



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ARTÍCULO 4 LETRA D) DE LA LEY DE
SEGURIDAD DEL ESTADO Y SUS PROBLEMAS CONCURSALES**

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

BRUNO ESTEBAN ANTIPÁN JARAMILLO

Profesora guía: Dra. Myrna Villegas Díaz

Santiago de Chile
Diciembre de 2022

Abreviaturas

Artículo 4 d)	: Artículo 4 literal d) de la Ley 12.927
Artículo 6 b)	: Artículo 6 literal b) de la Ley 12.927
CA	: Corte de Apelaciones
CP	: Código Penal
CPR	: Constitución Política de la República
CS	: Corte Suprema
DL	: Decreto Ley
LCA	: Ley sobre Control de Armas
LCT	: Ley que determina Conductas Terroristas y fija su penalidad
LSE	: Ley de Seguridad del Estado
PDI	: Policía de Investigaciones
RAE	: Real Academia Española
SCA	: Sentencia de la Corte de Apelaciones
SCS	: Sentencia de la Corte Suprema
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
STOP	: Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal
TC	: Tribunal Constitucional
UAF	: Unidad de Análisis Financiero

Tabla de Contenido

Resumen	1
Introducción	2
Capítulo I: El artículo 4 de la Ley de Seguridad del Estado	4
1. Antecedentes históricos.....	4
1.1. Del artículo 4 de la actual Ley de Seguridad del Estado	6
2. Aspectos generales	11
3. El delito de Bandidaje o Asociación Ilícita del artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado	17
3.1. La denominación de “Bandidaje”	17
3.2. Organización y asociación ilícita	19
Capítulo II: Bien jurídico protegido	23
1. Principio de protección del bien jurídico como elemento legitimador de la imposición de penas.....	23
2. El bien jurídico protegido en los delitos de organización	28
2.1. Asociación ilícita, artículo 292 del Código Penal.....	29
2.1.1. Abuso del derecho constitucional de asociación.....	29
2.1.2. Orden público	31
2.1.3. Autotutela del poder del Estado.....	32
2.1.4. Teoría de la anticipación.....	33
2.2. Asociación ilícita terrorista, artículo 2 N°5 de la Ley 18.314.....	35
2.3. Grupos de combate armados, artículo 8 de la Ley 17.789.....	38
2.4. Asociación ilícita y organización armada, artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado.....	41
Capítulo III: Análisis del tipo penal del artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado	46
1. Tipo penal objetivo.....	46
1.1. Sujeto activo	48
1.2. Conducta	50
1.2.1. Incitación o inducción a la organización.....	50

1.2.2.	Financiamiento o ayuda a la organización.....	55
1.2.3.	Formar parte.....	59
1.3.	Formas de organización	63
1.3.1.	Milicias privadas	63
1.3.2.	Grupos de combate	63
1.3.3.	Otras organizaciones semejantes.....	64
2.	Tipo penal subjetivo.....	65
2.1.	Fines de la conducta.....	65
2.1.1.	Sustituir, atacar o interferir en el desempeño de la fuerza pública	66
2.1.2.	Alzarse contra los poderes del estado	67
2.1.3.	Atentado contra autoridades.....	68
3.	Penalidad.....	69

Capítulo IV: Eventuales problemas concursales del artículo 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado..... 71

1.	Concurso con la asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal	74
2.	Concurso con el artículo 8 de la Ley 17.789	76
3.	Concurso con la asociación ilícita terrorista artículo 2 N°5 Ley 18.314	79

Conclusiones..... 82

Bibliografía 86

Resumen

La finalidad del presente trabajo es analizar específicamente una de las normas de la Ley 12.927 Sobre Seguridad del Estado, particularmente su artículo 4 literal d). De esa manera, la orientación de nuestra labor estará centrada en el estudio de los elementos que componen la conducta típica de este delito, sus características, las cuales permiten encuadrarlo como una hipótesis especial de asociación ilícita, y el examen de los eventuales problemas concursales que tendrían lugar en su aplicación debido a las similitudes existentes con otras disposiciones, que, de igual manera, sancionan organizaciones conformadas al margen de la ley.

Con el fin de llevar a cabo esta labor, se comenzará analizando la historia de la ley y la forma en que distintos autores han calificado esta conducta, para posteriormente ahondar en el bien jurídico protegido, los elementos que componen el tipo penal, y los eventuales problemas concursales que tendrían lugar. Todo esto se realizará teniendo a la vista las disposiciones pertinentes del Código Penal, la Ley 17.798 sobre el Control de Armas y la Ley 18.314 que determina Conductas Terroristas, debido a que, estimamos, el análisis comparado resulta ser provechoso para comprender mejor los objetivos del referido artículo 4 letra d) de la Ley 12.927.

Introducción

El artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado corresponde a uno de los casos en que leyes especiales han tomado la figura básica de la asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal, estableciendo requisitos especiales para su concurrencia, otorgándole así a estas organizaciones un desvalor en particular en función de los bienes jurídicos propios que cada ley busca proteger.

Así, a partir de la tipificación del artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado, cabe afirmar que resulta necesario para su aplicación demostrar como concurren una serie de elementos subjetivos, que dotan a este delito de organización, de una característica especial en comparación con otros delitos de la misma naturaleza, esto en función de conceder un adecuado resguardo al bien jurídico que busca proteger dicha Ley. Sin embargo, un factor clave, es que con el fin de determinar la consumación de la figura penal se vuelve particularmente compleja la tarea de probar la concurrencia de estos elementos subjetivos. De ese modo, la existencia de otras leyes que sancionan las asociaciones de personas con fines ilícitos cobra relevancia, debido a que resultarían potencialmente aplicables, en aquellos casos en que no se cumplan los presupuestos materiales necesarios para sancionar conforme a lo dispuesto en la Ley de Seguridad del Estado.

Dentro de las leyes que aparecen relacionadas, se encuentra la Ley 17.798 Sobre Control de Armas, la cual en su artículo 8 contiene una descripción típica similar a la del artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado, aunque, omitiendo los fines regulados en el tipo penal subjetivo de esta última.

Sin perjuicio de lo anterior, no solo es la Ley de Control de Armas la que guarda alguna relación con lo dispuesto por la Ley de Seguridad del Estado, en la misma línea se encuentra la Ley Sobre Conductas Terroristas, la cual, no obstante tener sus propios fines, comparte similitudes con los cuerpos normativos ya mencionados, a saber, se trata de una ley especial cuyo resguardo se orienta a objetivos especialmente determinados por la ley, a la vez dispone de un tipo penal que sanciona las organizaciones, y se ha calificado junto con la Ley de Control de Armas, y la Ley de Seguridad del Estado, dentro del ámbito del derecho penal político.

Dicha serie de factores en común es lo que motiva un análisis comparativo del artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado con el resto de las conductas tipificadas por estas distintas leyes que sancionan determinadas formas de organización. De ese modo, también cabe analizar la concurrencia de concursos, dadas las patentes similitudes existentes entre ellas.

Es en mérito del análisis que se efectuará en los capítulos que siguen, que afirmamos que el artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado contiene una serie de falencias en su tipificación, las cuales evidencian su inaplicabilidad hoy en día. Dichos reparos refieren a deficiencias en lo que respecta a reformas, problemas prácticos y la preferencia de otros tipos penales en perjuicio de la norma de la Ley de Seguridad del Estado.

De esa manera se procederá a analizar la historia de la Ley de Seguridad del Estado, con un enfoque particular respecto del artículo 4, a la vez se analizará la denominación de asociación ilícita atribuida al ya referido artículo 4 d).

Posteriormente el análisis se orientará a la comparación del bien jurídico protegido entre estas distintas leyes que guardan elementos en común. Asimismo, se analizarán los elementos que componen la conducta típica del artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado. Finalizando con el estudio de los eventuales concursos que tendrían lugar entre las distintas leyes objeto de estudio.

Como prevención, y dado que el asunto central de este trabajo es el artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado, nos referiremos a las leyes conexas relevantes en la medida que sea necesario para el análisis del referido artículo 4 d), sin ahondar minuciosamente en su contenido en tanto ello no sea necesario.

Finalmente, entrego los créditos correspondientes a Sofia Jiménez Unión, con quien, en coautoría, se desarrolló el primer capítulo de este trabajo, ello en el contexto del primer curso de este taller de memoria acerca de la Ley de Seguridad del Estado.

Capítulo I: El artículo 4 de la Ley de Seguridad del Estado

1. Antecedentes históricos

De forma previa a ahondar en el análisis de la Ley 12.927, y en particular respecto del artículo 4 d), resulta necesario referirse a sus antecedentes históricos con el fin de contextualizar su origen y los cambios más relevantes que han tenido lugar, permitiendo así, determinar a lo largo del trabajo la vigencia de una norma como esta.

En cuanto a los antecedentes del artículo 4 de la LSE, encuentra como primera fuente la regulación establecida en el Libro II, Título II del CP de 1874, en cuyo articulado se regulaban los “crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del estado”. Sin perjuicio de aquello, conforme pasan los años, el legislador en miras de la crisis democrática que aquejaba a la actualidad nacional, considera necesario dictar normas particulares, cuyo fin sea sancionar especialmente ciertas conductas potencialmente atentatorias del orden institucional.

Este cambio de legislación ocurrió debido a la “imposibilidad de solucionar un conflicto político que se agudizó bajo la presidencia de Arturo Alessandri (1920-1924), lo que desató los golpes militares de 1924 y 1925, y la redefinición estatal, condensada en la Constitución de 1925”¹. Esta tendencia aumentó considerablemente, dado que “entre los años 1925 y 1932 se produce [...] un período de inestabilidad institucional que determina la dictación de numerosas normas penales, tanto leyes en sentido propio como decretos leyes que reprimen conductas contrarias a la Seguridad del Estado”², es decir, se recurre a la legislación como un método que, en la medida de lo posible, busca contribuir al restablecimiento del orden social.

Además de lo regulado en el CP, el primer antecedente de una ley especial cuyo fin sea el resguardo de la seguridad del Estado, lo encontramos en el DL 50 de 21 junio de 1932, el cual sanciona los delitos cometidos en contra la seguridad interior del Estado,

¹ Valdivia, Verónica. 2020. *Subversión, coerción y consenso: violencia estatal en Chile del S. XX*. Boletín Del Instituto De Historia Argentina Y Americana Dr. Emilio Ravignani. 53: 180-204. Pág. 185.

² Astudillo Canessa, Erick. 2002. *Delitos contra la seguridad interior del estado*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 227.

teniendo como principal objetivo, combatir movimientos de carácter anarquista y terrorista, al ser considerados dichos movimientos como una amenaza para las instituciones fundamentales de los Estados, su organización y sus leyes. Así, este DL definió en su artículo 1 a los enemigos de la república como: “toda persona que propague o fomite, de palabra o por escrito, doctrinas que tiendan a destruir por medio de la violencia, el orden social o la organización política del Estado”.

En cuanto a similitudes con el actual artículo 4 de la LSE, el artículo 1 del DL 50 consideraba como enemigo de la República a quien propagara o fomentara doctrinas que atenten en contra del orden institucional, contemplando en la letra b) el alzamiento, elemento en común con el artículo objeto de análisis.

Tan solo un par de años más tarde se dicta la Ley 6.026 de 1937, esta norma realiza una distinción entre los delitos cometidos en contra la seguridad del Estado y los delitos atentatorios del orden público, así “esta distinción también se reflejará en las penas, las que serán reguladas de manera prácticamente similar a como lo hará 21 años más tarde la Ley 12.927”³.

Con posterioridad, durante el gobierno de Gabriel González Videla, se dicta la Ley 8.987 de 1938, también denominada “Ley de defensa permanente de la democracia. Esta ley resulta particularmente conocida debido a que su artículo 1 señala que “Se prohíbe la existencia, organización, acción y propaganda, de palabra, por escrito o por cualquier otro medio del Partido Comunista y en general toda asociación, entidad, partido, facción o movimiento, que persiga la implantación en la república de un régimen opuesto a la democracia o que atente contra la soberanía del país”.

Es decir, la finalidad de la norma en mención era proscribir la actividad del Partido Comunista, aun a pesar de que el presidente Videla llegó al poder gracias a su apoyo. Así, el artículo 1 de la Ley 8.987 denota ostensiblemente un carácter mucho más autoritario y severo que las anteriores leyes referentes a la seguridad del Estado, quedando demostrado principalmente en la proscripción del Partido Comunista, el cual

³ González Morales, Felipe. 1989. *Modelos legislativos de seguridad Interior: 1925-1989*. Revista Chilena de Derechos Humanos. 11: 18-24. Pág. 20.

inclusive durante la vigencia de la Ley 6.026 no fue considerado como un peligro para la seguridad interior del Estado, estando permitida su ideología.

Posteriormente, en el año 1958 se dicta la Ley 12.927 o Ley de Seguridad Interior del Estado, la cual deroga la Ley 8.987, hecho que fue producto de las promesas de campaña del presidente Carlos Ibáñez del Campo. Así, la estructura de la Ley 12.927 “empalma con la tradición que venía desarrollándose con anterioridad a 1948”⁴.

Actualmente es la Ley 12.927 la que se encuentra vigente, sin embargo, ha sufrido múltiples modificaciones a través de los años, entre los cambios más significativos se encuentran los realizados por la Ley 17.798 de Control de Armas que modifica la LSE en el año 1972, la Ley 19.029 que modifica la LSE para abolir la pena de muerte en 1991, y la Ley 19.733 que modifica la LSE con el fin de adecuarla a las garantías constitucionales de libertad de opinión y expresión.

1.1. Del artículo 4 de la actual Ley de Seguridad del Estado

La primera versión del artículo 4 letra d) se encuentra en el Título II de la Ley 12.927 de 1958, denominado “Delitos contra la Seguridad Interior del Estado”, el cual disponía: “Artículo 4.o Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente:

d) Los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes y a los que formen parte de ella, con el fin de substituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra el Gobierno constituido”.

En la década de los setenta, previo al golpe militar, se modifica el precitado artículo. Dicha modificación surge debido a la moción del senador Juan de Dios Carmona Peralta en abril de 1972, con la cual se inicia la discusión de un proyecto de ley para introducir modificaciones a la Ley 12.927, con la finalidad de someter el control de las

⁴ Ídem. Pág. 20.

armas. El contexto en que surge esta ley es señalado por el propio senador Carmona quien expresa: “Es un hecho de todos conocido, que los viles asesinatos del excomandante en Jefe del Ejército don Rene Schneider Chereau, del ex Vicepresidente de la República don Edmundo Pérez Zujovic, [...] fueron perpetrados en forma artera, calculada y alevosa, por miembros de agrupaciones o entidades que contaban y que posiblemente cuentan en la actualidad, con una fuerte organización y con toda clase de disponibilidades en dinero y armamento”⁵.

De ese modo, del discurso del senador Carmona podemos extraer el contexto en que surge esta modificación al artículo 4 d) de la LSE, en donde, pese a existir una normativa que sanciona los atentados contra la seguridad del Estado, la cual castiga a los que “pertenezcan, fomenten, induzcan y financien organizaciones de milicias privadas, grupos de combate u organizaciones semejantes”, se produjeron igualmente graves atentados por parte de grupos armados, en contra de importantes autoridades del país, es decir, la ley no significaba un desincentivo suficiente a las conductas tipificadas.

Por ello, el senador Carmona plantea que: “Es menester pues, dictar las disposiciones tendientes a terminar con toda clase de grupos o dispositivos armados y de seguridad partidaria, formados al margen de la institucionalidad, provengan de donde provengan, y a garantizar de que las armas sólo estén en poder y sean usadas exclusivamente por aquellos a quienes la Carta Fundamental les encomienda tan delicada función”⁶.

Tras la presentación del proyecto de modificación a la Ley 12.927, el día 21 de junio de 1972 comienza su discusión en la Comisión de Constitución del Senado⁷.

En la referida comisión se discute el proyecto elaborado por el senador Carmona, junto con las indicaciones a la moción que realizó el Ejecutivo y el ministro de Defensa

⁵ Moción Parlamentaria del señor Senador Juan de Dios Carmona Peralta [En línea]. 05 de abril de 1972 <<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=897301>> [Consulta 11 de diciembre de 2022].

⁶ Ídem.

⁷ Compuesta por los honorables senadores Chadwick, Durán, Irureta y Montes; el diputado Díez; el ministro de Defensa Nacional, los tres subsecretarios de esa cartera, y el jefe de la sección jurídica de la subsecretaría de guerra, don Hernán Concha. Además, la discusión escuchó las exposiciones que sobre esta materia hicieron los comandantes en jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas.

Nacional⁸. De ello, se acuerda utilizar como base de la discusión el proyecto enviado por el Ejecutivo. Se discute así, en concreto, el control de armas y elementos similares, armas prohibidas, la tenencia, posesión e inscripción de armas de fuego permitidas, sobre el tráfico ilegal de armas, porte de armas de fuego sin permiso de la autoridad competente, acerca de grupos armados, la prohibición de ingreso a recintos militares, jurisdicción y competencia, entre otras categorías.

En cuanto al tema central que nos compete, es importante referirnos a la discusión de la Comisión de Constitución respecto de los grupos armados, de ese modo, la Comisión “decidió modificar la letra d) del artículo 4º de la Ley de Seguridad del Estado, por estimarse absurdo que se sancione sólo a los que inciten, induzcan, financien o ayuden o formen parte de milicias privadas o grupos de combate que tengan por objeto alzarse contra el Gobierno constituido, y no a los que realicen los mismos actos para alzarse contra los otros poderes del Estado”⁹.

Por tanto, por acuerdo de la Comisión de Constitución “se extendió el delito establecido por la letra b) del artículo 6º de la misma ley, que sanciona a quienes difamen, injurien o calumnien al presidente de la República, Ministros de Estado, Senadores o Diputados o miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, a quienes cometan los mismos actos en contra del Contralor General de la República, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros”¹⁰.

El trabajo de la Comisión de Constitución del Senado concluye con la redacción del proyecto de ley de control de armas, el cual implica modificar la LSE. De esta comisión surge la redacción del Artículo 23 de la Ley 17.798, que establece: “Artículo 23.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley número 12.927: 1) Reemplazar en la letra d) del artículo 4º, las palabras ‘el Gobierno constituido’, por las siguientes: ‘los Poderes del Estado’, y agregar a continuación la siguiente frase: ‘o atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6º’.

⁸ Historia de la Ley N°17.798 Establece el Control de Armas. [En línea] <<https://www.bcn.cl/historiadela Ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/2450/>> [Consulta 11 de diciembre de 2022].

⁹ Ídem

¹⁰ Ídem.

2) Sustituir la letra b) del artículo 6° por la siguiente: 'b) Los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo o el nombre de la patria y los que difamen, injurien o calumnien al Presidente de la República, Ministros de Estado, Senadores o Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, o General Director de Carabineros, sea que la difamación, la injuria o la calumnia se cometa con motivo o no del ejercicio de las funciones del ofendido”.

La redacción del artículo 23 efectuada por la Comisión de Constitución se mantuvo en la LCA publicada en el Diario Oficial con fecha 10 de octubre de 1972¹¹.

Posteriormente, se modificó el alcance del artículo 4 d) de la LSE, pero de forma indirecta, en mérito de la reforma realizada al artículo 6 b) de la misma ley, al cual hacía referencia el literal d). La modificación del artículo 6 b) se produce en el marco de la Ley 19.733, publicada en junio de 2001.

Durante la discusión de la Ley 19.733 se realiza una indicación suscrita por los senadores Parra, Viera-Gallo, Silva y otros, que proponen incorporar el artículo 45 en el Proyecto en el siguiente sentido: "a) Reemplácese la letra b) del artículo 6°, por lo siguiente: 'b) Los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo o el nombre de la patria y el himno nacional”¹².

El Senador Viera-Gallo expone, para aclarar la indicación, que: “la letra b) del artículo 6° de la Ley de Seguridad del Estado faculta a las autoridades allí señaladas para querrellarse cuando son difamadas, injuriadas o calumniadas. La indicación ahora formulada pretende colocar en pie de igualdad a los ciudadanos y a las autoridades; es

¹¹ Así la redacción del Art. 4 letra d) de la LSE dispone: “d) Los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes y a los que formen parte de ellas, con el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra los poderes del Estado o atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6°”.

¹² Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 337, Sesión 10. [En línea]. 22 de abril de 1998. <<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2112/2/Sesion%2010.pdf>> [Consulta 11 de diciembre de 2022].

decir, que esas personas, cuando se sientan afectadas, puedan querellarse conforme al Código Penal y no a la Ley de Seguridad del Estado”¹³.

Es decir, se propone eliminar la figura penal especial contemplada en el artículo 6 b) de la LSE, referente a la acción típica de difamar, injuriar y calumniar a las autoridades mencionadas en ese artículo, ello con el fin de unificar el criterio en lo que respecta al delito de injurias y calumnias, promoviendo la igualdad, haciendo aplicable tales delitos a las referidas autoridades aunque según la regulación común del CP.

Además, junto con realizar este ajuste, se procuró que la LSE no infringiera la garantía constitucional del derecho a la libertad de opinión e información, ajustándose la disposición a la normativa internacional pertinente, tal como se planteó de forma posterior en la Comisión Legislativa de la Cámara de Diputados: “Se busca poner término o modificar un conjunto de normas legales que establecen privilegios para algunas autoridades de la República y que interfieren o dificultan el ejercicio de las libertades de opinión y de información, lo que genera pugnas entre la legislación interna y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las recomendaciones de la Corte Interamericana de Justicia sobre estas libertades”¹⁴.

Finalmente, tras la ardua discusión de la Ley 19.733, se modificó el artículo 6 b) de la LSE mediante el artículo 46 de la Ley 19.733, el cual señala: “a) Reemplázase la letra b) del artículo 6°, por la siguiente: b) Los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo, el nombre de la patria o el himno nacional”, tipificación que se mantiene hasta la actualidad.

Un efecto, quizás impensado para el legislador, y probablemente el más relevante, es que la modificación de la disposición en comento fue publicada sin haber resuelto lo que pasaba con la ahora inaplicable referencia a las autoridades de la última parte del artículo 4 d) LSE, hecho que volvió ineficaz la norma en este punto, pues la referencia actualmente carece de sentido, dando lugar a una suerte de derogación tácita del delito en lo que respecta al atentado contra ciertas autoridades.

¹³ Ídem.

¹⁴ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 343, Sesión 15. 14 de noviembre del 2000. Pág. 153.

2. Aspectos generales

Respecto a la estructura que emplea la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, el artículo 4 está inserto en el Título II que regula los “Delitos contra la Seguridad Interior del Estado”. Título que contempla cinco artículos, los que regulan tanto delitos como las penalidades aplicables, y una agravante en caso de que la conducta punible tenga lugar en tiempo de guerra externa, elemento que resulta ser un primer indicio de la naturaleza eminentemente política de esta ley.

