



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

ANÁLISIS Y JUSTIFICACIÓN DE LA LEY ANTITERRORISTA N°18.314/84

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

Memoristas: Felipe HUENTELEMU CARVAJAL y Rafael AMOROS CERVANTES

Prof. Guía: Dr. Germán OVALLE MADRID

Santiago, Chile

2020

ÍNDICE

I. RESUMEN	4
II. INTRODUCCIÓN.....	5
III. DE LOS PRECEDENTES NORMATIVOS DE LA ACTUAL LEY ANTITERRORISTA	8
1. Marco normativo de la Ley de Seguridad Interior del Estado.....	8
1.1. Normas constitucionales y legales relativas a la seguridad interior del Estado.	10
1.2. Origen y evolución de la legislación antiterrorista en Chile	20
2. Análisis e interpretación doctrinaria de la Ley Antiterrorista, N°18.314/84.....	33
2.1. Análisis del Art. 1° de la Ley 18.314/84 como presupuesto esencial en los delitos terroristas.....	33
2.2. Análisis del tipo objetivo y subjetivo del delito del Art. 2° de la Ley 18.314/84	39
2.2.1. Sujeto activo.....	42
2.2.1.1. Determinación y problemas	42
2.2.1.2. Doctrina y jurisprudencia	43
2.2.2. Sujeto pasivo	46
2.2.2.1. Determinación y problemas	47
2.2.2.2. Doctrina y jurisprudencia	48
2.2.3. Conducta incriminada	50
2.2.3.1. La doctrina de la Profesora Myrna Villegas - El delito terrorista como delito de asociación delictiva con fines políticos.....	56
2.2.3.2. La doctrina del Profesor Juan Pablo Mañalich - El delito terrorista como estrategia de comunicación política sustentada en una proyección organizada de violencia específicamente criminal.....	59
2.2.3.3. La jurisprudencia sentada en el período comprendido entre los años 1984 y 1991	65
2.2.3.4. La doctrina sentada en el período comprendido entre 1991 y la entrada en vigencia de la reforma procesal penal.....	66
2.2.3.5. La jurisprudencia sentada en el período comprendido entre la entrada en vigencia de la reforma procesal penal hasta el año 2017	70
2.2.4. Elemento subjetivo.....	76
2.2.4.1 Análisis de la doctrina nacional del elemento subjetivo de la LCT.....	77
2.2.4.2. Análisis de la jurisprudencia nacional del elemento subjetivo de la LCT.....	79
2.3. Conclusiones del análisis tipológico de la Ley 18.314/84	81
3. Normas que incriminan conductas terroristas en el derecho comparado	83
3.1. Normas Comunitarias.....	83
3.2. Derecho español	90

3.2.1. El elemento de asociación delictiva y el caso de ETA	92
3.2.2 Las reformas a la legislación Antiterrorista en España.....	96
3.2.3. Excurso. Marionna Llobet: El delito terrorista como un atentado en contra del orden democrático. Comparativa del legislador chileno con el español.....	102
3.3. Derecho anglosajón: Los casos del derecho inglés y americano.....	114
3.4. Las dispares normas que rigen en los países latinoamericanos: La regulación colombiana	118
IV. ANÁLISIS DE PROPUESTAS MODIFICATORIAS Y TOMA DE POSICIÓN.....	121
4. Análisis crítico de las propuestas de modificación a la normativa antiterrorista en los diversos proyectos de nuevo Código Penal.....	121
4.1. Del anteproyecto del año 2005	123
4.2. Del anteproyecto del año 2013.....	125
4.3. Del anteproyecto del año 2015.....	129
4.4. Del anteproyecto del año 2018.....	131
5. Toma de posición y propuesta de <i>lege ferenda</i>	134
5.1. Crítica a la mantención de la sanción a los militantes pasivos en los Anteproyectos de 2013 y 2018, y de la delación compensada en todos los proyectos revisados, y cómo el modelo presentado por el Anteproyecto de 2018 opera en mayor armonía con un modelo de respeto a las garantías fundamentales y a los DD.HH., aun cuando mantiene falencias.....	134
5.2. Propuestas de lege ferenda	135
V. CONCLUSIONES	141
VI. BIBLIOGRAFÍA	145
DOCTRINA	145
JURISPRUDENCIA	150
LEYES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	152
SITIOS WEB	155

I. RESUMEN

Para el estudio de la legislación antiterrorista nacional es menester, no solo centrarse en el cuerpo normativo vigente a la fecha, que versa sobre la materia, es decir la ley N°18.314 de 1984, sino que es esencial para la adecuada comprensión de la misma el estudio del contexto legislativo que precedió a la dictación de esta ley, y el estudio de las leyes antiterroristas provenientes del derecho comparado, que sirven de influencia indirecta en el legislador nacional. En la presente memoria se abordarán los presupuestos esenciales del artículo primero y segundo de la ley N°18.314, adentrándonos en las críticas provenientes de la doctrina a la falta de estos presupuestos, tales como el elemento organizativo presente en el delito terrorista o la finalidad con un carácter político neutro por parte de nuestro legislador antiterrorista. Debemos entender al delito terrorista no sólo como un delito que se configura desde el trabajo hermenéutico del legislador, sino más bien como una institución eminentemente fenomenológica, que debe ser estudiada desde esa perspectiva. No es extraño que el concepto de terrorismo sea materia de disputa en la doctrina comparada, a tal punto que esta disputa, ha pasado a segundo plano en desmedro de la principal problemática del terrorismo: su tratamiento y el alcance de su tipo penal objetivo.

II. INTRODUCCIÓN

¿Por qué importa el tratamiento al terrorismo más que su conceptualización?

Las conductas calificadas como terroristas han sido una preocupación para el mundo Occidental contemporáneo, como uno de los temas a nivel internacional más tratados desde principios del siglo XX, aunque es correcto señalar que la etimología del vocablo es de larga data, en su acepción actual para el diccionario de la Real Academia de lengua española lo entiende de la siguiente:

“terrorismo

1. m. Dominación por el terror.

2. m. Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror.

3. m. Actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos”

La definición anterior va conectada al sentido literal del vocablo y si bien, nos sirve como una aproximación al concepto en un sentido abstracto, desde la perspectiva jurídica se nos hace insuficiente. La conceptualización del terrorismo desde lo jurídico ha sido un trabajo infructuoso toda vez que, hasta la fecha de la realización de la presente memoria (y probablemente nunca), no hay un concepto único, inequívoco o de un uso universal, para el tratamiento de dicho fenómeno. La principal problemática a la falta de definición de este es que se extralimita el uso y por tanto la calificación jurídica de este fenómeno a un sinnúmero de casos en las cuales ciertamente la naturaleza de los hechos constitutivos de estos se puede ver alejados del sentido, al menos etimológico del vocablo.

Si bien ha habido intentos variados en el derecho comparado por definir al terrorismo, no se ha podido dar con uno, producto del diferente tratamiento que tiene en los diferentes derechos internos por parte de los países y por los diferentes organismos internacionales, tales como la Organización de Naciones Unidas o por la Unión Europea. Ante esta indefinición del fenómeno, las diferentes legislaciones han optado por definir, o al menos, enfocar su tratamiento al fenómeno, desde lo que consideran como un acto terrorista o un delito terrorista.

En ese sentido es que, se hace más eficiente por parte del legislador pasar de la discusión ontológica respecto de la concepción del terrorismo y centrarse no sólo en definir qué es un acto terrorista, sino también en describir que es un acto o delito terrorista, procurando aminorar al máximo la ambigüedad respecto de la tipificación del delito. Así, resulta preferible poder contar con un

catálogo de características que suelen ser comunes a distintas formas de manifestación de actos terroristas, más que contar con una definición de ambición científica respecto del complejo fenómeno terrorista.

La primera parte del presente trabajo tratará sobre la evolución de las normas relativas a la seguridad interna del Estado, revisando a su vez la redacción original de la ley N°18.314 y sus múltiples modificaciones. El acto terrorista será el principal objeto de estudio de la presente memoria, el cual para el presente trabajo memorial, se encuentra regulado en la ley N°18.314 de 1984, cuerpo normativo creado bajo el régimen militar imperante en nuestro país desde 1973 hasta 1990.

