



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

LOS DELITOS DE INCENDIO TERRORISTA

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

Alumno: ALONSO CALDERÓN JILES

Profesora Guía: MYRNA VILLEGAS DIAZ

Santiago, enero de 2017

*“¿Cuándo dejó
de resonar en las mentiras
el eco omnipotente
de la sabiduría?
¿Cuándo fue que hombre
dejó de sentir
el abrazo del viento
sobre la piel de su espalda?
¿Cuándo fue la última vez
en que te presentaste ante el mundo
con tu rostro de piedra,
le cantaste a los espíritus,
dejaste que el agua
corriera por tus grietas
y con las gotas que caían de la punta de tus dedos,
rasgaste las tierras
que ahora lloran
sumergidas bajo el miedo?
¡Ay! De esos tiempos
en que seguiríamos siendo hermanos,
abriríamos los ojos
para saludar a la mañana.
Mari Mari Diríamos,
y seguiríamos siendo tierra y cielo
ante la mirada de la naturaleza.”*

Matías Catrileo

“El abrazo del viento”. 2014.

Índice

Introducción	6
1. Delitos de incendio terrorista en el Código Penal Chileno. Antecedentes de la formulación actual.	8
1.1. Delito de Incendio	8
1.2. La calificación terrorista en el Derecho Penal chileno	13
2. Delito de Incendio Terrorista en atención al peligro producido.	19
2.1. Artículo 475 N°1 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314.	19
2.2. Artículo 476 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314	23
2.2.1. Artículo 476 N°1 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314.....	23
2.2.2. Artículo 476 N°2 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314.....	34
2.2.3. Artículo 476 N°3 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314.....	35
2.2.4. Artículo 476 N°4 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314.....	55
3. Delito de Incendio Terrorista en atención al daño que sufren las personas. Artículo 474 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314	57
Conclusiones	72
Bibliografía	75
Anexo	81

Resumen: La investigación analiza los artículos 474 y 476 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la Ley de Conductas Terroristas, esto es, los delitos de incendio terrorista. Basado en la jurisprudencia nacional, sistematiza y examina núcleos problemáticos que existen a la hora de fundamentar jurídicamente la desestimación o aplicación de la calificación de terrorismo a los delitos de incendio. Finalmente, relaciona los núcleos problemáticos encontrados con principios generales del Derecho Penal Chileno, tales como el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad de las penas.

Introducción¹

En el contexto nacional, una parte considerable de los delitos relacionados con el denominado “conflicto Mapuche” han sido incendios, de los cuales, la gran mayoría han sido calificados como terroristas por el órgano persecutor.

Así, desde el año 2000 al 2016, en varios de estos delitos se ha imputado las figuras de los artículos 474, 475 N°1 y 476 del código penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314, siendo el caso más llamativo a la fecha el delito de incendio terrorista con resultado de muerte (artículo 474 del Código Penal), que culminó con la vida de dos personas; el caso “Luchsinger Mackay”.

Si bien el delito de incendio es tratado en el código penal dentro del numeral 9 del título noveno, propio de los delitos contra la propiedad, *“existe un relativo acuerdo en la doctrina en que la propiedad [...] no es el único bien jurídico protegido, siendo el delito de incendio un tipo pluriofensivo²”*, en el cual se vería afectada, también, la seguridad colectiva. Cuando se califica este delito de incendio como un delito de terrorismo, se aplica un tratamiento agravatorio, en el cual las penas se aumentan en uno, dos o hasta tres grados. Considerando el carácter excepcional de la legislación que regula conductas terroristas, *“[...] debería encontrarse alguna base para la justificación de su estatuto [...]. De lo contrario, la regulación se enfrentaría a una objeción de legitimación en función de la prohibición de exceso que deriva del principio de proporcionalidad³”*. Por ello, es importante examinar los elementos del delito de incendio terrorista, que por contener como delito base el delito de incendio pluriofensivo, le es inherente el daño a la propiedad y la generación de peligro para las personas. En este sentido es trascendental examinar la aplicación de los artículos 1 y 2 de la ley 18.314 y el elemento subjetivo que contiene, proceso en el cual se podrían generar conflictos de doble penalidad de la conducta y desproporcionalidad en las penas asignadas.

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N°1140040, titulado: “Terrorismo y democracia. Bases para un concepto jurídico de terrorismo en el derecho penal chileno y examen de núcleos problemáticos en su actual regulación”, bajo la dirección de su investigadora responsable.

² POLITOFF, S., MATUS, J.P., RAMIREZ, M.C. 2009. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. D.F, México, Editorial Jurídica de las Américas, p. 471

³ BASCUÑAN, A. 2003. El delito de incendio terrorista. Informe en derecho. Santiago de Chile: Defensoría Penal Pública, 41 h., DOC/310, p. 10.

La tendencia jurisprudencial en relación a la aplicación del delito de incendio terrorista ha sido oscilante. En los años 2000 a 2004 se registran condenas por terrorismo, pero desde el año 2005 en adelante, se identifica una variación en el raciocinio judicial, puesto que se comenzó a desestimar la calificación terrorista. Nuestra hipótesis es que esta variación se debe a que en los fallos previos al año 2005, se hizo evidente una desproporcionalidad en las penas asignadas por los tipos penales y la amplitud del elemento subjetivo requerido por la ley, el cual trae consigo posibles vulneraciones al principio de legalidad, y que no varía tras la reforma de la ley 20.467 a la ley 18.314.

El trabajo que se presenta exhibirá el reporte de un estudio empírico basado en la recolección de jurisprudencia, referida a la aplicación, vigencia e interpretación de los delitos de incendio terrorista en la legislación nacional. Tiene como objetivo general investigar la aplicación de las figuras de incendio terrorista, entre los años 2000 a 2016. Con la finalidad de esclarecer los razonamientos del tribunal para desestimar o considerar la calificación terrorista, y cotejarlos con los principios generales del Derecho Penal. Se recopiló, sistematizó y examinó jurisprudencia sobre los delitos de incendio comprendidos en los artículos 474, 475 N°1 y 476 del Código Penal en el periodo 2000 a 2016, especificando si se calificó o no como delito con carácter de terrorista. Se estudiaron los razonamientos del tribunal para acoger o desestimar la calificación de delito terrorista y se examinaron los núcleos problemáticos comunes detectados por los tribunales a la hora de calificar la conducta típica de incendio como terrorista. Por último, los núcleos problemáticos identificados en los razonamientos judiciales fueron utilizados para contrastar los artículos 474, 475 N°1 y 476 del Código Penal con principios del Derecho Penal, tales como los principios de proporcionalidad y legalidad. Utilizando un método de investigación exegético-analítico.

Desde el punto de vista metodológico, la investigación es de tipo teórica-descriptiva. Inicialmente se estudiaron datos jurisprudenciales, opiniones de expertos y normas legales sobre el tipo penal de incendio terrorista en general, para luego poner especial énfasis en los artículos 474 y 476 del Código Penal, los que se analizaron en relación a criterios de proporcionalidad y legalidad.

1. Delitos de incendio terrorista en el Código Penal Chileno. Antecedentes de la formulación actual.

La configuración del delito terrorista se compone por la comisión de un delito común, que será considerado como delito base, al cual se le sumará la calificación de terrorista. Así, “[...] *el principio regulativo de la legislación actualmente vigente consiste en estructurar los delitos terroristas sobre la base de una calificación de determinados delitos comunes tan tanto de delitos base, en función de su comisión con una determinada finalidad*”⁴. En lo que respecta a esta investigación, para que se configure el delito de incendio terrorista, debe realizarse una conducta que coincida con la descripción del delito de incendio, y que, a la vez, se haya realizado con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie. En ese sentido, fue fundamental analizar la estructura del tipo penal del delito base de incendio y la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Conductas Terroristas (en adelante, “LCT” o “ley 18.314”), que determina conductas terroristas y su penalidad, para introducir el proceso de configuración del delito de incendio terrorista y su aplicación.

1.1. Delito de Incendio

El delito de incendio está regulado en el título noveno, numeral nueve del Código Penal Chileno, dentro de los delitos “de incendio y otros estragos” cometidos contra la propiedad. Así, es posible deducir que el incendio es un tipo de estrago, que se caracteriza por un medio de ejecución particular: el fuego.

La definición del tipo penal de incendio ha ido evolucionando. En un principio la doctrina lo definía como “[...] *la destrucción o deterioro de una cosa mediante el fuego*”⁵. Si bien esta definición logra describir la acción típica del incendio, es incompleta en cuanto a los bienes jurídicos que se propone proteger. Por ello, a la primera definición, que se centra principalmente en el incendio como un daño a la propiedad, se la ha integrado una segunda frase que incorpora la protección de otros bienes jurídicos, tales como la vida y salud de las personas, con lo cual podríamos definir al delito de incendio como “[...] *la destrucción de*

⁴ BASCUÑAN, El delito de incendio..., p. 11

⁵ BUSTOS, J. 1991. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Segunda edición, Barcelona, España, Ariel Derecho, p. 244

*cosas mediante fuego, con peligro para las personas y la propiedad ajena*⁶”. La distinción entre ambas definiciones no es trivial y tiene sus orígenes en la discusión acerca del bien jurídico protegido por el tipo penal de incendio. Si bien existe un relativo acuerdo en la doctrina al sostener que el incendio es un delito pluriofensivo, puesto que protegería a la propiedad como también al “[...] *el daño o peligro para la vida o la integridad corporal de las personas*”⁷, no existe tal acuerdo en cuanto a la forma en que se relacionan ambos bienes jurídicos. En ese sentido, hay consenso en que la propiedad no es el único bien afectado, pero no existe tal claridad al momento de determinar cuál bien jurídico prevalece sobre el otro, o si actúan de manera conjunta, y en caso de que ambos bienes jurídicos sean afectados de la misma manera, cómo esto afectaría la aplicación del tipo penal de incendio.

La principal consecuencia y, a la vez, razón para cuestionarse el bien jurídico protegido por el legislador está relacionado con el nivel de afectación que la ley requeriría para que la conducta realizada se considere dentro del tipo penal de incendio. Así, el delito de incendio *“Puede concebirse como un delito contra la propiedad, por el daño que provoca en los bienes de las personas y por la ubicación que se le dio en el Código Penal podría pensarse que esa sería su identidad. También puede concebirse como un suceso que atenta a la seguridad pública por el riesgo de su propagación y sus posibles consecuencias perjudiciales para las personas (la vida o la integridad de éstas) y para los bienes ajenos. En el primer caso se trataría de un delito de lesión o de resultado, en el segundo de un delito de peligro.*”⁸ Es decir, si consideramos que el bien jurídico protegido primordial es la propiedad y que la centralidad del tipo penal de incendio estaría en la destrucción o deterioro de una cosa por el fuego, necesariamente deberíamos llegar a la conclusión de que el delito de incendio es un delito de lesión, por lo cual se requeriría que *“realmente se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico que está destinado a proteger*”⁹. En estos casos la afectación a la propiedad será considerada la actividad lesiva principal, “[...] *sin perjuicio de que a veces se considere además la lesión o muerte de personas, o su comunicación a otros objetos o el peligro de la*

⁶ ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 462.

⁷ LABATUT, G. 1983. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Séptima Edición, actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 240.

⁸ GARRIDO MONTT, M. 2008. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 408-409.

⁹ GARRIDO MONTT, M. 2005. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 330

seguridad pública”¹⁰. Por otro lado, si consideramos que “[...] *el fundamento de la punibilidad del incendio y de los estragos no se vincula, en términos de la constitución de su núcleo de injusto, a la protección de la propiedad, sino a la protección de los miembros de la comunidad frente al peligro que implica para las personas y (eventualmente) para la propiedad un incendio o un daño cometido a través de medios catastróficos (estragos*¹¹”], entonces deberíamos concluir que el delito de incendio es un delito de peligro y que, por tanto, “[...] *se satisface con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la lesión*¹²”.

A su vez, en caso de que consideremos al delito de incendio como un delito de peligro, cabría distinguir si este peligro exigido por la ley es de carácter concreto o abstracto. Si para identificar una conducta como incendio se exige que con ello se ponga en peligro la seguridad pública de una manera en que exista una *“efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico*¹³”, se trata de un delito de peligro concreto, en cambio, cuando *“Haya o no creado un riesgo, la conducta se estime en sí misma peligrosa, y por ello su prohibición se conmina con una sanción penal [...]*¹⁴”, estaremos ante un delito de peligro abstracto. Siguiendo la misma línea, si tomamos la postura del delito de incendio como uno de peligro abstracto, deberemos precisar cuál será la conducta que permita presumir el peligro de la acción. Para ETCHEBERRY, el medio respecto del cual se presumiría peligrosidad es el caso de fuego ingobernable, lo cual *“Significa [...] que las llamas han adquirido autonomía y que su curso y progreso no pueden ser determinados a voluntad del hechor*¹⁵”.

Esta distinción entre delito de lesión o de peligro y, a la vez, de peligro abstracto o de resultado será de gran relevancia para efectos de esta investigación. Si se considera al delito de incendio como delito que protege principalmente a la propiedad y que sólo en determinados casos toma en cuenta la seguridad y vida de las personas para calificar una conducta, se debiese abogar por que en la jurisprudencia y raciocinio de los tribunales sólo se haga referencia a la seguridad pública en caso de que ella se vea directamente afectada por la

¹⁰ GARRIDO MONTT, Derecho Penal. Parte Especial..., pp. 409-410

¹¹ BASCUÑAN, El delito de incendio..., p. 28

¹² GARRIDO MONTT, Derecho Penal. Parte General..., p. 330

¹³ POLITOFF, S., MATUS, J.P., RAMIREZ, M.C. 2009. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General., D.F., México, Editorial Jurídica de las Américas, p. 209

¹⁴ GARRIDO MONTT, Derecho Penal. Parte General..., p. 331

¹⁵ ETCHEBERRY, Derecho..., p. 463

muerte o daño a una persona con la finalidad de encuadrar esta conducta en un tipo penal específico. Por otro lado, si el delito de incendio involucra, en su esencia, la seguridad pública, se puede aceptar y exigir que se tome en cuenta la puesta en peligro de ese bien jurídico para condenar o absolver. Este elemento es de fundamental relevancia a la hora de calificar a este delito como terrorista. En esta investigación se abordará el delito de incendio como un delito pluriofensivo que afecta tanto la propiedad como la seguridad de las personas y la vida, de acuerdo con la observación del profesor LABATUT, la cual también ha seguido MATUS, POLITOFF Y RAMIREZ, estableciéndose así como un delito de peligro concreto.

En cuanto a la tipicidad del delito de incendio, éste se encuentra regulado en los artículos 474 y siguientes del Código Penal. Con la finalidad de esquematizar los artículos trascendentales de esta figura penal, la doctrina ha distinguido entre un tipo penal de incendio subsidiario y figuras calificadas de incendio. El tipo penal subsidiario es el artículo 477 y de él se pueden desprender lineamientos generales sobre el tipo penal de incendio. Las figuras calificadas o agravadas de incendio se pueden subdividir en atención a distintos criterios, tales como:

- i. El daño que sufren las personas: art. 474
- ii. El peligro que importa para las personas: art. 475 N°1 (lugar habitado) y 476 (lugar no habitado)
- iii. La naturaleza del lugar incendiado: art. 475 N°2

El análisis del artículo 477 del Código Penal es relevante para establecer las características comunes de los tipos penales de incendio, pero no se estudiará en profundidad como los artículos 474 y 476, puesto que el artículo 477 del Código Penal no está incluido en la lista de delitos que pueden ser calificados como terroristas establecida en el artículo 2 de la LCT, por lo cual no es útil para efectos de nuestra investigación.

El artículo 477 del Código Penal es la figura genérica o subsidiaria de incendio, ya que sanciona todos aquellos comportamientos que involucren incendiar objetos que no estén previstos de manera más específica en las figuras de incendio calificadas, que revisaremos más adelante. Así, el artículo 477 dispone:

“Artículo 477.- El incendiario de objetos no comprendidos en los artículos anteriores será penado:

1º. Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el daño causado a terceros excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2º. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el daño excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3º. Con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si el daño excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.”

La conducta sancionada es la de incendiar. Para el profesor GARRIDO MONTT, *“El verbo incendiar lo emplea el legislador en sentido corriente, vulgar, o sea prender fuego a algo que no debería quemarse; el fuego provocado o comunicado a una cosa que no debe ser puesta en llamas o en ignición, eso es lo que caracteriza a la actividad prohibida. No se exige, como algunos autores afirman, que se provoque un fuego incontrolable, lo que importa vincularlo con la noción de peligro.”*¹⁶ Esta definición abraza la postura del delito de incendio como un delito que protege, en su esencia, a la propiedad. Por lo cual, para aquellos que consideren el delito de incendio como un delito pluriofensivo, será necesario agregar que además de prender fuego a algo, este sea *“[...] un fuego destructor de vastas proporciones que no puede ser apagado con facilidad.”*¹⁷

El artículo sanciona al “incendiario”, como la persona que ejecuta el incendio. En ese sentido y, en relación con la acción típica de incendiar, la dimensión subjetiva del tipo penal requiere de dolo directo para sancionar la conducta. El dolo eventual y la culpa resultan insuficientes para castigar la conducta de incendio, salvo determinadas excepciones.

Respecto a las etapas de ejecución o *iter criminis* del delito de incendio, cabe repasar la consumación, la tentativa y la frustración. Entendiéndose el delito de incendio como un delito

¹⁶ GARRIDO MONTT, Derecho Penal. Parte Especial..., p. 410.

¹⁷ POLITOFF, S., MATUS, J.P., RAMIREZ, M.C. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial..., p. 473

de peligro concreto, “[...] *no basta el peligro abstracto que deriva del poder destructor del medio empleado, sino que es preciso que el bien jurídico que la ley protege se vea realmente comprometido*”¹⁸. Así, la consumación del delito de incendio se producirá cuando “[...] *el fuego tome cuerpo y se produzca un verdadero abrasamiento que escapa al control del hechor*”¹⁹, puesto que recién en ese momento se entenderá que los bienes jurídicos protegidos por el legislador se han visto afectados. Respecto de la tentativa, esta “*Comienza con la ejecución de actos directamente encaminados a la perpetración del delito y termina cuando el sujeto se dispone a pegar fuego al objeto que desea incendiar*”²⁰. Por último, la frustración del delito existe cuando el hechor pone todo de su parte para llevar adelante un incendio, pero por alguna razón ajena a su voluntad, este no se produce, como podría ser, por ejemplo, que apaguen el fuego antes de que se vuelva ingobernable o que por condiciones climáticas tales como viento o lluvia no se produzca el incendio.

1.2. La calificación terrorista en el Derecho Penal chileno

El tratamiento jurídico penal del terrorismo encuentra sus fundamentos básicos en tres modelos; el subjetivo, el objetivo y, subjetivo-objetivo.

El modelo subjetivo centra su análisis en un elemento teleológico para definir el carácter terrorista, esto es, “[...] *define el terrorismo con referencia a la presencia de una determinada finalidad que debe estar presente en el sujeto al momento de cometer la conducta. Tal finalidad puede ser: política, y causar terror o intimidación (sea como finalidad del sujeto o como resultado de la actividad terrorista), y/o coactiva (obligar al Estado u organismo internacional, o a la autoridad a hacer o dejar de hacer algo)*.”²¹ Para el modelo subjetivo, el elemento principal para calificar una conducta como terrorista es la finalidad que persigue el actor al momento de cometer el ilícito. Por su parte, el modelo objetivo pone el énfasis para catalogar una conducta como terrorista en el elemento estructural. “*Bajo este modelo, la asociación criminal terrorista constituye, propiamente, un hecho punible autónomo, cuya lesividad resulta de la combinación de la lesividad genéricamente predicable*

¹⁸ LABATUT, Derecho..., p. 240

¹⁹ Ídem

²⁰ Ídem

²¹ VILLEGAS, M. 2016. Contribuciones para un concepto de Terrorismo en el Derecho Penal Chileno. En: Revista Política Criminal, Volumen 11, N°21, Universidad de Talca, p. 155

*de toda asociación criminal, por un lado, y la lesividad específicamente predicable de una organización criminal que cuenta como terrorista, por otro*²²”. Así, la organización terrorista, como estructura, está penalizada por ley y será la que determina el carácter terrorista de una conducta. Por último, el modelo Subjetivo-Objetivo logra combinar elementos teleológicos que persiguen la finalidad que tenía el sujeto al momento de realizar la conducta junto con elementos estructurales relativos a la organización terrorista.