En lo que respecta al caso particular del artículo 4 de la LSE, este tiene una descripción típica compleja, lo que puede traer ciertos problemas en cuanto a su interpretación. Su encabezado establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el gobierno constituido o provocaren la guerra civil [...]”, a partir de lo cual procede a sancionar una serie de conductas contenidas en literales que van desde la a) a la g).

Del análisis del encabezado del artículo es posible distinguir ciertos elementos importantes de mencionar, entre ellos, la interpretación que es posible realizar a partir del empleo de la frase “sin perjuicio de lo dispuesto en”, la cual suele ser usada comúnmente en el ámbito jurídico para establecer la necesidad de tener en consideración otra situación que condiciona la aplicación de lo que pretende enunciarse, por lo cual debe tenerse presente lo dispuesto en otros cuerpos normativos a efectos de aplicar lo señalado en el artículo 4 de la LSE, ello en cuanto puede existir algún tipo de relación entre los elementos típicos de una y otra ley que limiten la materialización plena de la norma.

En la línea de lo anteriormente señalado, y de acuerdo a la aplicación de las reglas generales establecidas en el artículo 74 del CP en cuanto a la acumulación de sanciones respecto de la comisión de más de un delito, denominado también concurso real, es posible estimar que la determinación de las sanciones por los delitos cometidos en virtud del artículo 4 de la LSE deben hacerse en conjunto con aquellos en los que pudiera haberse incurrido en virtud del CP u otras leyes, ello al no existir una regla especial a efectos de la regulación de eventuales concursos.

Cabe hacer la prevención de que la situación antes aludida guarda relación con que las reglas del concurso real no resultan aplicables a efectos de ofrecer una solución en aquellos casos en que a partir de una misma conducta tengan lugar dos o más delitos, en cuyo caso el CP en el artículo 75 inciso segundo establece que se debe aplicar la sanción del delito más grave, dando lugar así a un denominado concurso ideal.

Sin embargo, habría que plantearse la posibilidad de que no nos encontremos ante un concurso ideal, sino que ante un concurso aparente, entendiéndose este como: “aquellos casos en que un mismo o varios hechos pueden ser subsumibles en diferentes tipos legales”¹⁵, teniendo como consecuencia el no aplicar las reglas concursales ya mencionadas, sino que: “se prefiere la aplicación de una sola de las normas concurrentes por la existencia de una relación de especialidad, consunción o subsidiariedad”¹⁶. Situación que merecería particular atención debido al énfasis que realizan autores como Matus al momento de realizar las distinciones entre concurso aparente de leyes y concurso ideal¹⁷, ya que al parecer: “en la práctica se suele confundir el concurso ideal con el concurso aparente de leyes, cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos penales, pero en definitiva ha de ser encuadrado sólo en uno de ellos”¹⁸.

En virtud de lo expuesto, cobran relevancia las similitudes que puede tener el artículo 4 LSE con aquellas conductas delictivas contempladas en otros cuerpos normativos que pueden eventualmente enmarcarse dentro de su descripción típica, por lo cual, debido a su carácter de ley especial, es la LSE la que en principio tiene preferencia en su aplicación, siempre que tengan lugar todos los elementos de la descripción típica contenidos en sus figuras penales, todo ello en virtud del desvalor particular que se encuentra comprendido y sancionado en esta ley, hecho que permite vislumbrar la forma en que se configura la aludida relación de especialidad. Sin embargo, el análisis en

¹⁵ Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2021. *Manual de derecho penal chileno. Parte general*. 2a ed. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. Pág. 561.

¹⁶ Ídem. Pág. 562.

¹⁷ Matus, Jean Pierre. 2002. *La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada*. Revista de Derecho U. Católica del Norte. 9: 27 - 68. Pág. 30.

¹⁸ Garay Rojas, Rodrigo. et. al. 2007. *Política criminal de represión, violencia política, formación de grupos de combate armado como asociación ilícita específica y problemas concursales*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 334.

concreto y detallado de esta situación se realizará al momento de examinar específicamente los problemas concursales.

Otro aspecto que debe ser considerado, es el hecho de que el artículo establece que cometen el delito quienes “en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil”, señalando luego de ello, casos especiales en lo que refiere a su forma de comisión, regulándolos particularmente en los literales del artículo 4. De lo anterior surge la pregunta respecto al rol que cumple cada una de las conductas reguladas en las letras a) a la g) a efectos de la tipicidad del encabezado, lo cual ha dado lugar a dos interpretaciones recogidas por distintos autores.

Raúl Campusano, a través de un análisis doctrinario y jurisprudencial, distingue dos posiciones interpretativas materializadas por los tribunales al momento de aplicar el artículo 4 de la LSE al dictar sentencia.

La primera, según el tenor literal de la norma, dispone que: “el artículo 4 en su totalidad constituye un solo tipo penal y que sus diferentes letras configuran una enunciación no taxativa de las principales formas de cometer el delito o una especie de figuras derivadas de la principal”¹⁹, en ese sentido, lo que contendría el presente tipo penal es un delito de hipótesis múltiple, esto es: “un delito que puede quedar conformado por una diversidad de conductas, con igual disvalor jurídico, cuya enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa”²⁰, a partir de lo cual el rol de los literales y su tipificación particular tiene como fin establecer con mayor precisión distintas maneras de alzarse contra el gobierno o de provocar la guerra civil, pero sin ser estas las únicas, De otro modo, la concurrencia de estas conductas especialmente consideradas no da lugar a la consumación de delitos distintos de aquellos sancionados en el encabezado, sino que refiere a situaciones que merecen particular atención en función de la potencialidad que revisten para la consecución de los fines que la LSE pretende evitar. Asimismo, los literales vendrían a complementar la amplitud de la descripción típica del enunciado del artículo objeto de este análisis, ya que la falta de dicho complemento podría dar lugar a

¹⁹ Campusano Palma, Raúl. 1991. *Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 8.

²⁰ Ídem. Pág. 9.

una infracción al principio de tipicidad, especialmente en lo que refiere a la frase “alzarse contra el gobierno constituido por cualquier forma o cualquier medio”. En la misma línea interpretativa, Campusano explica un fallo de la Corte de Santiago, en que: “estima que para que una conducta encuadre típicamente con la forma verbal ‘alzarse’ [...] es necesario que tenga un importante grado de trascendencia y gravedad siendo cada una de las letras [...] solo casos más específicos de la misma conducta de alzamiento”²¹.

Mientras que una segunda postura, la cual tendría mayor aceptación dentro de la doctrina y jurisprudencia, alude a que: “cada una de las letras del artículo constituirían una figura penal de carácter autónoma e independiente”²², afirmación que encontraría sustento en diversos elementos interpretativos.

El primero de ellos, establece como punto de partida lo que señala el artículo 5 de la LSE al momento de fijar la penalidad de los delitos del artículo 4. Según Astudillo, el hecho de que este artículo se refiera en plural a “los delitos previstos en el artículo anterior” sería un elemento de apoyo al hecho de que cada literal constituye una figura autónoma e independiente²³. Sin embargo, no compartimos dicha apreciación, ya que por sí mismo este argumento no sería concluyente para sostener la tesis de la autonomía, puesto que el encabezado del artículo 4 contiene dos supuestos, que son el alzamiento, y la guerra civil. Por lo que la referencia aludida, al encontrarse en plural, puede apuntar sólo a estos dos hechos, sin que necesariamente comprenda las situaciones de los literales como delitos autónomos.

Otro argumento, fundado en antecedentes históricos, refiere a que: “todos los contenidos de cada una de las letras del artículo 4° de la LSE tienen, de una u otra forma, antecedentes legislativos anteriores que, en la mayoría de los casos, los contemplan como delitos autónomos”²⁴. Aspecto que sería relevante para la SCA de Santiago Rol N° 17-78, en la cual se condena al procesado como autor de los delitos establecidos en el artículo 4 letra a) y en el artículo 4 letra f) de la LSE, puesto que en caso contrario -de

²¹ Ídem.

²² Astudillo Canessa, Erick. Op. Cit. Pág. 238

²³ Ídem.

²⁴ Campusano Palma, Raúl. Op. Cit., Pág. 10.

haber estimado que el artículo contempla un solo delito de hipótesis múltiple- no hubiese sido posible condenar por dos delitos distintos, debido a que la concurrencia -en un mismo momento- de dos o más de las conductas contenidas dentro de los literales no generaría delitos distintos, sino que sólo sería relevante a efectos de establecer la magnitud de la pena. Aquello lo sustenta Matus al señalar, a propósito de las modalidades de comisión de un delito, que: “la realización de varias de ellas resulta indiferente a efectos de la configuración del tipo, pues siempre se entiende que se ha realizado un único delito, sin perjuicio de considerar el conjunto de circunstancias en la medida de la pena, de conformidad con lo previsto en el art. 69 CP”²⁵.

Sin embargo, las explicaciones dadas no parecen evidenciar cómo incide el elemento histórico en la separación de las conductas establecidas en los literales del artículo 4 LSE. En este punto estimamos que la fundamentación se encontraría amparada en aspectos de política criminal, puesto que, en principio, resultaría contraproducente subsumir delitos que originalmente se sancionaban de forma autónoma, para volverlos modos de comisión de un solo ilícito penal, debido a que en ese caso el efecto sería que en virtud de los literales, en lugar de tener 7 delitos distintos punibles por sí mismos, tendríamos 7 formas de comisión del alzamiento o de la provocación de una guerra civil, lo que tendría entre otras consecuencias, el hecho de dejar de ser relevante la cantidad de conductas desplegadas, ya que pasarían a ser sólo medios del hecho verdaderamente relevante, que es la consecución del resultado lesivo -alzamiento o guerra civil-. Lo anterior, sin perjuicio de que el mayor despliegue de conductas tendría efectos al momento de fijar la pena según el artículo 69 CP, en relación a la mayor o menor extensión del mal causado. Mientras que si se considera cada letra como un delito en particular, la realización de diversas conductas tendría consecuencias significativas en la pena, puesto que daría lugar a las situaciones comprendidas en los artículos 74 o 75 CP. Es por ello que carecería de lógica el hecho de que se contemplen los literales del artículo 4 como meras formas de comisión de las conductas señaladas en el encabezado, ya que supondría que el legislador estaría flexibilizando la comisión de delitos contra la Seguridad Interior del Estado.

²⁵ Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2021. Op. Cit., Pág. 557.

Teniendo presente que según la opinión mayoritaria de los autores, la interpretación adecuada es entender los literales del artículo 4 como figuras penales autónomas, se mantiene la interrogante respecto al fin que tendría el enunciado de este artículo. En este punto adquiere relevancia el empleo de la cláusula “y especialmente” antes de enunciar las conductas particulares contenidas en las letras. Si bien se ha hablado de que la posición de considerar los literales como delitos autónomos e independientes tiene mayor fuerza, sería esta frase la que restringiría, en cierta medida, dicha expectativa, ya que se encuentra estableciendo una conexión entre las dos partes del artículo, por lo que no habría una independencia total al momento de determinar la concurrencia de alguna de las figuras descritas en las letras del artículo 4.

Respecto al carácter que tendría el encabezado del artículo 4 LSE, Salinas estima que este sería un “delito base”, reconociendo, sin embargo, que existen factores que limitan su aplicación, entre ellos, la amplitud de los términos en que se encuentra consagrado, además de la validez que conservan las normas pertinentes del Código Penal y otras leyes²⁶. Pero existe un reparo en relación al hecho de considerar la primera parte del artículo como un delito de base, lo cual llevaría nuevamente a cuestionar la independencia de las figuras establecidas en cada una de las letras del artículo analizado. Sin perjuicio de lo anterior, el autor, al analizar la función que tendría esta primera parte al momento de su aplicación, alude -citando un fallo de la CA de Santiago- que con la expresión “delito base”, lo que quiere es “significar el rol de ser núcleo central de la figura delictiva”²⁷. Es decir, no configura un delito propiamente tal, en virtud de la amplitud de la conducta típica contenida en el encabezado, argumento que cuenta con la opinión favorable de Etcheberry. Ya que al señalar que: “esta tipificación -refiriéndose al enunciado del artículo 4-, demasiado amplia, es inaplicable en la práctica, salvo para los casos que a continuación se contemplan de manera expresa y especial, puesto que las demás conductas constitutivas de alzamiento político o promoción de la guerra civil se

²⁶ Salinas Chaud, Mauricio. 1991. *Delito político y seguridad interior del estado*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 84.

²⁷ Salinas Chaud, Mauricio. Op. Cit., Pág. 85.

encuentran ya sancionadas en el Código Penal, y ese encuadramiento prevalece”²⁸. Así, lo que en apariencia pretenden las dos situaciones consideradas en el encabezado es establecer un marco para la aplicación de las conductas, es decir, que los hechos que se lleven a cabo en virtud de las conductas especialmente reguladas sean de tal magnitud, que lleven a comprometer la estabilidad del estado, en términos tales como lo haría un alzamiento, o que constituya en potencia el desencadenante de una guerra civil.

El hecho de tener que interpretar en este sentido la relación que realiza la ley entre el encabezado y cada una de las figuras contenidas en las letras, nos hace retroceder en lo que respecta a considerar los delitos en particular como figuras autónomas, aunque, a pesar de la existencia de esta limitación, no nos vuelve a situar en la tesis que estima que las letras contienen distintas formas de comisión de las figuras contempladas en el encabezado. En ese sentido, podemos afirmar que las letras contemplan figuras autónomas, aunque limitadas a que su trascendencia sea tal que puedan generar o equipararse a un alzamiento, o sean una potencial fuente de guerra civil.

3. El delito de Bandidaje o Asociación Ilícita del artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado

Luego de haber realizado un análisis del encabezado del artículo 4 LSE, corresponde enfocarse de forma particular en el delito objeto de este trabajo. Para ello, comenzaremos con un análisis general de la figura, buscando determinar si es que cabría definir al delito de la letra d) como un tipo de asociación ilícita. Aunque en este punto no nos enfocaremos en analizar el bien jurídico protegido o los elementos de la tipicidad, debido a que ello se realizará en capítulos posteriores.

3.1. La denominación de “Bandidaje”

Para comenzar, es prudente referirse a las denominaciones que se le ha dado al tipo penal del artículo 4 d) de la LSE. En general, se lo menciona como un “delito de organización de milicias o grupos de combate”, sin embargo, Etcheberry le asigna un nombre bastante particular al momento de analizar los delitos que atentan contra la

²⁸ Etcheberry, Alfredo. 1998 c. *Derecho Penal Parte Especial Tomo IV*. 3ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 127.

seguridad interior del Estado²⁹. En este caso, y sin mayor explicación, lo denomina como “Bandidaje”, cuestión que resulta a lo menos llamativa, teniendo en cuenta que etimológicamente esta palabra no reflejaría la naturaleza del delito que regula.

Si nos remitimos a la RAE, esta define bandidaje como “bandolerismo”, lo que no termina por disipar las dudas en cuanto a lo que refiere esta palabra. Con respecto al significado de bandolerismo, la primera acepción, siendo la que resulta más adecuada desde un punto de vista jurídico, alude a este acto como un “conjunto de desafueros y violencias propias de los bandoleros”. Debiendo remitirse al significado de bandolero, con el objeto de tener mayor claridad respecto de cuál sería su sentido, las dos primeras acepciones hacen referencia a un “bandido”, calificándolo, la primera, como una “persona que roba en despoblados”, y la segunda, a una “persona sin escrúpulos”. Finalmente, bandido se cataloga como un “malhechor, delincuente”. A partir de lo anterior, tendríamos como respuesta que el bandidaje es otra forma de catalogar los actos de delincuencia, descripción bastante genérica que podría dar cuenta de la comisión de cualquier delito.

Sin embargo, si analizamos nuestra historia, tenemos que de forma usual se le denomina bandidaje o bandolerismo a un fenómeno acaecido durante el siglo XIX y fines del siglo XX en zonas rurales de nuestro país, cuyo foco es la actividad delictiva “ligada a personas que provienen, preferentemente, de grupos humanos marginados de los mecanismos de integración al sistema económico y a la estructura social”³⁰. Es en este contexto en que se conformaban grupos con una cantidad no superior a 10 integrantes, cuyo fin era el robo o el abigeato, desintegrándose, en la mayoría de los casos, luego de la comisión del delito³¹. Destacando finalmente, que, en general, las bandas de más de 8 personas eran las que contaban con mayor poder de fuego, debido a un mayor grado organizativo y capacidad delictiva³².

A pesar de que a partir de los antecedentes históricos cobraría sentido el hecho de haber denominado al delito como bandidaje, al tratarse en ambos casos de formas de

²⁹ Ídem. Pág. 128.

³⁰ Valenzuela Márquez, Jaime. 1991. *Bandidaje rural en Chile central: Curicó, 1850 - 1900*. Santiago de Chile, Dirección de bibliotecas, archivos y museos. Pág. 15.

³¹ Ídem. Pág. 73 - 74.

³² Ídem. Pág. 79.

organización delictiva cuyo objetivo es llevar a cabo determinados ilícitos, difiere una y otra figura en razón de los fines perseguidos particularmente. Si bien el bandidaje rural podría tener repercusiones políticas, en virtud del trasfondo social imperante en el origen de estas organizaciones, su objetivo era principalmente la comisión de delitos del Libro II Título IX del CP, por lo que, en lo que respecta a los ilícitos en particular, difícilmente puede hablarse de una organización con fines políticos, en el sentido de involucrar directamente al Estado como “víctima” de estos delitos. A diferencia de lo que ocurre con la figura del artículo 4 d), en la cual la organización debe tener como objeto la consecución de un hecho dañoso contra el Estado.

3.2. Organización y asociación ilícita

El artículo 4 d) de la LSE sanciona la incitación, inducción, financiamiento o ayuda a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes y a los que formen parte de ellas. En este punto cabe preguntarse si las organizaciones a las que refiere la norma son equivalentes a una asociación ilícita, o constituyen una figura de otra naturaleza.

Son distintos autores los que reconocen que la LSE contiene dentro de su regulación normas que sancionan las asociaciones ilícitas³³, aunque, en estricto rigor, esta ley sólo ocupa la palabra “asociar” en el artículo 1 letra f) para castigar a quienes se asociaren en partidos políticos, movimientos o agrupaciones con el fin de cometer delitos contra la seguridad exterior del Estado. Sin perjuicio de lo cual, Etcheberry considera al artículo 4 d) dentro de las infracciones que “restringen la libertad de asociación”, afirmando que: “los casos más importantes de asociaciones ilícitas se encuentran señalados en la Ley de Seguridad del Estado, y en la Ley sobre Conductas Terroristas”³⁴, indicando que la formación de milicias privadas y la afiliación a las mismas es uno de estos supuestos.

³³ Particularmente Etcheberry y Grisóla, el primero aludiendo en su obra Derecho Penal parte especial que “los casos más importantes de asociaciones ilícitas se encuentran señalados en la Ley de Seguridad del Estado y en la Ley sobre Conductas Terroristas”, mientras que el segundo en su artículo “El delito de asociación ilícita” refiere a la imposibilidad de sancionar las asociaciones cuyos objetos sean distintos a los sancionados por el Código Penal, Ley de Tráfico de Estupefacientes, Ley de Seguridad del Estado, Ley Sobre Conductas Terroristas, entre otras.

³⁴ Etcheberry, Alfredo. Op. Cit., Pág. 316.

Aunque estamos de acuerdo en que el delito del artículo 4 d) constituye una forma especial de asociación ilícita, resulta necesario analizar si es que el objeto regulado cumple con los requisitos básicos que ha establecido la doctrina y jurisprudencia para la conformación de este ilícito.

Como primer punto, Grisolía destaca la relevancia de: “diferenciar la asociación ilícita de una figura que a primera vista se puede confundir con la anterior: la conspiración”³⁵. Aunque en concreto existen diferencias sustanciales entre una y otra, hechos fácticos pueden llevar a la confusión, principalmente, la necesidad de que los intervinientes cuenten con un acuerdo de voluntades en ambos casos. El artículo 8 del CP establece que la conspiración sólo es punible en el caso de que la ley la sancione especialmente; para luego en el inciso segundo regularla como tal, en términos de que “la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito”. Según Politoff, para que exista conspiración es necesario que exista un acuerdo de voluntades unido a una resolución seria de cometer el delito. Asimismo, debe convenirse en la coejecución del crimen o simple delito, es decir, las partes deben llevar a cabo actos de igual rango, no bastando que una de ellas limite su actuación a meros actos subordinados, de complicidad o encubrimiento. De igual manera, el hecho debe recaer sobre crímenes o simples delitos, excluyendo las faltas³⁶.

Por otro lado, la asociación ilícita exige que se trate de: “un conjunto de personas que se organizan en torno a un objetivo común que comprende la finalidad de cometer delitos”³⁷, consumándose el delito por el solo hecho de reunirse. Sumado a aquello, también es necesario que en la asociación exista una: “estructura jerárquica en los participantes del delito, con un carácter más permanente [...] a diferencia de la conspiración, en la cual los sujetos que han adoptado la resolución de cometer un delito ‘no han puesto en obra los actos materiales necesarios para llevar a cabo su propósito’”³⁸. Otro elemento que se discute es el mínimo de integrantes que debe tener la asociación.

³⁵ Grisolía, Francisco. 2004. *El delito de asociación ilícita*. Revista Chilena de Derecho. 31(1): 75 – 88. Pág. 75.

³⁶ Politoff, Sergio. 2009. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*. México D.F., Editorial Jurídica de las Américas. Pág. 88 - 91.

³⁷ Grisolía, Francisco. Op. Cit., Pág. 76.

³⁸ Ídem. Pág. 82.

Si bien nuestra legislación no fija cantidades, el derecho comparado en ocasiones ha fijado un mínimo de tres³⁹.

A partir de lo anterior, se puede concluir que en el caso de la asociación ilícita, ésta iría un paso más allá en lo que respecta al nivel de organización y la preparación para la comisión de los ilícitos perseguidos por el grupo que lo que ocurre con la conspiración, en la cual únicamente sería el concierto de voluntades el elemento determinante que da indicios de su concurrencia, sin una ejecución particular de actos que den cuenta de la preparación para incurrir en los delitos que se han fijado cometer.

