ejecutivos en las distintas fases del *iter* (que se analizaron *supra*, ver Cap. 1 y Cap. 3), y finalmente, decide desistir premeditadamente en la tentativa de incendiar un fundo latifundista, dando aviso a la autoridad de éste hecho, para que las policías apresen a sus supuesto compañeros de célula terrorista. A éste agente, perfectamente puede aplicársele la excusa absolutoria prevista en el artículo 9º, y en caso de que el plan delictivo terrorista se consume, se le podrá aplicar atenuación de la pena hasta en dos grados. También pueden aplicarse prudencialmente beneficios en la ejecución de la pena. Si éste agente es de calidad estatal o trabaja formalmente para algún órgano (como lo pudo ser la Dirección de Seguridad Nacional, más conocida como “la Oficina” en la década de los 90), es probable que sea premiado por su destacada participación en la prevención de delitos y desbaratamiento de redes, lo cual genera un incentivo perverso en torno a la utilización de dichas medidas que consideramos, en todo caso, de *extrema ratio*, e irreconciliables con un Estado de Derecho. Consideramos que el instituto del artículo 9º es un mecanismo idóneo para asegurar la operatividad de agentes provocadores, considerando que en un aspecto

⁷⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. 1995. El agente provocador. Valencia. Tirant Lo Blanch. p. 41. Citado por RIQUELME, Eduardo. Ob. cit. p. 8

⁸⁰ POLITOFF, Sergio. 1998. El agente encubierto y el informante ‘infiltrado’ en el marco de la ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre, Coords., “Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes”, Santiago de Chile, Lexis Nexis. p. 54.

formal, la existencia y utilización de éstos no se encuentra reconocida en la LCT para delitos de terrorismo.

GARCÍA MANZOR en la misma línea señala que “El cuestionamiento radica, *grosso modo*, en el tránsito efectuado desde la detección de delitos y detención consecuente de los hechos por agentes del Estado, a la participación –más o menos activa- de éstos en la realización de las conductas típicas. En otras palabras, se previene la conversión del agente revelador (y del agente encubierto) en un agente provocador del hecho típico. (...). Es tan evidente la existencia de este riesgo de participación criminal de agentes del Estado, que **el mismo legislador ha debido prever cláusulas de exención de responsabilidad penal para los agentes participantes**”⁸¹. Esta última idea se encuentra en total concordancia con lo que hemos postulado en atención a la función material del desistimiento voluntario.

VILLEGAS caracteriza al **agente encubierto** como “cualquier persona cuyo propósito es adquirir evidencia contra uno o varios sospechosos que se encuentran cometiendo algún ilícito, englobando a los agentes secretos que integran servicios de inteligencia o fuerzas de seguridad, que realizan alguna investigación bajo una identidad encubierta. En esta labor pueden asumir dos tipos de roles: a) “*Entrapment*”, que es el delito provocado por la autoridad, y b) “*agent provocateur*” que no es sino un instigador de un delito, pero cuya finalidad es que tal ilícito se descubra”⁸². En cuanto a las funciones, los agentes encubiertos “pueden desarrollar múltiples conductas delictivas en su labor de inteligencia, desde infiltrarse en una organización armada para conocer sus detalles, intentar la rearticulación de alguna a objeto de detener a ex militantes, hasta comportarse como incitadores en una manifestación callejera, cometiendo atentados múltiples e instigando al resto de los manifestantes”. El Estado puede utilizar dichos elementos con diversos fines, pero en lo que respecta a delitos de terrorismo, los agentes eventualmente podrían cometer: “asociación ilícita, delitos de daños material (sic), con o sin peligro para las personas, y actos de colaboración con organizaciones terroristas”⁸³.

5.3 Tres elementos indiciarios del uso de agentes infiltrados.

⁸¹ GARCÍA MANZOR, Francisco. 2014. Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema. En: Revista 93, N° 10: “Ley 20.000 y Debate sobre Drogas”. Defensoría Penal Pública. Santiago de Chile. p. 28. (negrita nuestra)

⁸² VILLEGAS. Terrorismo... Capítulo VII, apartado V. 2.3.