En Chile impera el modelo subjetivo, reflejado en el artículo primero de la LCT:

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

De este artículo se desprende que para calificar una conducta como terrorista el actor debe perseguir una finalidad en particular: producir temor. En este sentido, la ley 18.314 ofrece 3 hipótesis mediante las cuales se puede generar el temor en la población:

- Por la naturaleza y efectos de los medios empleados
- Por la evidencia de la existencia de un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, y
- Porque se comete para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

Es relevante aclarar que la LCT sufrió una serie de modificaciones por la ley 20.467, promulgada el año 2010.

Antes de la modificación de la ley 20.467, coexistían dos criterios de calificación de delitos de terrorismo: la finalidad de causar temor en la población o en una parte de ella (finalidad intimidatoria) y la finalidad de arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle

²² MAÑALICH, J.P. 2015. El terrorismo ante el derecho penal: la propuesta legislativa del gobierno como retroceso. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales año 2015, p. 162

exigencias (finalidad coactiva). Tras la modificación a la LCT del año 2010, el único criterio de calificación es la finalidad de producir temor, quedando la finalidad coactiva de arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad como un mero indicador del temor producido en la población. Además, se elimina la presunción simplemente legal de la finalidad de producir temor que contenía el artículo primero:

“[...] Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos.”

Sin esta presunción simplemente legal, no existen atajos para probar el elemento subjetivo de la calificación terrorista, por lo cual se deberá probar la convicción interna del actor y su finalidad de producir temor en la población sin introducir en ese análisis elementos propios del delito común de incendio. Si bien se elimina la presunción, considerada inconstitucional por infringir el principio de inocencia, no se aprovechó la instancia para dar mayor sustento al artículo primero de la LCT, resultando con ello una descripción poco precisa de la conducta que se considerará terrorista²³.

Por último, se modificó el art. 3 de la LCT, agregándose la siguiente oración final: *"Con todo, en el caso de los numerales 1° y 2° del artículo 476 del Código Penal, la pena se aumentará en uno o dos grados, y en el caso del numeral 3° del artículo 476, se aplicarán las sanciones previstas en dicha disposición, con excepción de la pena de presidio mayor en su grado mínimo."* Con ello, se desglosó la estructura de determinación de la pena en el caso de incendio terrorista.

²³ Al respecto, VILLEGAS sostiene que *“En ese sentido si bien la reforma elimina la presunción de la finalidad terrorista que operaba cuando se usaban en la comisión del delito medios catastróficos o estragantes, lo que vendría a salvar la inconstitucionalidad producida respecto del principio de presunción de inocencia, hay que destacar que por este motivo, esta presunción nunca fue usada por nuestros tribunales, tampoco en el caso de mapuche, con lo cual su eliminación no resolvía ningún problema real. Muy por el contrario, la referencia que esta presunción hacía el uso de medios catastróficos o estragantes servía como criterio al juez para calificar una conducta como terrorista cuando se usaran esta clase de medios desde que eran usados para dar por probada la finalidad de atemorizar a la población. Hoy día al haber desaparecido esta referencia las conductas terroristas podrán verificarse por cualquier medio, quedando el tipo penal abierto.”* En: VILLEGAS, M. 2013. Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas. Revista de Derecho Penal y Criminología, Año III, N°6, pp. 21-22

En definitiva, de todo lo expuesto y, teniendo en consideración las respectivas modificaciones a la LCT, del artículo primero se desprende que para que un delito común pueda ser calificado como terrorista es necesario probar que el actor realizó la conducta típica con una convicción interna dirigida a causar temor en la población. Las tres hipótesis que presenta el legislador en el artículo primero de la ley 18.314 no representan presunciones para castigar una conducta como terrorista, sino más bien indicadores de las situaciones mediante las cuales podría provocarse temor en la población, manteniéndose así la finalidad interna del sujeto como el centro de la calificación terrorista. Por ello, el elemento subjetivo es el elemento de la esencia de la calificación terrorista. *“Esto implica que si el sujeto no ha actuado con el preciso propósito de crear temor en el conjunto o en parte de la población, aun cuando en los hechos efectivamente provoque ese efecto y aun cuando sus fines sean tanto o más reprobables, no es posible aplicar en la especie la legislación especial antiterrorista²⁴”*. Para que sea considerado terrorismo, el temor debe ser la finalidad del actor y no un efecto secundario generado por su actuar.

Cuando el delito calificado de terrorista sea el incendio, se aplicará el art. 2 N°1 de la LCT, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 2°. - Constituirán delitos terroristas, cuando cumplieren con lo dispuesto en el artículo anterior [Elemento Subjetivo]:

1.- [...] los de incendio y estragos, descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480

El artículo segundo numeral primero enumera un catálogo de delitos que, de verificarse el elemento teleológico requerido por el artículo primero, serán calificados como terroristas. De esta forma, la LCT instaura la estructura de aplicación de la calificante terrorista en los artículos 1 y 2 y la determinación de la pena en sus artículos 3 y 3 bis, respectivamente.

Para determinar la pena en caso de aplicar la calificación de terrorista, primero se analizará el artículo tercero de la ley 18.314, el cual establece que:

“Artículo 3°. - Los delitos señalados en los números 1.- y 3.- del artículo 2° [dentro de los cuales está el incendio] serán sancionados con las penas previstas para ellos en el Código

²⁴ HERNÁNDEZ, H. 2011. Algunas modificaciones a la ley N°18.314. Informe en Derecho N°3, febrero 2011, disponible en: Defensoría Penal Pública, 21 h, DOC/434, p. 7

Penal, en la Ley N° 12.927 o en la Ley General de Ferrocarriles, en sus respectivos casos, aumentadas en uno, dos o tres grados. Con todo, en el caso de los numerales 1° y 2° del artículo 476 del Código Penal, la pena se aumentará en uno o dos grados, y en el caso del numeral 3° del artículo 476, se aplicarán las sanciones previstas en dicha disposición, con excepción de la pena de presidio mayor en su grado mínimo.^{25,}

De esta forma, las penas aplicables a los delitos comunes de incendio estudiadas en esta investigación en comparación con incendios terroristas están descritas en la Tabla 1:

Tabla 1. Rango de penas según calificación común o terrorista de incendio.

Tipo Penal	Rango de penas como delito común	Rango de penas con calificación terrorista
Art. 474. Incendio con resultado de muerte, mutilación de miembro importante o lesión grave de las comprendidas en el número 1° del artículo 397.	Presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.	Presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.
Art. 475 N°1. Incendio en lugar habitado	Presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo	Presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.
Art. 476. Incendio en lugar no habitado.	Presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo. La pena asignada es la misma para todos los numerales del artículo	Art. 476 N°1 y 2: Presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado.

²⁵ Los destacados son nuestros.

	476.	Art. 476 N°3: Presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo
--	------	---

Luego, se recurre al artículo 3 bis de la Ley de Conductas Terroristas que describe el sistema de determinación de pena, estableciendo que:

“Artículo 3°bis. – Para efectuar el aumento de penas contemplado en el artículo precedente, el tribunal determinará primeramente la pena que hubiere correspondido a los responsables, con las circunstancias del caso, como si no hubiere tratado de delitos terroristas, y luego la elevará en el número de grados que corresponda.”

El sistema de determinación de la pena de un delito de terrorismo consiste en analizar primero el delito común y sus circunstancias modificatorias de responsabilidad penal para luego aplicar el aumento de penas propio de delitos de terrorismo. Este sistema constituye una alteración al orden y a la lógica de determinación de penas dispuesto por el artículo 343 del Código Procesal Penal, el cual establece que primero hay que decidir sobre la absolución o condena del imputado y, luego, en caso de condena, resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal²⁶.

El análisis de las atenuantes o agravantes está regulado para realizarse después del veredicto absolutorio o condenatorio del tribunal, lo cual permite mantener la objetividad de los jueces y evitar que se vean influenciados por circunstancias modificatorias que son ajenas al hecho punible bajo investigación. De la misma forma, el análisis para aplicar el aumento de penas establecido para delitos de terrorismo, ¿debería focalizarse exclusivamente en examinar la finalidad del autor al momento de cometer el delito? Pareciera que sí, puesto que en caso contrario se realizan determinaciones de pena como la siguiente: *“No perjudicándolos agravantes y favoreciéndolos la atenuante de su irreprochable conducta anterior, se les*

²⁶ Artículo 343 del Código Procesal Penal.

*aplicará la pena correspondiente al delito de incendio que sanciona el artículo 476 n° 3 del Código Penal, pero aumentado en un grado, conforme lo señala el artículo 3, inciso 1° de la ley 18.314, atendidas las circunstancias personales de cada uno de los acusados [...]*²⁷”. En la cual se realiza una especie de compensación y mezcla entre la pena asignada, las circunstancias modificatorias y el aumento de pena por delito de terrorismo.

En el sistema de determinación de pena establecido por la LCT, al momento de aumentar la pena, el juez ya habría incorporado las circunstancias modificatorias en su análisis. Esta situación es contraria a los principios del Derecho Penal, puesto que los jueces pierden imparcialidad al tomar conocimiento de antecedentes ajenos al hecho punible antes de definir el aumento de pena establecido en el artículo 3 de la ley 18.314. El orden lógico de determinación de pena en caso de condena por delitos de terrorismo debería consistir en analizar primero la culpabilidad del acusado respecto del delito con calificación terrorista que se le imputa, luego, si es declarado culpable, aplicar el aumento de pena que se estime procedente según el artículo 3 de la LCT y, finalmente, examinar las atenuantes y agravantes, procurando no considerar elementos utilizados para calificar el delito como terrorista en el posterior análisis de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

2. Delito de Incendio Terrorista en atención al peligro producido.

Los delitos de incendio calificados en atención al peligro que el incendio importa para las personas²⁸ son: el incendio en lugar habitado (art. 475 N°1 del Código Penal) y el incendio en lugar no habitado (art. 476 del Código penal). De esta manera, la conducta será sancionada si de un incendio no resultan daños para las personas, pero sí ha existido peligro concreto para ellas²⁹.

2.1. Artículo 475 N°1 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314

²⁷ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 22 de agosto de 2004, R.U.C. 0100086594-2 y R.I.T. 21-2004, p. 65

²⁸ POLITOFF, S., MATUS, J.P., RAMIREZ, M.C. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial..., p. 477

²⁹ ETCHEBERRY, Derecho..., p. 469

El artículo 475 N°1 del Código Penal reprime, aparte del incendio mismo, el peligro en que se colocó a las personas presentes, peligro que al agente, por lo menos, le es atribuible a culpa³⁰. De esta forma, el artículo dispone lo siguiente:

“Art. 475. Se castigará al incendiario con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

1°. Cuando ejecutare el incendio en edificios, tren de ferrocarril, buque o lugar habitados o en que actualmente hubiere una o más personas, siempre que el culpable haya podido prever tal circunstancia.”

A saber, el artículo recién citado sanciona la acción de incendiar un edificio, tren de ferrocarril, buque o lugar siempre que se presenten una de dos hipótesis: que aquellos lugares estén habitados o que actualmente hubiere una o más personas en los lugares descritos, siempre que se haya podido prever su presencia.

La redacción del artículo distingue entre un “lugar habitado” y un lugar en que “actualmente hubiere una o más personas”, lo cual “[...] pone de manifiesto que para la ley el lugar ‘habitado’ no es aquel en que simplemente se encontraren personas, sino aquel en que vive o mora gente³¹”.

La previsibilidad que incluye la disposición “[...] indica también que debe existir, con respecto al daño posible, al menos una posición anímica cuasidelictual, y que puede llegar hasta el dolo eventual³²”. Esto es, el actor sí desea provocar el incendio en el lugar, pero no persigue matar o lesionar a las personas que allí se encuentren, cuya existencia puede ignorar, pero que era previsible³³.

Corresponde analizar un caso acaecido el año 2001, en el cual se acusó a Pascual Huentequero Pichún, Patricia Troncoso Robles y Segundo Norín Catrimán de realizar dos incendios con calificación terrorista y dos amenazas, también con calificación terrorista. El caso fue denominado “Caso Lonkos”, puesto que los imputados Norín Catrimán y Pichún son lonkos de sus respectivas comunidades. En relación con el incendio terrorista, el caso examinó los siguientes dos sucesos:

³⁰ GARRIDO MONTT, Derecho Penal. Parte Especial..., p. 418

³¹ ETCHEBERRY, Derecho..., p. 469

³² Ídem

³³ GARRIDO MONTT, Derecho Penal. Parte Especial..., p. 418

- i. El primero, ocurrido el 12 de diciembre de 2001, alrededor de las 23.30 horas, en el cual se alegó que “[...] *los tres acusados, [...] procedieron al incendio de la casa habitación de Juan Agustín Figueroa Elgueta, administrador del fundo Nancahue; para ello [...] arrojaron combustible en el comedor del primer piso del inmueble y procedieron a la ignición, causando el incendio de la casa habitación, destruyéndola en su totalidad*³⁴”.
- ii. El segundo, ocurrido el 16 de diciembre de 2001, alrededor de las 01.00 de la madrugada, en el cual el órgano persecutor sostuvo que los imputados “[...] *provocaron cuatro focos de incendio al interior del fundo San Gregorio*³⁵”, afectando con ello una cantidad aproximada de 90 hectáreas de Pino Insigne de 18 años.

Los dos incendios se produjeron en lugares habitados, por lo cual fue utilizado el artículo 475 N°1 del Código Penal.

A juicio de los acusadores, ambos sucesos constituían delitos terroristas contemplados en la ley 18.314, “[...] *puesto que estos incendios y amenazas se cometieron con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella, el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, debiendo presumirse tal finalidad cuando los ilícitos se cometen mediante artificios explosivos o incendiarios, salvo que conste lo contrario.*³⁶” Es decir, la reproducción del artículo primero de la LCT previo a la modificación de la ley 20.467.

El tribunal declaró que los hechos en cuestión sí revestían la calificación de delitos de terrorismo, pero absolvió a los imputados por no comprobarse su participación en los hechos. En su argumentación destaca la prueba contextual que sitúa los hechos en un contexto de violencia, lo cual sería la razón principal para calificarlos como terroristas. Así, la sentencia establece que “*En efecto, los ilícitos antes señalados están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan*

³⁴ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 14 de abril de 2003, R.U.C. 0100083503 – 6 y R.I.T. 02-2003, pp. 1-2

³⁵ *Ibídem*, p.2

³⁶ *Ibídem*, p. 3

*crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la Octava y Novena Región*³⁷”. La utilización de prueba contextual en esta causa fue criticada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuestión que será analizada más adelante.

Sin embargo, los querellantes particulares y el Ministerio Público interpusieron un recurso de nulidad en contra de la sentencia recién analizada, el cual fue acogido por la Corte Suprema el 2 de julio de 2003, por considerarse que “[...] *la sentencia impugnada ha incurrido en la causal absoluta de nulidad que las partes acusadoras han fundado en la causal e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación a lo dispuesto en el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal* [...]”³⁸, esto es, por haberse omitido en la sentencia, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones³⁹.

Como consecuencia, se realizó un segundo juicio oral cuya sentencia se dictó el 27 de septiembre de 2003. El tribunal estuvo conformado por tres magistrados, distintos a los que emitieron la sentencia absolutoria de 14 de abril de 2003. En lo que se refiere la señora Patricia Troncoso, declaró que no se desvirtuó su presunción de inocencia y, en consecuencia, la absolvió de los delitos que le fueron imputados. El tribunal arribó a la misma conclusión en cuanto a la alegada responsabilidad penal de los señores Pichún Paillalao y Norín Catrimán por los delitos de incendio terrorista, pero los condenó como autores del delito de amenazas terroristas.

Es interesante para efectos de esta investigación señalar que la argumentación del tribunal para calificar los hechos como terroristas tiene igual forma que la del primer juicio. No solo respecto de la utilización de la prueba contextual como argumento principal, sino que la redacción propiamente tal, salvo pequeños detalles, es la misma⁴⁰. Es común utilizar jurisprudencia para convencer al juez, pero es de esperarse que un tribunal tenga su propio

³⁷ *Ibíd*em, p.15

³⁸ CORTE SUPREMA, en sentencia de 02 de julio de 2003, ROL N° 1743-2003, pp. 18-19

³⁹ Artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal

⁴⁰ Como ejemplo, el siguiente extracto: “*Los ilícitos antes referidos están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la Octava y Novena Región*”, en: TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 27 de septiembre de 2003, R.U.C. 0100083503 – 6 y RIT 02/2003, p. 28

raciocinio judicial y línea argumentativa, más aún cuando está fundamentando la aplicación de una normativa de excepción, como lo es la LCT.

2.2. Artículo 476 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314

El artículo 476 del Código Penal es considerado por ETCHEBERRY como la “figura fundamental” del delito de incendio y es ubicado por la doctrina dentro de los incendios calificados en atención al peligro que importa para las personas, puesto que regula los incendios producidos en lugares no habitados, pero que suponen riesgo. La ley 18.314 regula la forma en que se aumentará la pena en caso de calificarse la conducta regulada en este artículo acto como terrorista de la siguiente manera: “[...] *en el caso de los numerales 1° y 2° del artículo 476 del Código Penal, la pena se aumentará en uno o dos grados, y en el caso del numeral 3° del artículo 476, se aplicarán las sanciones previstas en dicha disposición, con excepción de la pena de presidio mayor en su grado mínimo.*”⁴¹ En adelante se analizarán los numerales de este artículo y cómo se relacionan con la aplicación o rechazo de la calificación terrorista por parte de los tribunales de justicia:

2.2.1. Artículo 476 N°1 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314

El numeral primero del artículo 476 del Código Penal dispone:

“Art. 476. Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados:

1°. Al que incendiare un edificio destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado.”

El uso de la palabra habitar “[...] *no es lo mismo que ‘encontrarse físicamente presente’, sino que significa ‘vivir, morar’.*”⁴² Es decir, la norma no se refiere a si en el momento de cometer el ilícito se encontraban personas dentro del lugar o no, sino más bien a la utilización habitual del lugar como vivienda. Un ejemplo de un edificio destinado a servir de morada que no estuviere actualmente habitado podría ser “[...] *una casa de veraneo en temporada de*

⁴¹ Art. 3 LCT

⁴² ETCHEBERRY, Derecho..., p. 465

*invierno o una casa abandonada*⁴³”. De esta forma, se reconoce la intención de castigar la conducta por considerarse un acto que atenta contra la propiedad, destruyendo un edificio, pero por sobre todo, por el peligro que suscita para las personas.

El artículo 476 N°1 fue empleado en un caso de incendio ocurrido en el “Fundo Brasil”, ubicado en la comuna de Vilcún, provincia de Cautín, en la IX Región de la Araucanía, por el cual el órgano persecutor acusó a 6 comuneros mapuche de trasladarse el 11 de septiembre del año 2009 hasta el fundo Brasil, propiedad de la señora Elsa Fernández Díez, e incendiar la casa patronal del fundo.