Según lo que se ha señalado, no es posible estimar que el artículo 4 d) al hablar de organizaciones lo haga como sinónimo de una conspiración para sustituir, atacar o interferir a la fuerza pública, alzarse contra el gobierno o atentar contra autoridades. Esto se debe a que, si bien el concierto de voluntades para llevar a cabo alguno de estos actos puede constituir un avance tanto para la configuración de una conspiración, como para una asociación ilícita, la finalidad de las conductas que deben tenerse en mente para incurrir en el delito -las contenidas en el artículo 4 d)- llevan a que sea necesario un nivel de organización superior al que se podría configurar con una conspiración. Por ejemplo, para llevar a cabo algunos de los fines que sanciona la ley, es necesario que además de conformarse un grupo, se lleven a cabo actos que contribuyan a conseguir el fin, como provisionarse con armas y dinero, además de la planificación de cómo se llevarán a cabo estos actos, asignando tareas. Si bien es posible que no exista una estructura jerarquizada como tal, sí podría hablarse de ciertos cargos y funciones de cada miembro, los que pueden estimarse más o menos importantes, lo que denotaría grados jerárquicos establecidos de facto. En cuanto a la cantidad de integrantes, si bien resulta complejo vislumbrar que se configure un grupo de dos personas con un fin como este, ello no es limitante para la ley en tanto se configuren los demás requisitos. A modo de ejemplo, un caso paradigmático para la configuración de una asociación ilícita de este tipo sería el Frente Patriótico Manuel Rodríguez.

³⁹ Ídem. Pág. 80. En este sentido hace alusión a la regulación de los artículos 416 del Código Penal italiano y 210 del Código Penal argentino.

Otro hecho que daría cuenta de que no se está sancionando una conspiración, es que el artículo 4 letra c) contempla expresamente la sanción contra quienes conspiren contra la estabilidad del Gobierno. En ese sentido, debido a la amplitud en que se encuentra expresada la conducta, vuelve lógico afirmar que este es el artículo aplicable en caso de que exista un concierto entre personas para llevar a cabo alguno de los actos antes descritos, por ejemplo, el dotarse con armas, aunque con la limitante de que su objeto sea particularmente desestabilizar al gobierno, y lógicamente el no contar con una estructura delictiva compleja, en cuyo caso la conducta devendría más bien en una asociación ilícita.

Capítulo II: Bien jurídico protegido

Una herramienta útil a efectos de poder determinar si es que el delito contenido en el artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado corresponde a una figura de asociación ilícita, es realizar un análisis comparativo entre el bien jurídico protegido de distintas normas que guardan alguna similitud con el tipo penal antes aludido. Pero antes de ello, con el fin de establecer un contexto, es prudente referirse en términos generales a la importancia y finalidad del bien jurídico protegido.

1. Principio de protección del bien jurídico como elemento legitimador de la imposición de penas

Dentro de la relevancia del bien jurídico, destaca el hecho de ser el medio que indica que es aquello que busca proteger el legislador con la dictación de normas sancionatorias en materia penal, debiendo destacarse el rol que cumple como criterio objetivador de las mismas, es así como la identificación de lo protegido por una norma penal permite el cuestionamiento de la misma⁴⁰, ello resulta ser un primer indicio del carácter legitimador asignado al bien jurídico.

Yendo un paso más allá, puede considerarse al bien jurídico como el elemento que dota de sentido a la imposición de penas, en virtud de que este debe suponerse siempre existente para otorgar racionalidad a la incriminación en lo que refiere al ámbito de aplicación a las figuras delictivas⁴¹. A nuestro parecer esta sería la forma precisa de describir lo que se busca exponer a continuación respecto del bien jurídico tutelado y su rol de criterio de legitimación en la imposición de penas, criterio que cobra mayor relevancia considerando la importante incidencia política de los delitos de la Ley 12.927.

En aras de legitimar la potestad sancionadora que la Constitución y las leyes le confieren al Estado a propósito de las conductas lesivas que pueden llevar a cabo las personas dentro de su vida en sociedad, distintas son las teorías que buscan otorgar sustento al ejercicio del monopolio estatal respecto de los mecanismos de coerción que

⁴⁰ Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán. 1997. *Lecciones de Derecho Penal Vol. I*. Madrid, Editorial Trotta. Pág. 57.

⁴¹ Politoff, Sergio. et al. 2003. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. 2ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 70.

castigan penalmente las conductas que el ordenamiento considera ilícitas. En este ámbito, gran aceptación tiene el principio de protección de bienes jurídicos, a partir del cual se afirma que dentro de los delitos: “resulta indispensable señalar *qué es lo protegido*, problema que la teoría penal ha intentado solucionar mediante el desarrollo de la teoría del bien jurídico”⁴², teniendo como consecuencia que: “la intervención del estado sólo es posible y *necesaria* cuando se trata de la protección de bienes jurídicos”⁴³.

De lo ya expuesto comienza a notarse que aparece como un deber del Estado emplear los medios necesarios -desde el punto de vista del derecho penal- para la protección del bien jurídico amenazado en el caso concreto, y junto con ello, se ha de destacar la relevancia que tiene el bien jurídico protegido dentro de cada tipo penal, al ser este el elemento que justifica la imposición de una sanción, en atención a que no cualquier hecho que ocasione daño debe tener como consecuencia la respuesta del derecho penal. Por ende, sólo se encontrará justificada la intervención punitiva en la medida de que la acción u omisión contenida en la descripción típica proteja bienes jurídicos así considerados, por ejemplo, podemos referirnos a un caso de responsabilidad extracontractual, en que si bien de alguna manera se puede ver perjudicado el patrimonio de una persona, y con ello su derecho de propiedad, la conducta, en tanto no constituya un ilícito penal, no se haría merecedora de la imposición de una pena, por no estimar el legislador que tal hecho deba recibir un castigo de esta magnitud, lo cual se condice con la calificación del sistema penal como la *última ratio*⁴⁴, aunque bien podría ser discutido que el daño ha significado una vulneración a algún bien jurídico en particular pudiendo dar lugar a eventuales reformas en la materia. Otro ejemplo relevante al efecto, refiere a la derogación de ciertos delitos por desaparecer las causas que justificaban su existencia, lo cual se da principalmente por ciertos cambios ideológicos dentro de la sociedad, así ha ocurrido en nuestro ordenamiento, por ejemplo, con los antiguos delitos de vagancia y mendicidad contenidos en el Libro II, Título VI, Párrafo XIII del CP.

⁴² Bustos, Juan. 1994. *Derecho penal parte general*. 4ª Ed. Barcelona, PPU. Pág. 99.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Politoff, Sergio. et al. Op. Cit., Pág. 67.

Sin embargo, los ejemplos planteados en el anterior párrafo no otorgan una respuesta a la pregunta de ¿cuándo puede considerarse que un hecho daña un bien jurídico, siendo susceptible de sanción a través de la vía penal?

Queda claro que la teoría en comento constituye un elemento que busca resguardar la integridad del sistema, teniendo incidencia incluso sobre la protección del estado de derecho⁴⁵, en el sentido de que constituye un medio a través del cual se busca impedir que las instituciones del estado, haciendo uso del derecho penal y la imposición de delitos y penas injustificadas, lleguen a vulnerar derechos fundamentales, lo cual constituye una suerte de mecanismo de control ante eventuales arbitrariedades por parte del legislador a la hora de ejercer el *Ius Puniendi*, lo que a su vez configura un elemento que busca dotar de legitimidad la imposición de sanciones criminales a determinadas conductas.

No obstante, es al momento de ahondar en la teoría cuando surgen ciertas dificultades, puesto que encontramos una cantidad considerable de distintas posturas que buscan explicar cuál es la génesis y el fundamento del bien jurídico protegido contenido en las normas penales.

Aunque el objeto específico de este capítulo es analizar el bien jurídico particularmente contenido en aquellas disposiciones que guardan alguna similitud con el tipo penal del artículo 4 d) de la LSE, resulta igual de relevante referirse, aunque sea someramente, a aquellas posiciones en relación con la teoría del bien jurídico que cuenten con mayor y mejor aceptación, además de destacar aquellas que guarden mayor coherencia y puedan ser un medio de justificación de la finalidad contenida en el delito analizado.

⁴⁵ El Informe del Secretario General de la ONU sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (S/2004/616) lo define como: “un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”.

Parte de la doctrina afirma que la rediscusión sobre la teoría del bien jurídico se ha hecho fundamentalmente desde un punto de vista político-criminal, vinculándose así la teoría del bien jurídico con los fines del ordenamiento jurídico y del Estado, lo cual ha tenido como resultado una referencia lógica y necesaria a la constitución⁴⁶. Afirmación que no nos puede resultar ajena, en aras de que el delito sometido a análisis, a grandes rasgos atenta contra la figura del Estado, cuyas bases se encuentran íntimamente ligadas a lo que disponga la carta fundamental. Siendo así, aparecería de manifiesto la magnitud de los delitos de la LSE en atención a que atentaría contra las bases mismas del Estado, de lo cual se desprende que esta perspectiva de asociar los bienes jurídicos con las garantías constitucionales parece un enfoque bastante útil a efectos de justificar los delitos contenidos en la ley en comento, aunque existen ciertos reparos.

En la línea de lo anterior, a pesar de que las tendencias jurídico-constitucionalistas cuentan con importantes autores a su favor en nuestro país, citando como ejemplo a Matus y Ramírez, para quienes la teoría del bien jurídico se enfrenta a serias dificultades al momento de determinar los bienes jurídicos protegidos si no es con una referencia al ordenamiento constitucional y la legalidad conforme al texto fundamental⁴⁷, esta postura no termina de convencer a otro sector.

Bustos, en ese sentido sostiene que, en primer término, se estarían confundiendo derechos fundamentales con bienes jurídicos, teniendo cada uno de ellos distintas funciones. En particular, los derechos fundamentales buscan “regular las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, y por tanto constituir un límite a la intervención del Estado respecto de los ciudadanos”⁴⁸, mientras que los bienes jurídicos “implican relaciones sociales concretas de los individuos respecto de todos posibles sujetos u objetos que pueden entrar dentro de esa relación, en ese sentido también el Estado, pero no sólo este”⁴⁹. A partir de lo anterior, entendemos que la gran diferencia radicaría en que el ámbito de protección de la Constitución sería vertical entre el individuo y el Estado, buscando proteger al primero del gran poder que detenta el segundo. Mientras que el

⁴⁶ Bustos, Juan. 1994. Op. Cit. Pág. 107-108.

⁴⁷ Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2021. Op. Cit., Pág. 60.

⁴⁸ Bustos, Juan. 1994. Op Cit. Pág. 108.

⁴⁹ Ídem.

bien jurídico es un medio de protección horizontal en la sociedad, ya que, potencialmente, busca tutelar las relaciones entre individuos, así como la de individuos y el Estado. En ese sentido cabe señalar que a éste último se le califica como el “sujeto jurídico colectivo de derecho público por excelencia”⁵⁰, siendo así sujeto de derechos y obligaciones, y por lo tanto, resulta evidente el hecho de que también es objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico.

Otro punto que destaca Bustos, aunque de igual manera con ciertos reparos, es la posición sociológica, la cual alude a que el bien jurídico es aquello que cuenta con valor social, es decir, aquello que la sociedad ha estimado como digno de ser protegido, sin embargo, en su desarrollo, esta teoría no explicaría lo que es el bien jurídico limitándose a señalar determinadas condiciones para su existencia⁵¹. A partir de lo cual afirma que: “[la falta de] una precisión concreta de su contenido y conexión y ubicación con el sistema social, no aparece suficientemente delineada su función o significación dogmática y por tanto su carácter garantista específico”, lo que implicaría problemas al fijar los presupuestos normativos de la pena⁵².

Finalmente, y luego de una serie de observaciones a las otras tendencias existentes dentro de la teoría, resulta ser la posición personal de Bustos la cual termina por explicar y entregar una visión que no destruye los aspectos garantistas y dogmáticos del concepto de bien jurídico, como ocurre con las ya mencionadas tendencias a las direcciones estatales y sociales absolutas⁵³.

De ese modo, el denominado “concepto crítico de bien jurídico” encuentra su razón en torno a la persona humana como ser social dentro de la sociedad democrática, de ello que las relaciones sociales sean lo propio del ser social. Siendo así, todo se trata del hecho de tener a la persona humana, como un ser que vive y se expresa en la sociedad, lo que lleva a deslegitimar aquellas conductas que atenten contra los intereses generales. En ese sentido, el bien jurídico es un concepto propio a una sociedad democrática, por

⁵⁰ Squella Narducci, Agustín. 2011. *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 180.

⁵¹ Bustos, Juan. 1994. Op. Cit. Pág. 109 - 110.

⁵² Ídem.

⁵³ Ídem. Pág. 111.

lo que no aplicaría a aquellos casos en que el comportamiento del sujeto se determina por el estado, religión, moral, etc.⁵⁴, como ejemplo el autor entrega el caso de los delitos contra la libertad sexual, sobre los cuales suelen primar aspectos puramente morales, cuando en realidad corresponde abordarlos desde el enfoque de la libertad sexual, ya que, en estricto rigor, es aquello que se encuentra comprometido en la conducta lesiva y no la moralidad. En síntesis, los bienes jurídicos surgen de la base social, estando sujetos a rediscusión democrática⁵⁵, es precisamente aquello lo que ha generado que conductas punibles dejen de serlo, al ser la sociedad la que ha impulsado su revisión, un ejemplo en nuestro ordenamiento es la Ley 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, la que no obstante se criticó fervientemente por aquellos sectores más conservadores.

Sin perjuicio de las distintas teorías que analizan el fin del bien jurídico penal, y del hecho que desde el punto de vista de una sociedad democrática tiene mayor sentido sustentar la fundamentación del bien jurídico en la propia discusión democrática, es dable concluir que gran parte de las teorías aludidas llegan a una conclusión similar, la cual es que la finalidad del derecho penal consiste precisamente en la protección de bienes jurídicos⁵⁶, quedando a criterio de cada interprete estimar cuál de las corrientes dentro de la teoría del bien jurídico resulta ser más admisible.

2. El bien jurídico protegido en los delitos de organización

Habiendo analizado a grandes rasgos la relevancia que tiene el bien jurídico dentro de la teoría del derecho penal, y con el fin de determinar cuál sería el bien jurídico protegido en el artículo 4 d) LSE, realizaremos un análisis comparativo entre los distintos delitos de organización regulados en nuestro sistema penal, realizando un enfoque particular respecto de aquellos utilizados como herramienta política en ciertos pasajes de nuestra historia.

⁵⁴ Ídem. Pág. 112

⁵⁵ Bustos, Juan. y Hormazábal, Hernán. 1997. Op. Cit., Pág. 58.

⁵⁶ Szczaranski, Federico. 2012. *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*. Política Criminal. Vol. 7(14): 378 – 453. Pág. 405.

2.1. Asociación ilícita, artículo 292 del Código Penal

El delito de asociación ilícita está regulado en el Libro II, Título VI “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, Párrafo X “De las asociaciones ilícitas”, comprendido entre los artículos 292 al 295 bis del CP.

Si bien el hecho de encontrarse comprendido dentro del título que refiere a los delitos contra el orden y seguridad pública, lo cual podría orientar la interpretación del bien jurídico protegido en este sentido, en la práctica ello no ocurre, puesto que en la doctrina no existe consenso acerca de cuál sería el bien jurídico protegido en esta clase de delitos.

En esa línea, existen distintas corrientes que buscan delimitarlo, las que únicamente coincidirían en que el bien jurídico protegido se trataría de uno de orden colectivo⁵⁷. Así, Couso alude que esta tesis sería viable únicamente en lo que refiere al delito genérico de asociación del artículo 292 del CP, mientras que en el caso de las asociaciones con fines específicos, el objeto de protección serían aquellos que se encuentran protegidos en los delitos-fin, asumiendo una estructura similar a la conspiración⁵⁸, hecho que resulta del todo lógico atendiendo al tenor literal del artículo 294 bis, el que sanciona tanto a la asociación ilícita como los delitos que se hubieren perpetrado a propósito de su conformación.

Ahora bien, respecto a las diversas tesis y el bien jurídico que se encontraría protegido en la asociación ilícita nos encontramos con los siguientes postulados:

2.1.1. Abuso del derecho constitucional de asociación

El derecho de asociación está consagrado a nivel internacional en el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 16 de la

⁵⁷ Díaz Díaz, Miguel Ángel 2015. *El bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág. 91 – 92.

⁵⁸ Couso, Jaime y Hernández, Hector. 2019. *Código Penal Comentado Parte Especial. Libro Segundo Título VI*. Santiago de Chile, Thomson Reuters. Pág. 302.

Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, se encuentra consagrado a nivel nacional en el Artículo 19 número 15 de la Constitución Política de la República, el cual expresa dentro de su tenor: “Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”, descripción que configura una excepción a la libertad de asociación, facultando así al legislador a sancionar a aquellas asociaciones que atentan contra la moral, orden público y la seguridad del Estado.

La doctrina plantea que la asociación ilícita vulneraría el derecho de asociación, dando lugar a un abuso del derecho cuando ella incide en aquellas conductas que la propia constitución prohíbe. Grisolía en esta línea expresa que: “este delito se encuentra situado en aquellos contra el orden y la seguridad públicos, pero, al mismo tiempo [...] afecta también el derecho constitucional por su ejercicio abusivo”, calificándolo como un delito pluriofensivo que además de afectar el orden social del estado, lo hace con el ejercicio de la libertad de asociación⁵⁹. Mención particular merece el hecho de que no sólo lo encuadra como un ejercicio abusivo a la libertad de asociación, sino que además contra el orden social del Estado.

A partir de otra perspectiva, Cancio Meliá desde un punto de vista crítico sostiene que el abuso del derecho de asociación: “no es aún una definición del contenido del injusto de la infracción, sino solo una referencia formal al modo de comisión previsto en el tipo” añadiendo que esta postura “no identifica aún cual es el injusto frente al cuál la criminalización reacciona”⁶⁰.

Sin perjuicio de que la doctrina del abuso del derecho de asociación sea minoritaria, ha sido considerada en nuestro país a través de la STC causa Rol N°567-2006 la cual en su considerando cuadragésimo cuarto alude: “Que, respecto al ejercicio abusivo de la libertad de asociación, existen disposiciones legales que se ocupan del tema, como el artículo 292 del Código Penal, que sanciona la asociación ilícita”⁶¹.

⁵⁹ Grisolía, Francisco. 2004. Op. Cit., Pág. 79-80.

⁶⁰ Cancio Meliá, Manuel y Silva Sánchez, Jesús. 2015. *Delitos de organización*. Buenos Aires, Editorial B de F. Pág. 36.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°567-2006, 2 de junio de 2010. Considerando cuadragésimo cuarto.

2.1.2. Orden público

El planteamiento de que el orden público se vería afectado por este delito se desprende a partir de la ubicación sistemática de los artículos que regulan este ilícito dentro del CP, lo cual aunado al epígrafe del Título VI, permitiría dar cuenta de que a partir de ello el bien jurídico protegido sería el orden público.

Sin perjuicio de lo anterior, en opinión de Mañalich: “el epígrafe del título del Libro II del Código Penal bajo el cual se encuentran tipificadas las variantes de asociación ilícita no constituye una premisa determinante para la caracterización dogmática de su lesividad específica”⁶², aunque no descarta totalmente su valor como criterio para fijar el bien jurídico afectado, recalca el hecho de que por sí mismo no resulta ser esclarecedor.

Si bien el concepto de orden público suele ser usado transversalmente por nuestro ordenamiento jurídico, no existe una definición entregada por la ley, lo que resulta conveniente al adecuarse su interpretación a las necesidades concretas de la sociedad en el determinado periodo de tiempo, sin embargo, podría llegar a constituir un problema en el sentido de que no se establece una definición objetiva, sino que toma preponderancia el rol del intérprete a la hora de señalar aquello que potencialmente puede afectar el orden público.

De un análisis minucioso realizado por Cavada a distintas definiciones de orden público⁶³, se desprende que existe una tendencia a considerar que su orientación apunta hacia la tranquilidad, seguridad o la paz de las personas, lo cual refuerza su carácter relativo, ya que depende de cada individuo determinar qué es aquello que le otorga tranquilidad, seguridad o paz.

Recoge los reparos realizados García-Pablos, quien expresa: “el concepto de orden público, por su amplitud y poca precisión, no resulta practicable en el área penal. Su acepción más amplia, como sinónimo de normalidad, de paz, impide que pueda ser

⁶² Mañalich, Juan Pablo. 2017. *Terrorismo y Organización*. Revista *Ius et Praxis*. Año 23(1): 367 – 418. Pág. 386.

⁶³ Cavada Herrera, Juan Pablo 2019. *Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública*. En: https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=75400 [Consultado: 02-10-2022].

empleado como criterio de selección y clasificación de delitos, porque todos, entonces, entrañarían una alteración del orden público”⁶⁴.

La subjetividad que implica la interpretación del concepto de orden público ciertamente supone un problema, además de que ha de considerarse su textura abierta y la falta de consenso en su definición.

2.1.3. Autotutela del poder del Estado

Es posible identificar un carácter predominantemente político en la presente corriente, ya que el objeto de protección pasaría a radicarse directamente en el Estado. En ese orden de ideas, esta teoría iría en la misma línea del fin que podría tener una ley como la LSE, dando lugar a que pueda cuestionarse la idoneidad de esta doctrina en lo que refiere a su regulación dentro del CP y el Título dentro del cual se encuentra.

García-Pablos plantea que el bien jurídico protegido en los delitos de asociación ilícita es: “la propia institucionalidad estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antiéticos a los de aquella”⁶⁵, lo que en palabras de Díaz implicaría una contravención al Estado al conformarse otro Estado dentro de él con fines opuestos⁶⁶.

Díaz recoge las críticas realizadas a esta doctrina, entre la que destaca la confusión existente entre el bien jurídico protegido con el sujeto pasivo del delito, siendo el propio Estado quien reúne estas dos características, sumado al planteamiento de la pregunta de ¿Qué ocurriría con aquellas asociaciones orientadas a realizar ilícitos que difícilmente pueden considerarse que contravienen al estado?⁶⁷, la respuesta es que ciertamente no encuadrarían dentro de esta postura.

⁶⁴ García-Pablos, Antonio. En: Fuentes, Erny y Polanco, Felipe. 1998. *Las asociaciones ilícitas en el derecho penal chileno*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pág. 28

⁶⁵ García-Pablos, Antonio. 1978. *Asociaciones Ilícitas en el Código Penal*. Barcelona, Editorial Bosch. Pág. 142.

⁶⁶ Díaz Díaz, Miguel Ángel. 2015. Op Cit. Pág. 101.

⁶⁷ Ídem. Pág. 108.

Esta tesis ha sido acogida por nuestra jurisprudencia, destacando las SCA de Antofagasta Rol N°28-2007, la cual en su considerando tercero señala: “A saber, la jurisprudencia nacional, siguiendo a García-Pablos de Molina, ha estimado que el delito de asociación ilícita tiene como perspectiva el Estado y su funcionamiento, sin que se trate únicamente de proteger bienes jurídicos singulares, sino la propia institucionalidad estatal, su hegemonía y poder frente a cualquier organización que persiga fines contrarios”⁶⁸; y la STOP de Ovalle del año 2013, en causa RIT N°25-2012, la cual en su considerando trigésimo cuarto expresa: “desde esta perspectiva ha de observarse que el bien jurídico protegido por el artículo 292 del Código Penal, como lo dice un sector de la doctrina, es el propio poder del Estado”⁶⁹.