⁸³ VILLEGAS. Terrorismo... Capítulo VII, apartado V. 2.3.

Si bien no existe un examen concluyente que pueda “bastar para afirmar de manera tajante que la figura del ‘terrorista arrepentido’ ha sido diseñada para proteger a los ‘agentes encubiertos’ (...), sí puede afirmarse que, en esta “lucha contra el terrorismo a toda costa”, la figura del terrorista arrepentido se convierte en un factor criminógeno favorable a la utilización, por parte del Estado, de procedimientos y métodos que se apartan de los principios que impone el Estado de Derecho”⁸⁴.

En virtud de esto, se mencionarán tres elementos que permiten dilucidar que dicha práctica estatal puede verificarse en un plano empírico y no corresponde solo al mundo de las ideas o meras especulaciones sin base material. Estos corresponden al análisis de:

- a) La admisión formal de agentes infiltrados en delitos de la Ley 20.000 que sustituyó la Ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;
- b) La admisión formal de agentes infiltrados en la Ley 19.974 sobre el sistema de inteligencia del Estado que crea la agencia nacional de inteligencia (ANI); y c) El análisis de dos boletines con proyectos de ley, que proponen modificar la LCT para reconocer de manera abierta la utilización de agentes infiltrados.

5.3.1 Ley 20.000.

La ley 20.000, de 16 de Febrero de 2005, en su título II *De las técnicas de investigación*, Párrafo 3° *Del agente encubierto, el agente revelador y el informante*, artículo 25 señala que:

Inciso 1°: El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores.

La ley 20.000 es particularmente ilustrativa al respecto. Se reconocen tres entidades que son distintas entre sí, pero que guardan relación con la función que cumplen:

- a) Agente encubierto (inciso 2°): Es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta.

⁸⁴ VILLEGAS. Terrorismo... Capítulo VII, apartado V. 2.3.

- b) Agente revelador (inciso 4°): es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.
- c) Informante (inciso 5°): es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores.

Finalmente, es el mismo artículo el que disipa toda duda sobre la responsabilidad criminal en que incurrieren dichos agentes en la ejecución de su labor al señalar en su último inciso: El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma. De ésta manera, se establece una excusa legal absoluta *ex ante*, con el sólo requisito de que el delito cometido sea: a) consecuencia misma del desarrollo de la investigación, y b) guarde proporcionalidad con la finalidad de la misma. Por tanto, se puede concluir sin dudas, que el agente puede con la sola autorización del Fiscal de turno (mas no del Juzgado de Garantía), cometer delitos de alta envergadura punitiva (homicidio, tráfico, entre otros), si cumple los requisitos que la ley le establece para éstos efectos.

Dicho instituto no ha estado exento de críticas.

RIQUELME distingue dos etapas de la actuación del agente. Éste “primero exploraría el ambiente y luego, cuando ya la investigación se encamine en contra de una persona determinada, sería necesaria la autorización judicial”. Añade que “no es extraño imaginar un agente encubierto en fase exploratoria [aun sin autorización del Ministerio ni del Juzgado] invitado a ingresar al domicilio de un narcotraficante. El policía, o civil en su caso, se encontraría teóricamente impedido, dado que al importar dicho acto de investigación vulneración de una garantía constitucional, requiere autorización judicial previa. Si ingresa, toda la información que obtenga no podría ser utilizada como prueba de cargo, ya que sería prueba ilícita al haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales”⁸⁵.