La segunda parte de este trabajo tratará sobre un análisis al delito terrorista en sí, tanto análisis tipológico como un contraste con diversas tesis internacionales. El análisis de la ley en comento es totalmente necesario, pues en dicha ley, el delito terrorista en la actualidad, después de una serie de modificaciones, se configura de la siguiente manera: Se toma un delito base, mayormente este delito base tipificado en el Código Penal, al que se le agrega un elemento subjetivo que se encuentra regulado en el artículo primero de la ley N°18.314, consistente en que se cometan “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”. Esta configuración trae consigo un volumen importante de críticas por parte de nuestra doctrina, en cuanto se considera que se excluyen factores importantes, tal como lo es el elemento organizativo presente en el acto terrorista. Este factor no sólo ha sido reconocido por la doctrina nacional, sino que además por la jurisprudencia de nuestra Ilustrísima Corte Suprema como elemento esencial para el fenómeno terrorista. Seguidamente, se han generado problemas con el tipo penal presente en nuestra legislación antiterrorista, debido a que es tremendamente dificultosa la prueba de este elemento subjetivo tan psicológico, el cual es un requisito para la configuración del delito y sin el cual no existe delito terrorista. Finalmente, en cuanto a la problemática que resulta del tratamiento del legislador de 1984, ahondaremos en el presente trabajo respecto de la necesidad que se provoca de una codificación de la ley terrorista y de lo innecesario que resulta tener una ley especial para estos asuntos, siguiendo el ejemplo del derecho comparado.

La primera cosa que tratar en el presente trabajo memorial es lo relativo a los cuerpos normativos precedentes de la actual Ley N°18.314, en especial de la importancia que tiene la Ley de Seguridad del Estado. Donde se protege no solo la seguridad del Estado como órgano, si no que la seguridad individual, temas relevantes para el legislador antiterrorista ya que, la Ley N°18.314, opera dentro del marco de leyes que buscan proteger la seguridad de la nación. Seguidamente, profundizaremos acerca de la historia de la Ley N°18.314, e indagaremos en el legislador de 1984 y los propósitos originarios que tenía esta ley, así como la evolución que ha tenido hasta la fecha con las diversas modificaciones que se le han efectuado.

Desarrollaremos *in extenso* un análisis profundo de la ley N°18.314, en especial de su artículo primero. Se ahondará en los presupuestos esenciales que trae aparejado además el artículo segundo y en la manera de cómo se configura el delito terrorista en el ordenamiento jurídico nacional. También, se caracterizará al sujeto pasivo y al sujeto activo de estos delitos, como los bienes jurídicos que están amparados por el legislador en la presente ley. Especial atención se le hará a la conducta tipificada en la ley como terrorista y en la importancia del elemento subjetivo presente en ella, en la opinión doctrinaria acerca de los problemas que se generan, sumado a antecedentes jurisprudenciales de extrema importancia tal como lo es la resolución dictada por la Corte Suprema, conociendo de un recurso de nulidad, con fecha 29 de marzo de 2018, ROL N° 5397/2018, donde se hace remisión al elemento de asociación delictiva como elemento estructural del delito terrorista.

En relación a los elementos del delito terrorista y la importancia que tiene la construcción doctrinaria del delito terrorista es que esta memoria abordará la opinión respecto de la conducta incriminada como elemento del delito terrorista, y su relación con los otros elementos presentes en este tipo de ilícito, de profesores que se han abocado de manera compleja al tema, hablamos de los profesores Juan Pablo Mañalich y su tesis que a opinión de estos memorias es la de “*El delito terrorista como estrategia de comunicación política*” y en el mismo sentido anterior, la tesis de la profesora Myrna Villegas sobre “*El delito terrorista como delito de asociación delictiva con fines políticos*”.

Otro hito importante en esta memoria será el tratamiento al delito terrorista en la legislación comparada. El terrorismo, como se ahondará con posterioridad en este escrito, debe ser comprendido desde la fenomenología y no sólo desde la hermenéutica. Eso conlleva que el desarrollo en el tratamiento de este fenómeno jurídico sea disímil en los diferentes ordenamientos nacionales. Nos parece atinente y no menos importante el tratamiento que se le da a este fenómeno en la Unión Europea, en España, en Colombia y finalmente en el Derecho Anglosajón, con especial énfasis en el derecho inglés y en el americano. Este análisis del derecho comparado tendrá ante todo una perspectiva de cotejo con la realidad jurídica imperante en nuestro ordenamiento jurídico. Destacando no solo las similitudes, sino que entendiendo las diferencias con nuestra Ley N°18.314.

La memoria proseguirá con un capítulo que trata sobre el tratamiento jurídico penal que se da al fenómeno terrorista en los diversos anteproyectos de Código Penal que se han propuesto desde la vuelta del milenio. Como veremos, las distintas propuestas contienen diferencias sumamente relevantes y diferentes, tanto entre sí como con la misma ley N°18.314, las que vale la pena analizar a modo de poder rescatar conclusiones que permitan acercarse al fenómeno terrorista de manera más completa.

Finalmente, como memoristas propondremos modificaciones de *lege ferenda*, y sintetizaremos qué es lo más rescatable de los diversos anteproyectos, destacando tres puntos: 1) La codificación; 2) las finalidades como elemento subjetivo del delito terrorista y por último 3) La necesidad del reconocimiento explícito del elemento organizativo del mismo delito, para luego, a la postre presentaremos las conclusiones del resultado de la investigación y análisis del fenómeno terrorista.

III. DE LOS PRECEDENTES NORMATIVOS DE LA ACTUAL LEY ANTITERRORISTA

I. DE LOS PRECEDENTES NORMATIVOS DE LA ACTUAL LEY ANTITERRORISTA

1. Marco normativo de la Ley de Seguridad Interior del Estado

Para poder comenzar a hablar sobre la Ley de Seguridad del Estado (en adelante “LSE”) y subsiguientemente de la Ley que determina Conductas Terroristas y fija su penalidad (en adelante, “LCT”) que la complementa en materia de seguridad nacional, se hace menester iniciar con una revisión del origen de dichas leyes.

Respecto de los esfuerzos del legislador nacional por tipificar conductas que vayan en contra de la seguridad interior del Estado, nos encontramos con diversos cuerpos normativos anteriores a la LSE, tales como el Decreto con Fuerza de Ley (en adelante en relación con este tipo de normativa, “DFL”) N°143 del año 1931, relativo al delito de propagación de información falsa tendiente a la desinformación del público general. Sobre esto, el legislador nos señala que lo que se busca penalizar con el presente DFL es el “*producir desconfianza o intranquilidad o a lesionar el valor fiduciario de la moneda u otros valores y efectos públicos*”.¹ Con posterioridad, en el año 1932 se dicta el Decreto Ley (en adelante, “DL”) N°50, que sanciona delitos cometidos contra la seguridad interior del Estado. En ella, se proscriben conductas que propaguen o fomenten doctrinas tendientes a la subversión o el alzamiento contra el orden social, estableciéndose un amplio catálogo de conductas que pueden subsumirse bajo los tipos de este DL (destacándose figuras de tipos de peligro abstracto y la prohibición de ingreso al país a extranjeros que profesen dichas doctrinas). En el año 1937, se dicta la Ley 6.026, Ley de Seguridad Interior del Estado, la que establece una diferencia entre delitos contra la seguridad interior del Estado y delitos contra el orden público. Es importante mencionar

¹ Decreto con Fuerza de Ley N°143. [en línea]. 5 de mayo de 1937. Santiago, Chile: 6 de mayo de 1937. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=4781> > Consultado el: 8 de abril de 2020. Numeral 2°

que, con la dictación de esta última ley, se derogan tanto el DFL N°143/1931 y el DL N°50/1932, quedando sólo como legislación tendiente a la seguridad nacional la mencionada Ley 6.026.

A poco más de una década después, en el año 1948 se dicta la Ley 8.987 de Defensa Permanente de la Democracia (en adelante, “LDPD” o “Ley Maldita”², indistintamente). Esta ley tuvo como fin la proscripción del Partido Comunista de Chile, un objetivo político logrado mediante la implementación de esta ley. El contexto en que se enmarca la promulgación de esta ley tiene estrecha relación con el desarrollo del período conocido como Guerra Fría, en el cual imperaba un ánimo anticomunista en las regiones de influencia de los Estados Unidos, lo que motivó la promulgación de esta ley en base a proteger la influencia norteamericana en el territorio latinoamericano. Además de este fin político mencionado, la LDPD equiparó las sanciones establecidas para los delitos contra la seguridad interior del Estado y los delitos contra el orden público, pese a que anteriormente, en la misma Ley 6.026, se consideraba que los segundos son de menor gravedad que los primeros.³

La LSE, promulgada el 6 de agosto de 1958, viene a ser la materialización del avance del legislador por sistematizar las medidas para proteger la seguridad del Estado y, además, derogar la LDPD. Dicha ley había demostrado ser problemática en un régimen democrático, y a pesar de que Carlos Ibáñez del Campo la utilizó varias veces, existió un ánimo de reformar esta situación. Muestra de lo anterior son las palabras con las cuales se dirige el Presidente de la República de aquella época, el General Carlos Ibáñez del Campo, al Congreso, en las que expone que *“al eliminar de la vida cívica nacional al Partido Comunista, la práctica ha demostrado su fracaso, aparte de que ha creado resentimientos del todo inconvenientes al negar a un grupo de ciudadanos el derecho, que es a la vez deber fundamental, de participar en la elección de los Poderes del Estado”*.⁴ En relación a lo anterior, es importante destacar la importancia del cuerpo normativo en estudio a fin de entender su creación también como un ente protector de la democracia institucional.⁵ Por otro lado, se demuestra un avance dogmático al objetivar⁶ el delito político en nuestro sistema jurídico. En efecto, se da cuenta del espíritu que tiene el legislador por objetivar el delito político, delito no mencionado con carácter expreso en nuestra legislación penal⁷, al ser tratado de forma sistemática sólo a través de un

² Para más información, Vid. HUNEEUS, Carlos. 2009. La guerra fría chilena: Gabriel González Videla y la ley maldita. Santiago, Random House Mondadori. 404p.