2.1.4. Teoría de la anticipación

En lo que respecta a la teoría de la anticipación y su ámbito de desarrollo en relación con el bien jurídico protegido en los delitos de organización, un primer elemento en el que reparar, es que para llegar a vislumbrar cuál sería el objeto de protección al alero de esta teoría, resulta necesario dar cuenta de que los fines para los cuales se forma la organización toman un rol preponderante.

Es así como atendiendo a las características del tipo penal de la asociación ilícita, particularmente el hecho de que el delito a grandes rasgos se concreta con la sola pertenencia a la organización, incluso antes de que esta pueda realizar cualquier actuación tendiente a llevar a cabo algún delito que materialice los fines para los cuales se formó, esta teoría tiene como base el hecho de que: “la determinación del injusto se proyecta sobre los futuros delitos cuya comisión por parte de la organización se teme”⁷⁰, es decir, la justificación de su sanción, incluso antes de que se lleve a cabo propiamente tal cualquier hecho dañoso en sí, en principio se justifica por el peligro que representa la organización para otros bienes jurídicos.

⁶⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 28-2007, 30 de agosto de 2007. Considerando tercero.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, Rit N°25-2012, 18 de enero de 2013. Considerando trigésimo cuarto.

⁷⁰ Cancio Meliá, Manuel y Silva Sánchez, Jesús. 2015. Op. Cit. Pág. 36 – 37.

En ese orden de ideas, Carnevali expone a propósito de las graves consecuencias que los actos terroristas pueden generar, que el ordenamiento debe tener un carácter prospectivo, adoptando medidas que presten el debido cuidado a los actos que están por realizarse a través de una intervención penal oportuna, incluso antes de los actos de ejecución, teniendo siempre presente en su regulación el respeto por los principios de lesividad y proporcionalidad⁷¹. Dicha explicación da cuenta de que a partir de la teoría de la anticipación no se sancionaría a las asociaciones ilícitas por ser un mal de forma inherente, sino que por las graves consecuencias esperables a partir de su formación. Efectivamente, se alude que la existencia de la asociación supone un particular peligro para los bienes jurídicos del estado y los ciudadanos, dando lugar a una fuente de peligro incrementado, entre otros aspectos por las facilidades materiales que implica la unión de individuos con el fin de delinquir⁷².

A mayor abundamiento, reforzando la idea de que la sanción previa a la comisión de un hecho dañoso en sí, se justifica por la peligrosidad que significa la organización, la doctrina nacional ha dispuesto que: “si tiene lugar un incremento de peligrosidad representada por la organización, se justificaría entonces, anticipar la intervención punitiva”⁷³, hecho que da luces de que más bien se buscaría proteger bienes jurídicos ya amparados en la parte especial⁷⁴, y no propiamente sancionar a la organización y un bien vulnerado por ella misma per se. A partir de ello no cabe sino criticar esta postura en el sentido de que el delito como tal carecería de un bien jurídico protegido en sí, y por ende, en base a lo sostenido, carecería de un criterio que legitime su existencia.

Se infiere, que esta teoría no delimitaría un bien jurídico protegido en los delitos de asociación, sin embargo corresponde hacer la prevención de que en aquellos casos en que el delito de asociación está contenido en una ley especial, orientada a punir cierta clase de hechos, el bien jurídico si se materializaría de forma clara, debido que la propia

⁷¹ Carnevali, Raúl. 2010. *El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (XXXV): 109 - 145. Pág. 121 - 122.

⁷² Cancio Meliá, Manuel y Silva Sánchez, Jesús. 2015. Op Cit. Pág. 37.

⁷³ Carnevali, Raúl. 2014. *Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de Lege Ferenda*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 21(2): 61 – 101. Pág. 81.

⁷⁴ Idem.

ley da cuenta en base a la naturaleza de los delitos que regula, los fines para los cuales se formó la asociación en ese caso, lo cual sumado al ámbito más bien acotado de la naturaleza de dichos ilícitos permitiría observar un bien jurídico en concreto, contrariamente a lo que ocurre con el artículo 292 del CP y su carácter genérico.

2.2. Asociación ilícita terrorista, artículo 2 N°5 de la Ley 18.314

La Ley 18.314 en su artículo 2 señala aquellos delitos que se considerarán terroristas en la medida que cumplan con los requisitos particulares establecidos en el artículo 1 del mismo cuerpo legal.

Si se analiza de forma aislada el artículo 2, resultaría complejo determinar sólo a partir de él cuál es el bien jurídico que las conductas ahí descritas buscan proteger, ya que no existe un orden lógico-sistemático similar al del Código Penal al momento de señalar los ilícitos que dan lugar a conductas terroristas⁷⁵. Quizás, lo más evidente, es que se trata de conductas delictivas que el común de la sociedad podría calificar como “especialmente graves”, atendiendo a que afectan bienes jurídicos como la vida, la salud e integridad de las personas, y la libertad, entre otros.

Sin embargo, a pesar de que este catálogo de conductas delictuales regula ilícitos respecto de los que no cabe duda cuáles son los bienes jurídicos protegidos que contienen -la vida, salud e integridad y la libertad, según ya se mencionó-, también contempla otros en los que resulta necesario ahondar más en su descripción típica para llegar a obtener algún grado de certeza respecto del objeto de su protección. En estos casos podemos aludir al delito de incendio, el cual compromete esencialmente la propiedad, sin embargo, podría plantearse que por las características propias de los delitos terroristas, sea viable encuadrar también la vida e integridad de las personas como bienes jurídicos protegidos dentro de la tipificación del incendio. Por otro lado, contamos

⁷⁵ Esto en referencia a que los epígrafes constituirían un elemento a tener en referencia para la determinación del bien jurídico tutelado, sin embargo, como ya se ha señalado, en opinión de Mañalich, Juan Pablo. 2017. Op. Cit. Pág. 346, el epígrafe, aunque no lo considera determinante no le resta totalmente su valor.

con la asociación ilícita, de la cual se ha discutido extensamente, aunque sin plena certeza acerca de su bien jurídico protegido.

A ello hay que añadir el hecho de que el artículo 2 de la Ley 18.314, contempla delitos que ya se encuentran tipificados en el Código Penal, sin embargo, lo que permite diferenciarlos de los contenidos en este cuerpo normativo, es la finalidad particular de la LCT, elemento que justifica la imposición de penalidades agravadas.

Es importante destacar la relevancia para el análisis de los tipos penales de la LCT su artículo 1, puesto que resulta ser la disposición que permite fundamentar la aplicación de esta ley en desmedro de otras, ello en atención al fin específico que pudo haber motivado al agente a la comisión del delito. Asimismo, resulta ser un interesante factor el hecho de que en el artículo 1 se contenga el elemento típico subjetivo de la norma, y en el artículo 2 la conducta en concreto que resulta sancionada, en ese sentido, el tipo penal del ilícito estaría conformado íntegramente por dos artículos, no pudiendo entenderse uno sin la concurrencia del otro.

Por sí mismo, el artículo 1 de la LCT resulta ser bastante esclarecedor en relación con el bien jurídico protegido en los delitos terroristas. Si bien, esta ley regula una considerable gama de ilícitos, cabe señalar que su fin principal no sería otorgarle un disvalor al atentado de los bienes jurídicos contemplados en los ilícitos individualmente, es decir, como si se tratara de un delito del CP, por ejemplo, en el caso del homicidio, no solo se busca sancionar al sujeto por haber matado a otro, sino que la sanción agravada se justifica en que se mató a otro con un fin en particular más allá del solo hecho de darle muerte, esto es haberle asesinado buscando producir temor en la población, o haberse empleado medios que evidencian un fin de índole terrorista, haberse tratado de un atentado contra una determinada categoría o grupo de personas, o bien de esa manera se buscó incidir o exigir resoluciones de la autoridad, puesto que -en el mismo caso- si el único fin fuere castigar el homicidio no tendría sentido la existencia y aplicación de una ley especial sin un elemento que la diferencie de las normas comunes.

A la luz del objeto del presente trabajo, singular atención merece el delito del artículo 2 N°5 de la Ley 18.314, puesto que, además de ser difuso el bien jurídico que

busca proteger la tipificación de la asociación ilícita, es posible señalar que resulta ser un delito esencial para esta ley atendida sus finalidades, en ese sentido, se ha calificado al terrorismo como un delito en que: “resulta razonable radicar el injusto en la organización terrorista, por cuanto es ésta la que asume el protagonismo desde la perspectiva jurídico-penal”⁷⁶. A lo cual, debe sumarse el hecho de que la LCT ha sido utilizada de una forma eminentemente política, formando parte así del denominado “derecho penal político”, lo cual no es más que la utilización del derecho penal como: “instrumento de resolución inmediata y coyuntural de conflictos políticos”⁷⁷, así pues resulta ser que: “la atención sobre el fenómeno terrorista en los países de herencia hispana, curiosamente, está radicado en momentos históricos de anormalidad constitucional y tensión política institucional”⁷⁸. Así, en mérito de lo señalado, es posible comprobar que su aplicación se ha centrado en la persecución de determinados grupos, destacando la de los grupos armados que lucharon contra la dictadura, el pueblo Mapuche, además de grupos anarquistas y anti sistémicos⁷⁹.

El empleo de la palabra grupo no resulta aleatoria, ya que, consta que la imputación de delitos de asociación ilícita terrorista, ocupa un lugar importante en los procesos que han tenido lugar al alero de esta ley⁸⁰. Dentro de los antecedentes que podrían dar luces del bien jurídico protegido dentro de la asociación ilícita terrorista, encontramos la del atentado con resultado de muerte de Jaime Guzmán en cuya sentencia condenatoria en contra de los responsables se señala que: “[la] organización terrorista ha tratado de sembrar el caos y amedrentar a las autoridades legítimamente establecidas”⁸¹; asimismo, en relación al caso de un robo con intimidación cometido por miembros del FPMP al Banco de Concepción se calificó la acción como: “desprecio por

⁷⁶ Iriarte Ávila, Juan. 2016. *El delito terrorista: Bases conceptuales para su justificación punitiva*. Estudios Jurídicos Democracia y Justicia. Año 5 (5): 32 – 58. Pág. 50

⁷⁷ Diez-Ripollés, José Luis. 2008. *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI*. Política Criminal. Vol. 3(5): 1 – 37. Pág.16.

⁷⁸ Iriarte Ávila, Juan. 2016. Op Cit., Pág. 47.

⁷⁹ Villegas, Myrna. 2018. *Tratamiento Jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016)*. Política Criminal. Vol. 13 (25): 501 – 547. Pág. 505-506.

⁸⁰ Ídem. Pág. 506.

⁸¹ Sentencia Ministro en Visita Extraordinaria (Sr. Alfredo Pfeiffer), Rol N°39.800-91, vs. Hernández Norambuena, M. y otro. 27 de enero de 1994, considerando quinto. En: Villegas, Myrna. 2018. Op. Cit., Pág. 518.

el sistema político imperante”⁸², razonamientos que entre otras cosas, evidencian por sí mismos la perspectiva política plasmada en la aplicación de esta ley.

Hecho anecdótico, es que de forma posterior a la reforma procesal penal, y habiendo dejado atrás la convulsionada época post dictadura, sólo existe un antecedente de condena por asociación ilícita terrorista, en el denominado caso Castro Antipán, en cuya resolución el fundamento del tribunal resulta ambiguo en su aplicación.

Volviendo al punto central, cabe señalar que el bien jurídico protegido en los delitos terroristas según lo dispone Villegas es: “el orden constitucional democrático, entendido éste restrictivamente como la garantía constitucional de manifestarse a través de los cauces legales y materiales de participación democrática”⁸³. En la misma línea, Iriarte se refiere a estos como un atentado en contra del ordenamiento constitucional democrático de derecho⁸⁴. Lo cual se vería sustentado por el hecho de ser la constitución en su artículo 9 quien se refiere especialmente a los delitos terroristas, en ese sentido sería el propio texto quien entrega un marco interpretativo del bien jurídico que el constituyente busca proteger⁸⁵, esto es, los derechos humanos, los cuales se encuentran resguardados directamente por el orden constitucional democrático. Cuestión aparte es la legitimidad que tendría este cuerpo normativo, y si es que efectivamente se condice con el bien jurídico que busca proteger. Por añadidura, cabría hacerse la pregunta de si es que encontraría legitimidad en el pueblo, considerando que el antecedente de esta ley radica en la dictadura.

2.3. Grupos de combate armados, artículo 8 de la Ley 17.789

Es un antecedente relevante señalar que la LCA tuvo como objeto sistematizar la legislación existente en materia de control de armas a la época, la cual se encontraba dispersa en diversos cuerpos normativos, siendo uno de ellos la LSE, en ese orden de ideas, el artículo 6 letra e) y 10 de la Ley 12.927 de la época (1970) disponían dentro del

⁸² Sentencia Ministro en Visita Extraordinaria (Sr. Juan Araya), Rol N°3.557-1992, vs. Muñoz Hoffman. 28 de enero de 1993, considerando segundo. En: Villegas, Myrna. 2018. Op. Cit., Pág. 518.

⁸³ Villegas, Myrna. 2016. *Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno*. Política Criminal. Vol. 11(21): 140 – 172. Pág. 160.

⁸⁴ Iriarte Ávila, Juan. 2016. Op. Cit. Pág. 51.

⁸⁵ Ídem. Pág. 49.

Título III referido a los “Delitos contra el Orden Público” conductas que posteriormente se vieron enmarcadas en el objeto de control de la LCA, situación similar respecto del Libro II, Título IV, párrafo 6° del CP⁸⁶. A partir de lo cual, se desprende que existe una influencia más que evidente de la Ley 12.927 sobre la Ley 17.789.

Según se señaló en el primer capítulo, el inicio de este cuerpo normativo se dio en el contexto de una serie de indicaciones por parte del senador Juan de Dios Carmona Peralta respecto de un proyecto de ley sobre represión de actos terroristas, particularmente se tuvo como fin combatir la formación de grupos armados al margen de la ley, cuya paralización derivó en una moción para modificar la LSE, teniendo en mente la misma finalidad, moción que finalmente no prosperó, pero derivó en una indicación que es el antecedente de la actual LCA⁸⁷.

En consecuencia, al momento de referirnos al bien jurídico protegido contenido en la descripción típica del artículo 8 de la LCA, y en aras de la relevancia que tiene la LSE como antecedente de esta ley, es posible afirmar que la similitud existente con el tipo penal del artículo 4 d) no es mera casualidad, por lo que resultaría totalmente válido aludir a que el fin de la tipificación de este ilícito es la protección de la seguridad interior del estado, bien jurídico que en principio también asegura la norma de la Ley 12.927.

La afirmación anterior encuentra sustento en el hecho de que, originalmente, el artículo 8 fue concebido de esa manera, siendo un símil a lo dispuesto en el artículo 4 d) de la LSE, pero dentro de un cuerpo normativo especial referido al control de armas, razón por la cual Cea sostiene que: “el bien jurídico protegido inequívocamente en esta ley es la *seguridad*”⁸⁸, sin embargo, Villegas lo complementa en el sentido de señalar que la finalidad del legislador sería: “proteger no tanto la “seguridad” a secas, sino más bien la Seguridad del Estado, como una especie de reforzamiento a la protección del sistema político que ya se encontraba protegido por la LSE”⁸⁹, idea que ha sido abandonada

⁸⁶ Cea, Sergio y Morales, Patricio. 2018. *Control de armas: incluye innovaciones de la Ley No. 20.813 de 6 de febrero de 2015*. Santiago de Chile, Thomson Reuters. Pág. 2-4.

⁸⁷ Ídem. Pág. 4-5.

⁸⁸ Ídem. Pág. 6.

⁸⁹ Villegas, Myrna. 2019. *La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813*. Política Criminal. Vol. 14(28): 1 – 53. Pág. 3.

paulatinamente, en el sentido de que se ha entendido que constituye una herramienta eficaz contra la delincuencia común⁹⁰.

A nuestro parecer, es dable suponer que el bien jurídico protegido es distinto del que contempla la LSE, ya que, sería infructuoso dictar una nueva norma similar a la existente en otra ley, que persiga el mismo fin, lo cual no supondría más que generar dudas en orden a la disposición aplicable para un caso en concreto. Aunque, son las sutiles variaciones entre la descripción de uno y otro tipo penal el que permite apreciar la diferencia entre el fin que persiguen ambas normas, esencialmente en lo que refiere al tipo subjetivo de uno y otro artículo.

Sin perjuicio de que haya perdido fuerza la posición que sostiene que el bien jurídico protegido en la LCA es la seguridad [del estado], y que habría consenso en que se protege un bien jurídico colectivo, no existe opinión unánime respecto de cuál es el bien jurídico exacto que se estaría protegiendo⁹¹.

Si bien, el Título II de la LCA tiene una clara tendencia a sancionar conductas que van en el orden de la posesión, comercialización, fabricación, alteración y uso de los objetos regulados por la ley, el artículo 8 se concibe algo ajeno a esta tendencia. Estos detalles llevan a que resulte complejo vislumbrar con plena certeza un bien jurídico protegido en particular dentro de la ley, aunque no es del todo complejo delimitar cuál puede ser el bien jurídico protegido contenido en cada delito individualmente considerado.

En cuanto al bien jurídico protegido del artículo 8 LCA ha sido el propio legislador quien ha declarado que este corresponde al orden constitucional y democrático del estado⁹². La historia fidedigna de la ley señala que: “se resolvió sancionar como delito el solo hecho de organizar un grupo armado con armas prohibidas, porque su simple creación tiene por finalidad destruir el régimen democrático. En efecto, el hecho de formar una organización y armarla con dichos elementos permite racionalmente deducir que la

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ Ídem. Pág. 5.

⁹² Ídem. Pág. 8.

asociación tiene por finalidad combatir la fuerza pública y, en consecuencia, destruir nuestras instituciones”⁹³.

Una sutil variación es la que presenta Garay, para quien el bien jurídico que protegería el artículo 8 es la normalidad institucional, entendiéndola como: “la circunstancia de que los problemas de nuestra sociedad [...] deben ser solucionados a través de los procedimientos establecidos en la Constitución y en la normativa vigente”⁹⁴.

Si bien, sería complejo aludir a que los motivos que tuvo el legislador de la época se han mantenido tal cual motivaron la dictación de la ley, hay que considerar que dichos factores son de una naturaleza eminentemente política, la cual perseguía regular de forma minuciosa, aquellos puntos en que la LSE se encontraba al debe, asimismo, hubo referencias al terrorismo, por lo que resulta del todo lógico calificar al orden democrático como el objeto de protección en particular.

2.4. Asociación ilícita y organización armada, artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado

Antes de comenzar con el análisis del bien jurídico protegido del artículo 4 d) de la LSE y su comparación con el de los distintos delitos atinentes que sancionan formas de organización, aludiremos a ciertos aspectos contextuales que pueden orientar dicha labor.

En ese sentido, hemos sostenido que aunque el artículo en mención comparte características con los delitos de asociación ilícita, en estricto rigor la Ley 12.927 sólo ocupa la palabra “asociar” en el artículo 1 letra f), dentro del Título I, referido a los “delitos contra la Soberanía Nacional y la Seguridad Exterior del Estado”, sin perjuicio de aquello, el hecho de que el artículo 4 d) no utilice de forma expresa la palabra “asociar”, no desvirtúa los múltiples factores que permiten afirmar que esta se trata de una figura de asociación ilícita, entre los cuales se encuentra su bien jurídico protegido que, a nuestro parecer, comparte con otros delitos que castigan a estas asociaciones.

⁹³ Historia de la Ley N°17.798, Establece el control de armas. Op. Cit. [Consultado 02-10-2022].

⁹⁴ Garay Rojas, Rodrigo. et. al. 2007. Op. Cit., Pág. 208.

Cabe señalar que el Título de la LSE en el que se ubica el delito objeto de análisis guarda un elemento en común con el Título II del Libro II del CP. La situación es que ambos apartados sancionan los “Delitos contra la seguridad interior del Estado”. Sin perjuicio de lo cual los delitos regulados por cada cuerpo normativo son notoriamente distintos, esto debido a que el catálogo de delitos contra la seguridad interior del CP abarca más que nada la tipificación del alzamiento. Así, el hecho que busca exponerse, es que las disposiciones que caen bajo esta regulación tienen como objeto vulnerado según el legislador “la seguridad interior del Estado”.

Sin perjuicio de que, en un principio, podría recurrirse a la solución referida a que el bien jurídico protegido en los delitos del Título II de la LSE es la seguridad interior del Estado, la doctrina ha señalado ciertas características particulares prudentes de analizar acerca del artículo 4 d) y el resto de delitos regulados en el Título II de la LSE, por lo cual, a partir de ello se podrá delimitar de mejor manera en qué forma este delito afectaría a la seguridad interior del Estado, y si es este su bien jurídico protegido, considerando asimismo la ambigüedad de esta expresión ante su carencia de un alcance preciso⁹⁵.

En un primer análisis, podemos referirnos al hecho de que Künsemüller, quien además de calificar al artículo 4 d) como un delito de “organización de guerrillas y militancia en ellas”, considera que la finalidad directa de estos grupos organizados es: “la destrucción violenta del orden jurídico institucional existente en un país determinado”⁹⁶, para posteriormente afirmar que las conductas incriminadas y sus finalidades consisten en general, en la comisión de actos propios de una sublevación⁹⁷.

Un primer comentario, es que, resulta interesante el hecho de sugerir que el delito del artículo 4 d) constituye una etapa previa a la sublevación, siendo esta última conducta una que resulta tipificada como un delito en contra de la LSE. Lo anterior parece razonable, considerando que la sola organización no constituye el fin en sí mismo en esta clase de ilícitos, sino que resulta ser un medio para la consecución de un fin distinto que

⁹⁵ Rodríguez Collao, Luis. y Solari Peralta, Tito. 1988. *Reflexiones en torno al concepto de seguridad del estado*. RDPUCV. (12):203 – 224. Pág. 204.

⁹⁶ Künsemüller, Carlos. 1970. *Estudio de los delitos atentatorios de la seguridad interior del estado contenido en leyes penales especiales*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 35.

⁹⁷ Ídem.

trasciende a la formación de la asociación. Es atingente tener presente que ello se encuentra reafirmado por el mismo artículo 4 d), al sancionar a aquellas organizaciones que se constituyan con ciertos fines en particular.