En opinión del autor citado, “no podría señalarse que el agente encubierto está facultado para realizar cualquier actividad en el desempeño de su cargo –como ingresar y revisar domicilios, interceptar y grabar comunicaciones telefónicas, abrir correspondencia- sin autorización judicial. Razonar en contrario importaría sostener que la autorización del Fiscal para la actuación de los referidos agentes equivale a todas las autorizaciones judiciales de que tratan los artículos 205, 209, 217, 218, 222, 226 del CPP”.⁸⁶

Mediante estas actuaciones se violan garantías constitucionales, tal como el derecho a la intimidad, recogido en el artículo 19 n° 4 de la CPR, que cristaliza el respeto y protección a la vida privada y pública de toda persona. Asimismo no se reconocen

⁸⁵ RIQUELME, Ob. Cit. p. 10

⁸⁶ RIQUELME, Ob. Cit. p. 11

garantías procesales como la presunción de inocencia y derecho a guardar silencio. RIQUELME entre otros elementos plantea que la actuación del agente podría constituir un genuino interrogatorio prohibido.⁸⁷

5.3.2 Ley 19.974.

La Agencia Nacional de Inteligencia (ANI) creada en 2004 por dicha ley, corresponde, según se desprende de su artículo 7° a un *servicio público centralizado, de carácter técnico y especializado, que estará sometido a la dependencia del Presidente de la República a través del*

Ministro del Interior, cuyo objetivo será producir inteligencia para asesorar al Presidente de la República y a los diversos niveles superiores de conducción del Estado.

La ANI forma parte del Sistema, el cual está descrito en el artículo 4° como *el conjunto de organismos de inteligencia, independientes entre sí, funcionalmente coordinados, que dirigen y ejecutan actividades específicas de inteligencia y contrainteligencia.* De esta manera, el Sistema es el organismo encargado de asesorar al Presidente con el objetivo de proteger la soberanía nacional y preservar el orden constitucional.

En el artículo 5° se señalan los organismos que conforman el Sistema:

a) La Agencia Nacional de Inteligencia; b) La Dirección de Inteligencia de Defensa del Estado Mayor de la Defensa Nacional; c) Las Direcciones de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, y

d) Las Direcciones o Jefaturas de Inteligencia de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Las unidades, departamentos o cualquiera otra dependencia de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública que realicen tareas de inteligencia se considerarán, como partes integrantes de las respectivas direcciones o jefaturas de inteligencia señaladas precedentemente.

Luego en el Título V de la ley, *De los procedimientos especiales de obtención de información* se señala que cuando cierta información sea estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos del Sistema, se podrán utilizar los procedimientos especiales de obtención de información, detallados en el artículo 24, que pudieren contravenir lo dispuesto en relación a garantías fundamentales y procesales, que corresponden a:

a) La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas;

b) La intervención de sistemas y redes informáticos;

c) La escucha y grabación electrónica incluyendo la audiovisual, y

d) La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información.

La presente ley autoriza la utilización de agentes infiltrados de manera expresa en su artículo 31.

⁸⁷ RIQUELME, Ob. Cit. p. 13.

Citamos dicho artículo, como evidencia formal de que la utilización de agentes infiltrados y las diversas categorías que se distinguen es una práctica generalizada dentro de la represión estatal de ciertos tipos de delitos. En el artículo que se analizará a continuación, se contiene, junto con el expreso mandato legal que autoriza a la Agencia Nacional de Inteligencia a requerir los servicios de agentes, el serio indicio que pudiere dar acogida a nuestros postulados al respecto.

Artículo 31.- Los directores o jefes de los organismos de inteligencia militares o policiales, sin necesidad de autorización judicial, podrán disponer que uno de sus funcionarios, en el ámbito de las competencias propias de su servicio y en el ejercicio de las actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 23, oculte su identidad oficial con el fin de obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia a que se refiere esta ley. Para tal objetivo podrá introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales.

La facultad a que se refiere el inciso primero comprende el disponer el empleo de agentes encubiertos, y todos aquellos actos necesarios relativos a la emisión, porte y uso de la documentación destinada a respaldar la identidad creada para ocultar la del agente.