El tribunal oral en lo penal declaró la absolución de todos los imputados por considerarlos inocentes de los cargos formulados en su contra, refiriéndose específicamente a la calificación de terrorista: “[...] *se ha desestimado la calificación de terrorista respecto del incendio de la casa habitación por cuanto no se observa de manera alguna, como de una suerte de simple coordinación de acciones se pueda deducir que ello obedezca a una plan determinado para afectar a un grupo definido de personas y con la idea sustancial de poner en peligro o perturbar el ordenamiento constitucional democrático [...]*”⁴⁴ La sentencia menciona como bien jurídico protegido al ordenamiento constitucional democrático, lo cual es conteste con los postulados de VILLEGAS, siempre que se entiende por terrorismo “[...] *ataques masivos e indiscriminados contra la vida y la integridad física de las personas*”⁴⁵ y, en ese contexto, la doctrina ha entendido de forma mayoritaria que cuando éste se manifiesta “[...] *el bien jurídico de naturaleza colectiva que resulta objeto del ataque no es otro que el ordenamiento constitucional democrático originado en la manifestación de la voluntad popular*”⁴⁶.

Más adelante, el tribunal sostiene que “[...] *en el caso de los delitos terroristas, el dolo va más allá del resultado del delito base, y al respecto importa precisar como doctrinariamente se ha sostenido, que tales conductas requieren una intencionalidad especial*

⁴³ POLITOFF, S., MATUS, J.P., RAMIREZ, M.C. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial..., p. 478

⁴⁴ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 14 de abril de 2014, R.U.C. 09 10 02 14 81 – 1 y R.I.T. 195-2013, p. 8

⁴⁵ ZAFFARONI, R. 2010. El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento. En: SERRANO-PIEDCASAS, J.R., DEMETRIO, E. (Dir.). Terrorismo y Estado de derecho, Madrid, Iustel, p.363.

⁴⁶ VILLEGAS, M. 2006. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. En: Revista Política Criminal, n° 2, A3, Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, p. 9

*que por sí mismas exceden el ilícito basal [...] donde la finalidad última perseguida por los agentes que la asumen vaya más allá de un resultado objetivo, y en tales circunstancias, de no ser acreditado precisos elementos que sostienen tal excepcionalidad, la figura criminal que hemos asentado, no constituyen más que delitos comunes, en el sentido técnico de la expresión*⁴⁷”. La aplicación de la LCT es de carácter excepcional, reservada solamente para delitos que cumplan determinados requisitos. En caso de que no se pueda acreditar que los acusados incendiaron la casa patronal con la intención de producir temor en la población o en una parte de ella, no puede aplicarse la calificación de terrorista.

Otro fallo que sirve como ejemplo de aplicación del artículo 476 N°1 del Código penal consiste en un caso reconocido en el área jurídico penal como el caso “Luchsinger Mackay”. El caso se divide en dos hechos (Hecho 1 y Hecho 2), ocurridos en diciembre de 2012 y enero de 2013 respectivamente. El primer hecho investiga un supuesto incendio terrorista y se analiza la utilización del artículo 476 N°1 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 de la ley 18.314, y el segundo hecho investiga un incendio terrorista con resultado de muerte, en el cual se analizó la utilización del artículo 474 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 de la LCT.

El “Hecho 1 del caso “Luchsinger Mackay” hace referencia a la siguiente situación: un grupo de individuos ingresaron al Fundo Santa Isabel, comuna de Vilcún, Región de la Araucanía y se dirigieron a la casa habitación principal del recinto, específicamente a la parte destinada a quincho, “[...] *donde se encontraban conversando, luego de desarrollar un actividad familiar, el matrimonio compuesto por el señor Pío Seco López y doña María Isabel Fourcade Carmine, la hija de ambos Marcela Seco Fourcade y el cónyuge de ésta, Juan Pablo Serra Danke*⁴⁸”. Luego, procedieron a reducir y golpear a las personas que se encontraban ahí, las forzaron a salir del lugar y, finalmente, incendiaron la casa habitación, destruyéndola por completo. El órgano persecutor acusó a sólo una persona, Celestino Córdova, machi de la comunidad mapuche “Juan Huenchumil Quintupil” de Vilcún, por el delito contenido en el artículo 476 N°1 del Código Penal, en calidad de autor.

⁴⁷ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 14 de abril de 2014..., p. 8

⁴⁸ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 28 de febrero de 2014, R.U.C. 1300014341-8 y R.I.T. 220-2013, pp. 108-109.

No queda suficientemente claro con los hechos de la causa si el lugar incendiado se iba a considerar como una casa habitada o no habitada, puesto que se menciona que las víctimas se encontraban en un quincho cuando llegan los actores del ilícito, pero luego se establece que lo que se incendió fue la casa habitación completa. Ello es relevante porque define si la conducta antijurídica es subsumible en el artículo 475 N°1 (lugar habitado) o el en artículo 476 (lugar no habitado), ambos del Código Penal.

Sorprendentemente, el Ministerio Público no se decidió por lo uno ni lo otro, puesto que realizó la acusación por “**Incendio de casa o lugar habitado**, tipificado en el 476 N° 1 del Código Penal⁴⁹”, lo cual confunde los artículos es cuestión, puesto que el artículo 476 N°1 del Código Penal describe un incendio en lugar no habitado. Esta confusión podría haber causado graves problemas al momento de determinar la pena, puesto que el artículo 475 dispone de penas más gravosas que el artículo 476. El tribunal respectivo tampoco se hizo cargo de la discordancia entre las acciones descritas y la norma aplicable, ya que decidió “No [ahondar] doctrinariamente respecto del ilícito establecido en el Código Penal, por cuanto no fue objeto de controversia jurídica [...]”⁵⁰.

De todas formas, esta situación no trajo mayores consecuencias, puesto que el tribunal calificó el incendio como delito terrorista, pero absolvió al imputado por falta de participación en los hechos. Así, señaló haber adquirido la convicción de que los hechos recién descritos fueron cometidos con la finalidad de producir temor en un sector de la población y que, por tanto, se satisfacía el tipo penal de incendio terrorista de los artículos 476 N°1 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 de la ley 18.314.

Para llegar a esta conclusión, primero entrega un marco teórico general sobre el concepto de terrorismo “[...] que facilite la comprensión de la calificación que antecede⁵¹”. En este análisis doctrinario, el tribunal destaca que, según VILLEGAS, el bien jurídico protegido por la LCT es el orden constitucional democrático, con lo cual “el temor sólo es el medio para conseguir el ataque a dicho interés protegido por el derecho⁵²”. Tal postulado se presenta como una crítica doctrinaria hacia la descripción actual del artículo primero de la

⁴⁹ Ibídem, p. 5

⁵⁰ Ibídem, p. 109

⁵¹ Ibídem, p. 111

⁵² Ibídem, p. 113

LCT, el cual no determina el bien jurídico protegido y posiciona al temor como la finalidad última del autor, y no como un medio. Inmediatamente después, el tribunal analiza nuestra legislación interna, donde enfatiza en el carácter *subjetivista* de la LCT y su enfoque en la finalidad perseguida por el autor.

El ejercicio que realizó el tribunal previo a resolver sirve como ejemplo para evidenciar la distancia que existe entre las discusiones doctrinarias, nacionales e internacionales, respecto del concepto de terrorismo, y el estado actual de nuestra legislación interna; una normativa que mantiene como único elemento la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella. El tribunal utiliza el marco teórico para argumentar y aclarar lo que para él constituye un carácter terrorista de los hechos. Esto es positivo, en cuanto intenta incorporar nuevas herramientas para resolver el caso, pero es a la vez preocupante, puesto que el principio de taxatividad del Derecho Penal exige que “[...] *la descripción de la conducta se [haga] en términos tales, que no [den] lugar a más de una interpretación acerca de lo que se desea incriminar. Asimismo, deberá tratarse de términos que se basten a sí mismos, de manera que no sea necesario recurrir a otros antecedentes para fijar su sentido y alcance.*”⁵³

El primer argumento que utiliza el tribunal consiste en que las personas que realizaron el incendio “*profirieron expresiones como: ‘que querían tierras y armas’, desestimando incluso el ofrecimiento de dinero para cesar su acción; ‘que se trataba de un atentado Mapuche’; ‘que querían ver a los huincas arrodillados frente a ellos’; es decir son datos objetivos que permiten deducir el dolo especial exigido por el legislador de la Ley 18.314., puesto que nos habla de manera inequívoca que lo que realizaban tenía por objeto, finalidad y motivación provocar temor en una parte de la población de esta región, especialmente la que habita, por cierto, los predios aledaños al sitio del suceso.*”⁵⁴ Este argumento es expresión del elemento teleológico requerido por el artículo 1 de la ley 18.314, puesto que se concentra en la finalidad perseguida por el autor. Con esto, el tribunal concluye que la finalidad de los autores

⁵³ RODRÍGUEZ, L. 2012. Los Principios Rectores del Derecho Penal y su Proyección en el Campo de las Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Criminal. Revista de Derechos Fundamentales, Viña del Mar, Editorial número 8, segundo semestre, p. 154

⁵⁴ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 28 de febrero de 2014..., p. 116

excedía la mera destrucción de la residencia y que ello era suficiente para calificar el hecho de terrorista.

Sin embargo, es problemático considerar que las expresiones citadas en el extracto en cuestión sean expresión de una finalidad de producir temor en la población. Puesto que el intento de recuperación de tierras y la intención de “ver a los huincas⁵⁵ arrodillados frente a ellos” se acerca más a un ánimo vindicativo, esto es, realizar aquellas acciones como respuesta o venganza por la ocupación de determinados territorios. En ese sentido, “producir temor en la población” sería un efecto del incendio, pero no la finalidad última del actor y, de *lege lata*, si la finalidad del actor es distinta a la de producir temor en la población, su actuar no puede ser considerado como un delito de terrorismo.

Además, se identifica una falta de limitaciones por parte del artículo primero de la LCT, siempre que la ausencia de un elemento distinto a la finalidad de producir temor en una parte de la población, permite aplicar la legislación terrorista sin un mayor análisis respecto de la finalidad política del autor, la existencia de una organización que lo respalde y la capacidad que debería tener la misma para ser capaz de generar un daño grave y sistemático. *“Incluir bajo la misma regulación punitiva otros delitos de resistencia violenta como protestas sociales, huelgas, o manifestaciones políticas violentas sin un respaldo organizativo de un grupo terrorista, conduce a la difuminación del significado de la excepcional gravedad del terrorismo y del carácter excepcional de las medidas que se arbitran para su punición.”*⁵⁶ Al establecerse como único indicador de una conducta terrorista la finalidad de producir temor en una parte de la población de ser víctimas de delitos de la misma especie, la descripción del tipo penal terrorista resulta insuficiente y abre la posibilidad de aplicar una legislación de excepción terrorista a hechos que no revisten tal calificación.

⁵⁵ Huinca es un término despectivo (proveniente del idioma mapuche) con que los mapuches nombraban a los conquistadores españoles en el siglo XVI, pues los vieron como los «nuevos incas» (gui-inka) que intentaban invadir sus tierras. Por extensión, se aplica actualmente a sus descendientes, es decir, a los chilenos criollos o mestizos, no mapuches. En la frase wingka no reche: ‘nuevo inca, no [mapuche] genuino’, el término wingka o uinka, proviene de ui o ue: ‘nuevo’, e ingka: ‘inca’ (entendido como sinónimo de invasor o usurpador). En: <http://www.misapelidos.com/significado-de-Huinca-108612.html> (fecha consulta: 26 de diciembre de 2016)

⁵⁶ ASÚA, A. 2002. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. En: Echano Basaldua, J. (coord.), Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, p. 8

Luego, el tribunal sostiene que “*A ello debe sumarse que al inicio de sus acciones la misma víctima escuchó expresamente de quien la custodiaba se trataba de un ‘atentado Mapuche’ y más adelante le expresó que era ‘un atentado indígena por Matías Catrileo*”⁵⁷”, quien fue un estudiante chileno de etnia mapuche que murió el año 2008 a causa de un impacto de bala efectuado por un policía chileno en el contexto de una ocupación del ex fundo “Santa Margarita”. La argumentación del tribunal se contradice, puesto que primero sostiene que la finalidad de los autores era producir temor en una parte de la población de ser víctimas de incendios en sus casas, pero luego señala que la finalidad era más bien vindicativa, siempre que se buscaba vengar la muerte de una persona. En el escenario vindicativo, el temor producido por el incendio sería un medio o un efecto producido por la acción, más no la finalidad de la misma.

Seguidamente, el tribunal agrega que “[...] *si bien varias de esas expresiones pueden ligarse a demandas sociales de un sector de la población de esta región, concretamente a personas de la etnia Mapuche en pos de recuperar tierras que les pertenecieron, empero además hicieron alusiones respecto de que los hechos igualmente lo efectuaban por lo acontecido al señor Matías Catrileo, de manera que, en consecuencia, es evidente que, el ataque también tenía por finalidad asestar un golpe al Estado- en su faz policial- que, según sus visiones, desprendidas del panfleto reconocido por el señor Jorge Luchsinger Villiger, tiene la responsabilidad del fallecimiento del mencionado, con lo que es manifiesto que tras los dichos hechos existió una denodada finalidad de atacar la bases del Estado , eligiendo para ello, un medio idóneo cual es la sembrar temor en un sector de la población de esta región.*”⁵⁸ El tribunal intenta desapegarse de la literalidad de la legislación chilena al hacer referencia a lo que la doctrina ha considerado el bien jurídico protegido en la legislación terrorista, esto es, el orden constitucional democrático. Pero al hacerlo, identifica la demanda histórica de recuperación de tierras del pueblo mapuche y la intención de vengar la muerte de una persona y responsabilizar al Estado de ella, con la persecución de la destrucción de las bases del Estado, cuando, en realidad, responden a lógicas totalmente distintas.

Más adelante, se destaca que “[...] *las personas padecieron también de lesiones, es decir, su integridad física fue afectada, pudiendo igualmente que fueron apuntados por armas*

⁵⁷ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 28 de febrero de 2014..., p. 117

⁵⁸ Ídem

de fuego y rodeados por sujetos que portaban las mismas, en ese contexto es palmario que sus vidas, corrieron un peligro concreto y palpables, a lo que se añaden los actos de degradación contrario a la dignidad humana a que fueron sometidos, como fueron el mantenerlos arrodillados⁵⁹”. Esta situación no es exclusiva de los delitos terroristas y no debería considerarse un argumento a favor de la aplicación de la LCT. En robos también se pueden presentar situaciones de violencia y no por ello serían considerados terroristas. Existen delitos comunes que sancionan aquellas conductas, por lo cual no debería agregarse como sustento para aplicar leyes extraordinarias, a no ser que se hayan utilizado medios catastróficos que diferencien la acción de otros delitos.

Por último, es importante destacar que el tribunal sostuvo que “[...] *lo que se pretende con el incendio de sus bienes, conforme emana de la prueba producida respecto de este hecho, no es consumir la destrucción de cosas muebles o inmuebles sino causar temor en otras personas que viven en sectores rurales y que son propietarios de grandes o medianas extensiones de tierras con el fin de que los mismos abandonen dichos lugares, afectando con ello-necesariamente- la estabilidad económica y social de una parte del Estado Chileno, cual es esta región.*⁶⁰” En este extracto se observa como el tribunal identifica los intereses de privados con los del Estado, pues sostiene que al dañar a los dueños de los predios se estaría afectando directamente al Estado. Empero, existen muchos delitos que por su naturaleza conllevan violencia y generan temor, pero no por ello se considera que están atacando los cimientos del estado democrático. “*Por eso, no tiene sentido hablar de terrorismo para aludir a la sensación de inseguridad que provocan ciertas formas –forzosamente vagas y de determinación empírica- de violencia, incluso delictiva, no dirigida a tomar o condicionar el ejercicio del poder.*⁶¹” Como ejemplo, un capítulo del programa de televisión chilena llamado “En su propia trampa”, en el cual Emilio Sutherland, periodista conocido como “Tío Emilio”, registra como un grupo de personas, aparentemente pertenecientes a una pandilla callejera, disparan, durante dos horas, municiones de alto calibre a una casa ubicada en la población

⁵⁹ *Ibíd*em, p. 118

⁶⁰ *Ibíd*em, p.119

⁶¹ TERRADILLOS, J. 2010. El Estado de derecho y el fenómeno del terrorismo. En: SERRANO, J.R., DEMETRIO, E. Terrorismo y Estado de derecho. Madrid, Iustel, p. 278.

Parinacota, comuna de Quilicura⁶². En este caso también existe una clara intención de un grupo de personas por forzar a otros a abandonar su casa y la población en la que se encuentran. Sin embargo, ello no significa que se trate de un delito de terrorismo. Resulta contrario el principio de igualdad que se considere la posición socioeconómica de las víctimas para establecer cierto tipo de privilegio a la hora de determinar la naturaleza del delito.

Sumado a esto, en el extracto recién citado no sólo se analizan los medios utilizados, sino que también se asimila la intención de expulsar a los latifundistas del sector como una finalidad posiblemente terrorista. Sobre aquello, hay que recalcar que el proceso de recuperación de tierras que históricamente ocuparon los mapuche es uno de los elementos centrales del denominado “Conflicto Mapuche” y, *“El uso de la legislación penal de emergencia o de extrema gravedad -asociado normalmente a procedimientos excepcionales que amplían las facultades de persecución e investigación, en desmedro de las garantías del imputado-, para efectos de reprimir o disuadir las acciones violentas y no violentas de un determinado grupo, no es algo exclusivo de la historia de Chile ni es novedoso en Latinoamérica. Por lo mismo, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos suelen observar con preocupación las políticas criminales que, facilitadas por definiciones amplias o vagas de terrorismo, tienden a recaer sobre determinados colectivos o sectores de la población⁶³”*. Al respecto, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tratado internacional adoptado en Ginebra, el 27 de junio de 1989, siendo ratificado por Chile en septiembre del año 2008, entrando en vigencia el 15 de septiembre del año, señala lo siguiente:

“Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. [...]

⁶² Revisar capítulo en: <http://www.13.cl/programas/en-su-propia-trampa-t5/mas-videos/la-balacera-que-tenia-impactado-al-tio-emilio>. (fecha consulta: 26 de diciembre de 2016)

⁶³ MEDINA, C. 2013. Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad. En: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2013. Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2012, N°12, octubre 2013, pp. 7-60, disponible en: www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/8626ff14b9122a2c25121e5903597736.pdf, pp.45-46

2. *Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.*

3. *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”*

Al estar ratificado y vigente en nuestro país, este convenio está incorporado en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República. La cuestión relativa a la recuperación de tierras indígenas es de relevancia internacional y, tal como dice el artículo citado, las acciones estatales deben ir encaminadas hacia el reconocimiento y protección de la tierra indígena. Sin embargo, en el extracto en cuestión se evidencia todo lo contrario, siempre que, dejando de lado los medios utilizados (incendio), el tribunal asimiló la intención de expulsar a los latifundistas de aquel territorio con una finalidad terrorista. Actualmente se discute en el Congreso chileno un Proyecto de Ley que reemplaza la ley 18.314 sobre conductas terroristas, y modifica el Código Procesal Penal. En ese contexto, la Comisión Asesora Ministerial conformada por abogados y académicos elaboraron un informe, en el cual se proponía dirigir la regulación de la ley de conductas terroristas hacia un modelo objetivo, posicionando a la asociación criminal terrorista como ilícito principal. Junto con ello, propuso la reivindicación territorial legítima bajo el derecho internacional como criterio de exclusión del carácter terrorista de una organización, buscando con ello reducir el riesgo de arbitrariedad y discriminación en la aplicación de la LCT y, a la vez, aproximar al ordenamiento jurídico chileno a los estándares internacionales mencionados. Ésta disposición “[...] *pretendía ser puramente declarativa, en el sentido de hacer explícito que una organización de personas que persigue esa reivindicación legítima, y no otra, en ningún caso puede resultar subsumible bajo la descripción de la asociación criminal terrorista.*”⁶⁴ La propuesta de la Comisión Asesora Ministerial no fue tomada en consideración.