En cuanto a la destrucción violenta del orden jurídico institucional como finalidad de las organizaciones reguladas en la LSE, resulta posible afirmar que se abstraería la seguridad interior como el objeto directamente afectado, recayendo primeramente sobre el orden jurídico institucional. ¿Resulta factible asimilar la seguridad interior con el orden jurídico?, a nuestro parecer concuerdan en cierto punto, en el sentido de que existiría una relación medial, siendo más amplio el primer concepto, ya que el atentado recae sobre el sistema sin un enfoque particular. Dicho enfoque -la afectación de la LSE- sólo tendría lugar en la medida que se materialicen los objetivos perseguidos por la asociación. De ello, que vulnerar el orden jurídico aparece como un paso previo a afectar la seguridad interior del Estado, aunque con el problema de que no se vislumbraría el bien jurídico afectado por la asociación hasta que tengan lugar los resultados perseguidos por ella.

Cabe recalcar que existen una variedad de atentados que pueden aparecer como medios capaces de afectar a la seguridad interior del Estado, en mérito de lo cual, si analizamos los distintos delitos del Título II de la LSE, y particularmente los de los artículos 5 a) y 5 b), observaremos que para que puedan considerarse delitos en contra de la seguridad interior del Estado -y no solo delitos contra la vida e integridad física y la libertad- resulta necesario -entre otros requisitos- que se cometan con el fin de alterar el orden constitucional o la seguridad pública, cuestión aparte resulta el análisis de que la idoneidad de los medios empleados se condiga con la intención del sujeto.

La mención que realizan los aludidos artículos 5 a) y 5 b) no debe pasarse por alto, puesto que esta misma fórmula debería ser ocupada en lo que refiere a los delitos contenidos en los literales del artículo 4 de la LSE, ya que, si todos ellos se encuentran dentro del mismo Título II, ¿Por qué sólo estos últimos deben alterar el orden constitucional? ¿Una organización armada que busca atentar contra las instituciones del Estado no alteraría este orden? Así, resulta pertinente remitirse nuevamente a lo

señalado por Villegas al referirse al orden constitucional democrático⁹⁸, si este corresponde a la garantía constitucional de manifestarse a través de los cauces legales y materiales de participación democrática, y considerando particularmente el artículo 4 d) de la LSE, el cual contempla dentro de su tipo penal un derecho fundamental como lo es la asociación, aunque con fines ilícitos, los cuales, por lo demás, difieren de los fines de una asociación ilícita del CP, al tener como objetivo atentar contra instituciones consagradas a nivel constitucional, los elementos parecen ser suficientes para explicar que es el orden constitucional democrático el que resulta vulnerado por la conformación de estas asociaciones y el peligro que significan.

En síntesis, el hecho de que el ilícito en comento se ampare en una garantía fundamental, pero con el fin de atentar contra instituciones consagradas a nivel constitucional, las cuales suponen las bases para el resguardo de la integridad del Estado, a nuestro juicio contradice en todas sus líneas aquello que se entiende por orden constitucional democrático.

Otra opinión sostiene que: “desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico penal, aparece claramente que el legislador, con Seguridad del Estado, está protegiendo al Estado en cuanto Gobierno o Aparato Estatal, y no en cuanto, Sociedad o Comunidad”⁹⁹, particularmente el artículo 4 d) atentaría contra la protección de los poderes del estado, requiriendo de una afección de considerable gravedad que lleve a comprometer la organización misma de los poderes¹⁰⁰, lo cual no generaría otro efecto más que afectar la seguridad del estado a través de ataques contra alguno de los poderes públicos¹⁰¹.

A partir de todo lo señalado, habiendo analizado la posibilidad de que el artículo 4 d) de la LSE signifique un atentado contra la seguridad interior del Estado, entendiendo este como el bien jurídico protegido, o el orden jurídico institucional, nos decantamos por una tercera opción. De ese modo, puede observarse una tendencia respecto de los

⁹⁸ Villegas, Myrna. 2016. Op.Cit., Pág. 160.

⁹⁹ Astudillo Canessa, Erick. 2002. Op. Cit. Pág. 86.

¹⁰⁰ Ídem. Pág. 93.

¹⁰¹ Ídem.

delitos de asociación ilícita terrorista del artículo 2 N°5 de la Ley 18.314, de los grupos de combate armados del artículo 8 de la Ley 17.789 y de la organización armada del artículo 4 d) de la Ley 12.927, ya que el objeto de protección, y el fin al que apuntan, es a proteger el orden constitucional democrático, lo cual no resulta una coincidencia, pues como se ha señalado, estos delitos contienen una marcada tendencia política, hecho que llevaría a la concordancia del bien jurídico que buscan proteger. Caso aparte es la asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal, cuyo bien jurídico protegido sería distinto, sin estar delimitado con precisión atendiendo su carácter genérico y por ende la falta de que conste una finalidad misma en la organización al momento de su regulación.

Capítulo III: Análisis del tipo penal del artículo 4 d) de la Ley de Seguridad del Estado

Luego del estudio de los aspectos generales de la Ley de Seguridad del Estado con un enfoque particular en el artículo 4, en especial su literal d); ya habiendo analizado el bien jurídico protegido desde la perspectiva de su rol legitimador de las conductas punibles; y la concordancia existente entre el objeto de protección con los de otros ilícitos de organización con los que su tipo penal guarda similitud, corresponde en este punto realizar un análisis detallado de la conducta típica tanto objetiva como subjetiva del referido literal, develando asimismo los problemas a los que da lugar la compleja descripción del tipo penal.

1. Tipo penal objetivo

Si bien dentro del Capítulo I se hizo un análisis respecto de la forma en que se ha interpretado el artículo 4 de la LSE, refiriéndonos particularmente al rol que la doctrina y la jurisprudencia le ha asignado a su encabezado, debe tenerse en consideración que se trata de una figura particularmente compleja en su interpretación, debido a que los autores plantean ciertas dudas en torno a si refiere a un solo delito de hipótesis múltiple, o si cada literal constituye un delito autónomo, habiéndonos inclinado finalmente por una interpretación ecléctica en la cual, si bien cada literal da lugar a un ilícito distinto, estos necesariamente deben tener una magnitud tal para satisfacer las acciones contempladas en el encabezado del artículo 4 (alzarse contra el Gobierno constituido o provocar la guerra civil).

Aunque a partir de ese factor es posible examinar de forma independiente el literal de la letra d), no deja de ser necesario referirnos nuevamente al encabezado del artículo 4 LSE, teniendo en consideración que los objetivos planteados por este tienen un rol fundamental a la hora de definir la concurrencia del ilícito, en mérito de que la conducta desplegada debe bastar para potencialmente ser considerada un atentado contra el gobierno constituido o una provocación de guerra civil.

En este punto, y en relación con la primera parte del artículo 4 LSE, este dispone que “cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o

por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente [...]”.

Respecto de los medios contemplados por el legislador para la consecución de los objetivos ilícitos, resulta evidente que quiso abarcar de la manera más amplia posible todas aquellas conductas que en potencia pudieran significar un peligro para la seguridad del Estado. Según se expuso en el Capítulo I, este enunciado por sí mismo resulta inaplicable, al ser un tipo penal abierto que deja enteramente al arbitrio del intérprete determinar el alcance de los medios que dan lugar a la conducta sancionada.

En cuanto a los hechos, 1) alzarse contra el Gobierno constituido, o 2) provocar la guerra civil. Respecto del primero, ha de destacarse que los delitos de alzamiento se encuentran regulados en distintas disposiciones de nuestra legislación penal, en ese sentido, el encabezado al encontrarse en una ley que tipifica conductas con fines particulares, del mismo modo sanciona una especial forma de alzamiento. Ello sin excluir los elementos señalados en el Título II, Libro II del CP, los cuales sirven de base para determinar cuáles son las conductas que dan cuenta de un alzamiento. Un ejemplo de lo que nos referimos, es el artículo 4 letra a) de la LSE, el cual se remite a los delitos de alzamiento del CP, pero sancionándolo según las normas de la LSE. En este tenor, debe prevenirse que una aplicación conjunta de ambos cuerpos normativos, en lo que a las sanciones refiere, encuentra su límite en el respeto del principio *non bis in ídem*.

A propósito del objetivo del alzamiento, parece no requerir mayor análisis que al referirse la norma al gobierno constituido, está haciendo alusión al poder ejecutivo, ya que es precisamente en este en quien recae la función de gobierno.

Respecto de la segunda conducta, debido a que resulta complejo concebir de qué manera una persona o grupo puede provocar una guerra civil, y con el fin de hacer aplicable y dotar de sentido a lo dispuesto por el legislador, estimamos que por el hecho de encontrarse el verbo provocar de manera subjuntiva en la norma, aquello iría en la línea de que la conducta punible busca castigar aquel hecho que en potencia produzca una conmoción de tal magnitud que sea capaz de desestabilizar las bases del orden social, dando lugar a una guerra civil.

En la línea de lo anterior, los objetivos contenidos en el encabezado del artículo 4 de la LSE se esclarecen con la regulación contenida en sus literales, sin embargo, las dudas persisten al momento de analizarlos, en ese sentido, la letra d) del referido artículo, al igual que el encabezado, contempla un tipo penal complejo, que da lugar a la sanción de una multiplicidad de conductas que perfectamente podrían haberse regulado como diversos delitos, y que sin embargo, el legislador los agrupó como si se tratase de uno solo, de ello que existen distintas situaciones que permiten incurrir en el delito en comento.

A saber, el artículo 4 d) dispone que cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente: “d) Los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes y a los que formen parte de ellas, con el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra los poderes del Estado o atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6°”.

Es llamativo el hecho de que la forma en que se encuentra planteado el tipo penal permite dividir perfectamente el literal en dos partes, teniendo en la primera el tipo penal objetivo del delito¹⁰², mientras que en la segunda el subjetivo¹⁰³.

1.1. Sujeto activo

En cuanto al sujeto que debe llevar a cabo la conducta típica, antijurídica y culpable para incurrir en el delito, se utiliza una fórmula común dentro del derecho penal para referirse a los delitos comunes: “Los [el] que”. Es decir, el legislador ha dispuesto que cualquier persona, sin importar sus características particulares puede cometer este ilícito.

¹⁰² Los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes y a los que formen parte de ellas [...]

¹⁰³ [...] Con el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra los poderes del Estado o atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6°

Sin perjuicio de lo cual, particular atención merece el factor de que la ley se refiera en plural al momento de señalar el sujeto activo, lo cual daría a entender que el tipo penal no puede ser cometido sino por la concurrencia de dos o más personas que ejecuten por lo menos alguna de las conductas punibles, de esa manera, nos encontramos ante un denominado delito de concurrencia necesaria o plurisubjetivo, ya que: “por razones del tipo requiere la interacción de varias voluntades -más de una- para que pueda consumarse”¹⁰⁴, lo cual es de toda lógica, teniendo en consideración de que nos encontramos ante un delito que sanciona una forma de organización, por lo que malamente podría sostenerse que basta un solo sujeto para su comisión.

No obstante lo anterior, si analizamos nuestra legislación en materia penal, nos daremos cuenta que la ley suele referirse en determinadas ocasiones de forma plural a los sujetos que pueden cometer la conducta sancionada, sin que ello implique que la conducta en cuestión necesariamente deba ser ejecutada por una pluralidad de sujetos, como ejemplo, podemos referirnos a dos artículos relevantes en el presente análisis, como lo es el artículo 15 del CP, el cual en sus tres numerales alude como autores a “Los que [...]”, similar ocurre con el artículo 293 del CP, al señalar las penas respecto de quienes hayan tomado parte en la asociación ilícita, señalando así a “[L]os jefes, los que hubieran ejercido el mando [...]”.

En virtud de lo anterior, cabe señalar que una interpretación literal llevaría al absurdo de no poder aplicar las referidas disposiciones respecto de aquel único agente que ha intervenido en el ilícito, por lo cual, además de la descripción singular o plural que haga la ley respecto del sujeto, debe ser considerada la naturaleza del ilícito o la conducta que busca ser sancionada, en tanto si ella necesariamente debe tener lugar por una pluralidad de voluntades o no, por ejemplo, es evidente que para un delito de organización se requiere de más de un sujeto, sin embargo, no toda organización tendrá más de un jefe, por lo que en este último caso, aunque la ley se refiera en plural a “jefes”, debe entenderse que también abarca de forma singular a un eventual jefe.

¹⁰⁴ Garrido Montt, Mario. 2005. *Derecho Penal Parte General Tomo II*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 335.

A partir de lo señalado, estimamos que debido a la complejidad del tipo penal en análisis, y al contener diversos verbos rectores, dentro de los cuales se encuentran algunos que no sancionan como tal el ser miembro de la organización, no necesariamente debe entenderse que la voz “Los” refiere a una imperativa pluralidad de intervinientes, sino que también debe interpretarse como “El”, en la medida en que sea pertinente, puesto que en una asociación ilícita difícilmente podría considerarse que sólo una persona resulta ser autora del delito, sin embargo, si es posible que un solo inductor, financista o ayudista pueda influir en la conformación de una organización.

1.2. Conducta

En este punto comienza a evidenciarse la complejidad de la tipicidad del delito, puesto que, si bien hemos venido sosteniendo que el elemento central del artículo 4 d) de la LSE es punir aquellos grupos o asociaciones ilícitas que tengan como fin atentar contra la seguridad interior del Estado, el legislador quiso ir un paso más allá, sancionando dentro del mismo artículo cualquier conducta que contribuyera a la formación de tales asociaciones, incluso aquellas que de derecho propio se entienden incorporadas en virtud del artículo 15 de la LSE, y por tratarse de normas comunes al Derecho Penal, como lo son las reglas del Título II, Libro I del CP.

Así pues, consta que el legislador sanciona tres tipos de conductas distintas dentro del artículo 4 d) LSE. En primer lugar, castiga la incitación o inducción a la organización de los grupos prohibidos; luego, el financiamiento o ayuda a la organización de estos grupos; y finalmente, el formar parte de ellos.

Considerando la diversidad de conductas sancionadas, debemos tener en cuenta que respecto de cada una concurren requisitos en particular.

1.2.1. Incitación o inducción a la organización

El legislador -probablemente de forma inconsciente- generó un problema de interpretación desde el momento en que utilizó la fórmula “Los que inciten, induzcan [...]”, en mérito de lo cual es válido plantear la duda respecto de cuál es el alcance de los términos incitar e inducir.

A partir del uso natural de las palabras pueden considerarse sinónimos, lo cual se corrobora si recurrimos a cualquier diccionario de sinónimos, o incluso a la RAE, la cual define inducir, en su primera acepción como: “Mover a alguien a algo o darle motivo para ello”. En cuanto a incitar, esta refiere a: “Inducir con fuerza a alguien a una acción”, así, resulta evidente que se define una acción a partir de la otra, sin embargo, no puede obviarse el hecho de que la utilización de ambos términos de forma separada dentro de nuestra legislación da lugar a presumir el empleo de cada una con un fin distinto.

Si analizamos la LSE, nos daremos cuenta de que dentro de ella, se ocupa 8 veces la palabra incitar, mientras que la palabra inducir 5 veces. Más llamativo aún resulta el hecho de que en los artículos 4 a), b), d) y 11, se utilizan conjuntamente las palabras inducir e incitar, aunque de forma disyuntiva, empleando en ocasiones la fórmula “inciten o induzcan”, en otras “inciten, induzcan”, o incluso ambas expresiones dentro de un mismo artículo como en el caso del 4 letra a).

Ahora bien, si recurrimos al CP, podremos apreciar que dentro de su vasta extensión, únicamente se utiliza la palabra incitar dentro del artículo 407, mientras que la palabra inducir se utiliza 5 veces, siendo la más relevante la del artículo 15 N°2, al regular la inducción como forma de autoría del delito. Es este hecho el que hace innecesario que el legislador regule la inducción como forma de comisión de cada uno de los delitos, al entenderse incorporado por las normas del Título II, Libro I del CP, que regulan las personas responsables de los delitos.

En ese orden de ideas, Garrido al momento de referirse a las formas de participación en el delito, utiliza las palabras instigación o inducción para referirse a la: “actividad anterior a la ejecución del delito dirigida a crear en una persona la resolución delictiva”¹⁰⁵, en cambio, no alude en ningún momento a la incitación como un modelo especial de participación en el delito, lo cual da una base para estimar la irrelevancia práctica en la distinción. Si bien esta situación particular por sí misma no resulta esclarecedora para llegar a una conclusión general, resulta ser un indicio válido que

¹⁰⁵ Ídem. Pág. 385.

aunado al resto de los argumentos, sustentaría la posición de que se utilizan como sinónimos y con el mismo efecto.

Según lo expuesto, la incitación aparece como una fórmula poco utilizada por la legislación, cuyo sentido se confunde con la inducción, postura que se refuerza a partir del hecho de que Garrido al referirse al artículo 407 del CP -único delito de este cuerpo normativo que contempla la palabra incitar- nuevamente equipara este hecho a la instigación¹⁰⁶. Situación similar sucede en la obra de Etcheberry, quien a propósito del mismo ilícito da a entender que la incitación constituye una forma de materializar la inducción, sin realizar una distinción expresa entre ambas conductas¹⁰⁷, en la misma línea Náquira expresa que: “si la inducción implica una especie de incitación o invitación directa, clara y abierta a perpetrar un delito, no puede tener lugar con meras comunicaciones, consideraciones o preguntas informativas del inductor”¹⁰⁸, aunque si bien estos últimos dos autores dan a entender, aunque no de forma expresa, la existencia de una distinción entre la incitación y la inducción, ambos recurren a explicar una a través de la otra, volviendo difusa su diferenciación, y más aún los efectos prácticos de esta distinción.

Es Cea quien se hace cargo expresamente de esta diferencia, aunque a nuestro parecer no de manera satisfactoria, ya que señala que la incitación tiene una connotación distinta, al implicar la realización de actos de menor entidad, no necesariamente conducentes a convencer a otro, sino simplemente a provocarlo a cometer el delito¹⁰⁹. Según lo que expone el autor, hace falta que ahonde en su explicación sobre la diferencia entre el convencimiento y la provocación, y cuál sería el límite entre una y otra. Aunque a partir de lo que señala, y más allá de que haga en falta un desarrollo más acabado del argumento, de igual manera el hecho de no convencer o no persuadir a quien se busca que cometa el ilícito, llevaría a que la incitación se asemeje a un mero consejo a delinquir,

¹⁰⁶ Garrido Montt, Mario. 2010. *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. 4ª Ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 144.

¹⁰⁷ Etcheberry, Alfredo. 1998 b. *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. 3ª Ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 144.

¹⁰⁸ Náquira, Jaime. 2017. *Derecho Penal Chileno: Parte General Volumen 2*. Santiago de Chile, Thomson Reuters. Pág. 291.

¹⁰⁹ Cea, Sergio y Morales, Patricio. 2018. *Op. Cit.*, Pág. 104.

hecho que en opinión de la doctrina no resulta punible¹¹⁰. Siendo así, si se tomara la incitación como un acto que no lleva a la persuasión para que otro cometa el delito, el legislador estaría puniendo conductas que no cumplen con los requisitos para ser calificados como ilícitos.

¿Qué es posible extraer de lo ya señalado? Si bien pudiera parecer un análisis superfluo, comenzamos aludiendo al hecho de que el legislador probablemente tuvo algún objetivo en mente al momento de establecer una diferenciación en el uso de esta terminología, más aun teniendo en cuenta que las palabras incitar e inducir se utilizan de forma alternativa, sin embargo, del somero análisis realizado, es dable concluir que si bien existe una sutil diferencia en la intensidad del convencimiento entre quien incita y quien induce, en la práctica esta distinción no se concibe de forma certera, manifestándose aquello, por ejemplo, en el uso indistinto que hacen los autores de una y otra conducta, por lo que es dable concluir que no tiene efecto práctico alguno la distinción. Esta situación permite además presumir una falta de percepción del legislador del efecto práctico al momento de la redacción de las normas, pues, en el afán de establecer con la mayor claridad posible cuál era la conducta que buscaba ser castigada, se generó el efecto contrario, al esbozar una legítima duda respecto al alcance en el uso de estas palabras, en ese sentido, al referirse el legislador a “Los que inciten, induzcan” en la práctica se termina aludiendo únicamente a la situación del inductor.

Como se señaló en el acápite referido al sujeto activo del presente delito, en un principio, para la comisión del ilícito del artículo 4 d), se requiere de una concurrencia de voluntades, a partir de lo cual cabría esbozar la duda sobre de qué forma aparece configurada la concurrencia de voluntades en la inducción, sin embargo, según lo señalado por la doctrina, aquella pregunta sería infructuosa, debido a que la categoría de delito plurisubjetivo sería ajena a una forma de participación en el delito como lo es la inducción, debido a que: “[son] cosas independientes, ya que en un delito plurisubjetivo puede darse la participación”¹¹¹.

¹¹⁰ Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2021. Op. Cit., Pág. 532.

¹¹¹ Garrido Montt, Mario. 2005. Óp. Cit. Pág. 335.

Es así como en el presente caso el foco del ilícito radica en el delito de participación en la organización, contemplado en el hecho de referirse el literal d) del artículo 4 LSE, a propósito de la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes, a que cometen el delito “los que formen parte de ellas”, es decir, este es el ilícito que dota de sentido a la normativa. En cuanto a la situación de contemplarse a los incitadores-inductores dentro del tipo penal, esto constituye un reforzamiento de lo dispuesto en el artículo 15 N°2 del CP, esa opinión sostiene Cea al analizar la situación del inductor dentro del artículo 8 LCA¹¹². Análisis que se hace extensivo al artículo 4 d) LSE, pues como se mencionó en su momento, la disposición de la LCA encuentra su origen en la de la LSE. Por lo que el hecho de incluir la inducción dentro del tipo penal, no hace que esta tenga un fin diferente a la de reafirmar que los inductores son penados a título de autor, aunque en la práctica ello no resultaría necesario, en función de que a partir del artículo 15 N°2 en concordancia con el artículo 15 LSE, ante la falta de norma especial, se entiende que el inductor debe ser sancionado como si de un autor se tratase.

A partir de lo expuesto, estimamos que esta técnica legislativa resulta innecesaria y hasta perjudicial, en el sentido de que complejiza en demasía el tipo penal al incluir gran cantidad de verbos rectores, generando que la interpretación de la ley se vuelva confusa. A ello debe sumársele la falta de algún efecto práctico en la pena aplicable, considerando que, en todo caso, con o sin regla expresa dentro del artículo 4 d) LSE, a quien induce se le sanciona como autor.

En lo que refiere a la conducta que debe llevar a cabo el inductor, esta consiste en persuadir de forma directa, determinada, y eficaz¹¹³, a un tercero para que realice una acción que tenga como fin organizar alguna de las asociaciones prohibidas por la ley. Resulta llamativo que, a partir de la interpretación del texto, pueda concluirse que la ley sólo sanciona a aquel que ha inducido a la organización, pero no la inducción a formar parte, esto en mérito de que es posible evidenciar una falta de continuidad entre las hipótesis de inducción, financiamiento y ayuda, con la de formar parte de la organización.