La presente ley se plantea dentro de sus objetivos, servir como instrumento de inteligencia y contra inteligencia⁸⁸, en aras de reprimir (apriorísticamente) los fines antijurídicos que se planteen organizaciones delictivas. Estimamos que las organizaciones más idóneas para ejecutar delitos cuyos elementos instrumentales y efectos perniciosos sobre la sociedad sean de carácter **grave**, son precisamente las organizaciones terroristas, sin perjuicio de que la ley en comento tenga como objeto de persecución también otro tipo de organizaciones como aquellas cuya finalidad subjetiva sea de carácter más bien económica (lavado de activos, tráfico de drogas, entre otras). Por tanto, es perfectamente aplicable para la represión de delitos terroristas la utilización de agentes, no obstante que la LCT (que es la ley específica para dicho tipo de delitos) no permita expresamente esta práctica.

Esta ley prevé lo mismo que la ley 20.000, en cuanto a que no es menester que exista una autorización judicial para disponer de agentes infiltrados. También se pueden optar por todas las facilidades para llevar a cabo dichas acciones, tal como el cambio de identidad.

Finalmente, estimamos que el *quid* del asunto, corresponde a que la presente ley 19.974, nada dice sobre la responsabilidad a la que estarán sujetos los agentes que en el desarrollo de sus actividades cometieren actos ilícitos⁸⁹, interrogante que nos plantea serias dudas sobre su solución jurídica. En opinión nuestra, dicho conflicto puede paliarse perfectamente mediante la aplicación del artículo 9° LCT, o en su defecto

⁸⁸ En el desarrollo de este tipo de actividades, consideramos como un *elemento de la esencia*, la infiltración de agentes en células que pudieren representar un riesgo serio a la seguridad del Estado.

⁸⁹ Tan solo se refiere a la obligación de guardar secreto (artículo 38 y siguientes) y las respectivas sanciones penales que corresponde a quienes infrinjan lo dispuesto.

mediante el 4º, institutos que se complementan mutuamente con lo dispuesto en el artículo 31 Ley 19.974, en cuanto a rellenar las lagunas que ambas legislaciones contienen.

5.3.3 Examen de los Boletines N° 9.669-07 y N° 9.692-07.

El Boletín N° 9.669-07, iniciado en moción por los senadores Espina, Allamand, Chahuán, García y Prokurika propone como fin adecuar la ley 18.314 a los estándares internacionales existentes en la materia, introduciendo un conjunto de técnicas investigativas que ya han sido incorporadas en la ley 20.000, y en la ley 19.913 sobre Lavado y Blanqueo de Activos.

Dicho proyecto de ley, viene a reconocer y amparar la existencia de agentes encubiertos como legítima técnica de disposición estatal. Dicho boletín se encuentra refundido con el boletín 9-692-07, el cual es de iniciativa presidencial y pasaremos a analizar.

En el párrafo 4º, *Del agente encubierto, del informante y de las entregas vigiladas o controladas*, en su artículo 21 se define el concepto y funciones del Agente encubierto. El motivo por el cual se incluye el análisis del Boletín, como elemento indiciario de la utilización de agentes, es precisamente porque estimamos que dicho proyecto lo que hace es amparar formal o legalmente una situación de hecho, que es permitida precisamente por la exención de pena que instituye el actual artículo 9º LCT.

Así, se intercala el Párrafo 4º hacia el Código Procesal Penal, pasando el 4º actual a ser el 5º. El agente encubierto y revelador se encuentra tratado en el artículo 226 H, el cual prescribe:

Artículo 226 H. Agente encubierto y agente revelador. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una o más personas hubieren cometido o participado en la preparación o comisión, o que ellas prepararen actualmente la comisión o participación, en un hecho constitutivo de alguno de los delitos contenidos en el artículo 226 A, el juez de garantía, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar a funcionarios policiales determinados para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores.

Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta. Asimismo, el Ministerio Público podrá

adoptar todas las medidas y acciones que tiendan a dar verosimilitud a la historia ficticia del agente encubierto.

Agente revelador es el funcionario policial que simula requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de éste.

La orden judicial deberá circunscribir el ámbito de actuación de los agentes en conformidad a los antecedentes y el o los delitos invocados en la solicitud correspondiente y expresará, de igual forma, la duración de la autorización, que no podrá exceder de ciento ochenta días, pudiendo prorrogarse por períodos de hasta igual duración, para lo cual el tribunal deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos que hacen procedente esta medida.

Para los efectos del registro a que se refiere el art. 226 E, deberán consignarse los resultados de la actuación de los agentes, así como la fecha y contenido de las resoluciones judiciales que la autorizan.

El agente encubierto y el agente revelador estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre y cuando ellos se hayan cometido en el marco de la autorización judicial respectiva y sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.

El proyecto de ley pretende regular expresamente la exención de responsabilidad criminal con la que serán beneficiados los agentes infiltrados. Con todo, la figura del desistimiento en la tentativa persiste como institución, de manera que concretarse la promulgación y publicación de lo prescrito en este proyecto, podrá aplicarse genuinamente a aquellos sujetos terroristas que se desistan de perpetrar delitos de dicha calidad. La exención de responsabilidad penal prevista en el artículo 9º, se refunde en un mismo artículo con la rebaja o atenuación prevista en el artículo 4º, presupuesto que opera cuando se prestare cooperación eficaz. El artículo al que nos referimos queda así:

Artículo 226 T. Desistimiento y cooperación eficaz. Quedará exento de responsabilidad penal por la tentativa de cometer alguno de los delitos previstos en el artículo 226 A o de aquellos cuya perpetración persiguiere la asociación criminal el que, formando parte de una asociación criminal o actuando conjuntamente con otros, se desistiere de la misma, siempre que revele a la autoridad la identidad de los demás miembros de la asociación criminal o de los partícipes de los delitos, según el caso, su plan y las circunstancias del o de los mismos.

Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos constitutivos de los delitos a que se refiere el inciso precedente o permita la identificación de sus responsables; o sirva para impedir la perpetración de otros delitos de igual o mayor gravedad.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso precedente.

No se aplicará la cooperación eficaz en los términos expuestos a aquel imputado que, por su posición, conocimiento o dominio en la organización criminal, sólo pueda entregar datos o informaciones de actividades de responsables de menor jerarquía que la suya.

Acogida esta atenuante, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.

El tribunal deberá verificar los antecedentes que sustentan la solicitud de su aplicación, pudiendo rechazarla si estima que son insuficientes, Esta resolución será apelable.

Los artículos siguientes, enfatizan en la prohibición de métodos ilegales de investigación o interrogación, por lo que, en un aspecto formal, desaparecería el interrogatorio prohibido que se produce cuando un agente infiltrado recaba información sin autorización judicial. También se deroga lo dispuesto por la ley 20.000 en lo atinente a agentes infiltrados, pasando a regularse de manera conjunta a la regulación antiterrorista (en ese aspecto), por las disposiciones comunes del Código Procesal Penal.

En definitiva, opinamos que en atención a las características del artículo 9º, éste es sensiblemente proclive a ser utilizado para la exención de penas para agentes infiltrados. Esto porque es un artículo que se agregó posterior a la dictación de la LCT, y que por tanto no se acopla de manera sistemática al objetivo propuesto por el legislador de dictadura. Asimismo, el contexto en que fue creado: un gobierno de inclinación política de derecha, que mediante los medios de control social privados o fácticos, -descritos de manera intensiva por FOUCAULT⁹⁰ y por VILLEGAS-⁹¹, es decir, no punitivos, logra crear un clima de preocupación en las masas sobre un determinado tópico o subjetividad dirigida intencionadamente desde los intereses de la clase dominante, en virtud del cual, la seguridad nacional, el combate a cierto tipo de delitos, de manera contingente y

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. 2007. Nacimiento de la biopolítica. Fondo de Cultura económica de Argentina. Para profundizar más sobre la lucha de hegemonía ideológico-política se recomienda ZIZEK, Slavoj. 2007. En defensa de la Intolerancia. España. Editorial Sequitur.