³ GONZÁLEZ, Felipe. “Hacia la derogación de las normas de desacato en Chile”, en *Revista Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000, p. 213.

⁴ Loc. Cit.

⁵ Loc. Cit. En este sentido, González Morales, hace alusión a la derogación de la Ley de Defensa Permanente a la Democracia.

⁶ DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Tratado elemental de derecho criminal y legislación comparada*, citado en DE LA TORRE REYES, Carlos. *El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales*, Editorial La Unión C. A., Quito, 1954, p. 144; Donnedieu de Vabres nos señala que un delito político objetivo vendría siendo “Aquellos que amenazan la Seguridad del Estado o que comprometen el funcionamiento de sus órganos constitucionales o administrativos”.

⁷ Situación distinta ocurre en materia constitucional, donde en el inciso final de su artículo 9° se habla expresamente sobre el delito político y su distinción con los delitos comunes.

catálogo de delitos políticos y no definiendo lo que es un delito político, alejándose de caer en discusiones doctrinarias de difícil solución. Hablamos de lo anterior para enfatizar en la importancia que tuvo la dictación de esta Ley como hito continuador de la ley N°8.987 pero con un marcado carácter hacia la objetivación del delito político y hacia la sistematización de medidas para la protección de la seguridad del Estado.

Continuando con esta breve síntesis histórica de la evolución de la LSE, como bien se menciona con anterioridad en el presente escrito, su promulgación y entrada en vigencia data de 1958, pero ha tenido importantes modificaciones a lo largo de nuestra historia legislativa, partiendo por la refundición del texto legal en comento en el año 1975 a través del Decreto 890 del Ministerio del Interior, teniendo tres modificaciones posteriores entre los años 2001 al 2004, para finalmente tener una modificación sustantiva a través de la Ley N° 20.477 del año 2010. Esta última modificación que se realiza al texto refundido de la LSE es de especial importancia en el ámbito procesal, al modificar la competencia de los tribunales militares.

En atención a lo expuesto, podemos señalar que la LSE opera de manera amplia para la protección de los intereses del Estado en atención a la seguridad institucional, a diferencia de la LCT, que busca proteger la vida, salud e integridad colectiva⁸. Todo esto sin perjuicio de que existan, además, otras leyes que puedan aplicarse también a la protección de dichos intereses.

En efecto, y como veremos a continuación, la seguridad del Estado no sólo implica la seguridad del orden institucional, sino también la seguridad de las personas tanto individual como colectivamente, abarcando aspectos jurídicos, económicos, políticos e incluso de salud pública. Esto debido a que todas estas normas hacen referencia a los mismos bienes jurídicos protegidos, los que analizaremos a continuación.

1.1 Normas constitucionales y legales relativas a la seguridad interior del Estado.

Como bien señalamos *supra*, hay una variedad de disposiciones tanto a nivel constitucional como a nivel legal relativas a la Seguridad Interior del Estado, las cuales, si bien tienen diferente rango, ya que algunas tienen un carácter constitucional, otras legales e incluso algunas de decreto, comparten un *telos* común, el cual es la protección al mismo bien jurídico en cuestión. Este factor de conexión nos hace agruparlas, independiente de su naturaleza legal bajo la premisa de ser consideradas como parte de las *Leyes de Seguridad Interior del Estado*.

⁸ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. "Ley de Seguridad del Estado y Ley Antiterrorista", Diario Concepción, carta al director con fecha 19 de octubre de 2017. Visto online el 8 de abril de 2020 en: <https://www.diarioconcepcion.cl/carta-al-director/2017/10/19/ley-de-seguridad-del-estado-y-ley-antiterrorista.html>

De lo mencionado con anterioridad podemos desprender que el tratamiento que se le da a las disposiciones que versan sobre la Seguridad Interior del Estado en nuestro país, reciben un tratamiento inorgánico al tener una presencia con carácter disperso en los variados cuerpos normativos que a continuación pasaremos a exponer. Como cuestión preliminar a la identificación de este grupo heterogéneo de leyes, nos parece de suma importancia dilucidar el bien jurídico que se protege con dichas leyes, es decir, cuál es el bien jurídico subyacente a las normas que se ocupan de la Seguridad Interior del Estado.

Para objetos del análisis que se efectúa en el presente escrito, se hace necesario conceptualizar al bien jurídico como una verdadera institución del Derecho Penal. Este concepto está íntimamente ligado al fin mismo de la norma, el cual es la protección que se tiene respecto de un interés jurídicamente relevante.⁹ Complementándolo con lo anterior, no es baladí rescatar las palabras del Profesor Alfredo Etcheberry, quien no señala que *“El bien pasa a ser llamado bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador, que le brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan”*.¹⁰ Respecto de la pregunta por cuáles serían en lo concreto estos bienes jurídicos, la respuesta está dada por el contenido filosófico y político de un Estado en una época determinada. El legislador, por tanto, actuaría al crear la norma jurídica penal, como un fotógrafo capturando una toma instantánea del conjunto de valores políticos y filosóficos dominantes en un momento determinado dentro de una sociedad, por lo que se hace lógico inferir que el contenido del bien jurídico propiamente tal va a estar definido por el legislador en función de las cuestiones político-criminales que sean de relevancia para el Estado. Para concluir esta idea, hay que hacer presente que el legislador, al indicarnos cuales son las conductas punibles, las tipifica en función de que se vulnera un bien jurídico con dicha conducta, por lo que, como bien se recoge en el principio de lesividad¹¹, no se podría imponer una pena a una persona si no se vulnera un bien jurídico tutelado por el Derecho. El profesor Ferrajoli adecua este concepto al darle una concepción más dinámica de la siguiente forma: *“tanto porque con base en él no se conciben objetos o sujetos dañables que no sean o no se refieran más o menos directamente a las personas, como porque con base en él cualquier cosa es un bien, sólo si lo es para las personas y refleja los intereses personales o colectivos de estas”*.¹² Entendiendo al Derecho penal como un

⁹ ROCCO, Arturo señala que el objeto sustancial específico del delito se le denominará bien jurídico. Citado en ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos, UTEHA Argentina, Buenos Aires, p. 133.

¹⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I, 3ª. ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 29.

¹¹ El profesor GARRIDO MONTT señala que *“la protección jurídica otorgada por el derecho está condicionada a la protección de bienes jurídicos”*. De esta manera, *“Queda descartada la posibilidad de sancionar comportamientos meramente inmorales, desagradables o que para alguna creencia constituyan pecado, a menos que coetáneamente afecten a un bien jurídico socialmente apreciado”*. GARRIDO MONTT, Mario. 2001. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I, 2ª ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, pp. 43-44.

¹² FERRAJOLI, Luigi. 1992, mar-jun. *Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales*. [en línea] *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, 4(5): 2-8. Recuperado en: < <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r16993.pdf> > Consultado el: 1 de abril de 2020. P. 4

instrumento para la satisfacción de la persona, manifestación de la servicialidad del Estado a la persona humana (art. 1° inc. 4° CPR).

El interés jurídicamente relevante que es protegido por las diferentes normas jurídicas relativas a la Seguridad Interior del Estado en nuestro Derecho, a priori, parece ser el de conservar la integridad de la estructura institucional del Estado. Esto se deriva de que, si bien no hay un tratamiento sistemático sobre las leyes que atienden a la Seguridad del Estado, sí hay un espíritu del legislador hacia la protección del Estado en cuanto institución como un imperativo establecido tanto en nuestra Constitución como en la legislación. Debido a que nuestra Constitución no hace mención ni referencia alguna respecto del bien jurídico que se pretende proteger (y más allá de la conclusión *a priori* que señalamos en este mismo párrafo), analizaremos en profundidad el objeto del bien jurídico de estas normas en el modo que veremos más adelante dentro de este capítulo.