¹¹² Cea, Sergio y Morales, Patricio. 2018. Óp. Cit. Pág. 104.

¹¹³ Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2021. Óp. Cit. Pág. 529 – 530.

Así, el hecho de inducir a otro para que forme parte de tal organización sería una conducta atípica respecto del artículo 4 d), pero que sin embargo se puede sancionar a través de las reglas generales del CP.

Todo lo ya señalado es replicable dentro del artículo 8 de la LCA, ya que además de compartir la supuesta distinción entre inducción e incitación, contempla dentro del tipo penal como elemento particularmente punible, la inducción a formar la organización criminal. Se da un hecho similar con la asociación ilícita del CP, en este caso a partir de lo dispuesto por el artículo 293 a propósito de la sanción de los provocadores, resulta posible aludir a que el legislador con ello quiso referirse a quienes formaron la organización, no pudiendo descartar que dentro del amplio espectro de personas que podría abarcar esta palabra se encuentren asimismo los inductores. Sin embargo, el análisis particular de las similitudes y diferencias se hará al momento de analizar los eventuales concursos existentes entre el artículo 4 d) LSE y otras normas.

1.2.2. Financiamiento o ayuda a la organización.

Un primer elemento que se debe destacar, es la técnica utilizada por el legislador para sancionar esta actuación, de ese modo, el uso genérico de la palabra “ayuda” potencialmente puede dar lugar a problemas de certeza jurídica, debido a que por su amplitud queda sometido al criterio del juez determinar el alcance y las conductas que significarían una ayuda. En esa línea, el verbo rector “ayudar” se encontraría en el límite de lo admitido por el principio de tipicidad, en el sentido de que esta formulación carece de certeza jurídica al poder materializarse de múltiples maneras, sin embargo, en STC de 30 de marzo de 2007, causa Rol N°549-2006, el TC reconoce que no en todos los casos es posible precisar y pormenorizar la conducta contenida en la norma, dando lugar a que el juez a través de la función hermenéutica obtenga la conducta y el sentido de la norma, estándole sin embargo, totalmente vedado la posibilidad de crear supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal¹¹⁴. En el presente caso sería el contexto en el que se encuentra inserta la palabra ayuda el que dotaría de legitimidad a

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°549-2006, 30 de marzo de 2007. Considerando décimo segundo.

este término, entendiéndolo que refiere a una intervención del agente a través de actos necesarios que certeramente lleven a la formación de la organización.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, y en mérito del debido resguardo de las garantías constitucionales, la jurisprudencia del TC en sentencia de 28 de enero de 2016, causa Rol N°2.773-16, también ha señalado que no cabe al órgano jurisdiccional la calificación de la aptitud y el desenvolvimiento de la acción u omisión de manera subjetiva¹¹⁵, destacando así lo riesgoso de un tipo penal abierto.

Si bien según el mérito de la jurisprudencia del TC sería legal la tipificación de la ayuda a la organización, hay que considerar que eventualmente se obtendrían sentencias disímiles en casos similares debido a la imperiosa necesidad del juez de interpretar el alcance de la voz “ayudar”, a lo cual se suma el factor del carácter político de esta ley, hecho que facilitaría la aplicación de este ilícito de formas arbitrarias, puesto que al alero de la amplitud de la conducta sería posible interpretar el tipo penal de una manera más o menos laxa en el caso a caso, situación que permitiría aplicar el ilícito a conveniencia en contra de ciertos grupos de personas. En otras palabras, especial cuidado merece la forma en que se plantean los tipos penales cuando el derecho penal apunta a fines políticos, ello con el fin de evitar interpretaciones tendenciosas.

Otro aspecto que se ve comprometido por la amplitud de la conducta típica, es el principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones, puesto que el hecho de que la ley no establezca expresamente un criterio para determinar el alcance o límite de lo que debe considerarse una forma de ayuda punible, sancionable a través del artículo 4 d) LSE, daría lugar a que se configuren situaciones materialmente injustas, por ejemplo, no parecería acertado sancionar con la misma pena a la persona que colaboró con la organización del grupo como mensajero, que aquel que en razón de su cargo entregaba información privilegiada a sus futuros miembros para facilitar la consecución de los fines previstos.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2.773-2016, 28 de enero de 2016. Considerando vigesimoquinto.

Aunque en este sentido existe jurisprudencia que establece un criterio objetivo para diferenciar cuando un agente estaría prestando ayuda a la organización, y por ende, se sancionaría a título de autor del artículo 4 d) LSE, a saber: “si respecto de uno de los inculpados se ha probado [...] que ‘conoce muchos detalles que son propios de los militantes que están al corriente de la acción directa’ tal conocimiento ‘invade los límites de un ámbito que no sólo le permitía conocer el delito, sino que además, ayudar a los delincuentes en su acción’, ‘permite deducir que este reo ayudó a los autores del delito con pleno conocimiento de los que hacían, por lo que concluye de que en realidad es autor’”¹¹⁶. De lo anterior se desprende que, para poder sancionar al ayudista a título de autor, debe haber un conocimiento acabado respecto de los fines que tendrá su ayuda, distinto es el caso de quien colabora sabiendo que el fin de su ayuda es ilícito, pero sin saber los planes particulares de la organización a la que ayuda¹¹⁷, por lo cual, el criterio para determinar que una persona que presta ayuda debe ser sancionada a título de autor conforme al artículo 4 d) LSE, radica en el hecho de la relevancia de su aporte, y el grado de conocimiento que tenía respecto de los fines de la organización.

En este mismo orden de ideas, del uso genérico de la voz ayuda, sería innecesario referirse de manera particular como forma de comisión del delito al financiamiento de la organización, puesto que se entiende que esta conducta se encuentra subsumida dentro de aquellas actividades que implican prestar colaboración o ayuda en la organización del grupo. Siendo así, si nos remitimos al trabajo de Cancio, a propósito de la legislación terrorista española, más allá de las críticas que el autor realiza, es posible corroborar que a propósito de la organización terrorista, se consideran actos de colaboración a la captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, además del financiamiento¹¹⁸. En ese sentido, estos actos son asimilables a aquellos que según nuestra normativa se sancionan como inducción y financiamiento, los cuales podrían llegar a englobarse dentro de la categoría de ayuda. Sin embargo, una y otra difieren sustancialmente, puesto que

¹¹⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXVII, 2º Parte, Sección 4º, págs. 352 y ss. En: Astudillo Canessa, Erick. 2002. Op. Cit., Pág. 281.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Cancio Meliá, Manuel. 2014. *El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la unión europea*. Revista Justiça e Sistema Criminal. Vol.6(10): 45 – 72. Pág. 60 – 64.

financiar atendería a un apoyo de carácter económico, mientras que ayudar tiene una orientación referida a la cooperación material o humana¹¹⁹.

En cuanto al financiamiento de estas organizaciones, vale la pena mencionar que el texto de la LSE de 1958 ya contaba con una sanción al financiamiento dentro del artículo 4 d). Ello da cuenta de la perspicacia que tuvo el legislador al sancionar esta particular forma de ayuda, más si se realiza la comparación con el texto original de 1984 de la Ley 18.314, el cual no contemplaba el delito de financiamiento al terrorismo, el que solo vino a formar parte de nuestra legislación en el año 2003 con la modificación realizada por la Ley 19.906 a la LCT, y la creación de la UAF por la Ley 19.913, servicio público descentralizado el cual desde el año 2015 por modificación de la Ley 20.818 tiene expresamente como fin, prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para el financiamiento del terrorismo.

Respecto a lo que implica el financiamiento, recurriendo a la legislación de la UAF en relación con el financiamiento del terrorismo, la circular 54/2015 de 27 de mayo de 2015 considera como financiamiento: “los fondos solicitados, recaudados o provistos, entendidos en un sentido amplio, considerando en consecuencia, a todo tipo de bienes, muebles o inmuebles, corporales o incorporales, sea que en su origen se encuentren o no en territorio nacional”¹²⁰.

Si bien la definición de la UAF podría ser considerada un criterio objetivo que colabora con el fin determinar el alcance de lo que conlleva el financiamiento de la organización de los grupos contemplados en el artículo 4 d) LSE, su amplitud permite formular dudas desde el punto de vista de la tipicidad, es decir, solicitar escapa a lo que el sentido común entiende por financiar, de igual manera el tener que entender la definición en un sentido amplio vulneraría el principio de tipicidad. Sin perjuicio de lo cual, resulta útil al momento de entender que financiar implica no solo la provisión de dinero, sino que de distintos tipos de bienes.

¹¹⁹ Astudillo Canessa, Erick. 2002. Óp. Cit. Pág. 280.

¹²⁰ UAF. 27 de mayo de 2015. Circular 54/2015. Prevención del delito de financiamiento del terrorismo. Pág. 2.

Habiendo realizado ciertas observaciones a lo que implica ayudar y financiar, aparecen ciertas dudas en relación a si se sanciona la ayuda y financiamiento a la organización, y si es que ello alcanza a la organización cuando ya se encuentra formada. Ya hemos dado luces de aquello, aunque refiriéndonos particularmente a este punto, desde una interpretación estricta, se entiende que lo que sanciona la ley al tipificar la inducción, incitación, ayuda y financiamiento, es el acto de organizar, puesto que de la forma en que se encuentra redactada la norma se puede apreciar que el formar parte de la organización se encuentra en una frase distinta de aquellas conductas contempladas en la primera parte del literal. Sin embargo, Astudillo alude que los tribunales le han dado una interpretación distinta, citando para ello la SCA de Santiago, Rol N°15-59, manifestando a propósito de ella que: “[la] acción se encuentra referida a prestar cooperación de manera directa para la ejecución de los actos ilícitos que la agrupación realizaba o proyectaba realizar”¹²¹.

Sin perjuicio de que hace en falta una referencia más actual, estimamos que resulta inadmisibile que se extienda a tal interpretación la norma, puesto que llevaría su aplicación a supuestos originalmente no contemplados por la normativa, en ese orden de ideas si bien compartimos la percepción de que el tipo penal resulta insuficiente al no tipificar claramente la sanción a la ayuda al grupo una vez este ya se ha conformado, en ningún caso corresponde al juez extender de tal forma el alcance de la ley, sino que debería limitarse únicamente a la aplicación de la norma según una interpretación natural, dejando constancia a efectos de “lege ferenda” los problemas prácticos de la actual tipificación.

1.2.3. Formar parte

Según ya hemos señalado, el hecho de formar parte de alguna de las organizaciones contempladas por el tipo penal es el elemento central de este delito, ya que sin personas que integren el grupo organizado no es concebible que se sancione a quienes participen en la organización de estos grupos, en otras palabras, no tendría sentido sancionar a quien organiza si no hay nadie quien forme parte de la organización.

¹²¹ Astudillo Canessa, Erick. 2002. Óp. Cit. Pág. 280.

En ese orden de ideas, y para su adecuada inteligencia, corresponde señalar cómo debe ser entendido el hecho de formar parte de una de estas organizaciones.

Como primer elemento, necesariamente se requiere de una concurrencia de voluntades para que este delito tenga lugar. Se sanciona el formar parte de una organización, y para que exista tal organización, es necesario, en primer lugar, que exista el concierto de tres o más personas para integrarla, factor en el que concuerdan los autores, quienes estiman que una asociación para delinquir requiere de a lo menos tres personas¹²². Dicha afirmación se funda en el hecho de que el concierto de dos personas no sería suficiente para ser calificada como una organización, a lo cual la doctrina alemana añade una cierta duración en el tiempo, que los integrantes persigan fines compartidos y se sientan parte de este ente colectivo¹²³, de ello, que a nuestro parecer resulta relevante que exista una estructura en la organización para que sea tal, ya que de lo contrario sólo se trataría de un grupo de personas concertadas pero no organizadas.

Ha de señalarse también, que según lo contemplado en el tipo penal, se separa completamente la actividad de organizar el grupo, de la de aquellos que forman parte del mismo, por lo que no se requiere que quien forme parte de la organización haya colaborado a su conformación. Siendo así, en principio bastaría el hecho de haberse integrado a ella, sin embargo, este punto se complejiza, ya que legítimamente es posible plantear la duda en torno a cuál es el grado de actividad que requieren los miembros dentro de la organización para que se consideren parte de ella. En ese orden de ideas, ¿Bastaría figurar como miembro de la organización sin haber realizado alguna actividad -sirviendo como “apoyo moral”- para considerar que se cumple con el tipo penal? O ¿Resulta necesario tener un rol activo, ejecutando actos que tiendan a la consecución de los fines de la asociación para incurrir en el delito?

En cuanto al sujeto que cumple un rol activo dentro de la organización llevando a cabo actividades para la consecución de los fines de esta, no cabe duda de que cumple a cabalidad con su estatus de miembro, sin embargo, la doctrina a propósito del delito de

¹²² Grisolía, Francisco. 2004. Op. Cit., Pág. 76.

¹²³ Matus, Jean Pierre. 2017. *La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos de derecho chileno y comparado*. Nuevo Foro Penal. enero-junio 2017 (88): 39 – 71. Pág. 50.

pertenencia a organizaciones terroristas, somete a discusión el hecho de si habría lugar a un concurso de delitos entre el formar parte de la organización y los eventuales ilícitos instrumentales cometidos a propósito de las actividades de la organización¹²⁴. En ese sentido, nuestra postura es que se debe distinguir, y para ello recurriremos a lo dispuesto por el artículo 294 bis del CP, el cual, a propósito de la asociación ilícita, señala que se debe sancionar tanto por el hecho de haberse asociado para la comisión de ilícitos, y a la vez aplicar las sanciones correspondientes a los ilícitos cometidos en el marco de la asociación, situación que no se considera en la LSE, lo cual tiene importantes efectos.

En mérito de lo expuesto, consta a propósito del artículo 294 bis del CP, y del artículo 3 inciso 4 de la Ley 18.314 en concordancia con la norma ya señalada, que el legislador regula expresamente la oportunidad en que se aplican tanto las penas por haberse organizado, como por los ilícitos cometidos en el marco de la organización. Por consiguiente, el artículo 4 d) de la LSE al carecer de un precepto como este, da lugar a que deba hacerse aplicación de las reglas generales, debiendo distinguir el régimen aplicable en función de lo señalado en el artículo 75 del CP.

Cabe tener en cuenta que la organización se constituye con ciertos fines indicados en el literal d) del artículo 4, y es en mérito de aquello que no habría lugar a la acumulación de las penas de cada delito cuando estos tienen un carácter instrumental, es decir, resultan ser los medios necesarios para la comisión de otro, por ejemplo, la LSE sanciona el ser parte de milicias privadas, en ese sentido, es lógico suponer que sus integrantes se encontrarán en posesión de armas, hecho que no sería sancionable como un delito aparte, por ser un medio necesario para la organización de la milicia y llevar a cabo sus fines, sin embargo, si daría lugar a un concurso real si la organización ejecuta actos que escapan a la consecución de sus objetivos, sin perjuicio de lo anterior, existen actividades que pueden ser difusas y que corresponderá ponderar para estimar si se enmarcan o no como medios necesarios para la consecución del ilícito principal, por ejemplo, robar para obtener financiamiento para la organización.

¹²⁴ Cancio Meliá, Manuel. 2010. *El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal español*. Revista de Estudios de la Justicia. (12): 149 – 167. Pág. 153 – 156.

En cuanto a si basta para ser considerado parte de la organización la simple integración, o por el contrario si es que resulta necesaria una conducta activa, Cancio estima que: “en la praxis de las organizaciones criminales no puede haber pertenencia sin actividad”¹²⁵. Estimamos que esto se condice con los fines planteados por el literal d), en el sentido de que quien forma parte de la organización debe tener determinados fines en mente que lo motivan a integrarse a esta, los cuales deben ser demostrados mediante acciones que tiendan a la colaboración con la asociación, siendo así, malamente puede estimarse que quien materialmente no aporta en ningún sentido a la organización pueda ser considerado integrante de ella.

Respecto de los actos que darían cuenta de que el sujeto es parte integrante de la organización, nos parece acertado señalar que atendido los particulares fines que la ley contempla como elemento necesario para la conformación del tipo penal del artículo 4 d) LSE, es imperativa la ejecución de actos que a lo menos configuren un indicio de los objetivos propios de la organización, siendo necesarios además rasgos de permanencia, estabilidad y sometimiento a la estructura organizacional¹²⁶, así lo señala Cancio Melia a propósito de la definición de organización terrorista. Compartimos esta postura, amparados en el elemento subjetivo del literal d), puesto que, el llevar a cabo actos, sin que detrás de ellos aparezca la motivación conforme a los fines de la organización, da lugar a que se ponga en tela de juicio si efectivamente nos encontramos ante el presente ilícito de la LSE, o bien ante una asociación para delinquir “genérica”. Por ejemplo, no es lo mismo ser un miembro de la organización que se arma con el fin de robar un banco en interés propio, que hacerlo con el fin de crear una guerrilla para combatir a las fuerzas del orden público.

En síntesis, forma parte de la organización aquel sujeto que ejecuta actos tendientes a satisfacer los fines propios de la agrupación, no bastando el simple “apoyo moral”, puesto que ello no daría cuenta de un aporte real que pueda ser calificado como conducente a la obtención de los objetivos previstos.

¹²⁵ Cancio Meliá, Manuel. 2010. Óp. Cit. Pág. 159.

¹²⁶ Ídem. Pág. 160.

1.3. Formas de organización

Antes de comenzar con el análisis de los grupos particularmente considerados, se debe tener en cuenta que, en términos generales, al tratarse de organizaciones, resulta imperativo que estas tengan conformada una estructura jerárquica, y permanencia en el tiempo que permita calificarlas como tal.

1.3.1. Milicias privadas

¿Qué diferencia a una milicia de cualquier otro grupo armado? Comenzando por definir lo que es una milicia, tenemos que este refiere al “servicio o profesión militar”. Estimamos que no merece reparo el hecho de señalar que la profesión militar radica en las fuerzas armadas, ello en concordancia con el artículo 101 de la CPR, norma que indica que estas se constituyen exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, por lo que, en estricto rigor, no cabe hablar de milicias privadas al ser estas instituciones inexistentes en nuestro ordenamiento.

Más acertado sería referirnos a estos como grupos paramilitares, entendiéndolos, según la RAE como: “una organización civil dotada de estructura o disciplina del tipo militar”, es decir, refiere a personas comunes que con algún fin en particular, eventualmente ilícito, hacen propia aquellas actividades que la normativa otorga a las fuerzas armadas, entre ellos su entrenamiento y formación profesional. Siendo así, la SCS causa Rol N°79.497-2020, a propósito de la revisión del proceso Rol A-35 del Consejo de Guerra de Valparaíso, entrega un indicio respecto de las actividades de una organización paramilitar, señalando en el considerando segundo que: “[...] recibía instrucción paramilitar consistente en uso y manejo de armas de fuego y explosivos, con el fin de atacar a la fuerza pública”¹²⁷, evidenciando así, que sería propio de la naturaleza de los grupos paramilitares pugnar con la legalidad.

1.3.2. Grupos de combate

Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, la sentencia antes aludida es imprecisa al momento de establecer una diferenciación entre una milicia privada y un

¹²⁷ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N°79.497-2020, 25 de agosto de 2021. Considerando segundo.

grupo de combate, ya que los asimila al afirmar que la conducta por la que se procesa al inculcado es constitutiva de participar como alumno en una milicia privada o grupo de combate¹²⁸.

Cea tampoco repara en hacer una distinción entre estas organizaciones y las milicias privadas, limitándose a afirmar que: “[se] trata de grupos organizados jerárquicamente, cuyos miembros, entrenados militarmente, cumplen diferentes funciones propias de un ejército, como logística, inteligencia y operaciones, de manera habitualmente reducida y compartimentada”¹²⁹.

Aunque estimamos que, en primer término, la definición expresada no haría una distinción entre milicias privadas o grupos paramilitares, y grupos de combate, estimamos que la última frase de ella cumple un rol relevante, al ser el elemento que diferencia a estas dos organizaciones, puesto que un grupo de combate sería una entidad de menor envergadura que una milicia privada, por lo cual, el hecho de caracterizar a un grupo como una milicia daría cuenta de un nivel de organización superior al de aquel grupo que se le califica solamente como grupo de combate.

1.3.3. Otras organizaciones semejantes

Finalmente, el legislador con el fin de dejar una cláusula abierta estableció de forma genérica la prohibición de conformar y pertenecer a alguna organización similar a una milicia privada o grupo de combate.

Si bien se ha venido criticando la técnica legislativa empleada en este cuerpo normativo, al hacer uso de términos vagos dentro del artículo objeto de análisis, estimamos en este caso que el contexto en el cual se inserta esta frase dota al sentenciador de un marco estrictamente definido que permite entender a qué tipo de organizaciones alude la ley, aunque la describa de forma genérica.

¹²⁸ Ídem.

¹²⁹ Cea, Sergio y Morales, Patricio. 2018. Óp. Cit. Pág. 100.

2. Tipo penal subjetivo

El artículo 4 d) LSE tiene la particularidad de señalar expresamente cual es fin que debe tener en mente el autor del delito para incurrir en él, en ese sentido no basta el cumplimiento de todos los elementos contenidos en la primera parte del artículo, ya que el tipo penal se encontraría incompleto, dado que se exige que la conducta punible se lleve a cabo con el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, alzarse contra los poderes del estado, o de atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6° LSE.

Siendo así, en consideración de que para la conformación del ilícito la ley exige que los autores tengan como objetivo ciertos fines, aparece como un elemento estrictamente necesario el conocer y querer la consecución de tales fines. Dicho sea de paso, es la persecución de tal finalidad¹³⁰, la que permite concluir que el delito del artículo 4 d) LSE sólo puede ser cometido con dolo directo, puesto que, el dolo eventual implica que el agente se ha representado como posible el hecho dañoso, el cual no es querido, o bien se confíe en la no producción, pero a la vez aceptándola en el caso que se dé¹³¹. De ese modo, es un hecho que el dolo eventual permite corroborar una falta de interés a la consecución de los fines necesarios para sancionar esta forma de organización, razón por la cual quedaría excluida aquella conducta cometida sin dolo directo del ámbito de punibilidad del artículo en análisis.

2.1. Fines de la conducta

En lo que respecta a los elementos subjetivos del tipo y atendiendo a la finalidad de la conducta, en el presente caso nos encontramos ante un delito de intención trascendente, puesto que el agente apunta a conseguir algo: “situado más allá de la conducta objetivamente exigida”¹³², puesto que la organización en sí misma no basta para conseguir los fines que se tuvieron a la vista para conformarla, pero sí para dar lugar al tipo penal del artículo 4 d) de la LSE. De ese modo para la materialización de los fines

¹³⁰ Izquierdo, Cristóbal. 2021. *El dolo no intencional en la Jurisprudencia superior chilena (1900-2018)*. Política Criminal. Vol.16 (32): 898 – 930. Pág. 908.