El incendio que pueda producir un comunero mapuche con la finalidad de expulsar a latifundistas de un territorio que considera suyo es un delito, aunque la finalidad que persiga esté consagrada por tratados internacionales. El medio escogido para reivindicar sus derechos conlleva un reproche penal y la conducta será sancionada con el tipo penal correspondiente.

⁶⁴ MAÑALICH, El terrorismo..., p. 166

Pero, “*Sólo cuando la violencia de emancipación sea indiscriminada y amenace seriamente a la colectividad indeterminada y no sólo a los agentes eficaces de la tiranía será también terrorista. Pero aquí el terror viene de los medios, mientras que los fines proclamados, la recuperación del imperio de los derechos fundamentales, no generan terror, sino seguridad. Por definición*⁶⁵”.

La deuda histórica del Estado de Chile con el pueblo mapuche es de larga data, pero aún no se ha implementado un programa efectivo de devolución de tierras. Informes de organizaciones internacionales han recomendado la expropiación (mediando indemnización) de tierras mapuches a la comunidad de colonos y su repatriación a los mapuches⁶⁶, pero el Estado ha rechazado la idea, realizando en subsidio, un programa regional administrado por la CONADI destinado a comprar pequeños terrenos a comunidades de colonos. Este programa ha sido sumamente lento, tanto así, que los mismos representantes de la CONADI han reconocido que “[...] *con el actual presupuesto pasarían varias décadas antes de poder proceder incluso a la devolución de las tierras ya asignadas*⁶⁷”. En estas condiciones, la lucha del pueblo mapuche por la recuperación de sus tierras ancestrales sólo puede ser considerado como violencia de emancipación⁶⁸.

Así, debe evitarse la perspectiva de entender que un movimiento social implique terrorismo, transformando los problemas sociales en problemas de seguridad, con las consiguientes consecuencias para la democracia⁶⁹. En vez de reprimir las expresiones, a veces violentas, de reivindicaciones territoriales con la utilización de la LCT, el desafío está en solucionar el problema de fondo. Así lo entendió el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, don Ben Emmerson, quien visitó Chile el año 2013 y respecto de esta materia

⁶⁵ TERRADILLOS, El estado de Derecho..., p.277

⁶⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2014. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Consejo de Derechos Humanos, 25º período de sesiones, Tema 3 de la Agenda, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/92/PDF/G1413492.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016), p.6

⁶⁷ Ídem

⁶⁸ Véase ampliamente en: TERRADILLOS, El estado de Derecho..., pp. 271-291

⁶⁹ LILLO, R. 2006. Pueblos indígenas, Terrorismo y Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos N°2, Universidad de Chile, pp. 227-234, disponible en: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13397/13668> (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016), p. 234.

“[...] concluye que la situación en las Regiones de la Araucanía y del Biobío es extremadamente volátil. La frecuencia y la gravedad de las confrontaciones violentas en la región han ido en aumento en los últimos tres años. Si no se adoptan medidas rápidas y eficaces a nivel nacional, el conflicto podría dar rápidamente lugar a disturbios y violencia generalizados. Es urgente otorgar a la cuestión la prioridad que requiere⁷⁰”.

En definitiva, la legislación terrorista debería ser aplicada de manera excepcional y a individuos que realicen ataques violentos de forma sistemática como medio de modificación de las relaciones de poder, pero, por lo visto, ello no sucede en Chile, siempre que *“[...] la Constitución Política impuesta por la dictadura cívico-militar en efecto dio rango supra-legal a un modelo de criminalización, penalización y persecución de comportamientos etiquetados como constitutivos de “terrorismo”, el cual, tal como se encuentra configurado bajo la Ley N° 18.314, se deja caracterizar sin mayor hipérbole como un modelo de derecho penal del enemigo⁷¹”.*

2.2.2. Artículo 476 N°2 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314

Continuando con el análisis de este tipo penal, sigue el numeral 2° del artículo 476 del Código Penal:

“Art. 476. Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados:

2°. Al que dentro de poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aun cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación.”

Esta norma protege la seguridad de las personas, siempre que *“[...] se vuelve a hacer referencia a un edificio o lugar, sin importar su destino, pero que se encuentre en un poblado, que ha de entenderse como un conjunto de construcciones donde la gente vive, aunque no alcance el rango de una ciudad⁷²”.* Con ello, se está protegiendo la trascendencia o alcance que podría llegar a tener un incendio dentro de un poblado, afectando no sólo los bienes o

⁷⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2014. Informe del Relator ..., p. 20

⁷¹ MAÑALICH, El terrorismo..., p. 161

⁷² GARRIDO MONTT, Derecho Penal. Parte Especial..., IV, p. 419

edificios incendiados, sino a las personas que estén por el sector. Respecto de este numeral no encontramos fallos que recogieran su hipótesis y la aplicaran a hechos calificados como terroristas.

2.2.3. Artículo 476 N°3 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314

Luego, cabe analizar el numeral tercero del artículo 476 del Código Penal, que dispone:

“Art. 476. Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados:

“3°. El que incendiare bosques, mieses, pastos, montes, cierros, plantíos o formaciones xerofíticas de aquellas definidas en la ley N° 20.283.”

Este numeral tiene un tratamiento distinto a los dos anteriores, puesto que en caso de aplicarse la ley 18.314, no aumenta en uno o dos grados, sino que se aplicará la pena que le corresponde (presidio mayor en cualquiera de sus grados), con excepción del presidio mayor en su grado mínimo. Esa diferencia es producto de una de las modificaciones incorporadas por la reforma a la LCT introducida por la ley 20.467 que reforma la LCT. Antes de aquella modificación, todos los numerales del artículo 476 recibían la misma agravación de pena que le corresponde a los demás delitos de incendio contenidos en la ley 18.314, esto es, un aumento de sus penas en uno, dos o tres grados. Durante la discusión parlamentaria se dijo que: *“En relación con el numeral 3 del artículo 1°: Se rebaja, en el artículo 3°, la pena del delito del artículo 476 del Código Penal, distinguiéndose entre las hipótesis de los N°s 1 y 2 de la del N° 3. Ello se justifica porque siendo todas estas conductas de peligro común, el riesgo a otros bienes jurídicos (la seguridad colectiva) es menos intensa en el caso del numeral 3. Además, se justifica y explica, dado que la pena asignada en el artículo es alta y muy amplia (entre 5 años y 1 día y 30 años de privación de libertad.”*⁷³ La principal diferencia entre el numeral 3° y los demás numerales del artículo 476 del Código Penal es que predomina la protección de la propiedad por sobre la protección de la vida e integridad física de las personas. Para analizar si

⁷³ Opinión del profesor Juan Domingo Acosta. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *“Historia de la ley 20.467”*, Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Informe de Comisión de Constitución, disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4663/> (fecha consulta: 20 de octubre de 2016), p. 15

es procedente que una legislación extraordinaria sobre terrorismo proteja a la propiedad privada, corresponde examinar tratados internacionales y legislación comparada.

Respecto a la pertinencia de un artículo que proteja primariamente a la propiedad privada dentro de una legislación que regula conductas terroristas, VILLEGAS ha sostenido que *“La LCT no cumple con lo dispuesto por el Convenio Internacional para la Represión de Atentados terroristas cometidos con Bombas (CIRATB, N. York, 1999), toda vez que a través de los delitos de incendio terrorista se protege la propiedad privada. [...] De acuerdo a este convenio la propiedad privada que queda protegida bajo legislaciones tan graves es la propiedad pública y la privada en cuanto constituye instalaciones de infraestructura que presten algún servicio al público, ej. redes de alcantarillado, de energía eléctrica, de agua potable, etc.”*⁷⁴ Esta aseveración es aplicable a todas las hipótesis de incendio terrorista, pero es más evidente aún en el artículo 476 N°3 del Código Penal.

El artículo segundo del CIRATB establece que:

“1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, u

b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.”

Y en su artículo 1 N°2 aclara que *“Por ‘instalación de infraestructura’ se entiende toda instalación de propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público, como los de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones.”*. De la combinación de estos artículos se desprende que un atentado cometido con bombas en una propiedad privada sólo será considerado terrorista cuando la propiedad cumpla con una función social o se utilice para prestar o distribuir servicios públicos.

⁷⁴ VILLEGAS, Estado de excepción..., p. 22

Si bien el CIRATB no trata sobre delitos de incendio terrorista, es un convenio internacional que se refiere explícitamente a la protección de la propiedad privada en relación con delitos terroristas y, es por ello, que sirve como referencia para comprender que la protección de la propiedad privada con legislaciones excepcionales, como es la LCT, debe tener ciertos límites, que en este caso son la función social de la misma, o que cumpla algún servicio público.

La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo de la Unión Europea (en adelante, la “Decisión Marco”) es uno de los documentos más relevantes cuando se trata de cooperación internacional respecto del tratamiento jurídico penal del terrorismo. Fue dictada en respuesta a los ataques terroristas sucedidos el 11 de septiembre del año 2001 en Estados Unidos, lo cual la identifica como una normativa estricta que tiene como finalidad la lucha contra el terrorismo. En ella se realiza una aproximación a la definición de delitos terroristas y ha servido como modelo para el resto del mundo. Así, la Decisión Marco dispuso en su artículo primero:

“1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

— intimidar gravemente a una población,

— obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,

— o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;

[...]

d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas

*en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;*⁷⁵”

Como se puede observar, la Decisión Marco sí incorpora la protección de la propiedad privada dentro de su normativa en contra del terrorismo, pero, a diferencia de la legislación chilena, lo hace de manera restringida. Para que destrucciones masivas en propiedades privadas sean consideradas como terroristas, debe cumplirse, como elemento esencial y primario, que la destrucción signifique una lesión grave al país o a la organización internacional, y, como elemento secundario, que se haya realizado con una de las finalidades descritas en el artículo primero. En ese sentido, “*Los módulos para fijar la ‘gravedad’, según el contexto, imponen al juzgador la necesidad de una ponderación conjunta de los elementos típicos a fin de excluir de la subsunción típica otros delitos graves, que por su naturaleza intimidan a la población, pero que constituyen fenómenos ordinarios de la delincuencia común; asimismo deben quedar excluidos del campo del terrorismo actos violentos dirigidos a presionar al gobierno que constituyen manifestaciones de conflictividad social o política sin pretensión estratégica de activación sistemática de la violencia*”⁷⁶.

Respecto del análisis de legislación comparada, su tratamiento jurídico penal del terrorismo y su relación con la propiedad privada, se revisará legislación española, alemana, hondureña y mexicana. Todos estos países tienen en común el hecho de haber sido víctimas de hechos de violencia a gran escala o de albergar a organizaciones criminales de gran envergadura. No todo acto de violencia es terrorismo, pero es interesante analizar cómo estos países ajustaron sus legislaciones internas por las situaciones de violencia que han ocurrido en sus países y compararlas con la realidad chilena y su legislación.

En las distintas modificaciones que se le han realizado a la LCT, se ha nombrado a la legislación española como otro ejemplo a seguir en materia de terrorismo⁷⁷. A pesar de que la legislación española construyó su normativa antiterrorista pensando en organizaciones como la ETA y que en Chile no existen organizaciones de tal envergadura, que el mismo CANCIO ha

⁷⁵ Artículo primero DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, (2002/475/JAI). Los destacados y subrayados son nuestros.

⁷⁶ ASÚA, Concepto Jurídico De Terrorismo..., p. 18

⁷⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la ley 18.314”, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731> (fecha consulta: 26 de diciembre de 2016).

establecido que “[...] en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un ‘Derecho penal de la puesta en riesgo’ de características antiliberales⁷⁸, y que no considera a la legislación española como un verdadero modelo a seguir, resulta interesante analizar la normativa de todos modos. Al hacerlo, resalta el hecho de que en su sección titulada “Delitos de terrorismo”, el Código Penal Español distingue entre delitos de terrorismo realizados por miembros o colaboradores de una organización terrorista (artículos 571 a 576) y aquellos realizados sin vinculación a grupos terroristas (artículo 577). Ambos tipos de delitos permiten catalogar al incendio de propiedades privadas como terrorista. Sin embargo, se puede constatar que, a diferencia de la legislación chilena, la legislación española delimita los casos en que un incendio se puede catalogar como terrorista a aquellos incendios que provoquen un peligro para la vida, integridad física o salud de las personas y se hayan realizado con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública.

Por su parte, Alemania se enfrentó con el grupo armado de la “Fracción del Ejército Rojo” (RAF)” desde el año 1970 hasta el 1998 y en los últimos años ha estado bajo la amenaza del Estado Islámico. Su legislación, vanguardia en materia de delitos de terrorismo como delitos de organización, concibe en el Código Penal Alemán el incendio de una propiedad privada es terrorista (Sección 129a (2) 2.), siempre que sea llevado a cabo por una organización terrorista. De esta forma, introduce el elemento objetivo del tipo como una limitante a la aplicación de la calificación terrorista.

En América Latina, concretamente en Honduras, los actos de terrorismo están regulados en el título XII, el cual contiene los “Delitos contra la Seguridad Interior del Estado”. En este país operan las “Maras”, organizaciones criminales de gran escala, responsables en gran medida de que Honduras sea el país con la tasa de homicidios más alta del mundo⁷⁹. Así, para diferenciar a los delitos terroristas de los demás ilícitos cometidos en

⁷⁸ CANCIO, M. 2003. ¿Derecho Penal del enemigo? En: JAKOBS, M., CANCIO, M. 2013. Derecho penal del enemigo, Madrid, España, Thomson Civitas, p. 64

⁷⁹ Información obtenida en:

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/04/140408_onu_informe_homicidios_mundo_jgc.shtml. (fecha de consulta: 26 de diciembre de 2016.)

el país, en Honduras los delitos de terrorismo deben cumplir con una finalidad política y está regulado de la siguiente forma:

“Artículo 335.- Cometén el delito de terrorismo quienes con fines políticos atentan contra la seguridad del Estado ejecutando cualesquiera de los hechos siguientes:

[...]

8) Dañen bienes ajenos mediante la utilización de bombas, explosivos, sustancias químicas o inflamables u otros medios análogos;^{80,}

Es decir, un incendio que afecte sólo a la propiedad privada sí podría ser considerado como un acto de terrorismo, pero para ello debe atentar contra la seguridad del Estado con un propósito político.

Sin embargo, también existen legislaciones que, al igual que la normativa chilena, abre paso a que los delitos que afecten propiedad privada puedan ser considerados como delitos de terrorismo. Este es el caso, por ejemplo, de la legislación mexicana, la cual dispone lo siguiente:

“Artículo 139.- Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que resulten:

I. A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos, o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, intencionalmente realice actos en contra de bienes o servicios, ya sea públicos o privados, o bien, en contra de la integridad física, emocional, o la vida de personas, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad o a un particular, u obligar a éste para que tome una determinación.

⁸⁰ Artículo 335 del Código Penal Hondureño.

*II. Al que acuerde o prepare un acto terrorista que se pretenda cometer, se esté cometiendo o se haya cometido en territorio nacional.*⁸¹”

La regulación mexicana, al igual que la chilena, tiene una hipótesis de aplicación amplia, puesto que podrá considerarse como un delito de terrorismo a un incendio que afecte propiedad privada cuando este atente contra la seguridad nacional o presiona a la autoridad **o a un particular**, u obligar a éste para que tome una determinación.

Al analizar convenios internacionales y legislación comparada, se desprende que, si bien es usual que se incluyan las afrentas a la propiedad privada dentro del tratamiento jurídico penal del terrorismo, es bastante común limitar su aplicación mediante la inclusión de un elemento subjetivo, como la finalidad política del actor, o un elemento objetivo, como la pertenencia a una organización o el daño producido a las personas, sin que esto desmejore la efectividad de la legislación antiterrorista. De esta forma, legislaciones de países propensos a confundir el delito común con el delito terrorista, por sus altos registros de violencia e historiales de terrorismo, han logrado diferenciarlos con una precisión superior a la chilena.

Existen diversas formas para garantizar que sólo se sancione una afrenta a propiedad privada como delito de terrorismo cuando ésta realmente pueda poner en peligro al orden constitucional democrático o la seguridad de la nación. Este no es el caso del artículo 2 N°1 de la LCT, puesto que no define el bien jurídico protegido y mantiene una referencia a conductas ya previstas y protegidos por el Derecho Penal común, incluido el delito de incendio intencional en un lugar deshabitado. La normativa antiterrorista chilena, al permitir una interpretación que incluye bajo la rúbrica de terrorismo conductas que atentan exclusivamente contra la propiedad, da lugar a ambigüedad y confusión sobre lo que el Estado reprocha penalmente como delito terrorista⁸². En ese sentido, al no existir una delimitación real que pueda evitar la aplicación errónea del artículo 476 N°3 del Código Penal como delito de terrorismo, se abren dos posibilidades: o el numeral en cuestión está mal ubicado en el artículo 476 del Código Penal por no compartir la característica de ser un tipo penal calificado por el peligro que importa a las personas⁸³, o no debería ser recogido por la LCT como delito

⁸¹ Artículo 139 del Código Penal Federal Mexicano

⁸² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial ..., pp. 11-12

⁸³ Tal como menciona la profesora VILLEGAS, M.: “El art. 476 n°3 estaría mal ubicado a mi juicio puesto que se castiga dentro de la misma disposición en la que se castigan incendios en lugar no habitado pero que suponen

calificable de terrorista. Cualquiera sea la opción correcta, el artículo 476 N°3 no debería estar dentro de las conductas susceptibles de ser consideradas delitos de terrorismo. El tipo penal de incendio de lugar no habitado (art. 476) ya tiene una pena asignada bastante alta y, en consideración de que el numeral tercero protege esencialmente la propiedad privada y no la seguridad de las personas, la inclusión de este numeral en la LCT constituye una sobreprotección innecesaria.

Esta sobreprotección de la propiedad se puede observar en un caso de incendio ocurrido el 12 de enero del 2009 en la comuna de Lautaro, Región de la Araucanía, en el cual el órgano persecutor acusó a nueve individuos de entrar a un fundo ubicado en Hijuela San Leandro, propiedad de Sociedad Bretaña Limitada, y realizar los siguientes actos: “[...] *los imputados se dirigieron hasta el sector de los galpones ubicados en las inmediaciones de la casa habitación, en el que se guardaban alimentos para animales y otras especies propias de las labores agrícolas pertenecientes al grupo familiar, en donde procedieron a iniciar fuego en dos de ellos, resultando ambas instalaciones de 191 y 616 metros cuadrados, aproximadamente, ambos valorados en la suma de \$52.412.360., totalmente quemados y destruidos por la acción del fuego, al igual que los encerres que en ellas se guardaban*⁸⁴.” Para el Ministerio Público, este hecho tenía la calificación de incendio terrorista según el artículo 476 N°3 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 de la LCT.

¿Cómo es que un incendio en un galpón, que no trae peligro alguno para la seguridad y vida de las personas, puede ser considerado como terrorista? La pena de este delito es alta y una de las principales razones para asignar una pena así de gravosa es porque el riesgo de propagación del fuego ya se encuentra incorporado en el injusto. Es decir, el riesgo de que el incendio se expanda y termine afectando otros bienes sirve para justificar la pena asignada al delito común y, en ningún caso, justificar su inclusión en el grupo de delitos susceptibles de ser calificados como delitos de terrorismo. Así, teniendo en consideración que al calificar este delito como terrorista la pena asignada incrementaría aún más y que existe acuerdo en la

un riesgo para las personas. En el 95% de los casos el incendio de un bosque no acarrea este peligro, por lo cual aparece como contrario al principio de proporcionalidad el castigarle con la misma pena que al incendio en edificio destinado a la habitación, aunque actualmente no estuviera habitado.” En: VILLEGAS, M. 2009. El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche. Ediciones La Cátedra, Colección Artículos y Conferencias, 1ra edición, Santiago, Chile, p. 35.