⁹¹ VILLEGAS, El Mapuche ... pp. 1-2.

temporánea, se convierte en prioridad. Dicha subjetividad puede cambiar por una infinidad de factores, en atención al dinamismo puro de los sucesos que pueden ser objeto de atención de masas. Más aun, los proyectos de ley analizados apuntan a legalizar la presencia de agentes, por tanto estimamos que la proclividad a la “para jurídica” utilización del precepto examinado, no va a durar por siempre.

Conclusiones.

El instituto del artículo 9º fue aplicado de manera profusa en otros ordenamientos jurídicos, con resultados dispares. En mi opinión, en Italia puede señalarse que tuvo una recepción más bien positiva, pero eso es producto de la efectividad de la disociación silenciosa, la cual versa sobre hechos personales, y se encuentra más acorde al respeto de ciertos elementos morales propios del país, a diferencia de Chile, que la delación sí produce una degradación moral con aval del Estado. En definitiva, se introduce de manera tardía un instituto cuya eficacia no está probada de manera irrefutable a nivel comparado.

En cuanto a la situación de emergencia en que fue dictada dicha figura: el legislador estuvo consciente de que la LCT y el sistema que regula el tratamiento jurídico penal del terrorismo debe ser cambiado de manera sistemática. Sin perjuicio de aquello, se reconoce que hay elementos que deben legislarse de manera más bien pronta, y por tanto se crea esta ley 20.467, que constituiría un avance hacia la legislación que se espera que se dicte en un futuro, y que esté más acorde a lo estándares internacionales. Es decir, se reconoce que dicha legislación si bien no tiene fecha definida de caducidad, sí caducará efectivamente cuando se dicte una ley que recoja sistemáticamente todos los preceptos en comento. El análisis de los Boletines del Senado nos deja en evidencia la direccionalidad jurídico-política a la que apunta la legislación, así como el propósito de traspasar muchos elementos procesales antiterroristas a la legislación procesal penal común.

El artículo 9º si bien no desaparecerá, ya que se mantiene la figura en el artículo 226T que pasará a formar parte del Código Procesal Penal (y de esta manera haciéndose extensible al resto de los delitos comunes, cuando exista coparticipación de agentes), sí estimamos que se aplicará genuinamente al verdadero terrorista desistido: se reglará expresa y formalmente la utilización de agentes infiltrados. En un aspecto legislativo, esto nos parece un avance, ya que se abandona una situación de hecho que es incómoda –circunscrita el derecho penal de lucha-, y se reconoce y avala legalmente la utilización de agentes, sin perjuicio de la opinión personal que nos merezca la existencia misma de este método de combate antiterrorista. De todos modos los agentes infiltrados contarán con excusas absolutorias que operan sobre los delitos que sea estrictamente necesario cometer en atención a los fines propuestos por el ente persecutor, cuestión que nos parece de igual manera positivo que se regule, en cuanto se limita el radio de acción que en la actualidad pudieren tener.

En cuanto a la pregunta sobre si el desistimiento voluntario constituye un salvoconducto (“Puente de oro”) para que agentes infiltrados que operan premeditadamente al margen de la ley, queden sin condena, o sin pena, no se puede responder de manera categórica, puesto que no existe una prueba que concluye más allá de toda duda razonable que efectivamente esto sucede así, sobre todo si no existe en un campo jurisprudencial evidencia alguna, y tan solo se hayan aplicado atenuaciones de pena previstas en el artículo 4º. Éste es otro motivo para dudar de la eficacia del instituto contenido en el artículo 9º.