¹³¹ Ídem. Pág. 915.

¹³² Politoff, Sergio. et al. 2003. Op. Cit. Pág. 192.

se requiere, además, del despliegue de otra conducta que esté orientada al alcance de tales fines, dando así lugar a la subclasificación de un delito imperfecto en dos actos, ya que los sujetos: “tiene[n] una mira por alcanzar que debiera tener lugar, *con una propia actuación suya*, después de lo objetivamente exigido en la descripción del hecho”¹³³.

2.1.1. Sustituir, atacar o interferir en el desempeño de la fuerza pública

Así, en cuanto a los fines particulares que deben tener en mente quienes organizan y forman parte del grupo, encontramos tres posibles objetivos, para lo cual recurriendo al uso común de las palabras, sustituir implica en una primera acepción “Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”, mientras que una segunda refiere a “Ocupar el lugar de otra [persona o cosa]”. Por otro lado, atacar quiere decir “acometer, embestir con ánimo de causar daño”. Mientras que interferir alude a “cruzar, interponer algo en el camino de otra cosa, o en una acción”.

En cuanto a la fuerza pública, si nos remitimos a la CPR de 1980 -actualmente vigente- encontraremos que el inciso segundo del artículo 101 expresa: “Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas”.

Resulta llamativo el hecho de que a partir de lo señalado por la actual Constitución se concluya que la ley se limita a sancionar a quienes tengan como intención perturbar las funciones de Carabineros y la PDI. Sin embargo, debe tenerse en consideración de que en el momento de promulgarse la LSE era la Constitución de 1925 la que se encontraba vigente. A partir de lo cual no sería acertado ocupar la integración que la Constitución de 1980 le asigna a la fuerza pública. Siendo así, consta que en la última versión de la Constitución de 1925, dentro de su artículo 22 se señala que: “La fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros”. Es decir, a partir de una necesaria interpretación sistemática que integre los contenidos de ambas constituciones, y con el fin de dar cuenta de la situación actual

¹³³ Ídem.

que en cada momento el legislador tuvo presente para dictar la referida norma, debe entenderse que el fin de la organización delictiva debe ser atacar contra Carabineros, la PDI o contra alguna de las ramas de las Fuerzas Armadas.

Cabe señalar asimismo, que estos fines se complementarían de buena manera con lo dispuesto en el encabezado del artículo 4, ya que, particularmente, el intentar sustituir o atacar a la fuerza pública podría ser un primer paso para la consecución de una guerra civil. Siendo así, algunos criterios para determinar una situación de guerra civil son: “[la exigencia] de un estado de beligerancia bastante extendida, la existencia de cuerpos armados de consideración por ambos bandos y la posesión de territorio [...] la simultánea existencia de dos gobiernos o autoridades públicas, que reivindican para sí la auténtica representación del poder político”¹³⁴. En este caso, un bando correspondería al de los grupos subversivos y el otro al de las fuerzas de orden. Sin embargo, el referido hecho parece poco factible en la práctica, al resultar compleja la materialización de un panorama como este, debido a que la organización debería ser una a gran escala, con poder suficiente para hacerle frente a los organismos estatales para que legítimamente pueda hablarse de guerra y no solo de un ataque.

2.1.2. Alzarse contra los poderes del estado

En este caso la ley sanciona a quienes hayan intervenido en las organizaciones constituidas con el fin de alzarse contra los poderes del Estado. Cabe señalar que habría múltiples formas de configurar un alzamiento, contemplándose así la rebelión y la sedición, hechos que además por sí mismos se encuentran regulados y dan lugar a otra rama de delitos contra la seguridad interior del Estado.

Otra característica es que lo dispuesto en el artículo 4 d) viene a complementar lo señalado por el encabezado del artículo, puesto que en primer término se sanciona a los que en cualquier forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido, hecho que se limitaría a resguardar la figura del poder ejecutivo. Sin perjuicio de lo anterior, el literal d) sanciona a quienes se hayan organizado con el fin de alzarse contra los poderes del Estado, resultando relevante esta forma de plantear el fin previsto, puesto

¹³⁴ Etcheberry, Alfredo. 1998 c. Op. Cit. Pág. 118.

que al no hacer distinción se entiende que el resguardo abarca los tres poderes del Estado y no solo el ejecutivo como da a entender el encabezado.

2.1.3. Atentado contra autoridades

En cuanto al fin de atentar contra autoridades, el significado del verbo alude a “Emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito”, por lo cual implicaría la comisión de cualquier delito en contra de alguna autoridad, sin embargo, a partir de una interpretación armónica de la Ley 12.927, el mismo cuerpo normativo vendría a restringir el margen de lo punible al calificar como atentado la conducta del artículo 5 letra a), a saber, atentar contra la vida o la integridad física de las personas, contemplando el inciso segundo de la norma en comento una pena agravada respecto de quienes atentaren contra una persona en razón del cargo que desempeñe, haya desempeñado o deba desempeñar, situación que iría en concordancia con este fin específico.

Sin perjuicio de lo anterior, deber destacarse que producto de la modificación realizada por la Ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo a diversas disposiciones de la LSE, en la práctica la sanción establecida en base a este fin resulta inaplicable, ya que la mentada reforma reemplazó el artículo 6 b) de la LSE, generando que actualmente se sancione únicamente a quienes ultrajaren públicamente la bandera, el escudo, el nombre de la patria o el himno nacional, eliminando así la antigua disposición que sancionaba a quienes injuriaren o calumniaren al Presidente de la República, Ministros de Estado, Senadores o Diputados o miembros de los Tribunales Superiores de Justicia.

Lo anterior provoca que el artículo 4 d) de la LSE pretenda sancionar la conformación de organizaciones cuyo fin no resulta claro, ya que al carecer el artículo 6 letra b) de cualquier mención a alguna autoridad, el tipo penal se encuentra incompleto, vulnerando así la legalidad requerida por la CPR.

Si bien podría argumentarse que bastaría un análisis a las modificaciones realizadas por la Ley 19.733 para obtener una respuesta respecto de quienes son las autoridades aludidas por la última frase del artículo 4 d) LSE, ello escapa por mucho a

una labor hermenéutica, ya que más que interpretar la finalidad del texto, se debe realizar una verdadera labor de investigación para dotarla de algún sentido.

Si bien no existe certeza acerca de si la omisión de enmendar la última parte del artículo 4 d) de la LSE se debió a un descuido legislativo, sus efectos son claros. Así, la falta de pronunciamiento del legislador acerca de los efectos de la reforma sobre el artículo 4 d) de la LSE dan cuenta de una derogación tácita de la finalidad en comento, puesto que este punto en particular es inaplicable, al carecer la ley de los elementos necesarios para su adecuada inteligencia.

3. Penalidad

Usualmente los delitos con tintes políticos suelen ser sancionados con penas severas, en este caso el artículo 5 de la LSE sanciona las conductas contempladas en el artículo 4 d) con penas de delito, a saber, presidio, relegación, o extrañamiento menor en sus grados medio a máximo, sin perjuicio de las penas accesorias que tengan lugar. Asimismo impone una pena agravada en caso de que se cometa la conducta en tiempo de guerra externa, sancionándose con presidio, relegación o extrañamiento mayor en cualquiera de sus grados.

Por otro lado, el artículo 8 de la LCA si bien contiene una conducta típica prácticamente idéntica a la del artículo 4 d) de la LSE, contempla una penalidad mayor, al sancionar con presidio mayor en cualquiera de sus grados al autor del delito consumado en tanto haya sido llevado a cabo con alguna de las armas señaladas en el artículo 3 de la LCA. Asimismo, establece una diferencia con la regulación de la LSE, al sancionar al ayudista con la misma pena, disminuida en un grado, distinción inexistente en la normativa sometida a análisis. De igual modo, se aplica una pena distinta respecto de la comisión del delito con armas diversas de las contempladas en el artículo 3 LCA. Se establece además, una agravante en caso de que el ilícito fuera perpetrado por miembros de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública en servicio o retiro. Se contempla también una penalidad aumentada respecto de cada conducta señalada, en caso de que el ilícito sea cometido en tiempo de guerra externa

Respecto de las penas fijadas por el CP en relación con la asociación ilícita, el artículo 293 del ramo realiza una distinción de si la asociación ha tenido por objeto la comisión de crímenes, en cuyo caso se sanciona a los jefes, quienes hayan ejercido el mando en la asociación, y sus provocadores, a la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Por otra parte, si su objeto fue la comisión de simples delitos, los sujetos mencionados serán sancionados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados. Asimismo, en virtud del artículo 294 del CP, respecto de aquellos sujetos que hayan tomado parte en la asociación, se sanciona con presidio menor en su grado medio, y aquellos que de distintas maneras y a sabiendas hayan colaborado con ella serán sancionados con presidio menor en su grado mínimo.

Finalmente, la Ley 18.314 sanciona a la asociación ilícita terrorista en el artículo 3, con las penas del artículo 293 y 294 del CP, aumentando en dos grados la primera hipótesis y en un grado la segunda.

De lo anterior es posible evidenciar que en general el legislador realiza distinciones entre la gravedad de la conducta, la relevancia de la participación del sujeto dentro del delito y los medios empleados para su comisión, para asignar penas más o menos gravosas, situación que no se da en la LSE, puesto que todas las conductas se sancionan con la misma pena.

Capítulo IV: Eventuales problemas concursales del artículo 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado

En cuanto a la realización del tipo penal, lo ordinario es que una sola acción ilícita satisfaga el contenido de un solo tipo penal, y que varias acciones den lugar a una multiplicidad de delitos¹³⁵. Sin embargo, se debe tener presente que por diversos factores, entre ellos, el alcance de las palabras; la complejidad de las conductas de las personas, en el sentido de que, en aras de lograr un objetivo suelen concatenarse una serie de actuaciones; una criticable técnica legislativa y una cierta sobreabundancia de tipos penales en determinadas materias, genera que, eventualmente, una sola acción pueda configurar los presupuestos típicos necesarios de más de un delito, dando lugar así a los denominados concursos de delitos.

De ese modo, el legislador penal siendo consciente de la posibilidad de que una o más conductas tengan como efecto la potencial aplicación de más de un tipo penal, se anticipó, regulando estas situaciones dentro de los artículos 74 y 75 del CP, ello, con el fin de evitar contravenir dos principios generales en materia penal: “A cada delito debe corresponder una pena, y nadie debe ser castigado más de una vez por el mismo hecho”¹³⁶.

De esa manera, el artículo 74 del CP contempla el denominado “concurso real de delitos”, norma que establece un régimen de acumulación efectiva de penas, respecto de aquel individuo que ha incurrido en dos o más delitos, y cuyos hechos delictivos no guardan relación o algún grado de dependencia entre ellos, ya que en ese caso nos encontraríamos en alguna de las hipótesis del artículo 75 del CP, asimismo, no debe haber sentencia condenatoria respecto de ninguno de los delitos, ya que en ese caso no habría un concurso real, sino reincidencia¹³⁷. De ello, que resulta necesaria una interpretación armónica entre las distintas disposiciones que regulan la materia.

¹³⁵ Cury, Enrique. 2005. *Derecho Penal Parte General*. 8ª Edición. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica. Pág. 649.

¹³⁶ Etcheberry, Alfredo. 1998 a. *Derecho Penal Parte General Tomo II*. 3ª Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 109.

¹³⁷ Couso, Jaime y Hernández, Héctor. 2011. *Código Penal comentado Parte General. Libro Primero*. Santiago de Chile, Abeledo Perrot. Pág. 667.

Complementando lo señalado, el artículo 75 del CP viene a ser la norma que hace efectivo el resguardo de los principios generales ya aludidos, de ese modo, dispone que el artículo 74 del CP no es aplicable en aquellos casos en que un solo hecho -en el que se pueden manifestar diversas acciones¹³⁸- constituye dos o más delitos, o cuando uno es el medio necesario para la comisión de otro, casos en los cuales sólo se aplicará la pena del delito más grave. Esta disposición da lugar a dos figuras concursales, denominadas concurso ideal en el primer supuesto, y medial en el segundo.

Ahora bien, la importancia de recalcar estas reglas, y más aún si tenemos en cuenta que el encabezado del artículo 4 no excluye las disposiciones de otros cuerpos normativos que regulan actos en contra de la seguridad del Estado, se afianza en el hecho de que la LSE carece de una regulación especial en materia de concursos, por lo que a partir de lo señalado en el artículo 15 de la ley en comento, las normas que regulan los concursos de delitos en el CP, resultan plenamente aplicables a falta de una regla que regule particularmente esta materia dentro de la LSE.

Sin perjuicio de lo anterior, y pese a no estar regulada en la ley, la doctrina ha construido una categorización particular dentro del ámbito de la concurrencia de delitos, dando lugar así, al denominado concurso aparente de leyes penales. De ese modo, se señala que existe concurso aparente: “cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas”¹³⁹.

En consideración del análisis que se pretende realizar, es relevante destacar que los autores suelen categorizar al concurso aparente de leyes como un problema de interpretación y de aplicación, que externamente guarda similitudes con los concursos de delitos¹⁴⁰. Así, aunque en estricto rigor no corresponde a un concurso, y sin perjuicio de que la doctrina clásica aborda el concurso aparente como una problemática de interpretación de la ley, sumado a que las soluciones propuestas en mérito de esta corriente resultan ampliamente aceptadas -lo que lleva a que la jurisprudencia la aplique

¹³⁸ Ídem. Pág. 669.

¹³⁹ Cury, Enrique. 2005. Op. Cit., Pág. 667.

¹⁴⁰ Etcheberry, Alfredo. 1998 a. Op. Cit., Pág. 122.

sin mayores reparos cuando resulta procedente-, recientemente ha tomado fuerza la idea de que el concurso aparente debe ser analizado desde el punto de vista de la problemática que implica aplicar conjuntamente las consecuencias -penas- previstas para una acción que constituye un cúmulo de delitos, entendiendo que no habrían razones para excluir las normas concurrentes si ambas son procedentes y no se encuentran en conflicto, por lo que en esencia los esfuerzos se centran en impedir una doble sanción sin atacar la interpretación de la norma¹⁴¹.

Todo lo expuesto tiene relevancia, puesto que el análisis efectuado en este trabajo, se ha hecho en base a esta suerte de “triada de leyes” compuesta por la LSE, LCA y LCT, y su calificación como derecho penal político, dentro de las cuales existen normas que guardan más de alguna similitud con el artículo 4 d) de la LSE, a ello hemos añadido también el análisis del artículo 292 del CP al ser la figura básica que sanciona a quienes se organicen con el fin de delinquir.

De esa manera, cabe la posibilidad de que, por la forma en que se encuentran redactadas las normas, y teniendo presente sus finalidades, eventualmente tenga lugar alguno de los supuestos del concurso de leyes del artículo 75 del CP, o bien nos encontremos ante un concurso aparente de leyes penales.

Adelantándonos al posible resultado del análisis, estimamos que, debido a la compleja redacción y la especificidad del artículo 4 d) de la LSE en lo que refiere a la conducta sancionada, teniendo en especial consideración los elementos que componen el tipo penal subjetivo, los eventuales problemas concursales planteados, en estricto rigor, tienen una solución relativamente simple.

Pues bien, considerando que respecto de los concursos reales, al tratarse de la acumulación de penas por hechos materialmente diversos, parece complejo la posibilidad de presentarse algún conflicto en este sentido. Razón por la cual, la atención debe centrarse en los presupuestos contemplados a propósito del artículo 75 del CP, en consideración a las similitudes planteadas entre las distintas leyes al momento de regular

¹⁴¹ Ampliamente en la obra de Maldonado Fuentes, Francisco. 2020. *Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales*. Política Criminal. Vol.15(30): 493 – 525.

los delitos contra la seguridad del Estado, delitos terroristas, delitos en materia de control de armas, entre otros. Esta situación puede generar que un solo hecho sea penado por lo menos dos veces en leyes distintas, sin perjuicio de lo cual, y en mérito de lo ya señalado, la solución -o soluciones- propuestas se construirían a través del concurso aparente de leyes como consecuencia de la propia tipificación del artículo 4 d) de la LSE.

1. Concurso con la asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal

Si bien el artículo 292 del CP por sí mismo permite observar cuál es la conducta sancionada por el legislador -organizar una asociación con el fin de cometer delitos-, resulta necesario complementar esta disposición con el resto de los artículos del Párrafo X, del Título VI, Libro II del CP; en aras de tener certeza respecto de las penas específicas que la ley asigna para cada individuo, en función de la forma en que este se ha relacionado con la asociación ilícita lo cual motiva la imposición de la sanción.

De ese modo, con el fin de realizar un paralelo con la norma del artículo 4 d) de la LSE, debemos considerar que el artículo 293 del CP sanciona a quienes forman parte de la asociación ilícita, ya sea en calidad de jefes, o agentes que han ejercido el mando dentro de la organización y sus provocadores.

Particular mención merece la figura del provocador, puesto que el artículo 294 del CP resulta ambiguo en cuanto a si los provocadores constituyen sujetos que han instigado a la formación de la asociación ilícita, o refiere a algún miembro dentro de la organización que se encarga de gestionar e inducir a otros a la comisión de los delitos que persigue la organización. Descartamos esta segunda hipótesis, puesto que aquel sujeto ya se encontraría contemplado dentro de “quienes han ejercido el mando”, por lo cual, debe concluirse que la figura del sujeto provocador refiere a aquel que induce a otros a formar la sociedad, tal como lo hace el instigador del artículo 4 d) de la LSE, situación que cuenta con la opinión favorable de Couso quien afirma: “[...] en mi opinión, el concepto de provocador, a diferencia de los de jefes o personas que han ejercido mando, semánticamente bien podría abarcar a quienes inducen a la fundación de la

asociación desde afuera, es decir, sin asociarse a ella”¹⁴², aunque plantea dudas en cuanto a si se requiere que el provocador forme parte o no de la asociación ilícita como miembro activo.

Por otro lado, el artículo 294 del CP sanciona a aquellas personas que hayan tomado parte de la asociación, sin tener un rol de mando¹⁴³, y aquellas que a sabiendas y voluntariamente hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, hechos que se encuadran dentro de las hipótesis de financiamiento y ayuda de la LSE, aunque con un aspecto subjetivo exigente, debido a que el colaborador necesariamente debe saber y querer contribuir a la asociación, cuestión que en la LSE resulta difuso.

Pues bien, según ha sido expuesto, las conductas reguladas por el CP al tipificar el delito de asociación ilícita resultan, en principio, asimilables a aquellas tipificadas en el artículo 4 d) de la LSE, puesto que ambas se refieren en términos similares a aquellas acciones que el legislador castiga dentro de ambos cuerpos normativos. A fin de cuentas, en ambas resulta punible la instigación a formar la organización, el cooperar con ella a través de financiamiento o alguna otra clase de ayuda, y el mismo acto de formar parte de la organización, aunque en el CP se hacen distinciones dependiendo de la función que haya ejercido el miembro dentro de ella.

A partir de lo señalado precedentemente, parecería que se cumplen con los presupuestos necesarios para que se configure un caso de concurso ideal del artículo 75 del CP, puesto que, el incitar a la organización, financiar o ayudarla, y formar parte de ella, se adecuarían al marco establecido por las normas de la asociación ilícita del CP, y del delito del artículo 4 d) de la LSE, en vista de que la realización de cualquiera de los actos señalados, tendrían como consecuencia el cumplimiento de las disposiciones de ambos delitos. Sin embargo, no basta esa sola circunstancia para satisfacer los presupuestos de la conducta típica, particular atención debe tenerse con la exigencia del

¹⁴² Couso, Jaime y Hernández, Héctor. 2019. Op. Cit. Pág. 328.

¹⁴³ Ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 293 del CP, el cual sanciona a los jefes y agentes que hayan ejercido el mando dentro de la asociación, imposibilitando así al artículo 294 del CP volver a sancionarlos.

encabezado del artículo 4 de la LSE, y los elementos que configuran el tipo penal subjetivo exigido en la ley en referencia.

Según dispone el encabezado del artículo 4 de la LSE, es necesario que la conducta en comento sea suficiente para ser considerada una forma de alzamiento contra el Gobierno, o que provoque una guerra civil, requisitos no contemplados en la norma del CP.

A lo anterior debe agregarse, además, las finalidades particulares que debe tener el sujeto activo al momento de llevar a cabo el delito, las cuales se encuentran expresamente reguladas en el artículo 4 d) de la LSE, es decir, sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir en su desempeño, o alzarse contra los poderes del estado¹⁴⁴.

De ese modo, se desecha la posibilidad de que exista un concurso ideal o medial entre ambas disposiciones, puesto que la tipificación de la LSE requiere fines particulares para la satisfacción del delito regulado, sin perjuicio de lo cual, una falta de comprobación de estos fines especiales haría derivar el ilícito en alguno de los tipos penales de la asociación ilícita según el CP.

Así las cosas, nos encontramos ante un concurso aparente de leyes, puesto que, si bien, en un principio, se vislumbraba como aplicable tanto la normativa penal como la de la Ley 12.927, como mencionan los autores que se han referido a la teoría, todo el eventual conflicto queda sometido a una cuestión de interpretación. Concurso aparente que sería complementado por el principio de especialidad, debido a que la norma de la LSE tiene finalidades particulares que la norma del CP no, las cuales harían primar a la primera por sobre la segunda, cuando se materializan dichas finalidades.

2. Concurso con el artículo 8 de la Ley 17.789

La situación del artículo 8 de la LCA resulta particular, puesto que guarda múltiples similitudes con lo dispuesto por el artículo 4 d) de la LSE, salvo ciertas variaciones puntuales que resultan sustanciales al momento de distinguirlos en su aplicación.

¹⁴⁴ Se excluye el fin de atentar contra las autoridades, puesto que hemos sostenido que aquella finalidad se encuentra derogada tácitamente.

Con el fin de no extendernos innecesariamente, únicamente nos referiremos a aquellos puntos del artículo que guardan relación con la norma de la LSE, y en consecuencia podrían dar origen a algún problema concursal.

Dicho esto, el primer inciso del artículo 8 de la LCA, sanciona a quienes organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, instruyeren, incitaren o indujeran a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con alguno de los elementos indicados en el artículo 3 de la misma ley.

Como primer elemento a considerar, es que, el artículo 8 de la LCA contiene una gran cantidad de verbos rectores, algunos coincidentes con aquellos contemplados en el artículo 4 d) de la LSE. Estos son, pertenecer, financiar, incitar e inducir. Por otro lado, contempla las acciones de organizar, dotar, e instruir, las cuales resultan propias de la LCA. A ello debe añadirse que los verbos rectores del artículo en mención, recaen sobre la creación y el funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas. En el caso de esta última forma de organización, marca una diferencia con aquellas contenidas en el artículo 4 d) de la LSE, puesto que, si bien este último no se refiere a las partidas militarmente organizadas, sí usa la voz genérica “otras organizaciones semejantes”, la cual contemplaría a las aludidas partidas militares. De ese modo, la LSE sería más amplia en este punto.