⁸⁴TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 17 de junio de 2014, R.U.C. 0900033605-7 y R.I.T. 025-2014, p. 2

doctrina en sostener que los delitos terroristas son aquellos “[...] *delitos que atentan primordialmente contra la vida, integridad física o libertad de las personas, ya sea directamente (a través de atentados contra individuos o grupos) o indirectamente, a través de atentados contra medios de transporte o infraestructuras públicas.*”⁸⁵, no siendo este el caso.

La postura del órgano persecutor en este caso se basó principalmente en hechos contextuales y ajenos al incidente en cuestión para argumentar la calificante terrorista. Se acudió al hecho de que los acusados eran comuneros mapuche y el Ministerio Público sostuvo que “[...] *los sucesos descritos se vinculan directamente con otras acciones de violencia realizadas en [la] región*”⁸⁶ y que todas ellas juntas habían generado un ambiente de temor en la población. El órgano persecutor situó a los acusados en un “[...] *contexto dentro del cual se producen los ilícitos, lo cual genera serias dudas desde el punto de vista del derecho penal como castigador de conductas y actos y no de personas o, como en este caso, de situaciones contextuales*”⁸⁷. La calificación de incendio terrorista de este caso fue desestimada por el tribunal, por exactamente las mismas razones vertidas por el tribunal en el caso “Fundo Brasil”, esto es, por considerar que no se logró dar por acreditada la finalidad de producir temor en la población o un sector de ella.

Hasta el momento, mediante el análisis del artículo 476 N°3 del Código Penal y de su jurisprudencia, hemos podido observar que los tribunales se enfrentan con algunas dificultades a la hora de aplicar, o no, la calificación terrorista a delitos de incendio. Esta dificultad para distinguir entre un delito común y un delito terrorista se ve expuesta de forma bastante clara en el caso denominado “Poluco Pidenco”. En este caso, a un grupo de 11 personas se les imputa haber participado en un incendio en el fundo Poluco Pidenco, propiedad de Forestal Mininco S.A., resultando quemadas alrededor de 108 hectáreas de pino y eucaliptus, ocasionando un daño evaluado en la suma aproximada de \$400.000.000 pesos. Fue aplicado el artículo 476 N°3 del Código Penal. La causa se subdividió en 5 procedimientos distintos y es interesante

⁸⁵ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2006. CHILE – La otra transición chilena: derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático. Informe N°445/3, abril 2006, p. 31

⁸⁶ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 17 de junio de 2014..., p. 3

⁸⁷ CONTESSE, J. 2015. Norrín Catrimán y Otros: Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales año 2015, p. 425

observar cómo el mismo tribunal pudo calificar los mismos hechos de formas totalmente distintas. Aquello queda claro, de forma muy gráfica en la tabla 2:

Tabla 2. Fallos en caso de incendio Fundo Poluco Pidenco

Juicios	Calificación del delito	Tribunal, fecha y sentencias	Condena	RUC/RIT (*)
Incendio fundo Poluco-Pidenco	Incendio terrorista (Artículo 476 N°3 del Código Penal, en relación con los artículos 1 N°1 y 2 N°1 de la ley 18.314)	TOP Angol, 22/8/2004 c. José B. Huenchunao Mariñan y otros.	Incendio terrorista	RUC 0100086594-2. RIT: 21-04
		TOP Angol, 3/5/2005, c. Juan C. Huenulao Lielmil.	Condena 10 años y un día	
		Corte Apelaciones Temuco, 13/10/2004. Rechaza nulidad.		
		TOP Angol, 7/4/2006, c. José Cariqueo y otro.	Incendio común Absolución por falta de participación	
		TOP Angol, 14/2/2007, c. José Llanquileo.	Incendio común Condena 5 años y 1 día	
		TOP Angol, 28/5/2008, c. Luis Catrimil.	Incendio común Condena 4 años	

88

⁸⁸ Datos obtenidos de: VILLEGAS, M. 2016. Procesos de reforma penal en Chile. Aproximaciones desde el campo del Derecho Penal Político. Revista de Derecho Penal y Criminología, año VI, N°5, junio 2016, p. 187.

Como se observa en el cuadro, los mismos hechos, analizados por el mismo tribunal, pero por distintos jueces, recibieron penas totalmente distintas. Mientras que en un proceso se consideró que el incendio se había realizado con la finalidad de producir temor en una parte de la población (Huenchunao Mariñan y otros.), en otros se estimó que se trataba de un incendio común, por no acreditarse el carácter de terrorista. Corresponde, entonces, analizar los racionios judiciales, para de esta forma identificar los núcleos problemáticos comunes que existen a la hora de determinar la calificación terrorista de un delito de incendio e indagar en las diferencias existentes en sus interpretaciones.

En la sentencia del proceso penal de “José Huenchunao Mariñan y otros”, el tribunal sostuvo que los hechos en cuestión sí constituían un delito de terrorismo. Para fundamentar aquello, expresó que “[...] *el incendio que afectó al fundo Poluco Pidenco el 19 de diciembre de 2001, es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población [...]*”⁸⁹. El tribunal no detalló cómo la forma, los métodos y las estrategias utilizadas evidenciaban una finalidad de producir temor en una parte de la población, sino que se limitó a sostener que se trataba de un hecho público y notorio. Lo cual es insuficiente como fundamentación de la sentencia, puesto que el tribunal tiene la obligación de expresar las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo⁹⁰. En este caso, en lugar de analizar la culpabilidad de los actores por el hecho sometido a su conocimiento y explicar por qué el incendio en cuestión revestía el carácter de terrorista, el tribunal dedicó gran parte de su racionio judicial al análisis del contexto en que sitúa los hechos, estableciendo que “[...] *el ilícito establecido en la reflexión décimo sexta, está inserto en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos*

⁸⁹ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 22 de agosto de 2004..., p. 64

⁹⁰ Artículo 342 letra d) del Código Procesal Penal

radicalizados que buscan crean un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en la provincia de Malleco [...]»⁹¹.

Además, destaca que el tribunal considere al conflicto mapuche como una “*situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender*”. Puesto que expresa una influencia del Derecho Penal de lucha⁹², en cuanto los jueces revelan sentirse presionados a involucrarse en un determinado conflicto social. De esta forma, el juez se aleja de su rol imparcial y ubica a los imputados en un contexto que identifica como contrario al Estado de Derecho y que debe ser enfrentado. Así, “*El destinatario final del Derecho penal de lucha no es sólo el autor de los hechos delictivos, sino antes de nada el órgano público llamado a aplicar las normas: policía judicial, Ministerio Fiscal, juez. El autor de los hechos, el trasgresor, es el adversario que expresa o representa de manera contingente el fenómeno contra el cual los órganos públicos usarán las armas del Derecho. [...] La finalidad es ganar (no sólo combatir) este fenómeno, y tanto el Derecho penal sustancial como el proceso están directamente implicados*⁹³”.

En la sentencia de Juan Carlos Huenulao el tribunal también calificó el incendio en cuestión como un delito de terrorismo. Para ello, y de la misma forma que la sentencia anterior, utilizó prueba contextual para sostener “*Que todo este actuar ilícito se encuadra dentro de un contexto, que forma parte de una serie de acciones ilícitas que han tenido como objetivo atacar a un sector determinado de la población, con el fin de causarles temor de ser víctimas de atentados similares, atendida la naturaleza y efectos de los medios empleados, tanto como por la evidencia de que los hechos obedecen a un plan premeditado, sienta éste sector de la población el formado por todos los propietarios; sean empresas forestales, agricultores y pequeños parceleros vecinos o colindantes a comunidades mapuches; donde existen grupos que buscan la reivindicación de dichas tierras en forma violenta, o propietarios cuyos predios son declarados en conflicto unilateralmente por estos mismos*

⁹¹ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 22 de agosto de 2004..., p.72

⁹² Véase ampliamente en: DONINI, M. 2008. Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe exorcizar. En: Cancio, M., Pozuelo, L. (Coords). Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, pp. 29-75, Madrid: Thompson Civitas.

⁹³ *Ibidem*, p.37

*grupos violentos*⁹⁴”. Nuevamente se observa que el análisis del tribunal se centra en un determinado contexto en que sitúa a los imputados, dejando de lado el análisis objetivo y jurídicamente relevante sobre la conducta de incendio propiamente tal y cómo es que califica como un delito de terrorismo.

Así, sin más trámite, el tribunal concluye “*Que, a mayor abundamiento, el hecho descrito precedentemente, tanto por la naturaleza y efectos de los medios empleados, se desarrolla dentro de un contexto destinado a producir un justo temor en un grupo determinado de la población de ser víctima de atentados similares, adquiriendo en consecuencia el delito de la especie el carácter de terrorista*⁹⁵”. Se desprende de ello que, para los tribunales citados, el contexto es un elemento esencial a la hora de determinar la finalidad terrorista.

A diferencia de las sentencias anteriores, en el fallo relativo al proceso penal de José Cariqueo Saravia y otro, el tribunal determinó que el incendio en cuestión no calificaba como un delito de terrorismo y además absolvió a los imputados por falta de participación. Para denegar la calificación terrorista del incendio, el tribunal realizó una crítica a las presunciones que contenía el artículo primero de la LCT previa modificación de la ley 20.467. Así, sostuvo que en la presunción del artículo 1 de la ley 18.314, *el legislador asume que la conducta de las personas es constitutiva de delito terrorista prescindiendo de una investigación, de un juicio, vulnerando tratados internacionales ya antes mencionados y la propia ley procesal, es por ello que en la especie nos encontramos ante un caso en que el legislador, sin procedimiento alguno asume la intención volitiva de los acusados de querer infundir temor en la población o arrancar decisiones de la autoridad, en circunstancias que dichos hechos deben ser acreditados durante el desarrollo del presente juicio;*⁹⁶”. En ese sentido, desestimó la utilización de la presunción porque estimó que durante el juicio no se reunieron suficientes elementos como para acreditar un nexo coherente, lógico y racional entre el “elemento base” de la presunción (incendio) y el “hecho en consecuencia” (que el delito se haya cometido con la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser

⁹⁴ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 03 de mayo de 2005, R.U.C. 0100086954-2 y R.I.T. 21-2004, p. 30

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 31

⁹⁶ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 07 de abril de 2006, R.U.C. 0100086954-2 y R.I.T. 21-2004, p. 71

víctima de delitos de la misma especie). Por lo cual, sostuvo que, ante la improcedencia de la presunción del artículo primero de la LCT, y ante la insuficiencia de elementos que acrediten el carácter terrorista, no correspondía calificar al incendio en cuestión como un delito de terrorismo⁹⁷.

En la sentencia relativa al proceso penal de José Llanquileo Antileo también se descartó la calificación de terrorista del incendio, pero se condenó al imputado por el delito de incendio común. En este caso, como en todos los juicios del caso “Poluco Pidenco”, el contexto en el cual se desarrolló el incendio se presentó como prueba principal y el Ministerio Público sostuvo que *“El incendio materia de la presente investigación forma parte de una serie de hechos ilícitos que han tenido como objetivo el atacar a un sector determinado de la población [...]”*⁹⁸. No obstante, en este fallo, los jueces consideraron que *“los hechos asentados no cubren ninguna de las hipótesis de terrorismo establecidas en la ley, por cuanto no existen elementos suficientes para dar por acreditada dichas circunstancias. En este juicio no existe prueba que determine que “no se trató de un hecho aislado o excepcional, ni menos que existió una planificación previa y cuya finalidad clara fue enviar “un mensaje serio” de infundir temor justificado en una parte de la población de ser víctima de delitos de la misma especie, es decir, causar un estado de temor generalizado en determinada parte de la población, esto es, a “quienes no compartan o se opongan al proceso de recuperación de tierras al margen de la legalidad”, como señaló la parte acusadora y querellante.”*⁹⁹. De esta forma, consideraron que no se presentaron pruebas suficientes como para relacionar al imputado con los demás hechos de violencia acontecidos en el sector, ni tampoco como para comprobar una finalidad terrorista en su actuar.

El tribunal se refirió también a la utilización de las presunciones contenidas en el artículo primero de la LCT, y determinó que *“en cuanto al criterio objetivo respecto del cual se configura la finalidad en cuestión, relativa a la naturaleza y de los efectos de los medios empleados, los hechos dados por acreditados son precisamente aquellos que configuran el tipo penal incendio calificado de bosques, como señaló el querellante de la gobernación*

⁹⁷ Ibídem, p.70

⁹⁸ Ibídem, p. 3

⁹⁹ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 14 de febrero de 2007, R.U.C. 0100086954-2 y R.I.T. 21-2004, p. 36

provincial Malleco el “empleo determinado de medios que naturalmente sean idóneos para ocasionar grandes estragos”, no califican de terrorista el ilícito sino que precisamente son los elementos que configuran el ilícito penal de incendio de bosques, considerar lo contrario vulneraría abiertamente el principio del “Non Bis In Idem”. No es procedente utilizar dos veces el mismo elemento para castigar al actor, con lo cual, si el reproche por el medio utilizado (fuego) está contenido en el tipo penal de incendio, no corresponder volver a utilizarlo para calificar el delito como terrorista.

Por último, en la sentencia relativa al proceso penal de Luis Catrimil Huenupe, el tribunal desestimó la calificación de terrorista del delito de incendio y condenó al imputado por delito de incendio común. El órgano persecutor sostuvo que el incendio había sido cometido con la finalidad de producir temor en la población e intentó probarlo mediante la declaración testimonial de trabajadores del fundo. Sin embargo, el tribunal sostuvo que no se presentaron pruebas que lograran acreditar el elemento subjetivo del artículo primero de la LCT, y explicó que “no se entiende el temor que acusa el persecutor que concurría en el ánimo de los afectados por estas acciones donde la empresa afectada continuó con sus labores forestales una vez desarrolladas las perniciosas acciones que la afectaron, las que en efecto son graves, eso no se desconoce, pero para colegir el terror en que quedó subsumida la población, el éxodo que pudo haber provocado en cuanto huída colectiva de este lugar no fue constatado, no fueron más que referencias [...]”¹⁰⁰. Es normal que las personas se atemoricen cuando han sido víctimas de delitos como el incendio, pero ello no da para dar por acreditado el elemento subjetivo del artículo primero de la LCT.

En la misma línea, el tribunal sostuvo que “Con el mérito de la prueba rendida en autos, es posible concluir que previamente, la comunidad se desarrollaba en medio de una normal convivencia con sus vecinos entre los que se encuentra el predio Poluco Pidenco con la misma directiva que se mantuvo hasta junio de dos mil tres, sin que en ella se evidenciara una finalidad extendida o temporalmente sucesiva de provocar el daño que sanciona la ley 18.314 [...]”¹⁰¹. En definitiva, no se pudo comprobar que existiera por parte de la comunidad,

¹⁰⁰ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 28 de mayo de 2008, R.U.C. 0100086954-2 y R.I.T. 21-2004, p. 78

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 78-79

ni por parte del imputado, la intención de atemorizar a la población mediante actos de carácter terrorista.

El incendio de “Poluco Pidenco” es un caso paradigmático de la aplicación de la ley 18.314 en Chile, puesto que demuestra las consecuencias de un tipo penal abierto y vago que no precisa qué es o cómo identificar una conducta terrorista, lo cual produce sentencias diversas y, junto con ello, inseguridad jurídica. No es posible sostener que sucesos como estos son coincidencia, o que se deben a un desempeño deficiente de los jueces a cargo. El problema es más profundo y *“Para dar cuenta del “vicio de origen” que acompañaría a la Ley N° 18.314, el mensaje se apoya en la autoridad de la profesora Ángela Vivanco, a quien se atribuye la tesis de que la ley en cuestión habría sido puesta en vigor —en las palabras del propio mensaje— con “un objetivo de sanción a la oposición insurreccional e ideológica”, para después ilustrar esto último a través de la cita de un fragmento del mensaje que acompañaba el anteproyecto que fue dirigido a la Junta Militar en enero de 1984, donde se sostenía que “en principio todo crimen o simple delito puede tener el carácter de terrorista”. Es indudable que esta última declaración reproduce la radical banalización de la noción de terrorismo que, de hecho, era posible advertir en el articulado original de la Ley N° 18.314, tal como ésta entró en vigencia el 17 de mayo de 1984.*^{102,}

Con todo, si en su origen la LCT se creó para sancionar ideologías e insurrección de grupos contrarios a la dictadura cívico-militar, ello tampoco se condice con la represión de reivindicaciones históricas ligadas al territorio. La totalidad de los casos de incendios terroristas analizados están relacionados con la causa mapuche y mediante el estudio de los fallos se ha evidenciado que actos vindicativos fundados en la recuperación de tierras y venganza por personas fallecidas, han sido calificados como terroristas. Sin embargo, estos actos no denotan la finalidad de producir temor en la población ni la de suplantar al aparato estatal, por lo cual, la aplicación de la calificación terrorista en los casos examinados tampoco encuentra su fundamento en la historia de la ley.

Como efecto de esta muestra de desigualdad y difusa aplicación de la LCT, el año 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió la causa “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) VS. Chile” ante la

¹⁰² MAÑALICH, El terrorismo..., p.156

jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH” o la “Corte”), por considerarse que en los procedimientos penales del caso “Poluco Pidenco” y otros en que también se aplicó la ley 18.314 (caso “lonkos” y el caso de Víctor Ancalaf), se habrían vulnerado derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. En aquella causa, que se falló el año 2014, se vertieron varios argumentos para sostener que la aplicación de la LCT en los procedimientos mencionados habría vulnerado derechos esenciales de los imputados, siendo los argumentos más relevantes para efectos de esta investigación los referidos a la vulneración al principio de legalidad que trae consigo el artículo primero de la ley 18.314 y aquellos sobre la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado.

Respecto del principio de legalidad, la CIDH comenzó su análisis recordando que este principio se basa en que *“La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este.”*¹⁰³, y para que esto funcione de forma correcta *“Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa.”*¹⁰⁴ Como se ha sostenido en esta investigación, el delito de incendio es pluriofensivo. Al proteger la propiedad y la seguridad de las personas, los delitos de incendio pueden llegar a confundirse con otros ilícitos que protegen los mismos bienes jurídicos, como, por ejemplo, los delitos de terrorismo. Para que ello no suceda, los delitos de terrorismo deben estar delimitados de manera precisa. Pero, al analizar la tipificación del artículo primero de la LCT y su aplicación práctica en sentencias judiciales, nos hemos percatado de que los jueces no han logrado diferenciar con claridad cuándo están frente a un delito de incendio común y cuándo se trata de un incendio de carácter terrorista, lo cual demuestra que la LCT no logra determinar las conductas terroristas de forma clara, infringiendo así, el principio de legalidad y las normativas internacionales. Lo cual es gravísimo, considerando que la ley 18.314 introduce un cuerpo normativo de excepción que

¹⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso Norín Catrimán y otros VS. Chile de 29 de mayo de 2014, párrafo 161, p.56

¹⁰⁴ *Ibíd*em, párrafo 162, p.56

contiene agravaciones de pena y flexibilización de garantías procesales del imputado en la etapa de investigación y juzgamiento, entre otras medidas.

En su análisis, la sentencia de la CIDH se centró principalmente en una examinación de las presunciones simplemente legales que contenía el artículo 1 de la LCT antes de la reforma del 2010. Hay que recordar que, si bien el fallo de la Corte es posterior a la eliminación de las presunciones del artículo primero de la ley 18.314, los casos sujetos a observación de la Corte ocurrieron antes de la reforma de la ley 20.467 y las presunciones legales en cuestión sí fueron utilizadas. En ese sentido, la Corte sostuvo que aquellas presunciones vulneraban el principio de legalidad y la presunción de inocencia, ambos consagrados por la Convención y que, en consecuencia, las herramientas legales utilizadas por los jueces para aprisionar a los imputados habrían sido inválidas.