En atención a lo señalado, urge revisar las normas constitucionales. En el artículo 1° de la Constitución Política de la República (en adelante, “CPR” o “Constitución”, indistintamente), en su inciso 5°, nos señala: *“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”* Como aparece resaltado en el texto, podemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico se autoimpone el deber de seguridad nacional, concepto que ha sido objeto de numerosas definiciones por distintos autores. Entre ellos, el jurista colombiano Gustavo de Greiff nos señala que seguridad nacional comprende dos aristas: *“Con una connotación negativa se ha dicho que seguridad nacional es la ausencia de inseguridad para la soberanía nacional, tanto desde el punto de vista de amenazas provenientes del exterior, como las que tengan su origen al interior del territorio que abarca la nación. Con una connotación positiva se habla de seguridad nacional para sostener la necesidad de desarrollar políticas que tiendan al mejoramiento de la sociedad y al mantenimiento del orden interno y externo”*¹³. Este concepto, un tanto amplio, nos sirve para sostener que existe un bien jurídico que se aplica tanto a seguridad interna como externa. Esta norma opera como fundamento al deber estatal de proteger la seguridad nacional, tanto de amenazas internas como externas.

Teniendo ya presentes el contorno de los bienes jurídicos a proteger y el fundamento del deber estatal del Estado, pasamos a revisar las normas relativas a la seguridad del Estado. Vale mencionar que nuestra CPR no contiene un concepto unívoco de *“seguridad nacional”*, sino que

¹³ GREIFF, Gustavo de. 2005. Terrorismo y seguridad nacional. El derecho internacional que hereda el siglo XXI. (cap. 6, pp. 137-159). En: MÉNDEZ SILVA (coord.). Derecho y seguridad internacional: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. [en línea]. Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado en: < <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10559> > Consultado el: 4 de abril de 2020. P. 151

utiliza diversas nomenclaturas para referirse a este bien jurídico en un sentido más amplio. Así, nuestra CPR utiliza las siguientes denominaciones: seguridad nacional, seguridad de la Nación, seguridad del Estado, seguridad pública. Todos estos conceptos tienen diversos matices que hay que tener en consideración, pero todos ellos hacen referencia, finalmente, al bien jurídico en cuestión.

Dentro de las normas que podemos encontrar en la CPR, podemos distinguir normas que hacen referencia a la seguridad nacional: como deber estatal; como límite a ciertos derechos fundamentales; como deber impuesto a todos los habitantes de Chile; como límite a la potestad pública; como fundamento a ciertas atribuciones constitucionales; como límite a derechos ciudadanos; como fundamento a estados de excepción constitucional; como fundamento de las Fuerzas Armadas; y como fundamento a la existencia del Consejo de Seguridad Nacional. El desglose de dichas normas es el siguiente:

— **Seguridad nacional como deber estatal:** Encontramos el ya mencionado art. 1° inc. 5°, y también podemos hacer una importante mención del art. 9°. Este artículo no señala expresamente que es un deber estatal de evitar el terrorismo debido a la seguridad nacional, pero mediante una operación lógica basada en la sistematicidad de la CPR podemos entenderlo de esa manera. Esto debido a que el inciso 1° del art. 9° nos señala que *“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”*, mientras que el art. 5° inc. 2° del mismo cuerpo expresa: *“[...] Es deber de los órganos del Estado respetar y promover [los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Mediante el mismo artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución, es posible incorporar los diversos tratados internacionales que establecen disposiciones tanto relativas a seguridad del Estado como a terrorismo. En virtud de la variedad de tratados y convenciones relativas en específico a la materia de terrorismo, se verán con minuciosidad más adelante. Finalmente, otra manifestación de la seguridad nacional como deber estatal las podemos encontrar en el art. 24 de la CPR, que nos señala que la autoridad del Presidente de la República *“se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”*.

— **Seguridad nacional como límite a ciertos derechos fundamentales:** en general, la seguridad nacional no es obstáculo al ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución chilena. Sin perjuicio de ello, existen ciertos derechos que se supeditan a la seguridad nacional. Estos son la **libertad de enseñanza** (19 N°11 inc. 2°: *“La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”*), el **derecho a asociarse sin permiso previo** (19 N°15 inc. 3°: *“Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”*), la **libertad de**

trabajo y su protección (19 N°16 inc. 4°: “Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”), el **derecho a huelga** (19 N°16 inc. 6°: “No podrán declararse en huelga [...] las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional), la **libertad económica** (19 N°21 inc. 1°: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”), y muy importantemente el **derecho de propiedad**, principalmente en relación a las limitaciones y obligaciones de la propiedad en razón de su función social (19 N°24 inc. 2°: “[La función social] comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental).

— **Seguridad nacional como deber constitucional a los habitantes de Chile:** el inciso 2° del artículo 22 de la CPR reza lo siguiente: “Los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la 24.10.1980 patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena.”

— **Seguridad nacional como límite a la potestad pública:** esto lo encontramos en relación a ciertas facultades especiales del presidente, reguladas en el art. 32 de la Constitución chilena. En específico dichos límites son a “Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional” (art. 32 N° 17) y a “decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país.” (art. 32 N°20). Así también, corresponde a una causal de cesación en el cargo de diputado o senador, tal como dispone el artículo 60 inc. 5° de la CPR: “[...] el diputado o senador que de palabra o por escrito incite a la alteración del orden público o propicie el único cambio del orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece esta Constitución, o que comprometa gravemente la seguridad o el honor de la Nación.”

— **Seguridad nacional como fundamento a ciertas atribuciones constitucionales:** en efecto, el artículo 52 N°2 lit. a), b) y d), habilitan a los diputados a declarar si han o no a lugar acusaciones constitucionales en contra del presidente de la República, Ministros de Estado y generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, en todo este caso por “haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación”.

— **Seguridad nacional como límite a ciertos derechos ciudadanos:** en atención a los artículos 16 y 17, relativos a sufragio y ciudadanía respectivamente. La relación no es expresa a la seguridad nacional, pero en atención a que dichos artículos suspenden sus respectivos derechos por haber participado en conductas terroristas, y como ya vimos, el Estado prohíbe esas conductas por ser atentatorias a la seguridad de la nación, podemos señalar que la seguridad de la nación es un límite a dichos derechos.

— **Seguridad nacional como fundamento a estados de excepción constitucional:** especialmente en relación con el estado de emergencia regulado en el art. 42 de la CPR, que señala: *“El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el presidente de la República, determinando las zonas afectadas por dichas circunstancias.”*

— **Seguridad nacional como fundamento a las Fuerzas Armadas:** el artículo 101 de la CPR, en su segunda parte, expresa lo siguiente: *“[Las Fuerzas Armadas] Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.”*

— **Seguridad nacional como fundamento al Consejo de Seguridad Nacional:** El Consejo de Seguridad Nacional (en adelante, “COSENA”) encuentra su consagración en los artículos 106 y 107 de nuestra CPR. En el inciso primero del artículo 106, se señala que *“Habrá un Consejo de Seguridad Nacional encargado de asesorar al presidente de la República en las materias vinculadas a la seguridad nacional y de ejercer las demás funciones que esta Constitución le encomienda”*, de manera que la seguridad nacional opera como fundamento y objetivo del COSENA.

Así visto, el mismo bien jurídico fundamenta diversas normas en el área constitucional, con disposiciones que fluyen río abajo hacia la legislación y buscan irradiar todo el sistema jurídico. Es importante entender a cabalidad cuál es el bien jurídico que se intenta proteger a través de las diferentes leyes de seguridad del Estado, ya que no todo delito que atente contra el Estado, en su sentido amplio, va a atentar contra el ordenamiento estructural del Estado (o bien la integridad de la institucionalidad del Estado). A modo de ejemplo, los delitos contra el patrimonio del Estado como objeto de protección penal, pensemos en especial en el delito de fraude al Fisco regulado en el art. 239 del Código Penal, correspondiente al título IV del libro II. En dicho tipo, el bien jurídico protegido en ningún caso sería el mantenimiento la organización estructural del Estado, sino que se construye en pos de evitar un perjuicio económico a la integridad del Estado a través de pérdidas

positivas de valores o a través del lucro cesante, como bien nos señalan los profesores POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ.¹⁴

Es importante destacar que una técnica legislativa recurrente dentro de nuestra Constitución consiste en la reserva legal, por medio de las cuales se ofrece “*una protección a las libertades individuales, a la posición del sujeto frente al poder. Sólo podía establecerse una injerencia en su esfera de libertad y propiedad por el Parlamento, en tanto es el órgano en el que el sujeto está representado.*”¹⁵ Siguiendo con esta idea, y en lo que nos atañe, se hace presente la reserva legal en materia de seguridad del Estado en nuestra Constitución. Así, en el artículo 9°, relativo a terrorismo, se hace expresa mención en su inciso 2° de que: “*Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. [...]*”. Asimismo, el artículo 42 del mismo cuerpo normativo, en relación con los estados de excepción constitucional, nos señala que “*Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos.*” A su vez, el artículo 103 de la CPR remite a materia de ley la regulación, supervisión y control de armas.