6. Bibliografía.

- 1. CURY URZÚA, Enrique. 1977. Tentativa y delito frustrado (el proceso ejecutivo del delito). Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- 2. CUERDA ARNAU, María Luisa. 1995. Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo. Editorial Ministerio de Justicia.
- 3. DONINI, Massimo. 2008. Derecho Penal de Lucha: Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. En: CANCIO MELIÁ, Manuel: Política Criminal en Vanguardia. Editorial Thomson Civitas. Navarra, España.
- 4. ELSTER, Jon. 2001. La democracia deliberativa. Barcelona. Gedisa
- 5. ETCHEBERRY, Alfredo. 1998. Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- 6. FOUCAULT, Michel. 2007. Nacimiento de la biopolítica. Fondo de Cultura económica de Argentina.
- 7. GARCÍA MANZOR, Francisco. 2014. Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema. En: Revista 93, N°10: “Ley N°20.000 y Debate sobre drogas”, Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile.
- 8. GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal parte general, Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. Tercera edición actualizada, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- 9. GARRIDO MONTT, Mario. 1984. Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- 11. GUZMÁN DALBORA, José Luis. 2015. El terrorismo como delito común. En AMBOS Kai, et.al.(ed.). Terrorismo y Derecho penal. Konrad-Adenauer Stiftung. España.
- 12. HORVITZ, María Inés. 1992. Comentarios a la Ley de Arrepentimiento Eficaz. Revista Derecho y Humanidades. Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 13. JAKOBS, Günther. CANCIO MELIA, Manuel. 2003. Derecho Penal del enemigo. Civitas Ediciones.
- 14. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. 1957. Tratado de Derecho Penal, VII.
- 15. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. 1994. El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid y Centros de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia de Madrid.
- 16. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. 2004. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal algunas consideraciones conceptuales. En Revista de estudios de la justicia. Santiago de Chile. Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. N° 4.
- 17. MUÑOZ SANCHEZ, Juan. 1995. El agente provocador. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- 18. MUÑOZ CONDE, Francisco. 1972. El Desistimiento voluntario de cometer el delito. Barcelona. Editorial Bosch

- 19. NOVOA MONREAL, Eduardo. 1963. El proceso de generación del delito: tentativa y delito. Revista de Derecho y Ciencias Sociales N° 124. Imprenta Universidad de Concepción.
- 20. POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia. 2014. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Segunda edición, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- 21. POLITOFF L., Sergio. 1999. Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- 22. POLITOFF, Sergio. 1998. El agente encubierto y el informante ‘infiltrado’ en el marco de la ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre, Coords., “Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes”, Santiago de Chile. Lexis Nexis.
- 23. RIQUELME, Eduardo. 2006. El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo. Revista Político criminal n° 2, A2, p. 1-17.
- 24. ROXIN, Claus. 2001. Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología. N° 3. España. Disponible en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html. (Fecha de consulta: 6-1-2017).
- 25. SILVA SÁNCHEZ, Eduardo. 2001. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. España. Civitas ediciones. 2ª edición.
- 24. VILLEGAS DÍAZ, Myrna: El Mapuche como enemigo en el Derecho (Penal). Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo. En Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. <http://www.cienciaspenales.net>. (Fecha de consulta: 13-1-2017). Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla La Mancha.
- 26. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. 2001. Terrorismo: Un problema de estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España.: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, Santiago, Chile. Capítulos VI y VII.
- 27. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 1982. Tratado de Derecho Penal. IV. Buenos Aires. Ediar.
- 28. ZIZEK, Slavoj. 2007. En defensa de la Intolerancia. España. Editorial Sequitur.

- Instrumentos legales y textos atinentes: Código Penal chileno, Código Penal español, StGB; Ley 18.314, Ley 19.172, Historia de Ley 20.467. Ley 19.974. Ley 20.000; Boletín N° 9669-07 del Senado, Boletín N° 9692-07 de la Cámara de Diputados.