Al respecto es importante recalcar que, si bien se eliminaron las presunciones el artículo primero de la LCT, con ello no se enmendó la ambigüedad e imprecisión del elemento subjetivo propio del artículo primero de la ley 18.314. Esto, porque, aunque se hayan eliminado las presunciones, aún se mantiene un artículo que tiene como elemento esencial el factor teleológico de la acción, lo cual *psicologiza* tremendamente el concepto de terrorismo. El factor que determina y distingue a una conducta típica común de una conducta terrorista continúa siendo la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella, que sigue siendo demasiado amplio y mantiene el peligro de convertirse en un cajón de sastre para cualquier conducta. En este sentido, la CIDH señaló que, si bien no se iba a referir a la ambigüedad y *subjetivización* del tipo penal terrorista, por tratarse en aquella oportunidad de un análisis más específico relacionado con las presunciones ya mencionadas, “*reitera la importancia de que en la investigación, juzgamiento y sanción de conductas penalmente ilícitas no se utilice la tipificación penal especial sobre terrorismo cuando el ilícito podría ser investigado y juzgado bajo el tipo penal ordinario por tratarse de una conducta de menor reprochabilidad*¹⁰⁵”.

Esta delimitación de la imputación terrorista se relaciona bastante con la aplicación de la LCT a incendios que, por lo visto, no tendrían dicho carácter. A ello también se refirió la CIDH, al sostener que “[...] *la Corte destaca que los hechos por los cuales fueron juzgadas y*

¹⁰⁵ *Ibíd*em, párrafo 180, p. 62

*condenadas las víctimas de este caso no implicaron la afectación de la integridad física ni la vida de ninguna persona.*¹⁰⁶” No resulta muy convincente tildar de terrorista a una acción que no produjo peligro para las personas y que sólo terminó afectando propiedad privada que no cumple función pública o social alguna¹⁰⁷. En definitiva, sólo se debería recurrir a esta tipificación penal especial cuándo realmente exista una “[...] *violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales para alcanzar un fin que dice relación con las bases de sustentación del Estado de derecho democrático*¹⁰⁸”, puesto que, si se utiliza la LCT para investigar y sancionar conductas que no se ajusten a esa descripción, se estaría incurriendo en una grave y notoria infracción al principio de legalidad.

Otro análisis que importa para efectos de esta investigación es el raciocinio judicial de la Corte en relación con la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado. Puesto que al revisar la jurisprudencia de incendio terrorista nos hemos percatado de que se utiliza de forma recurrente una *prueba contextual*, esto es, situar las acciones realizadas por el o la imputada en un contexto determinado y con ello formar una relación de causalidad entre los hechos realizados por el imputado (causa) y el contexto (efecto). Esta situación se ve reflejada en un extracto de la sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Angol en el caso “Norín Catrimán y otros”, ya revisado:

“[...] *las acciones que causaron estos delitos demuestran que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona.*

Los ilícitos antes referidos están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y

¹⁰⁶ *Ibíd*em, párrafo 179, p. 62

¹⁰⁷ Como ejemplo de un incendio a propiedad privada que fue tratado como incendio común, sin calificación de terrorista: “*Los hechos que dieron origen a esta causa ocurrieron el día 02 de diciembre de 1999, en horas, de la tarde, en el interior del fundo Alaska, Comuna de Ercilla de propiedad de Forestal Mininco, cuando un grupo de 60 mapuches de la Comunidad Temucuicui, provocaron diferentes incendios de bosques ubicados alrededor de la casa del fundo mencionado, debiendo intervenir Carabineros para que las brigadas de incendio pudieran extinguir los 16 focos de incendio, siendo atacados con boleadoras y hondas, lográndose la extinción del incendio a las 20,15 horas [...] hechos que constituyen el delito de incendio previsto y sancionado en el art. 476 N° 3° del Código Penal*”. Este caso es muy similar a los demás casos de incendios de propiedades privadas analizados en esta investigación, pero la querrela se realizó por incendio común y no por incendio terrorista. En: TRIBUNAL DE LETRAS DE COLLIPULLI, en sentencia de 06 de abril de 2001, sumario criminal ROL 29.759, pp. 1-2 y p. 8

¹⁰⁸ VILLEGAS, Procesos..., p. 188

preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la octava y novena regiones.[...] La finalidad perseguida es provocar en la gente un justo temor de ser víctima de atentados similares, y con ello obligarlas para que desistan de seguir explotando sus propiedades y hacer que las abandonen. La sensación de inseguridad e intranquilidad que generan dichos atentados, ha traído como consecuencias la disminución y encarecimiento de la mano de obra, aumento en el costo e hipotecas, tanto en la contratación de maquinarias para la explotación de los predios, como para cubrir las pólizas que aseguren las tierras, instalaciones y plantaciones.”¹⁰⁹

En la causa citada se intentó probar el elemento subjetivo del tipo penal responsabilizando a los acusados de situaciones delictuales ajenas a la investigación respectiva por el sólo hecho de pertenecer al pueblo mapuche. La CIDH reflexionó al respecto y concluyó lo siguiente: “La Corte considera que la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.¹¹⁰” El razonamiento de la Corte es concordante con los principios generales del Derecho Penal, siempre que “Bajo el principio de culpabilidad como estándar de legitimación, no resulta posible considerar el contexto espacio-temporal en que tiene lugar un comportamiento para imputación de responsabilidad penal por ese comportamiento en la medida en que el contexto no resulta en modo alguno atribuible a ese comportamiento. En esto consiste la exigencia de culpabilidad por el hecho¹¹¹”. Con lo cual queda claro que el análisis de culpabilidad en el Derecho Penal debe dirigirse a investigar hacia aquellos hechos ilícitos que objetivamente le puedan ser atribuidos al actor y no juzgar al imputado por sus características personales y/o culturales. Esto es, continuar por la senda de la responsabilidad por el acto y no utilizar argumentaciones propias de la culpabilidad de autor, como sí sucedió en el caso recién descrito.

¹⁰⁹ Considerando décimo tercero de la sentencia condenatoria emitida el 27 de setiembre de 2003 respecto de Segundo Aniceto Norín Catrimán y Pascual Huentequero Pichún Paillalao. En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia..., p. 79

¹¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia..., párrafo 228, p. 81

¹¹¹ BASCUÑAN, El delito de incendio..., p.32

2.2.4. Artículo 476 N°4 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314

Por último, cabe analizar el numeral cuarto del artículo 476, que dispone lo siguiente:

“Art. 476. Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados:

4°. Al que fuera de los casos señalados en los números anteriores provoque un incendio que afectare gravemente las condiciones de vida animal o vegetal de un Área Silvestre Protegida.”

Este numeral fue incorporado al tipo penal de incendio en estudio con el objeto de proteger las Áreas Silvestres Protegidas, por la importancia que éstas tienen para el país.

Las Áreas Silvestres Protegidas están resguardadas por distintos cuerpos legales, pero el más importante de ellos es la Ley 18.362, la cual crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (en adelante, “SNASPE”). El SNASPE está administrado por la Corporación Nacional de Forestal (CONAF) y busca organizar y sistematizar un catálogo de Áreas Silvestres Protegidas y velar por su protección y conservación. El artículo segundo de la ley 18.392 define a las Áreas Silvestres como *“Los ambientes naturales, terrestres o acuáticos, pertenecientes al Estado y que éste protege y maneja para la consecución de los objetivos señalados en cada una de las categorías de manejo contempladas en el artículo 3°.”*

La redacción de este numeral fue discutida en su proceso de creación, puesto que surgía la posibilidad de que una conducta fuera castigada dos veces por el mismo artículo. Así, *“[...] cabe la posibilidad de que [una] persona hubiese incendiado ‘bosques, mieses, pastos, montes o formaciones xerofíticas de aquéllas definidas en la ley N° 20.283’ y, adicionalmente, a raíz de ello ‘afectare gravemente las condiciones de vida animal o vegetal de un Área Silvestre Protegida’, ambas conductas sancionadas por el artículo 476. Es por esto que se decidió incorporar la frase “Al que fuera de los casos señalados en los números anteriores provoque un incendio [...]”, para evitar que “[...] el autor pueda ser sancionado dos veces por*

*el mismo hecho, lo cual se transformaría en una acción cuyas penas resultarían muy superiores al reproche social que implica un delito de esta naturaleza.*¹¹²”

El numeral cuarto fue agregado por el artículo 1º, letra b) de la Ley N° 20.653 el 2 de febrero de 2013. Lo cual es posterior a la última modificación relevante para el delito de incendio terrorista: a Ley 20.467 del año 2010. Al integrar el numeral en cuestión al artículo 476, a la vez queda subsumido en las hipótesis de delitos aptos para ser calificados como terroristas que establece el artículo tercero de la LCT.

El artículo tercero de la ley 18.314 dispone la regla general para la determinación de penas en los casos de incendios calificados como terroristas, estableciendo que: “*Los delitos señalados en los números 1.- y 3.- del artículo 2º serán sancionados con las penas previstas para ellos en el Código Penal, [...] aumentadas en uno, dos o tres grados.*” Los artículos 474, 475 y 476, que se refieren al delito de incendio, están ubicados en el número primero del artículo segundo de la LCT. A su vez, el artículo 3 de la ley 18.314 establece una modalidad especial para determinar la pena en los casos señalados por el artículo 476, estableciendo que: “[...] *en el caso de los numerales 1º y 2º del artículo 476 del Código Penal, la pena se aumentará en uno o dos grados, y en el caso del numeral 3º del artículo 476, se aplicarán las sanciones previstas en dicha disposición, con excepción de la pena de presidio mayor en su grado mínimo*”. La pregunta que surge, entonces, es ¿Cuál es la forma correcta para determinar la pena en un caso de incendio del 476 N°4? Aplicando el principio de especialidad, deberíamos remitirnos al tratamiento especial que existe para el artículo 476, pero éste no menciona al numeral 4º.

No pudiendo aplicar el tratamiento especial, hay que remitirse a la regla general de determinación de pena. Un aumento de hasta tres grados de la pena establecida para el artículo 476 n°4 es una desproporción, considerando que la modificación a la LCT que incluyó la modalidad especial de determinación de pena para el artículo 476 y, en especial para el numeral 3º, lo hizo precisamente porque la conducta que sancionaba no revestía igual peligro para la seguridad de las personas como los demás numerales, y artículos. El numeral 4º viene

¹¹² Historia de la Ley N° 20.653 que Aumenta las sanciones a responsables de incendios forestales. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4449/> (fecha consulta: 04 de noviembre de 2016), p.97. Los destacados son nuestros.

a proteger áreas naturales consideradas imprescindibles para Chile, “*fortalece la acción de prevención y protección contra incendios forestales, estableciendo un significativo aporte a la institucionalidad en la protección forestal, entregando responsabilidades a diversos actores de la vida nacional con relación a la prevención y combate de incendios forestales*”¹¹³ y, si bien existe un riesgo de propagación del fuego, ello no es lo esencial en la redacción del tipo penal. Por ello, resulta extraño que al integrar el numeral 4° no se haya realizado, también, una modificación al artículo tercero de la ley 18.314, aclarando qué tratamiento de determinación de pena le es aplicable.

3. Delito de Incendio Terrorista en atención al daño que sufren las personas. Artículo 474 del Código Penal en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314

El artículo 474 del Código Penal es un tipo de incendio agravado por el daño que produce a las personas. Es el tipo penal de incendio con las penas más altas y sanciona “*Que el incendio cause la muerte de una o más personas, o sin privarlas de la vida, les mutile un miembro importante o les cause una lesión de las calificadas como gravísimas.*”¹¹⁴ De esta forma, el artículo dispone lo siguiente:

*“Art. 474. El que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte de una o más personas cuya presencia allí pudo prever, será castigado con **presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.***

La misma pena se impondrá cuando del incendio no resultare muerte sino mutilación de miembro importante o lesión grave de las comprendidas en el número 1° del artículo 397.

*Las penas de este artículo se aplicarán respectivamente **en el grado inferior de ellas** si a consecuencia de explosiones ocasionadas por incendios, resultare la muerte o lesiones graves de personas que se hallaren a cualquier distancia del lugar del siniestro.”*¹¹⁵

El inciso primero del artículo 474 parte enumerando, en forma ejemplificadora, tres bienes, con el objeto de aclarar que la hipótesis de este tipo penal es aplicable tanto a bienes

¹¹³ *Ibíd.*, p. 4

¹¹⁴ GARRIDO MONTT, Derecho Penal. Parte Especial..., p. 416

¹¹⁵ Los destacados son nuestros.

muebles como bienes inmuebles. Luego, agrega que se puede tratar de un incendio en “otro lugar cualquiera”, puesto que lo realmente distingue al tipo penal no es el lugar en que se produce el incendio, sino que el fuego cause la muerte, mutilación de miembro importante o lesión grave a una persona. Establece también que la pena asignada para este delito es presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, esto es, de quince años y un día a presidio perpetuo.

Uno de los elementos interesantes de este inciso es que la conducta sancionada es el incendio que cause la muerte de una o más personas “cuya presencia [el actor] allí pudo prever”. De ello se desprende que “*El tipo subjetivo exige que el autor haya actuado con dolo respecto del incendio [...], pero en cuanto a la muerte, mutilación o lesiones, ellas pueden quedar al margen del dolo, es suficiente que el agente haya sabido o podido saber que se encontraban una o más personas en el lugar; en otros términos es suficiente la culpa respecto de esos resultados no perseguidos por el autor*”¹¹⁶. Es decir, al introducir el elemento de previsibilidad respecto de la presencia de personas en el lugar incendiado, el incendio con resultado de muerte requiere, al menos, de culpa respecto de la muerte, mutilación o lesiones para ser aplicado. Si no se evidencia la culpa en el actuar del acusado, se estaría en presencia de tipo penal calificado por el resultado (muerte, mutilación o lesión) y no por la culpabilidad (dolo o culpa), lo cual sería contradictorio con el principio *nulla poena sine culpa*.

En definitiva, el esquema de culpabilidad respecto del inciso primero del artículo 474 es el siguiente: “*Si el hechor no previó [la presencia de las víctimas], pese a ser previsible, se trataría de un caso de preterintencionalidad, pues estaría en culpa inconsciente en relación con el resultado. Si previó la presencia, pero no quiso la muerte, estará en culpa consciente o dolo eventual respecto al resultado. Si el incendio fue sólo un medio para procurar la muerte, habrá un concurso de delitos entre el incendio (simple) y el homicidio (con toda probabilidad, calificado).*”¹¹⁷ La preterintencionalidad tiene lugar cuando el autor quiere producir dolosamente un determinado resultado lesivo, pero produce además un resultado más grave que el abarcado por su dolo.

¹¹⁶ GARRIDO MONTT, Derecho Penal. Parte Especial..., p. 417

¹¹⁷ ETCHEBERRY, Derecho..., p. 468

En el inciso segundo del artículo 474, se establece que se aplicará la misma pena por el hecho de producir “*mutilación de miembro importante o lesión grave de las comprendidas en el número 1° del artículo 397*” como resultado del incendio. Las lesiones graves contenidas en el número 1° del artículo 397 son aquellas que como consecuencia de las lesiones dejan al ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

Por último, el inciso tercero del artículo en cuestión se pone en el caso de un incendio de un lugar cualquiera, si como consecuencia de explosiones ocasionadas por el incendio, resultare la muerte o lesiones graves de personas que se hallaren a cualquier distancia del siniestro. Se desprende por la redacción del inciso y por la referencia que hace a los incisos anteriores para especificar la pena, que cuando dice “lesiones graves”, también se está refiriendo a las lesiones graves del número 1° del artículo 397.

A diferencia de los incisos anteriores, en el inciso tercero del artículo 474 del Código Penal, el legislador no incluyó un elemento de previsibilidad. Por ende, es intrascendente si el actor pudo prever que producto de explosiones causadas por el incendio se podría dañar a una persona, la cual, además, se puede encontrar *a cualquier distancia del lugar del siniestro*. A saber, no se exige de manera necesaria dolo ni culpa por parte del actor respecto de los daños causados por las explosiones del incendio para aplicar el tipo penal. Ello se acerca bastante a un delito calificado por el resultado, esto es, que se castigue la conducta por el resultado que produce y no por la culpabilidad del autor. Lo cual sería una de las razones por la cual la pena aplicable a este inciso se rebaja en un grado.

Cabe agregar que el legislador aclaró en la Comisión Redactora que el artículo 474 no es aplicable a aquellos casos en que resulten lesionadas personas que se acercan o ingresan voluntariamente al lugar del incendio, sino a quienes sufren las consecuencias del incendio sin haber tenido la voluntad de exponerse a él.

El artículo 474 del Código Penal fue aplicado en un caso de incendio con resultado de muerte, ocurrido el año 2014 en la comuna de Vilcún, Región de la Araucanía. Se trata del incendio producido en la casa habitación del matrimonio compuesto por don Werner Luchsinger Lemp y doña Vivian Mackay González, de 75 y 69 años respectivamente, quienes

al momento del siniestro se encontraban en el interior de la misma. Se acusó a don Celestino Córdova Tránsito de rociar el inmueble con acelerantes e iniciar el fuego mediante cuerpos portadores de llama, dejando al matrimonio Luchsinger Mackay al interior del inmueble, lo que les provocó la muerte a ambas víctimas, por carbonización en incendio homicida¹¹⁸. Este caso es conocido como el caso “Luchsinger Mackay” y los hechos relativos al artículo 474 (incendio con resultado de muerte) fueron denominados “Hecho 2”.

Al analizar la aplicación del incendio con resultado de muerte, el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco tuvo que resolver si existía, a la vez, una finalidad terrorista. El órgano persecutor y los querellantes (Ministerio del Interior y familia de las víctimas) sostuvieron que sí se satisfacía el elemento subjetivo del tipo, basándose en elementos contextuales, en la presencia de premeditación y la existencia de panfletos que culpaban al señor Luchsinger de la muerte de Matías Catrileo. Así, el Ministerio del Interior y la Intendencia Regional de la Araucanía, estimaron que “[...] *en el segundo hecho existen panfletos; es decir dijo que lo que se pretende es un efecto ulterior al hecho y con ello afectar el orden democrático y el funcionamiento normal de la República, buscaba obligar el cambio de vida en esta región. [Mencionaron] que no son delitos comunes, destacando que existe un componente subjetivo adicional, que no basta matar e incendiar, sino que esto estaba dirigido a provocar temor en un sector de la población.*”¹¹⁹,

Ante esto, el tribunal manifestó “*que las conductas delictivas poseen las más variadas finalidades, como posibilidades pueda construir el pensamiento humano; para el caso sostenemos que lo demostrado por la prueba sólo ha trasuntado un dolo de matar mediante el fuego*”¹²⁰.” Es decir, mediante la prueba recabada en juicio, sólo se pudo probar que la intención del autor era producir la muerte de dos personas mediante el incendio de la casa habitación, por lo cual estimaron que existió dolo homicida, pero no se logró probar que ese actuar se haya realizado con una finalidad terrorista.

Para llegar a esta conclusión, el tribunal examinó los argumentos del Ministerio Público y de los querellantes. Respecto de los elementos contextuales, el tribunal sostuvo que

¹¹⁸ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 28 de febrero de 2014..., pp.3-4

¹¹⁹ *Ibíd*em, p. 17

¹²⁰ *Ibíd*em, pp. 162-163

“Menos ha convencido a los jueces de mayoría que la sola referencia de contexto rendida por los querellantes [...] sirva para deducir el dolo terrorista respecto de un hecho que ha tenido un modo de operar diverso, más grave, pero diferente en estricto rigor, puesto que ello significaría efectuar conexiones ideológicas y materiales no conocidas ni apreciadas por el Tribunal, que no son sostenibles lógicamente [...]”¹²¹”. Con ello el tribunal aclara que no es posible intentar probar el elemento subjetivo del tipo terrorista mediante pruebas contextuales que no tienen una relación comprobada con los hechos en cuestión. Intentar situar los sucesos investigados en un contexto determinado para incitar al juez a hacerse cargo de él no corresponde en un debido proceso judicial.