En este entendido, y en atención a lo que ya hemos señalado respecto de la LSE, es de Perogrullo señalar que existen diversas normas legales distintas a la LSE que entran en juego, especial pero no únicamente en el Código Penal y la LCT. El detalle de dichas normas legales relativas a seguridad nacional será revisado a continuación.

Respecto del Código Penal y la regulación que tiene, encontramos de forma clara en el Código Penal una referencia a los bienes jurídicos protegidos por sus normas, al regular en el título I del libro II, “*los crímenes y simples delitos contra la Seguridad Exterior y la Soberanía del Estado*” del mismo modo en el título II del libro II tipifica “*los crímenes y simples delitos contra la Seguridad Interior del Estado*”.

Por su parte, el Código de Justicia Militar lo hace en el título II de libro III, “*De la traición, del espionaje y demás delitos contra la Soberanía y Seguridad del Estado*”, y el título IV del libro III que se ocupa de “*los delitos contra la Seguridad Interior del Estado*”.

La Ley de Seguridad Interior del Estado, a su vez, trata en su título I a los “*delitos contra la Soberanía Nacional y Seguridad del Estado*” y en su título II a los “*delitos contra la Seguridad*

¹⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. 2004. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial. 2° edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 498.

¹⁵ TORNOS, Joaquín. 1983, ene.-dic. La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional. [en línea]. *Revista de administración pública* (100-102): 471-507. Recuperado en: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=100&IDA=23354>> Consultado el: 25 de mayo de 2020. P. 479.

Interior del Estado”. Lo que podemos concluir de las normas que le dan vida los citados cuerpos normativos es que la protección no va a la comunidad como ente social, sino que lo que se busca proteger es precisamente es la conservación de la integridad de la estructura del Estado. Esto lo vemos graficado de forma explícita en los cuerpos normativos en comento, tal como lo es el art. 4 de la LSE donde en sus letras a) y c), donde se habla de “*gobierno establecido*”. Aludiendo a un elemento tangible del Estado, como lo es el órgano gubernamental¹⁶. Adicional a lo anterior es el tratamiento que se le da en el Código Penal a la Seguridad Interior del Estado en el título II del libro II. En dicho título, podemos que el art. 121 nos habla de la protección al “*gobierno legalmente constituido*”, respecto de agentes que pretendan quebrantar la institucionalidad de la Constitución por medios violentos.¹⁷

Si hablamos de la regulación de las diferentes leyes de seguridad del Estado, debemos poner atención a la anteriormente mencionada Ley N° 20.212 de Control de Armas, en especial a su título segundo del libro II, sobre “*Crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado*”. A partir del art. 121 y los que lo suceden, vemos que el legislador sigue en la protección de este bien jurídico que en las otras disposiciones que configuran las leyes de seguridad del Estado, es el mantener la organización institucional del Estado lo que se intentan proteger a través de la ley penal. Importante es destacar que este bien jurídico es sólo protegido a través de las normas legales que configuran este título segundo, ya que en este cuerpo normativo encontramos la tutela a diferentes bienes jurídicos, tales como los tratados en el título tercero del mismo libro II, relativo a los *Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares*. Donde el interés protegido es el aseguramiento de ciertos derechos de carácter constitucional que tengan las personas, tales como lo es el Derecho de la libertad personal y seguridad individual, reconocido en el art. 19 n° 7 de la CPR.

Siguiendo con el análisis de las leyes de seguridad del Estado, nos encontramos con la Ley N°18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional, que en su art. 5 señala que, ante situaciones de fuerza mayor, el Jefe de Defensa Nacional puede tomar atribuciones pertinentes, tales como asumir el mando de las Fuerzas Armadas. Así visto, el bien jurídico protegido

¹⁶ Art. 4 de la Ley N° 12.927, letra a): “*Los que inciten o induzcan a la subversión del orden público o a la revuelta, resistencia o derrocamiento del Gobierno constituido y los que con los mismos fines inciten, induzcan o provoquen a la ejecución de los delitos previstos en los Títulos I y II del Libro II del Código Penal, o de los de homicidio, robo o incendio y de los contemplados en el artículo 480° del Código Penal; Art. 4 Ley N°12.927 letra c) Los que se reúnan, concierten o faciliten reuniones destinadas a proponer el derrocamiento del Gobierno constituido o a conspirar contra su estabilidad;*”

¹⁷ Art. 121 del Código Penal: *Los que se alzaren a mano armada contra el Gobierno legalmente constituido con el objeto de promover la guerra civil, de cambiar la Constitución del Estado o su forma de gobierno, de privar de sus funciones o impedir que entren en el ejercicio de ellas al Presidente de la República o al que haga sus veces, a los miembros del Congreso Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia, sufrirán la pena de reclusión mayor, o bien la de confinamiento mayor o la de extrañamiento mayor, en cualesquiera de sus grados.*

en este artículo es precisamente el de la mantención de la integridad institucional del Estado, que se podría ver afectado ante situaciones de guerra externa, guerra interna o grave conmoción interior, catástrofe o calamidad pública, y emergencia por grave alteración del orden público. Esta última variante de los estados de excepción constitucional, vale decir, el estado de emergencia tiene que ver precisamente, con la seguridad de la nación. Así lo señalan tanto el art. 42 de la CPR sobre el estado de emergencia, como el recién visto art. 5° de la ley en comento.

A su vez, la Ley 16.282 de Sismos y Catástrofes Naturales indica en su artículo 3° que “*El Presidente de la República podrá, por decreto supremo fundado, dictar normas de excepción del Estatuto Administrativo, de las leyes orgánicas de los servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, para resolver los problemas de las comunas o hacer más expedita la ayuda a los países afectados por un sismo o catástrofe.*” El mismo artículo entrega un amplio catálogo de facultades que se le entregan al presidente. A estas facultades se suma la disposición establecida en el artículo 4° de la misma ley, en que se establecen sanciones penales a los comerciantes “[...] *que se negaren infundadamente a vender de contado al público para su consumo ordinario [diversos bienes básicos, entre ellos alimentos y farmacéuticos], o condicionen la venta a la adquisición de otras mercaderías; lo mismo que cualquiera persona que a sabiendas comercie con bienes destinados a ser distribuidos gratuitamente en la zona afectada, sufrirán la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio.*” El aparejar a una conducta sanciones penales involucra el interés y la participación del Estado en aquella situación descrita, lo que habilita a la persecución penal.

Por su parte, si bien nuestra Ley 20.000 sobre Tráfico de Estupeficientes no hace expresa mención a los bienes jurídicos que hemos venido reseñando, en el plano internacional se ha hecho mención respecto de la naturaleza de las legislaciones antidrogas, en específico señalando parte de sus fundamentos. Entre ellos, y en lo que nos interesa, la ONU ha señalado que “*el problema de las drogas sigue siendo una grave amenaza para la salud, la seguridad y el bienestar de toda la humanidad y en particular de la juventud, nuestro bien más preciado.*”¹⁸ Así, al control de las drogas en un país se le considera un tema de seguridad dentro de cada Estado, y asimismo se encuentra reconocido en nuestro país. En efecto en el preámbulo del decreto N°543/1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga “La convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupeficientes y sustancias sicotrópicas”, se señala expresamente que “*Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de*

¹⁸ Serie de sesiones de alto nivel de la Comisión de Estupeficientes: Declaración Política principios rectores de la reducción de la demanda de drogas y medidas de fomento de la cooperación internacional en la lucha contra el problema mundial de las drogas. (52°, 11-12 marzo de 2009, Viena, Austria). [en línea]. Organización de Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos: ONU. Recuperado en: <https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_52/Political-Declaration2009_V0984966_S.pdf> Consultado el: 20 de abril de 2020.

los Estados.” Así visto, tanto por normas vinculantes en materia internacional como en el mismo decreto que promulga dicha convención, encontramos referencia expresa al control de drogas como una materia de interés estatal para la seguridad nacional.

Vale decir que la LCT, el objeto de estudio de esta memoria, también opera dentro del marco de leyes que buscan proteger la seguridad de la nación. En específico, se establecen dentro de su catálogo diversas conductas que, cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la misma ley, serán consideradas terroristas. Sin embargo, precisamente al estar dentro del marco de otras leyes cuyo objeto de protección es la seguridad nacional, podemos afirmar que cada una de estas leyes busca cumplir su función atendiendo a casos específicos. Así, si bien estas leyes comparten aquel bien jurídico protegido “genérico”; por decirle de alguna forma, cada una de esas leyes protege un bien jurídico más específico. En el caso de la LCT, si bien existe un consenso general de que tiende a proteger la seguridad nacional, no hay un consenso sobre cuál es el bien jurídico específico y su naturaleza.