En lo que respecta al inciso segundo del artículo 8 de la LCA, ha de destacarse el hecho de que regula y sanciona de forma especial la situación de quienes, a sabiendas, ayudaren a la creación y funcionamiento de las organizaciones punidas por la ley. De ese modo, si bien el artículo 4 d) de la LSE se refiere a quienes ayuden a la organización de las asociaciones, no realiza una distinción respecto de los efectos prácticos de incurrir en esta y el resto de las conductas, por lo que la sanción -entre otras situaciones- tanto para quien forma parte de la organización, como para quien ayuda, o instiga a la formación, es la misma.

Asimismo, la LCA exige un elemento subjetivo adicional, se requiere que el ayudista lo haga “a sabiendas”, situación no contemplada en la norma de la LSE. Por lo

cual, y del mismo modo que la norma del artículo 294 del CP, se requiere un grado de conocimiento y voluntad que dé cuenta de forma certera que la cooperación prestada irá en beneficio de una organización ilícita, no bastando, por ejemplo, una simple sospecha de quien colabora para configurar la situación contemplada en la ley, ya que, el conocimiento del fin de la ayuda prestada no resulta acabado, y por ende, no es a sabiendas.

Otro aspecto relevante a destacar, es que a efectos del artículo 4 d) de la LSE, son indiferentes las características del sujeto que tenga como propósito realizar alguna de las conductas ahí descritas, ya que, no regula de forma especial la participación de algún miembro de las fuerzas armadas o de orden público, hecho que si ocurre en la norma de la LCA, puesto que su inciso cuarto, sanciona de forma especial a los miembros de las mentadas instituciones, ya sea en servicio o en retiro, que hayan cometido alguno de los delitos del artículo 8, aumentando en un grado la pena aplicable.

Teniendo en consideración lo señalado, sin perjuicio de que las tenues diferencias evidencian cambios más que nada a efectos de la pena, los antecedentes dan cuenta de la posibilidad de confundir el régimen aplicable, en el sentido de que la realización del tipo podría dar lugar a un concurso ideal según el artículo 75 del CP. Sin embargo, nuevamente resulta fundamental a efectos de disipar la concurrencia de algún problema concursal, lo dispuesto por el encabezado del artículo 4 de la LSE, y las finalidades particulares que debe tener la organización.

En ese orden de ideas, lo más relevante es tener en consideración que la existencia de dichos fines definirá la legislación aplicable, debiendo prevalecer la Ley 12.927 en aquellos casos en que conste que alguno de los objetivos de la organización es llevar a cabo actuaciones en contra de la fuerza pública, o alzarse contra los poderes del estado. En síntesis, se presentaría un concurso aparente entre ambas disposiciones, ya que, nuevamente, todo se reduce a un asunto de interpretación, más allá de las patentes similitudes existentes entre ambas normas.

Sin perjuicio de ya haber determinado la preponderancia de la normativa de la LSE en aquellos casos en que existan algunos de los fines señalados por ella, Cea en base a

lo dispuesto por la Corte Marcial en sentencia recaída en la causa Rol N°94-97 del 2° Juzgado Militar de Santiago, alude a que el posible concurso de leyes se soluciona en base al hecho de si la asociación se encontraba o no en posesión de alguno de los elementos contenidos en el artículo 3 de la LCA, dando cuenta de que la existencia de alguno de estos elementos sería suficiente para que tenga lugar el principio de especialidad, desplazando de esa manera la LCA a las otras leyes que podrían concurrir a la sanción del delito¹⁴⁵. Sin embargo, estimamos que esta afirmación incurre en un error, ya que soslaya la existencia de figuras penales las cuales, en mérito de sus finalidades particulares, parecen francamente irrealizables sin que en la especie se cuenten con armas, el más claro ejemplo son precisamente los delitos terroristas y en materia de seguridad del Estado. De igual modo, estas figuras dan cuenta de fines específicos perseguidos por sus hechores. Hechos que, materializándose, implican una preponderancia de estas normas por sobre la de la LCA, la cual se aplicaría en caso de organizaciones armadas, en las que su estructura no dé cuenta de que persiguen la realización de conductas sancionadas particularmente por otras leyes especiales.

Si bien, a efectos prácticos resultaría favorable una preponderancia de la LCA, debido que los elementos a probar para la consumación del hecho radican en la existencia de un grupo organizado, y el encontrarse en posesión de armamento, hay que considerar la relevancia que el legislador le ha dado a lo que subyace desde el punto de vista subjetivo de los hechores.

3. Concurso con la asociación ilícita terrorista artículo 2 N°5 Ley 18.314

En lo que refiere a la LCT en relación con la LSE, la cantidad de concordancias existentes entre las normas relevantes al caso es menor si hacemos la comparación con lo que ocurría entre la LSE y la LCA, asimismo, la técnica legislativa varía respecto de la de las dos leyes analizadas anteriormente, puesto que el legislador construye la figura penal en base a remisiones a artículos de la misma ley, o remitiéndose a artículos de otros cuerpos normativos, situación que la doctrina ha denominado como “Ley penal en blanco impropia” o “pereza legislativa”, situación que no reviste ningún problema de

¹⁴⁵ Cea, Sergio y Morales, Patricio. 2018. Op. Cit., Pág. 99.

legalidad en tanto no se vuelva extremadamente difícil la determinación del ámbito de lo punible¹⁴⁶.

Son importantes a estos efectos los artículos 1, 2, 3 y 8 de la Ley 18.314, ya que representan puntos con los cuales podría haber concordancias con el artículo 4 d) de la LSE. En ese sentido, el artículo 1 señala cuándo un hecho reviste el carácter terrorista, estableciendo el legislador -entre otras causales- que para ello resulta necesario que quien cometa el hecho, lo haga con la finalidad de producir en la población o parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, por existir evidencia que dé cuenta de que se trata de un plan premeditado de atentar contra una categoría o un grupo de personas, sea que se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

El efecto de la norma en comento es de suma importancia, resultando equiparable al artículo 4 d) de la LSE en lo que refiere a la determinación de finalidades particulares las cuales deben tener lugar para la consecución de los delitos ahí regulados, es decir, si no figuran estos especiales propósitos en la conducta del agente, simplemente no tiene lugar el delito terrorista o en contra de la seguridad del Estado.

Resulta del todo lógico que estas normas exijan esta clase de requisitos, dado que por el hecho de constituir una ley especial, es necesario que contemple fines particulares con el fin de diferenciarlas de cualquier otro delito común concurrente en la especie. En ese orden de ideas, cualquier problema concursal que pudiera tener lugar entre la LSE y la LCT queda de inmediato disipado por las finalidades que cada cuerpo normativo contempla para su procedencia.

Finalidades que en esencia resultan disimiles, ya que de la lectura de los respectivos artículos 4 d) de la LSE, y 1 de la LCT, tenemos que el primero se orienta principalmente a la protección de instituciones, como lo son fuerzas armadas y de orden público, así como las que componen los poderes del Estado, debiendo excluir la referencia a las autoridades debido a su inaplicabilidad; por otro lado, en lo que respecta

¹⁴⁶ Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2021. Op. Cit., Pág. 107.

a la LCT se evidencia su orientación a considerar como objeto de protección a las personas, ello sin perjuicio de que a propósito de la voz “categoría o grupo de personas” pueda estimarse que ellas incluyen a los miembros que componen ciertas instituciones, aunque siempre considerados en su calidad de personas naturales.

En cuanto al artículo 2 de la LCT, respecto de aquellas conductas constitutivas de delitos terroristas, el numeral 5 se refiere a la asociación ilícita cuando tuviera por objeto la comisión de delitos calificables como terroristas. Debido a los términos vagos en que se refiere la referida norma de la LCT al delito de asociación ilícita terrorista, para complementar aquello, el legislador en el artículo 3 de la Ley 18.314 al momento de referirse a la penalidad se remitió a las normas del CP, particularmente las de los artículos 293, 294 y 294 bis, por lo que estimamos no merece mayor análisis esta situación considerando que ya nos referimos al análisis de estas normas y sus efectos en el primer acápite.

En cuanto al artículo 8 de la LCT esta resulta equivalente a la hipótesis de financiamiento a las organizaciones del artículo 4 d) de la LSE, aunque orientada a fines terroristas.

De ese modo, más allá de que nuevamente se presenten conductas concordantes entre las normas de ambas leyes, la notoria diferencia existente entre los fines de una y otra legislación, vuelve innecesario un mayor análisis en este punto, ya que a nuestro parecer, no habría posibilidad de siquiera estimar la configuración de un concurso aparente, puesto que no existe punto de confluencia entre la LSE y la LCT, por ser ambas explícitas en los fines que debe tener el agente para que pueda estimarse conducente su aplicación, ello a diferencia de lo que ocurre con la LCA y la asociación ilícita del CP, cuya falta de delimitación de algún fin en específico no vuelve excluyente la posibilidad de una aplicación conjunta con la LSE.

Conclusiones

De lo expuesto a lo largo de este trabajo, y respecto de los puntos sometidos a análisis, es posible señalar que las conclusiones obtenidas son las siguientes:

En primer lugar, cabe sostener que el delito del artículo 4 letra d) de la LSE está formado por una diversidad de conductas que van más allá de simplemente sancionar a quienes forman parte de una organización, sino que el fin del legislador al momento de sancionar este ilícito ha sido encuadrar dentro de la conducta tanto a los miembros de la organización, como quienes sin ser miembros del grupo presten cooperación con él ya sea por medios materiales o humanos. De lo anterior, y teniendo a la vista los elementos de los cuales se vale la conducta típica, podremos comprobar que el artículo 4 d) de la LSE constituye una figura especial de asociación ilícita, esto en base a que el delito tiene una multiplicidad de elementos que concuerdan con aquellos regulados en el Párrafo X, Título VI, Libro II del CP, a saber, la figura base de la asociación ilícita. De ese modo, la Ley 12.927 sanciona un presupuesto de instigación, de ayuda y financiamiento, además del hecho formar parte de la organización, acciones que igualmente encuentran su correspondiente regulación en el CP a propósito de las asociaciones ilícitas.

De igual manera, la figura cumple íntegramente con los requisitos que la doctrina ha calificado como necesarios para que tenga lugar una asociación ilícita, en ese sentido atendiendo los fines particulares que persigue la asociación del artículo 4 d) de la LSE, resulta imperativo para la consecución de sus objetivos que ella cuente con un número relevante de miembros, y asimismo, haya una estructura funcional que permite organizar a quienes forman parte de ella.

En esta misma línea, se evidenció poca claridad de parte de los autores al referirse a este tipo penal, lo cual, en principio, se explicaría debido al escaso análisis al que ha sido sometido este delito dentro de la LSE. Es así como en ocasiones se ha llegado a calificar al ilícito de maneras que no expresan su naturaleza de asociación ilícita, este es el caso de la arbitraria denominación de bandidaje. Otros autores, más acertadamente, se han referido este delito como uno de conformación de grupos armados. Así, aunque las armas constituyen un elemento de suma relevancia para los fines de estas

organizaciones, no parece del todo acertado identificar a esta asociación de dicha forma, puesto que aquella calificación evidenciaría de mejor manera la conducta típica del artículo 8 de la LCA, al ser esta la figura particular que pone su atención en las armas de las que se vale el grupo para delinquir.

En segundo lugar, pese a las dificultades esgrimidas para la identificación del bien jurídico protegido en los delitos de asociación ilícita, y la diversidad de teorías desarrolladas en este sentido, un hecho que permitió identificar el bien protegido en este caso, fue que esta ley al tener un fin en particular otorga indicios suficientes que dan cuenta de qué es aquello que el legislador buscó proteger con su promulgación.

Es así como respecto del delito del artículo 4 d) de la LSE se pudo comprobar una tendencia compartida con el resto de los delitos de organización contenidos en las leyes especiales que fueron objeto de análisis. La referida tendencia encontraría sustento en la naturaleza eminentemente política de estos delitos. De ese modo, debido a que el legislador al momento de dictar estas leyes tuvo en consideración establecer explícita o implícitamente determinadas finalidades, las que llevadas a cabo por los hechos hacen procedente la aplicación de la figura de la ley especial, se pudo concluir que tanto los delitos de organización de la LSE, la LCT y la LCA, están orientados a la protección del orden constitucional democrático. Son las particulares motivaciones y los medios que estas organizaciones emplean, los que potencialmente pueden desestabilizar las bases bajo las cuales se organiza el Estado, lo cual a priori traería consigo situaciones que pondrían en vilo el régimen democrático.

Un tercer aspecto a destacar, es que la forma en cómo se encuentra tipificada la conducta del artículo 4 d) de la LSE la vuelve prácticamente inaplicable, de ese modo consta de la jurisprudencia que los tribunales durante la dictadura, con el fin de poder sancionar a agrupaciones en base a esta norma, obviaron elementos del tipo penal, particularmente el encabezado del artículo 4 de la LSE, aplicando únicamente los literales. Interpretación que claramente no se ajusta al texto de la norma, pues prescindir del encabezado implica una aplicación arbitraria dado que se prescinde de elementos del tipo penal, contraviniendo así el principio de legalidad. Así pues, una correcta aplicación implica considerar el encabezado del artículo 4 como un primer nivel de requisitos, los

cuales se singularizan a partir de sus literales, los que a su vez fijan un segundo nivel de requisitos que deben ser encuadrados dentro de los primeros.

En cuanto a la posibilidad de futuras reformas, cabe señalar que es el encabezado del artículo 4 de la LSE el que dificulta de sobremanera la aplicación del literal d), ya que este por sí mismo podría ser aplicado sin mayores inconvenientes, aunque como se mencionó en su momento, la forma en que se encuentra redactado el aludido literal da lugar a que su interpretación se vuelva compleja, en ese sentido, los tópicos que merecen especial atención se orientan en lo que refiere al empleo de los verbos incitar e inducir, los cuales apuntarían a lo mismo, es decir, sancionar al instigador; la amplitud del verbo ayudar y las discrepancias que pueden tener los intérpretes en cuanto a qué es aquello que se considera ayuda; y el hecho de que se sancionaría únicamente a quien instiga a cooperar con la organización, pero no al que instiga a formar parte.

Sin perjuicio de lo anterior, se evidencia una cierta indiferencia del legislador a día de hoy en lo que refiere a una eventual aplicación de esta norma, lo cual se desprende de la baja penalidad del delito del artículo 4 d) de la LSE si se compara con delitos de la misma naturaleza en otras normas. Del mismo modo, y lo que hace más evidente aún tal indiferencia, es que la Ley 19.733 modificó indirectamente el artículo 4 d) al eliminar la parte de la norma del artículo 6 letra b) a la cual el primero hace referencia, por lo que en la práctica derogó tácitamente uno de los presupuestos sancionados por el artículo 4 d). En lo que refiere a una posible causa de tal falta de preocupación, es posible aludir al contexto político actual y la existencia de otras normas que resultan igualmente aplicables para punir dichas asociaciones, aunque sin el componente particular de la LSE de tener que probar los fines especialmente regulados que debe tener la organización para que dicha ley sea aplicable, lo que parece ser una ventaja desde un punto de vista probatorio.

Finalmente, resulta ser la misma complejidad de la norma la cual restringe los eventuales problemas concursales que podrían tener lugar dadas las aparentes similitudes existentes con otras disposiciones que de igual manera sancionan organizaciones. Es de ello, que los problemas concursales que puede pensarse son concurrentes al darle una primera lectura a la norma, sin embargo se disipan con un análisis acabado de cada uno de los tipos penales. Es así como los referidos problemas

concursoales terminan constituyendo en los casos del CP y LCA hipótesis de concursos aparentes de leyes, esto al existir elementos dentro de la LSE que hacen primar dicha norma a través del principio de especialidad, el que finalmente termina definiendo cual es el cuerpo normativo que resulta aplicable en función de los fines particularmente perseguidos por cada organización.

Bibliografía

I. Doctrina

- Bustos, Juan. 1994. *Derecho penal parte general*. 4ª Edición. Barcelona, PPU.
- Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán. 1997. *Lecciones de Derecho Penal Vol. I*. Madrid, Editorial Trotta.
- Cancio Meliá, Manuel. 2010. *El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal español*. Revista de Estudios de la Justicia. (12): 149 – 167.
- _____. 2014. *El derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la unión europea*. Revista Justiça e Sistema Criminal. Vol.6(10): 45 – 72.
- Cancio Meliá, Manuel y Silva Sánchez, Jesús. 2015. *Delitos de organización*. Buenos Aires, Editorial B de F.
- Carnevali, Raúl. 2010. *El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (XXXV): 109 - 145.
- _____. 2014. *Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de Lege Ferenda*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 21(2): 61 – 101.
- Cavada Herrera, Juan Pablo 2019. *Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública*. En: https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=75400
[Consultado: 02-10-2022].
- Cea, Sergio y Morales, Patricio. 2018. *Control de armas: incluye innovaciones de la Ley No. 20.813 de 6 de febrero de 2015*. 5ª Edición. Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- Couso, Jaime y Hernández, Héctor. 2011. *Código Penal comentado Parte General. Libro Primero*. Santiago de Chile, Abeledo Perrot.
- _____. 2019. *Código Penal Comentado Parte Especial. Libro Segundo Título VI*. Santiago de Chile, Thomson Reuters.

Cury, Enrique. 2005. *Derecho Penal Parte General*. 8ª Edición. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica.

Diez-Ripollés, José Luis. 2008. *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI*. *Política Criminal*. Vol. 3(5): 1 – 37.

Etcheberry, Alfredo. 1998 a. *Derecho Penal Parte General Tomo II*. 3ª Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

_____. 1998 b. *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. 3ª Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

_____. 1998 c. *Derecho Penal Parte Especial Tomo IV*. 3ª Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

García-Pablos, Antonio. 1978. *Asociaciones Ilícitas en el Código Penal*. Barcelona, Editorial Bosch.

Garrido Montt, Mario. 2005. *Derecho Penal Parte General Tomo II*. 4ª Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

_____. 2010. *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. 4ª Edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

González Morales, Felipe. 1989. *Modelos legislativos de seguridad Interior: 1925-1989*. *Revista Chilena de Derechos Humanos*. 11: 18-24.

Grisolía, Francisco. 2004. *El delito de asociación ilícita*. *Revista Chilena de Derecho*. 31(1): 75 – 88.

Iriarte Ávila, Juan. 2016. *El delito terrorista: Bases conceptuales para su justificación punitiva*. *Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*. Año 5(5): 32 – 58.

Izquierdo, Cristóbal. 2021. *El dolo no intencional en la Jurisprudencia superior chilena (1900-2018)*. *Política Criminal*. Vol.16 (32): 898 – 930.

Künsemüller, Carlos. 1970. *Estudio de los delitos atentatorios de la seguridad interior del estado contenido en leyes penales especiales*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Maldonado Fuentes, Francisco. 2020. *Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales*. *Política Criminal*. Vol.15(30): 493 – 525.

Mañalich, Juan Pablo. 2017. *Terrorismo y Organización*. *Revista Ius et Praxis*. Año 23(1): 367 – 418.

Matus, Jean Pierre. 2002. *La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada*. *Revista de Derecho U. Católica del Norte*. 9: 27 - 68.

_____. 2017. *La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos de derecho chileno y comparado*. *Nuevo Foro Penal*. enero-junio 2017 (88): 39 – 71.

Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2021. *Manual de derecho penal chileno. Parte general*. 2a ed. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

Náquira, Jaime. 2017. *Derecho Penal Chileno: Parte General Volumen 2*. Santiago de Chile, Thomson Reuters.

Politoff, Sergio. 2009. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*. México D.F., Editorial Jurídica de las Américas.

Politoff, Sergio. et al. 2003. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. 2ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Rodríguez Collao, Luis. y Solari Peralta, Tito. 1988. Reflexiones en torno al concepto de seguridad del estado. *RDPUCV*. (12):203 – 224.

Squella Narducci, Agustín. 2011. *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Szczaranski, Federico. 2012. *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*. *Política Criminal*. Vol. 7(14): 378 – 453.

Valdivia, Verónica. 2020. *Subversión, coerción y consenso: violencia estatal en Chile del S. XX*. *Boletín Del Instituto De Historia Argentina Y Americana Dr. Emilio Ravignani*. 53: 180-204.

Valenzuela Márquez, Jaime. 1991. *Bandidaje rural en Chile central: Curicó, 1850 - 1900*. Santiago de Chile, Dirección de bibliotecas, archivos y museos.

Villegas, Myrna. 2016. *Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno*. Política Criminal. Vol. 11(21): 140 – 172.

_____. 2018. *Tratamiento Jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016)*. Política Criminal. Vol. 13 (25): 501 – 547.

_____. 2019. *La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813*. Política Criminal. Vol. 14(28): 1 – 53.

II. Tesis

Astudillo Canessa, Erick. 2002. *Delitos contra la seguridad interior del estado*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Campusano Palma, Raúl. 1991. *Análisis de los tipos penales de ley de Seguridad del Estado y de su Jurisprudencia durante el gobierno militar*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Díaz Díaz, Miguel Ángel. 2015. *El bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Fuentes, Erny y Polanco, Felipe. 1998. *Las asociaciones ilícitas en el derecho penal chileno*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Garay Rojas, Rodrigo. et. al. 2007. *Política criminal de represión, violencia política, formación de grupos de combate armado como asociación ilícita específica y problemas concursales*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Salinas Chaud, Mauricio. 1991. *Delito político y seguridad interior del estado*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho.

III. Documentos

ONU. 3 de agosto de 2004. S/2004/616. Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos.

UAF. 27 de mayo de 2015. Circular 54/2015. Prevención del delito de financiamiento del terrorismo.

IV. Legislación

Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Legislatura 343, Sesión 15. 14 de noviembre del 2000. Pág. 153.

Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 337, Sesión 10. [En línea]. 22 de abril de 1998.

<<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2112/2/Sesion%2010.pdf>> [Consulta 11 de diciembre de 2022].

Historia de la Ley N°17.798, Establece el Control de Armas. [En línea] <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/2450/>> [Consulta 10 de octubre de 2022].

Moción Parlamentaria del señor Senador Juan de Dios Carmona Peralta [En línea]. 05 de abril de 1972 <<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=897301>> [Consulta 11 de diciembre de 2022].

V. Jurisprudencia

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 28-2007, 30 de agosto de 2007.

Sentencia de la Corte Suprema, Rol N°79.497-2020, 25 de agosto de 2021.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°567-2006, 2 de junio de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°549-2006, 30 de marzo de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2.773-2016, 28 de enero de 2016.

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, Rit N°25-2012, 18 de enero de 2013.