Es importante recalcar que la utilización del término “dolo terrorista”, como referencia a un dolo específico requerido por el artículo primero de la LCT, es jurídicamente incorrecto. Para efectos del análisis del artículo primero de la LCT hay que distinguir claramente entre dolo (como elemento determinante de la culpabilidad del actor) y el elemento volitivo del tipo penal (finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella de ser víctimas de un delito de la misma especie). Así, “La finalidad de ‘producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie’ constituye un elemento subjetivo del tipo o del injusto **distinto del dolo**, toda vez que va más allá de las exigencias objetivas del tipo. No es necesario entonces que efectivamente se provoque ese temor, pero sólo la persecución del mismo le confiere a la conducta el carácter de delito terrorista”¹²²”. Por lo cual, referirse al elemento teleológico del artículo primero de la ley 18.314 como “dolo terrorista” es incurrir en un error conceptual y con ello se arriesga confundir la función del elemento subjetivo del tipo y sus consecuencias probatorias.

Más adelante, la sentencia se refiere al miedo que supuestamente generaría este ataque en la población, al establecer que “[...] la conducta criminal en la sociedad genera un impacto, así si en una villa se comienzan a suceder los robos a las residencias o las violaciones a sus mujeres, evidentemente los vecinos sentirán temor de verse expuestos a delitos de la misma especie, pero ello no deviene, conforme nuestra legislación anti terrorista, en que los ladrones ni los violadores, sean considerados autores de delitos terroristas. En esto es evidente –y entendible– que, existe un divorcio entre lo que el ciudadano corriente percibe

¹²¹ Ibídem, p. 163

¹²² HERNÁNDEZ, Algunas modificaciones..., pp. 6-7. Los destacados son nuestros.

*como terrorismo y aquello que jurídicamente lo es en su esencia.*¹²³” De esta forma se recalca que todo actual delictivo genera cierto medio en su entorno, pero la LCT exige que producir miedo en la población o en una parte de ella sea la finalidad principal del autor y no un efecto secundario producido por el actuar antijurídico, ni un medio utilizado para la consecución de un objetivo distinto.

El tribunal también se refirió al panfleto que incorporó el querellante, añadiendo que el panfleto tenía impreso la cara del señor Luchsinger y que lo mantenían como responsable por la muerte de Matías Catrileo. Para el querellante particular, este panfleto demostraba el actuar terrorista, pero según el tribunal, “[...] *lo consignado en el mismo es constitutivo de una amenaza velada en contra del mencionado y de su familia directa, empero sostener que dentro de las personas desconocidas que confeccionaron dicho documento y lo distribuyeron y los atacantes de la residencia de los señores Luchsinger Mackay, exista un conexión material o ideológica no nos parece probado, menos que el mismo sea indicio necesario que permita una inferencia lógica respecto de los hechos de estos acontecimientos. Por lo demás, estimamos que no se trata de un elemento idóneo para a partir de el, configurar el elemento subjetivo del tipo, ya mencionado, toda vez que, lo que dicho texto es un afán de vindicación de tierras, pero no uno terrorista.*¹²⁴” Si bien es correcta la interpretación del tribunal al sostener que la finalidad plasmada en el panfleto es netamente vindicativa, hay que señalar que ello se contradice con la valoración realizada sobre un panfleto bastante similar en el “Hecho 1” del caso Luchsinger Mackay, ya revisado en esta investigación. En el análisis del “Hecho 1”, el mismo tribunal sostuvo que aquellos panfletos evidenciaban la intención de los autores de atacar las bases del estado, utilizando como medio el incendio de una propiedad privada.

El extracto citado es de tremenda importancia; el tribunal reconoce que la finalidad detrás de la lucha por la recuperación de tierras mapuche es de naturaleza vindicativa, distinguiéndola de una finalidad terrorista. El 26 de agosto de 2016 se tuvo por presentada una nueva acusación fiscal por el caso “Luchsinger Mackay”, en la cual el Ministerio Público acusa a 11 personas de haber participado (autoría del artículo 15 N°3 del Código Penal) en el “Hecho 2”, esto es, el incendio con resultado de muerte. En esta nueva acusación, el órgano persecutor sostiene que el incendio en cuestión es terrorista, argumentando que los hechos

¹²³ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 28 de febrero de 2014..., p. 164

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 165. Los destacados son nuestros.

“[...] obedecen al cumplimiento de un plan elaborado y coordinado destinado a compeler a agricultores de la región a hacer abandono de sus predios¹²⁵”. Con ello, se califica un acto de recuperación de tierras como terrorista, siendo que ya se ha establecido que ello es una aplicación errónea de la LCT.

Por último, es relevante destacar la distinción que hace el tribunal entre un delito terrorista y un delito común, al exponer que [...] *matar a una persona utilizando para ello la quema de su residencia es un ilícito de suyo grave- por ello la pena asociada al mismo, una de las más alta de nuestro ordenamiento jurídico-, empero la conducta por sí misma no es constitutiva de un delito terrorista, sólo lo será en virtud de la demostración de la finalidad terrorista presente en el agente. Así la figura criminal que hemos asentado es un delito común, en el sentido técnico de la expresión.*¹²⁶ Dentro de la confusión y dificultad que han tenido los tribunales para distinguir entre un delito común y un delito terrorista, es tremendamente relevante la reflexión que hace este tribunal, siempre que la LCT es una ley de excepción, que sólo debería ser aplicada cuando realmente exista una finalidad terrorista. El artículo 474 del Código Penal es claro en cuanto a la conducta que sanciona, pero surgen inconvenientes cuando se aplica en conjunto con los artículos 1, 2 y 3 de la ley 18.314.

El primer problema que se presenta es la falta de claridad respecto a la descripción de lo que significa cometer un acto terrorista en la LCT. El artículo primero de la ley 18.314 es en esencia subjetivista, pues mira la finalidad del autor al momento de cometer el delito, pero carece de otros elementos que juntos puedan configurar una descripción más acabada del actuar terrorista.

La dimensión penal del principio de legalidad está consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República, el cual establece que “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;*”. Sin embargo, la definición de los delitos terroristas en la legislación chilena es ambigua y no describe claramente la conducta señalada. Esta falta de claridad en artículo primero de la LCT constituye una falta al principio de legalidad, puesto que falla en “[...] *establecer un*

¹²⁵ JUZGADO DE GARANTÍA DE TEMUCO, en resolución de 26 de agosto de 2016, R.U.C. 1300701735-3 y R.I.T. 9544-2013, p. 6

¹²⁶ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 28 de febrero de 2014..., p. 164

*límite al ejercicio de la potestad sancionatoria, en cuya virtud el individuo no se vea expuesto sino a la reacción penal establecida en una ley, única expresión legítima de la voluntad popular*¹²⁷.

Más concreto aún, para que se respete el principio de legalidad, la ley penal debe ser “[...] *escrita, previa a la realización de los hechos que se pretende sancionar, y estricta, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible y la sanción que corresponde imponer. [...] Se evita así que la actividad punitiva del Estado pueda estar cargada de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos*¹²⁸”. La descripción de los delitos terroristas de la LCT no es estricta, puesto que resulta demasiado amplia y no describe de manera clara la conducta terrorista. Si bien es cierto que el terrorismo es un concepto muy difícil de definir, en razón de la fuerte influencia social y política que impregna el concepto, existen elementos objetivos, finalidades políticas, elementos objetivo-subjetivos y otros que contribuyen a un tipo penal más delimitado, los cuales no fueron incorporados a la ley 18.314.

Con la vulneración al principio de legalidad no sólo se está infringiendo una disposición constitucional, “*La tipicidad de [la LCT] presenta también serias dudas de compatibilidad con los artículos 9 de la Convención Americana y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por la ambigüedad de la descripción*¹²⁹”. Esta situación se torna especialmente preocupante cuando se aplica la ley 18.314 para calificar de terrorista a un tipo penal con una penalidad sumamente alta. Debemos recordar que el rango de pena aplicable para un delito de incendio comprendido en el artículo 474 del Código Penal, con una finalidad terrorista, va desde presidio perpetuo hasta presidio perpetuo calificado, lo cual constituye el castigo más severo contemplado en nuestra legislación penal.

La falta al principio de legalidad tiene una especie de efecto dominó, puesto que, como efecto de la vulneración al principio de legalidad, se terminan afectando también otros principios del Derecho Penal. Si un tipo penal no está delimitado y descrito de manera precisa, se complica, a la vez, su concordancia con el principio de proporcionalidad.

¹²⁷ RODRÍGUEZ, Los Principios..., p. 148

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 147-148

¹²⁹ MEDINA, Derechos humanos..., p. 45

La proporcionalidad, en su sentido amplio, consiste en una limitación al *ius puniendi* del Estado, es “[...] una consecuencia de la configuración del Estado como instrumento al servicio de la libertad de la persona, que condiciona la intervención estatal a resultados de mejora de los márgenes sociales de libertad.”¹³⁰ Para efectos de análisis de normas penales, el concepto en sentido amplio de proporcionalidad se divide en tres sub-principios: a) “Principio de idoneidad del medio empleado al fin que lo justifica [...], esto es, que se trate de un medio que hace posible promover el fin deseado o que contribuye significativamente a alcanzarlo; b) principio de necesidad o de la alternativa menos gravosa [...], se refiere a que ‘el legislador no hubiese podido elegir otro medio igual de eficaz, pero que no restrinja los derechos fundamentales o lo haga en menor medida’; y c) principio de proporcionalidad en sentido estricto [...], consiste en que el sacrificio que se impone al derecho correspondiente guarde un razonable equilibrio o proporción con los bienes que pretenden salvaguardarse.”¹³¹ Si bien los dos primeros principios son válidos a la hora de examinar la proporcionalidad de una norma, ellos hacen referencia a consideraciones más bien empíricas sobre el funcionamiento del sistema penal. Mientras que lo que más interesa para efectos de esta investigación es examinar la coherencia que existe entre la pena asignada para el artículo 474 del Código Penal y los bienes jurídicos que pretenden salvaguardarse con la LCT. Es por ello que la centralidad del análisis estará puesta en la proporcionalidad en sentido estricto respecto del artículo 474 del Código Penal en relación con los artículos 1, 2 y 3 de la ley 18.314, como límite al *ius puniendi*.

El artículo 474 se encuentra en el título que sanciona crímenes y simples delitos contra la propiedad, pero sanciona principalmente el daño que se les ocasiona a personas producto de un incendio. En ese sentido, se desprende que los bienes jurídicos protegidos primordiales son la vida y la seguridad de las personas. Producto de que el medio utilizado (el fuego) es particularmente maléfico, el legislador le ha asignado una de las penas más altas del Código Penal, esto es, presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. A esto se le suma que, en caso de calificarse aquel incendio como terrorista, el artículo tercero de la LCT permite aumentar la pena en uno, dos o tres grados, teniendo como resultado que la pena asignada al

¹³⁰ OSSANDON, M.M. 2011. La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 461-462

¹³¹ *Ibidem*, p. 462

delito de incendio del artículo 474 con finalidad terrorista es de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado. Tanto el presidio perpetuo como el presidio perpetuo calificado conllevan una sanción de prisión efectiva de por vida, con la distinción de que en el presidio perpetuo calificado sólo se podrá conceder la libertad condicional una vez transcurridos 40 años de privación de libertad efectiva, mientras que en el presidio perpetuo “simple” se podrá conceder una vez transcurridos 20 años. Esto significa que la pena mínima asignada al artículo en cuestión es la pena máxima que contempla nuestro ordenamiento jurídico penal, que sólo distingue entre sus dos variantes (simple y calificada). El reproche penal hacia el incendio terrorista con resultado de muerte es de lo más gravoso que existe en el Código Penal. Es sólo comparable con el homicidio calificado con calificante terrorista. Además, a diferencia de este último, el incendio terrorista no requiere necesariamente de dolo homicida para ser sancionado, sino sólo de preterintencionalidad, lo cual lo hace aún más grave.

Pero, ¿Cómo analizar la proporcionalidad entre el castigo impuesto y los bienes jurídicos resguardados si ni siquiera hay claridad respecto de los bienes jurídicos protegidos mediante la LCT? El artículo primero de la ley 18.314 incorpora el elemento volitivo, la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella de sufrir un delito de la misma especie y tres indicadores que contribuyen a identificar una conducta terrorista, pero de ello no se logran desprender los bienes jurídicos protegidos. Si bien se ha evidenciado que en los raciocinios judiciales los tribunales han intentado aclarar el concepto mediante la incorporación del orden constitucional democrático como bien jurídico principal, ello no se recoge directamente de nuestra legislación, sino de la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia internacional. Esto causa confusión cuando debe aplicarse la LCT a un caso concreto. Puesto que el tribunal estará reflexionando en base a un concepto de delito de terrorismo como uno que afecte el orden democrático chileno, pero debe fallar en relación a la finalidad subjetiva de causar temor en la población, siendo que estos elementos no están necesariamente vinculados.

Fuera de la LCT, el único cuerpo normativo chileno que se refiere al terrorismo es la Constitución Política de la República, la cual señala en su artículo 9° que “*El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos [y que los delitos terroristas] serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales*”.

Lamentablemente, salvo la referencia a la protección de los derechos humanos, aquel artículo tampoco contribuye a dilucidar cuáles bienes jurídicos están resguardados por la LCT, más allá de la vida y la seguridad de las personas.

Se ha sostenido en esta investigación que el delito de incendio con resultado de muerte, mutilación o lesión grave (artículo 474), protege principalmente la vida y la seguridad de las personas¹³². En razón de que los bienes jurídicos resguardados por el tipo penal son trascendentales y el medio empleado para cometer el delito (fuego) agrava la ofensa, el legislador le ha asignado un sacrificio que se traduce en una pena sumamente alta. Además, aquel delito puede ser calificado como terrorista y su pena ser aumentada en hasta tres grados. Entonces, para que el aumento de pena propio de la calificación terrorista del artículo 474 sea proporcional, debe existir alguna razón que distinga a una conducta antijurídica de la otra y justifique que el sacrificio impuesto sea aún más grave, siempre que “[...] *la gravedad de las consecuencias derivadas de la calificación de un delito común como delito terrorista requiere que esa calificación revista el carácter de un razón de peso para fundamentar una mayor gravedad proporcional del hecho en relación con el hecho meramente constitutivo del delito común*”¹³³. Empero, de la ley 18.314 no se desprende un bien jurídico superior o distinto al resguardo de la vida y seguridad de las personas. La ley 18.314 se centró en el elemento subjetivo de causar temor, pero no desarrolló el concepto de terrorismo de una forma más acabada. Tampoco incorporó una finalidad política, como podría ser atentar contra el orden constitucional democrático, o un elemento objetivo, como podría ser el pertenecer o actuar mediante una organización terrorista, y, es por ello, que la LCT no otorga elementos nuevos que justifiquen agravar el sacrificio impuesto de tal forma que la pena mínima aplicable al tipo penal sea la pena máxima existente en el Código Penal chileno.

Si la LCT no adiciona un bien jurídico concreto a proteger, entonces ¿cómo se justifica su aplicación? Desde el punto de vista dogmático, se discute acerca del principio de lesividad como garantía penal. En ese sentido, se distingue entre “[...] *una concepción del bien jurídico como bien empíricamente determinado, externo al derecho mismo, y una concepción que en*

¹³² Véase ampliamente en: BASCUÑAN, El delito de incendio..., pp.27-28; VILLEGAS, M. 2001. Terrorismo: Un problema de estado. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Tomo II, p. 613; DEL BARRIO, A., LEON, J. 1991. Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos. Programa de derechos humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, p. 200

¹³³ BASCUÑAN, El delito de incendio..., p. 10

*cambio identifica al bien jurídico, de manera autorreferencial, con el mismo orden jurídico y social.”*¹³⁴ Así, la primera postura entiende que para activar el funcionamiento del Derecho Penal se requiere de una vulneración a un bien jurídico concreto y determinado, mientras que la segunda identifica al bien jurídico con el sistema social en cuanto tal, por tanto, se justifica la acción del Derecho Penal en cuanto la conducta afecta a las instituciones sociales o al orden jurídico como un todo¹³⁵. Éstas concepciones han sido catalogadas por FERRAJOLI como “heteropoiéticas” y “autopoiéticas”, respectivamente. *“En el primer caso, ésta se configura como una garantía penal de la persona y por tanto como un límite; es decir, como una condición necesaria (sine qua non) de la intervención penal. En cambio, en el segundo caso, se configura como un factor de expansión y maximización del Derecho penal.”*¹³⁶

Así, las concepciones heteropoiéticas como justificación del Derecho Penal cumplen una doble función:

- a) Condición de laicidad del derecho y de las instituciones estatales: Se mantiene la separación entre el derecho y la moral. Si el bien jurídico protegido es claro y determinado, se estará utilizando el Derecho Penal sólo cuando exista un comportamiento que en concreto sea lesivo respecto de otros. En cambio, si el bien jurídico protegido es indeterminado y se identifica con el sistema social en general, se abre paso a la imposición de consideraciones morales, se “[...] *puede fundar y justificar formas anti-garantistas e iliberales de Derecho penal máximo y de maximización, caracterizadas por la intolerancia hacia el disenso, y puede operar sólo como fuente de legitimación pero no de deslegitimación del Derecho penal.*¹³⁷”
- b) Fundamento de la construcción de un Derecho Penal del hecho y no del autor: Si el bien jurídico protegido por la LCT estuviese bien definido, el análisis de la

¹³⁴ FERRAJOLI, L. 2012. El principio de lesividad como garantía penal. En: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 8, No. 79, julio-diciembre 2012, pp. 100-114, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4136980.pdf> (fecha de consulta: 4 de enero de 2017), p. 105.

¹³⁵ Cfr. JAKOBS, G. 2003. ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. Título alemán: Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meilá, Universidad Autónoma de Madrid. En: G. Jakobs, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid: Civitas, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, pp. 47-74.

¹³⁶ FERRAJOLI, El principio..., p. 107

¹³⁷ Ibídem, p. 110

calificación terrorista se centraría en el acto antijurídico cometido y su vulneración al bien jurídico. En cambio, si el bien jurídico protegido se identifica con las instituciones sociales en general, el Derecho Penal se protege a sí mismo, no existe una real limitación al *ius puniendi* y “[...] *puede legitimarse la construcción de un Derecho penal de autor, antes que de un Derecho penal de hecho, mediante la configuración como lesivas de incluso las identidades personales, por ser (valoradas como) subversivas, o terroristas, o fundamentalistas, o con diversas inclinaciones hacia el delito, u objetivamente peligrosos, o bien como enemigos.*”¹³⁸,

La aplicación de la LCT a delitos de incendio y, sobre todo, al delito de incendio tipificado en el artículo 474 del código penal, pareciera justificarse en concepciones autopoieticas. Así, la calificación de un incendio con resultado de muerte como un delito de terrorismo se justifica en la protección de las instituciones sociales y la estructura normativa como un todo y no en la vulneración de bienes jurídicos determinados.

Como consecuencia, surge la imposición moral, cultural, política e ideológica del aparato estatal. La protección de las instituciones sociales como justificación del *ius puniendi* resulta muy general y abre paso a arbitrariedades capaces de legitimar la punición del disenso. Se ha observado que la utilización de la ley 18.314 puede funcionar como una herramienta política para reprimir opiniones diferentes a la dominante, sin mayores limitaciones.