Para algunos autores, el terrorismo está tipificado como atentatorio contra varios bienes jurídicos específicos distintos¹⁹, mientras que para la profesora Villegas, el bien jurídico específico protegido por la LCT es el orden constitucional democrático, esto es, la posibilidad y garantía de participación ciudadana a través de vías o cauces legales, en el sentido de que el terrorismo no respeta los mecanismos democráticos institucionales materialmente garantizados. En efecto, para la profesora Villegas, el terrorismo implica la imposición de una ideología política, de modo que el objeto del ataque por parte de quienes cometen delitos terroristas es el ordenamiento constitucional democrático originado en la manifestación de la voluntad popular.²⁰ Estamos de acuerdo con la postura de la profesora Villegas, en cuanto el bien jurídico protegido por la legislación antiterrorista es la posibilidad de llevar el debate político en los términos consentidos por la población mediante los mecanismos de la democracia, siendo una de las principales razones para estar de acuerdo con el razonamiento de la profesora el hecho de que si consideramos que el bien jurídico “genérico” de seguridad nacional es sumamente amplio, podría darse la situación de que cualquier asociación que atente contra el orden público sea considerada terrorista²¹, lo que claramente desvirtuaría el propósito de la legislación antiterrorista al ampliarlo a distintas hipótesis que no se corresponden con lo que podríamos describir como parte del fenómeno terrorista. Así visto, la legislación antiterrorista

¹⁹ BUENO ARÚS, Francisco. 2009. Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 61-77

²⁰ VILLEGAS, Myrna. 2013. Propuesta Anteproyecto de Código Penal chileno: delitos de terrorismo. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Villegas-D%C3%ADaz-Myrna-Delitos-de-Terrorismo.pdf> > Consultado el: 10 de abril de 2020. P. 29.

²¹ MAÑALICH, Juan Pablo. 2015. El terrorismo ante el derecho penal: la propuesta legislativa del gobierno como retroceso. (pt. 1, cap. 6: pp. 154-171). En: COUSO, Javier (Dir.). Anuario de Derecho Público. [en línea]. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales. Recuperado en: < <https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Anuario-Derecho-Publico-2015.pdf> > Consultado el: 2 de mayo de 2020. P. 169.

protegería bienes jurídicos individuales -a través de la remisión a los delitos comunes del Código Penal- con la justificación de estar protegiendo el orden constitucional democrático.

Debido a la importancia de esta ley para la presente memoria, procederemos con un minucioso análisis tanto sobre su origen, evolución y estado actual, como sobre el catálogo de conductas tipificadas, para los capítulos que siguen.

1.2. Origen y evolución de la legislación antiterrorista en Chile

Con fecha 2 de enero de 1984, durante el régimen militar (en adelante, “**régimen militar**”, “**dictadura**” y “**dictadura cívico-militar**” se utilizarán indistintamente para referirse al período histórico comprendido entre 1973 y 1990), Augusto Pinochet hace envío de un mensaje presidencial a la Junta de Gobierno en relación a la dictación de una ley que tipifique las conductas antiterroristas, en virtud del mandato constitucional presente en el artículo 9 inciso 2°: “*Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. [...]*”.

Originalmente, este proyecto de ley contemplaba 3 capítulos: el primero que trata sobre las conductas terroristas y su penalidad, el segundo sobre jurisdicción y procedimiento, y el tercero sobre disposiciones varias preventivas.²²

Dentro del primer capítulo, se establecía un catálogo de conductas que se consideraban terroristas en atención a la finalidad que buscaban “*crear pánico o temor en la población con la finalidad ulterior de procurar la obtención de fines subversivos o revolucionarios*”.²³ Así, se fijaban presunciones tanto de medios como de fines en relación a este ánimo terrorista: la utilización de ciertos medios (como bombas, granadas y similares; los “medios”) o la vinculación con grupos armados o revolucionarios (los “fines”). Por otro lado, algunas conductas, incluso sin tener relación con estos medios y fines, eran consideradas como terroristas *per se*, por la gravedad de las conductas. Entre ellas, se consideraban las conductas que atentan contra la seguridad de la aviación civil y las constitutivas de secuestro en ciertos casos. Finalmente, respecto a la penalidad, las penas iban desde presidio mayor en su grado mínimo hasta la pena de muerte, lo que otorgaba un amplio abanico al tribunal para determinar la pena. Esto permitía aplicar penas muy altas y desproporcionadas a delitos que, de aplicarse el Código Penal, tendrían penas considerablemente más bajas. El más claro ejemplo es el caso del delito de amenaza, que se sanciona con presidio menor en sus grados medio a máximo en nuestra legislación, pero en la redacción original de la LCT traía aparejada una pena de presidio mayor en su grado mínimo a máximo.

²² Historia de la Ley N°18.314. Mensaje del 2 de enero de 1984. [en línea]. Recuperado en: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29731>> Consultado el: 7 de abril de 2020. P. 5

²³ Loc. cit.

Respecto del segundo capítulo, en específico sobre jurisdicción, el proyecto propone entregar la jurisdicción a los tribunales militares, en atención a que estos mismos órganos jurisdiccionales son los que revisan las causas relativas a la Ley 17.798, sobre Control de Armas. Por otro lado, respecto del procedimiento, se establece que es aplicable el procedimiento establecido en el título II del Código de Justicia Militar, relativo al procedimiento penal en tiempos de paz. Asimismo, se modifican ciertos aspectos del procedimiento, orientados a una mayor precisión a la determinación del delito como una mayor rapidez en la tramitación de la causa.

Sobre las disposiciones varias relativas, el capítulo 3°, no revisten mayor importancia para los intereses de esta memoria.

Con fecha 16 de mayo de 1984, es promulgada la ley 18.314 determina conductas terroristas y fija su penalidad, y el día siguiente la ley es publicada en el Diario Oficial, teniendo desde entonces fuerza legal. Es importante mencionar que la versión original, si bien no sufrió mayores cambios durante su tramitación, no se definió qué era terrorismo, sino que se utilizó una técnica legislativa de tipificar ciertas conductas específicas, sin entrar en conceptos.

En específico, el capítulo I de la ley efectivamente seguía tratando sobre el catálogo de conductas penalizadas, estableciendo 16 tipos distintos en su artículo 1°. El resto del capítulo I atendía a normas de penalidad, como ya se señaló *supra*. Se establecían penas desde presidio mayor en su grado mínimo a pena de muerte, las inhabilidades que señala el artículo 9° de la CPR, y se alteran algunas reglas del Código Penal, como que los delitos frustrados se sancionarían como consumados y las tentativas en principio también, aunque se podría reducir su pena hasta en dos grados. Vale mencionar también que el catálogo de conductas es taxativo, pues no se establece una conducta genérica.

El capítulo II de la ley tampoco sufrió mayores modificaciones desde su presentación a la Junta de Gobierno; sin perjuicio de ello, podemos destacar lo siguiente. De lo más importante a destacar es el retorno del conocimiento de las causas a los tribunales ordinarios del orden civil, esto es, a los tribunales no militares, con excepción de los casos en que se apliquen normas generales que radiquen el asunto en competencia militar. Por otro lado, cumpliendo con lo establecido en el artículo 19 N°7 literal c) inciso 2°²⁴, entrega la posibilidad a los tribunales de ampliar la detención hasta por 10 días. A su vez, el artículo 13 de la ley original entregaba una facultad importante a las policías: “En la *investigación* de los delitos a que se refiere esta ley y sin perjuicio de las normas generales, los *miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y de la Central Nacional de*

²⁴ Artículo 19 N°7 lit. c) inc. 2° de la Constitución Política de la República de Chile: “Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su única disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas.”

Informaciones podrán proceder, previa orden escrita del Ministerio del Interior, de los Intendentes Regionales, de los Gobernadores Provinciales o de los Comandantes de Guarnición, *sin necesidad de mandato judicial*, pero sólo cuando al recabar previamente pudiere frustrar el éxito de la diligencia, a la detención de presuntos responsables, así como el registro e incautación de los efectos o instrumentos que se encontraran en el lugar de detención y que pudieren guardar relación con los delitos que se investigan” (énfasis agregado por los autores). Es decir, las policías podían obrar sin necesidad de autorización judicial y recibiendo órdenes directas de autoridades político-militares.²⁵ Otro aspecto importante a destacar es el artículo 17, que prohibía la libertad provisional a los condenados, funcionando en cierto modo como un adelanto de la pena.

Ahora bien, respecto de las modificaciones que se le han realizado a la LCT, y antes de adentrarnos en ellas, es correcto señalar que los cambios introducidos por nuestro legislador han sido marcados por un cambio paulatino en función de la contingencia político-social que ha atravesado nuestra realidad jurídica. Si bien estas modificaciones tienen un acentuado cambio de paradigma a lo largo de la década de los ‘90, como se verá más adelante, estos se empiezan a producir a modo de perfeccionamiento técnico de la misma LCT durante el mismo régimen militar.