Surge, también, un Derecho Penal del autor y no del hecho. Lo cual se ha observado en la jurisprudencia analizada, siempre que el órgano persecutor y los jueces utilizan la prueba contextual y características personales del autor para fundamentar la calificante terrorista. En concreto, se ha instalado la pertenencia a la etnia mapuche y, por consiguiente, la supuesta participación en un contexto de recuperación de tierras, como característica determinante a la hora de calificar el hecho como terrorista.

Una normativa de excepción que flexibiliza garantías procesales y aumenta las penas asignadas a delitos comunes está sujeta a un estándar de legalidad superior al común. Sin embargo, la ley 18.314 contiene vulneraciones al principio de legalidad consagrado en la

¹³⁸ *Ibidem*, p. 112, los destacados son nuestros.

Constitución Política de la República y en tratados internacionales. Además, cuando se analiza su aplicación al tipo penal de incendio, se concluye que no incorpora un bien jurídico protegido nuevo o distinto al contenido en el tipo penal base. Lo cual se torna aún más evidente en el incendio con resultado de muerte (artículo 474 del Código Penal), puesto que en éste sobresale la protección a la vida y seguridad de las personas, cuestión que comparte con la LCT.

Junto a ello, Cuando la ley 18.314 se aplica al artículo en cuestión, el rango de penas asignado es presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado, causando una desproporción en la asignación de penas que no encuentra fundamento alguno. Puesto en términos prácticos, si la LCT se hubiese aplicado al caso de incendio con resultado de muerte del matrimonio Luchsinger Mackay, el imputado, don Celestino Córdova, de 27 años de edad, podría haber optado por la libertad condicional recién a los 47 en el caso del presidio perpetuo o 67 años en el caso del presidio perpetuo calificado.

Considerando los elementos recién descritos, la calificación terrorista de delitos de incendio contenidos en el artículo 474 del Código Penal debe hacerse con especial atención. Si bien la aplicación de la LCT, en general, debe ser excepcional y analizada detenidamente, cuando se trata de un incendio con resultado de muerte, por el hecho de ser tan grave y desproporcionada la pena, ello debe realizarse con aún más cuidado.

En esta investigación se analizaron 10 racionios judiciales¹³⁹ relativos a incendios terroristas del año 2000 al 2016, que involucraron a un total de 27 imputados. Al respecto, un 40% de los incendios fueron calificados como terroristas por los tribunales, sin perjuicio de que en alguno de ellos hayan absuelto a los imputados por falta de participación. Lo cual deja una mayoría del 60% de casos de incendio, tildados como terroristas por el órgano persecutor, que fueron considerados delitos comunes.

Además, un 22,23% de los imputados por delitos de incendio terrorista fueron finalmente condenados por terrorismo. Esta estadística es aún más preocupante, puesto que demuestra que menos de un cuarto de los procesados por delitos de incendio terrorista son finalmente condenados por ello. Más del 75% de los imputados por delitos de incendio

¹³⁹ Considerando por separado “Hecho 1” y “Hecho 2” del caso “Luchsinger Mackay”

terrorista fueron sometidos a una ley de emergencia que flexibiliza sus garantías procesales penales, sin que hayan podido comprobar su participación o que los hechos hayan sido efectivamente terroristas. Datos que podrían variar por nuevos 11 imputados en caso “Luchsinger Mackay” (juicio en desarrollo).¹⁴⁰

¹⁴⁰ JUZGADO DE GARANTÍA DE TEMUCO, en resolución de 26 de agosto de 2016..., pp. 1-44

Conclusiones

1. Naturaleza del tipo penal de incendio:

La investigación basó su análisis en la postura del delito de incendio pluriofensivo que protege a más de un bien jurídico, con lo cual el tipo penal de incendio resguarda de manera principal a la vida y a la seguridad física de las personas, y de manera secundaria a la propiedad. Al estudiar la jurisprudencia sobre incendio se constató que, efectivamente, los tribunales destacan a la seguridad de la vida e integridad física de las personas como el elemento esencial del tipo penal de incendio. Sin embargo, esto se torna difuso cuando los jueces analizan el delito de incendio en relación con los artículos 1 y 2 N°1 de la ley 18.314, esto es, el delito de incendio terrorista. Puesto que, en aquellos fallos en que la conducta sí se califica como terrorista, se suele confundir el daño que genera el incendio y la sensación de inseguridad que provoca, con una finalidad terrorista.

2. Razonamientos del tribunal para aplicar o desestimar la calificación terrorista

Los argumentos y raciocinios judiciales a la hora de aplicar o desestimar la calificación terrorista respecto de delitos de incendio son heterogéneos. Si bien cada caso tiene hechos distintos y, por tanto, la reflexión realizada para determinar la responsabilidad de los imputados son diferentes, debería existir un patrón de elementos comunes en las argumentaciones en lo relativo a la calificante terrorista, puesto que la LCT mantiene una estructura subjetiva que tiene a la finalidad de producir temor en la población como único elemento. Pero, en la práctica, se observó que los jueces de las distintas causas construían argumentos para referirse a la calificación terrorista que no se condecían unos con otros. Pese a que este comportamiento se destacó caso a caso durante la investigación, el fallo emblemático en esta materia es el del caso “Poluco Pidenco”, en el cual se obtuvieron veredictos discordantes respecto de los mismos hechos.

3. Núcleos problemáticos comunes

Si bien las argumentaciones construidas alrededor de la calificación terrorista de los delitos de incendio eran distintas entre sí, la mayoría de los fallos se enfrentaban a las mismas dificultades. Los principales núcleos problemáticos observados a la hora de analizar incendios

terroristas fueron la dificultad de distinguir cuándo un incendio puede ser constitutivo de un delito de terrorismo y qué elementos se pueden tomar en consideración para determinarlo. La descripción de delito de terrorismo otorgada por el artículo primero de la LCT no les otorga las herramientas suficientes a los jueces como para distinguir entre un delito común y un delito de terrorismo, lo cual se torna más complejo aun cuando se trata de un incendio, por ser un delito pluriofensivo que por lo general ocasiona daños graves. A su vez, la jurisprudencia demuestra que los indicadores otorgados por el artículo primero de la ley 18.314 no suelen ser utilizados y se termina recurriendo a elementos contextuales y personales del autor para intentar comprobar que el imputado actuó con la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella de ser víctimas de delitos de la misma especie. El elemento subjetivo por si solo resulta tremendamente *subjetivizante* y es difícil para los jueces comprobar si en el fuero interno del imputado se encontraba o no aquella intención al momento de cometer el ilícito.

Al respecto, no se evidenció un impacto de la reforma a la ley 18.314 del año 2010 (ley 20.467). Los núcleos problemáticos comunes registrados en los fallos anteriores al año 2010 siguen apareciendo en casos posteriores a la reforma. Se comprueba que, si bien era necesaria la eliminación de las presunciones del artículo primero de la LCT, con ello no se logró resolver los problemas de ambigüedad y amplitud de dicho artículo.

4. Contraste entre el tipo penal de incendio terrorista con principios del Derecho Penal, tales como los principios de proporcionalidad y legalidad.

Esta investigación se propuso analizar a profundidad los delitos de incendio terrorista. Para ello, se estudió la tipificación de los artículos 476 y 474 del Código Penal de manera exegética y se revisó, también, la jurisprudencia correspondiente, para observar su comportamiento en la práctica judicial. El objetivo del trabajo era esclarecer las causas de la oscilación judicial respecto del incendio terrorista entre los años 2002 y 2016 y analizar si estas causas encontraban su origen en la vulneración a algunos de los principios del Derecho Penal. Nuestra hipótesis consistía en que las mayores complicaciones en relación a la calificación terrorista en delitos de incendio encontraban sus fundamentos en la desproporcionalidad de las penas asignadas por los tipos penales y la amplitud del elemento subjetivo requerido por la ley, el cual significaría vulneraciones al principio de legalidad. En la

investigación se comprobó que la descripción de delitos de terrorismo del artículo primero de la LCT es amplia y no permite a los tribunales distinguir efectivamente cuándo un delito común puede ser considerado como un delito de terrorismo. Al no describir la conducta antijurídica de forma clara y, más aún cuando se trata de una ley de excepción que agrava las penas asignadas y flexibiliza las garantías procesales, el artículo primero de la ley 18.314 resulta contrario al principio de legalidad.

Respecto de la desproporcionalidad de las penas asignadas al incendio terrorista como fuente de complicaciones de aplicación del tipo penal, el caso de incendio del fundo Poluco Pidenco ejemplificó de forma gráfica la complicación que conlleva condenar a una persona con las penas más altas del ordenamiento jurídico chileno sin siquiera tener claridad respecto de la conducta sancionada. Así, se logró cuestionar la proporcionalidad de las penas, al evidenciarse que la LCT no introduce elementos que fundamenten un aumento de pena tan gravoso como el de su artículo 3 bis. La conducta antijurídica sancionada por el artículo primero de la ley 18.314 es amplia y no se desprenden de ella bienes jurídicos protegidos distintos a los ya incorporados en los delitos de incendio, con lo cual, los aumentos de pena establecidos para el incendio terrorista resultan contrarios al principio de proporcionalidad de las penas.

5. Caso de incendio a Fundo Poluco Pidenco. ¿Un antes y un después en casos de incendios terroristas?

El incendio al Fundo Poluco Pidenco es un hito en lo que respecta a casos de incendios terroristas, por la heterogeneidad de las argumentaciones y el pronunciamiento de la CIDH, pero no gatilló un cambio total en los razonamientos de los tribunales. El año 2014, con el “Hecho 1” del caso “Luchsinger Mackay”, se volvió a declarar un incendio como terrorista, retomando los núcleos problemáticos que existieron en casos anteriores.

En efecto, aunque en los dos últimos casos de incendio terrorista se haya desestimado la calificación de delito de terrorismo, no se puede sostener que la desproporcionalidad en las penas y las vulneraciones al principio de legalidad demostradas en los casos previos al 2005 causaran un efecto decisor en el raciocinio judicial de los tribunales.

Bibliografía

Autores

1. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2014. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Consejo de Derechos Humanos, 25° período de sesiones, Tema 3 de la Agenda, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/92/PDF/G1413492.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016)
2. ASÚA, A. 2002. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. En: Echano Basaldua, J. (coord.), Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao.
3. BASCUÑAN, A. 2003. El delito de incendio terrorista. Informe en derecho. Santiago de Chile: Defensoría Penal Pública, 41 h., DOC/310, disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/0b3db5f55e09dadc3bd5e9d6f637eb25.pdf> (fecha de consulta: 5 de enero de 2017).
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la ley 18.314”, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731> (fecha de consulta: 26 de diciembre de 2016)
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la ley 20.467”, Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Informe de Comisión de Constitución, disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4663/> (fecha de consulta: 20 de octubre de 2016).
6. BUSTOS, J. 1991. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Segunda edición, Barcelona, España, Ariel Derecho.
7. CANCIO, M. 2003. ¿Derecho Penal del enemigo? En: JAKOBS, M., CANCIO, M. 2013. Derecho penal del enemigo, Madrid, España, Thomson Civitas,
8. CONTESSE, J. 2015. Norín Catrimán y Otros: Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales año 2015.

9. DEL BARRIO, A., LEON, J. 1991. Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos. Programa de derechos humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago
10. DONINI, M. 2008. Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe exorcizar. En: Cancio, M., Pozuelo, L. (Coords). Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, pp. 29-75, Madrid: Thompson Civitas.
11. ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
12. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2006. CHILE – La otra transición chilena: derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático. Informe N°445/3, abril 2006.
13. FERRAJOLI, L. 2012. El principio de lesividad como garantía penal. En: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 8, No. 79, julio-diciembre 2012, pp. 100-114, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4136980.pdf> (fecha de consulta: 4 de enero de 2017).
14. GARRIDO MONTT, M. 2005. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
15. GARRIDO MONTT, M. 2008. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
16. HERNÁNDEZ, H. 2011. Algunas modificaciones a la ley N°18.314. Informe en Derecho N°3, febrero 2011, disponible en: Defensoría Penal Pública, 21 h, DOC/434.
17. Historia de la Ley N° 20.653 que Aumenta las sanciones a responsables de incendios forestales. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4449/> (fecha consulta: 04 de noviembre de 2016).
18. JAKOBS, G. 2003. ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. Título alemán: Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meilá, Universidad Autónoma de Madrid. En: G. Jakobs, Sobre la

- normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid: Civitas, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez
19. LABATUT, G. 1983. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Séptima Edición, actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
 20. LILLO, R. 2006. Pueblos indígenas, Terrorismo y Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos N°2, Universidad de Chile, pp. 227-234, disponible en: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13397/13668> (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2016),
 21. MAÑALICH, J.P. 2015. El terrorismo ante el derecho penal: la propuesta legislativa del gobierno como retroceso. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales año 2015.
 22. MEDINA, C. 2013. Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad. En: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2013. Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2012, N°12, octubre 2013, pp. 7-60, disponible en: www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/8626ff14b9122a2c25121e5903597736.pdf
 23. OSSANDON, M.M. 2011. La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
 24. POLITOFF, S., MATUS, J.P., RAMIREZ, M.C. 2009. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. D.F, México, Editorial Jurídica de las Américas.
 25. POLITOFF, S., MATUS, J.P., RAMIREZ, M.C. 2009. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General., D.F., México, Editorial Jurídica de las Américas.
 26. RODRÍGUEZ, L. 2012. Los Principios Rectores del Derecho Penal y su Proyección en el Campo de las Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Criminal. Revista de Derechos Fundamentales, Viña del Mar, Editorial número 8, segundo semestre.
 27. TERRADILLOS, J. 2010. El Estado de derecho y el fenómeno del terrorismo. En: SERRANO, J.R., DEMETRIO, E. Terrorismo y Estado de derecho. Madrid, Iustel.
 28. VILLEGAS, M. 2001. Terrorismo: Un problema de estado. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Tomo II.

29. VILLEGAS, M. 2006. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. En: Revista Política Criminal, n° 2, A3, Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca.
30. VILLEGAS, M. 2009. El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche. Ediciones La Cátedra, Colección Artículos y Conferencias, 1ra edición, Santiago, Chile.
31. VILLEGAS, M. 2013. Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas. Revista de Derecho Penal y Criminología, Año III.
32. VILLEGAS, M. 2016. Contribuciones para un concepto de Terrorismo en el Derecho Penal Chileno. En: Revista Política Criminal, Volumen 11, N°21, Universidad de Talca.
33. VILLEGAS, M. 2016. Procesos de reforma penal en Chile. Aproximaciones desde el campo del Derecho Penal Político. Revista de Derecho Penal y Criminología, año VI, N°5, junio 2016.
34. ZAFFARONI, R. 2010. El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento. En: SERRANO- PIEDECASAS, J.R., DEMETRIO, E. (Dirs.). Terrorismo y Estado de derecho, Madrid, Iustel.

Legislación Nacional

35. CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal. Noviembre de 2016.
36. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Código Procesal Penal. Julio de 2016.
37. CHILE. Ministerio del Interior. 1984. Ley 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Octubre de 2015.

Legislación Comparada

38. ALEMANIA. 1871. Código Penal Alemán. Enero 1998
39. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 1995. Código Penal. Abril de 2015.
40. HONDURAS. Decreto Número 144-83, Código Penal de Honduras. Disponible en http://oig.cepal.org/sites/default/files/1999_hnd_d144-83.pdf. (fecha de consulta: 19/12/16)

41. MÉXICO. Poder Ejecutivo Federal. 1931. Código Penal Federal. Enero de 2009.

Legislación Internacional

42. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2002. Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.
43. NACIONES UNIDAS. 2001. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas.
44. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1989. Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Jurisprudencia

45. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso Norín Catrimán y otros VS. Chile de 29 de mayo de 2014.
46. CORTE SUPREMA, en sentencia de 02 de julio de 2003, ROL N° 1743-2003
47. JUZGADO DE GARANTÍA DE TEMUCO, en resolución de 26 de agosto de 2016, R.U.C. 1300701735-3 y R.I.T. 9544-2013
48. TRIBUNAL DE LETRAS DE COLLIPULLI, en sentencia de 06 de abril de 2001, sumario criminal ROL 29.759.
49. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 14 de abril de 2003, R.U.C. 0100083503 – 6 y R.I.T. 02-2003
50. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 27 de septiembre de 2003, R.U.C. 0100083503-6 y R.I.T. 2-2003.
51. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 22 de agosto de 2004, R.U.C. 0100086594-2 y R.I.T. 21-2004
52. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 3 de mayo de 2005, R.U.C. 100086954-2 y R.I.T. 21-2004
53. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 07 de abril de 2006, R.U.C. 0100086954-2 y R.I.T. 21-2004
54. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 14 de febrero de 2007, R.U.C. 0100086954-2 y R.I.T. 21-2004

55. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, en sentencia de 28 de mayo de 2008, R.U.C. 0100086954-2 y R.I.T. 21-2004
56. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 28 de febrero de 2014, R.U.C. 1300014341-8 y R.I.T. 220-2013.
57. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 14 de abril de 2014, R.U.C. 09 10 02 14 81 – 1 y R.I.T. 195-2013.
58. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TEMUCO, en sentencia de 17 de junio de 2014, R.U.C. 0900033605-7 y R.I.T. 025-2014.

Anexo

Tabla 3. Fallos de incendios terroristas en orden cronológico.

Juicios	Calificación del delito	Tribunal, fecha y sentencias	Condena	RUC/RIT (*)
Incendio “Caso Lonkos”	Incendio terrorista (Artículo 475 N°1 del Código Penal, en relación con los artículos 1 N°1 y 2 N° 1 de la ley 18.314)	TOP Angol, 14/04/2003, c. Norín Catrimán y otros.	Incendio terrorista Absolución por falta de participación	RUC 0100083503 – 6 RIT 02-2003
Incendio fundo Poluco-Pidenco	Incendio terrorista (Artículo 476 N°3 del Código Penal, en relación con los artículos 1 N°1 y 2 N° 1 de la ley 18.314)	TOP Angol, 22/8/2004 c. José B. Huenchunao Mariñan y otros.	Incendio terrorista Condena 10 años y un día	RUC 0100086594-2 RIT 21-04
		TOP Angol, 3/5/2005, c. Juan C. Huenulao Lielmil.		
		Corte Apelaciones Temuco, 13/10/2004. Rechaza nulidad.		
		TOP Angol, 7/4/2006, c. José Cariqueo y otro.	Incendio común Absolución por falta de participación	
		TOP Angol, 14/2/2007, c. José Llanquileo.	Incendio común Condena 5 años y 1 día	
		TOP Angol, 28/5/2008, c. Luis Catrimil.	Incendio común Condena 4 años	

Incendio caso “Luchsinger Mackay”	Incendio terrorista (Artículo 474 del Código Penal, en relación con los artículos 1 N°1 y 2 N° 1 de la ley 18.314)	TOP Temuco, 28/02/2014, c. Celestino Córdova	“Hecho 1”: Incendio terrorista Absolución por falta de participación	R.U.C. 1300014341-8 RIT 220-2013
			“Hecho 2”: Incendio común Condena 18 años	
Incendio fundo Brasil	Incendio terrorista (Artículo 476 N°1 del Código Penal, en relación con los artículos 1 N°1 y 2 N° 1 de la ley 18.314)	TOP Temuco, 14/04/2014, c. Eliseo Ñirripil y otros	Incendio común Absolución por falta de participación	R.U.C. 0910021481-1 RIT 195-2013
Incendio fundo San Leandro	Incendio terrorista (Artículo 476 N°3 del Código Penal, en relación con los artículos 1 N°1 y 2 N° 1 de la ley 18.314)	TOP Temuco, 17/06/2014, c. Andrés Gutiérrez y otros	Incendio común Absolución por falta de participación	R.U.C. 0900033605-7 RIT 025-2014