La versión original de la LCT tuvo vigencia hasta el 22 de febrero de 1990, con la publicación de la primera ley que la modificaría: la ley 18.937, publicada durante la dictadura de Augusto Pinochet. La ley N°18.937 modifica a la LCT a propósito de introducir lo que viene a ser un verdadero perfeccionamiento técnico de la Ley al disminuir el catálogo de conductas consideradas como terroristas por el legislador, haciendo una diferenciación en cuanto a la naturaleza de estas conductas constitutivas de delito y diferenciándolas en dos grupos. Respecto a lo anterior, el ejecutivo en el mensaje con fecha 25 de octubre de 1989 señala lo siguiente: “*Por ello, se propone disminuir las conductas catalogadas de terroristas, reservando esta calidad sólo a las más graves, respecto de las cuales existe un amplio consenso en cuanto a su naturaleza y dejando las demás, sometidas a las penas con que los castiga la ley común. Se suprimen también, algunos tipos penales y se hacen aplicables las normas del Código Penal a las distintas formas de participación criminal*”.²⁶ De esta modificación hay que tener claro que en lo material de la LCT, se derogan 7 numerales de su artículo primero. Sumado a lo anterior, esta ley modifica el artículo segundo de la LCT, donde se endurece el delito de lesiones por obra del art. 397 de la LCT. Mientras en su texto original se le fijaba una pena que iba de presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo, con la dictación de la Ley N° 18.937 dicho delito se sanciona sólo con el presidio mayor en su grado máximo. Vale decir que se mantiene la pena de muerte en los casos en que se haya producido la

²⁵ CORTÉS MORALES, Julio. 2019. Legislación antiterrorista en Chile: diagnóstico y propuestas de modificación. [en línea]. *Serie Policy Papers* (3). Recuperado en: < https://www.cjir.cl/cjir_2019/wp-content/uploads/2019/01/policy-paper-UPP-n%C2%BA3-2019-.pdf > Consultado el 12 de abril de 2020, p. 3.

²⁶ Historia de la ley N°18.937. Mensaje del 25 de octubre de 1989. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7350/> > Consultado el: 20 de abril de 2020.

muerte del ofendido. Finalmente, se agregan dos artículos de carácter transitorio que tenían por función la de mantener la competencia de los tribunales que estaban conociendo de procesos pendientes por delitos que fueron derogados por ley en cuestión y la aplicación de un procedimiento por el solo ministerio de la ley cuando se exigiere requerimiento, respectivamente.²⁷

Continuando cronológicamente con las modificaciones hechas a la LCT, debemos de entender que el legislativo, influenciado por la política de Estado impulsada por el ejecutivo, tendía a propender a la llamada “*democracia de los acuerdos*”, concepto construido por los historiadores (a través de lo mencionado por el Presidente de la República, don Patricio Aylwin) para caracterizar el periodo comprendido en la década inmediatamente posterior al término del régimen cívico-militar imperante en nuestro país.

La primera de las modificaciones a la LCT, hechas en democracia, la encontramos en la ley N°19.027, publicada con fecha 24 de enero de 1991, en la que el legislador rediseña su concepción de lo que es considerado ser terrorista, al introducir un elemento subjetivo en el tipo penal expresado en el art. 1°, respecto de que el telos o finalidad del autor del delito debe ser el de causar temor en la población o en parte de ella; y en otros cuerpos normativos de LCT, como más tarde se tratará. Esta nueva concepción de lo que significa ser terrorista para el legislador, responde a la necesidad de adecuar la Ley a la reforma Constitucional de 1988. Podemos ver en la historia de la ley que el Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar, con fecha 11 de marzo de 1990, en su mensaje expresa que “*La reforma constitucional aprobada en el plebiscito de 30 de julio de 1988, modificó el artículo 5° de la Constitución de 1980, estableciendo que el Estado y sus órganos deben garantizar los derechos de la persona asegurados en la propia Constitución y en los tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes. Para cumplir con el mandato del constituyente es necesario adecuar la legislación interna a lo preceptuado en la Constitución de 1980 y a los referidos tratados internacionales*”.²⁸ Vemos que hay una clara remisión del ejecutivo al principio *in dubio pro reo*. El aporte de esta ley es tan importante respecto de este principio que lo vemos incluso en la jurisprudencia, como nos señala la Profesora Myrna Villegas²⁹ en la Sentencia Rol 118-284 de 1994, vs. Míchea Muñoz, J. y otros, respecto de la aplicabilidad de la ley N° 18.314 a agentes del Estado. En esta sentencia, el ministro en visita don Milton Juica señala en su considerando N° 37 que “*Si bien es cierto los hechos se cometieron en los meses de febrero y marzo de 1985, bajo la vigencia de la ley n° 18.314 en su versión original, es posible aplicar la ley n° 18.314 reformada por la ley n° 19.027 en virtud del principio pro reo, por cuanto si bien las modificaciones establecidas*

²⁷ Artículo único de la Ley N°18.937, que modifica Ley N°18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

²⁸ Historia de la ley N°19.027. Mensaje del 11 de marzo de 1990. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7203/> > Consultado el: 21 de abril de 2020.

²⁹ VILLEGAS, Myrna. 2018. Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016). [en línea]. *Polít. Crim.*, 13(25). Recuperado en: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v13n25/0718-3399-politcrim-13-25-00501.pdf> > Consultado el: 17 de abril de 2012. P. 509.

por la ley n° 19.027 introdujeron un elemento subjetivo a los tipos penales (art. 1 circunstancias 1ª y 2ª) “(...) no derogaron respecto de estos hechos, su tipicidad como delitos terroristas, ya que siguieron siéndolo, sólo limitaron sus requisitos para su punibilidad”.³⁰ Es con esta Ley que se empieza a separar en nuestra realidad jurídica el concepto de delitos terrorista de lo que es un delito político (discusión que será tratada en función de la Ley N° 19.047), donde se hace menester hacer la diferenciación correspondiente, ya que según señala el ejecutivo “...requiere que las personas indicadas sean juzgadas con arreglo a los principios constitucionales y a los contenidos en declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, entre otros: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.³¹ Haciendo una síntesis de los propósitos que tenía el legislador con la presente reforma, podemos sostener que se trata de la concepción del terrorismo, unido a su forma de sanción y su distinción con el delito político, en función del bien jurídico a proteger. En el mensaje presidencial de la ley en estudio, se sostiene que la LCT cae en un error al confundir delitos contra la seguridad del Estado con delitos terroristas, al atribuir al terrorismo el carácter de una ideología y no de un delito propiamente tal.³²

En cuanto las modificaciones materiales de esta Ley, en primer lugar, nos encontramos con reformas no sólo a la LCT, sino que además (siguiendo con el tratamiento a los delitos terroristas y teniendo cuerpos normativos difuminados por distintas leyes que versan de la materia), reformas a la LSE, al Código de Justicia Militar, al Código de Procedimiento Penal, la Ley N° 17.798 sobre control de armas y el Código Penal Aeronáutico. En cuanto a las modificaciones más relevantes efectuadas a la LCT, están las modificaciones al artículo primero en los tipos de los artículos 1° y 2°, al incluir el elemento subjetivo del que hablábamos y la que se detalla en el artículo 10 de la Ley N° 19.027, esto es, la inclusión de un art. 18 a la LCT, en la que se indica que se va a contar la pena asignada para el autor del delito desde el momento de su detención³³, lo que configura otra expresión del fortalecimiento que el ejecutivo pensó darle al principio *in dubio pro reo*.

La Ley N° 19.047 publicada el 14 de febrero de 1991 tenía un marcado objetivo, el cual era eliminar el procesamiento por los llamados “delitos políticos”, a través de la institución procesal fundamental del debido proceso. El mensaje del presidente Aylwin, con fecha 11 de marzo de 1990,

³⁰ Sentencia de Ministro en Visita Extraordinaria Milton Juica. Rol 118-284., Rol 118-284, vs. Michea Muñoz, J. y otros, de 31 de marzo de 1994.

³¹ Historia de la ley N°19.027, loc. cit.

³² “El fundamento principal de las reformas se encuentra en el concepto de terrorismo. La ley vigente confunde actos propiamente atentatorios contra la seguridad del Estado con conductas terroristas porque atribuye al terrorismo el carácter de una ideología. Más que una ideología, el terrorismo es un método de acción criminal al cual recurren los extremismos de derecha e izquierda, los narcotraficantes, los fanáticos religiosos, los traficantes de armas, los gobiernos totalitarios y las dictaduras”. Loc. cit.

³³ Art. 10 de la Ley N°19.027: “Agregase el siguiente artículo nuevo: ‘Artículo 18.- En el caso de condena por delito terrorista y por otro tipo de delito, se cumplirá la pena asignada al o los delitos de esta ley y, posteriormente, las otras penas, contándose aquélla desde la fecha de la detención, cualquiera haya sido el delito que la motivó.’”

nos señala lo siguiente: “*Es urgente hacer las modificaciones pertinentes en lo que respecta al derecho al debido proceso, a un justo y racional juzgamiento particularmente por el alto número de personas procesadas por delitos políticos, constitutivos de los que se han llamado ‘presos políticos’.* La reconciliación nacional, claro objetivo del gobierno que presido, requiere que las personas indicadas sean juzgadas con arreglo a los principios constitucionales y a los contenidos en declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, entre otros: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La legislación interna debe desarrollar las normas constitucionales, principalmente las del artículo 19 N°3 y 7 de la Constitución que consagran el derecho a la defensa jurídica, al debido proceso y las bases constitucionales del proceso penal. Del mismo modo, habrá que ajustar la legislación al artículo N° 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Respecto a los “delitos políticos” es correcto señalar que hay que distinguir entre delitos de terrorismo y delitos políticos. La primera figura política no tiene una definición legal como hemos sostenido con anterioridad, en lo que pensamos fue una estrategia del legislador para no caer en discusiones doctrinarias sobre la precisión del concepto, pero, a nuestro criterio, el delito terrorista (que será tratado con más detalles *infra*) es el delito caracterizado por la materialización de ilícitos considerados peligrosos por su naturaleza y tipificados por el legislador que se lleven a cabo con el elemento subjetivo (la ley nos habla de “finalidad”) de producir el temor de ser víctima de un delito de la misma naturaleza en la población general.

Ahora bien, la figura jurídica descrita recientemente se acerca en demasía a la de delito político, figura que, apoyándonos en la doctrina comparada, en especial en el Profesor Carrillo Flores, es: “*Cuando una persona es perseguida por sus ideas o actividades políticas sin que medie acusación ante la autoridad judicial competente por ningún hecho delictuoso, sin duda se trata de un perseguido político*”.³⁴ Esta noción de delito político tiene por objeto sancionar conductas que van en desmedro del poder político establecido, a través de la forma de un Gobierno. Es interesante hacer presente que lo que se quería con la reforma en estudio era enfatizar en que había un bien jurídico protegido por las conductas tipificadas por LCT, y que el verdadero propósito de la derogación de ciertas conductas tipificadas ya no era un perfeccionamiento técnico como la reforma anterior, sino que, más bien, era excluir ciertas conductas que carecen de una lesión al bien jurídico protegido por el legislador, es decir, ser conductas que caían dentro del tipo del “delito terrorista” sin existir una verdadera afectación al bien jurídico en cuestión. Según lo que ya señalamos *supra*, uno de los principios del derecho penal es el de la lesividad, que se había visto ignorado por estos tipos.

³⁴ CARRILLO FLORES, Antonio. 1979. El asilo político en México. [en línea]. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (11): 27-38. Recuperado en: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/10815/9889> > Consultado el 22 de abril de 2020, p. 34.

En lo concreto, la Ley N°19.047 introduce modificaciones no sólo a la LCT, sino que, como nos indica su artículo primero, también modifica a la LSE, al Código de Justicia Militar, como lo indica su artículo segundo, y al Código Penal como se señala en los artículos 2 N°10, artículo 4 y artículo 11, todos de la reforma en estudio. Pero, respecto del apartado en comento, nos ocupa lo que nos señala su artículo transitorio primero en la letra f) *“No procederán los recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia. Lo dispuesto en el inciso quinto de este artículo será aplicable a los procesos por delitos de la Ley N° 18.314, sobre Conductas Terroristas y su Penalidad, que deben pasar a un ministro de Corte de Apelaciones por aplicación de las modificaciones efectuadas por esta ley”*.

Siguiendo con las modificaciones que se le han efectuado a la LCT, es correcto señalar la efectuada por la Ley N° 19.241 de fecha 28 de agosto de 1993, introduce una importante modificación a la LCT en cuanto a un tipo penal en particular: el delito de secuestro. Como se indica en el Informe de Comisión de Constitución, realizado en la sesión 76 de la Cámara de Diputados, esta modificación es en función de la situación en la cual el secuestrador de un menor hace exigencias no a la autoridad sino a la familia, con lo que el elemento subjetivo de causar temor en la población se hace extremadamente difícil de probar. En el Informe en cuestión se señala que *“...porque entre otras cosas todo esto se mantiene en el más absoluto de los secretos y por lo tanto la población no se entera, nos encontramos ante el absurdo de que se está en presencia de una asociación ilícita terrorista, constituida con propósitos terroristas, que realiza una actitud de esa naturaleza, pero el delito no es terrorista.”*³⁵

Luego tenemos la Ley N° 19.806 publicada el 31 de mayo de 2002, que aplica la esperada reforma procesal penal en Chile. Sin adentrarnos en las múltiples modificaciones que introduce este cambio de paradigma en nuestro sistema jurídico penal, es menester señalar que la reforma procesal penal también modificó a la LCT. En concreto, las modificaciones a la LCT en este contexto fueron principalmente al capítulo II de la ley en comento, sobre jurisdicción y procedimiento. En efecto, fue más que nada una adecuación al nuevo sistema procesal penal que una modificación material, destacando principalmente normas relativas al secreto del procedimiento y a la forma de iniciarlo.

La siguiente modificación a la LCT tuvo lugar con la ley N° 19.906, ley que se dictó para adecuar el sistema jurídico chileno a lo establecido en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Como señala el nombre de este convenio, se agrega a la LCT un nuevo artículo 8°, que sanciona a quienes soliciten, recauden o provean fondos para la comisión de los delitos terroristas establecidos en la LCT, sin perjuicio de la responsabilidad que le quepa al sujeto

³⁵ Historia de la Ley N°19.241. Primer trámite constitucional: cámara de diputados. Informe Comisión constitucional, sesión 76, legislatura 323. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7038/> > Consultado el: 18 de abril de 2020.

activo de este tipo por la comisión de delitos tipificados en la misma LCT o por el delito de asociación ilícita del art. 294 bis del Código Penal. Vale la pena mencionar que este último artículo en específico amplía la responsabilidad a personas jurídicas.

Después tenemos las modificaciones introducidas en la ley N°20.074 a la LCT. Esta modificación no introdujo grandes cambios sustantivos ni procesales, pero sí uno de carácter político bastante importante: el anterior artículo 14 de la LCT señalaba que “... *durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público solicitará al juez de garantía que califique la conducta como terrorista. En virtud de esta calificación, que se efectuará mediante resolución fundada, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, por resolución igualmente fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:*”. Lo que la ley 20.074 modificó fue que se eliminó la necesidad de que el juez de garantía calificara de terrorista una conducta, a solicitud del Ministerio Público, para poder solicitar medidas cautelares y de investigación. Si bien la ausencia de esta calificación por parte del juez de garantía no tiene, como señalamos, mayores influencias en lo sustantivo o en lo procesal, sin duda alguna el hecho de que el juez de garantía ya no tuviera que pronunciarse sobre si una conducta es o no de carácter terrorista es un avance importante en cuanto a una aplicación verdadera del principio *in dubio pro reo* y del principio de presunción de inocencia, además de que el juez de garantía no tendría que involucrarse innecesariamente en la determinación del delito. Uno de los grandes debates que tuvo consecuencias jurisprudenciales importantes fue en lo relativo al elemento subjetivo del delito terrorista donde se planteó lo siguiente respecto de la importancia de este dentro del delito en comento: “*En el contexto actual del fenómeno del terrorismo, se hace necesaria la revisión crítica de los conceptos con los que se define y delimita el carácter terrorista de una conducta determinada. El elemento esencial del terrorismo es el propósito de causar un temor justificado en la población, o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima de delitos de gravedad. Es en virtud de lo anterior que el presente proyecto busca, precisamente, explicitar que esta finalidad de producir temor es presupuesto fundamental de toda conducta terrorista*”.³⁶

La siguiente ley en modificar a la LCT fue la Ley N°20.467, publicada el 8 de octubre de 2010. Esta ley fue dictada tras una importante huelga de hambre efectuada por comuneros mapuches, entre ellos adolescentes, a quienes les imputaron delitos terroristas. El propósito de esta ley fue, en términos del presidente Piñera, establecer como presupuesto fundamental de toda conducta terrorista la finalidad de producir temor justificado en la población, o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima de delitos de gravedad.³⁷ Respecto a las modificaciones:

³⁶ Historia de la Ley N°20.467. Mensaje del 12 de septiembre de 2010. [en línea]. Recuperado en < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1017644> > Consultado el: 21 de abril de 2020.

³⁷ Loc. cit.

— Esta ley modifica el artículo 1° de la LCT en suprimir su segunda circunstancia “Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”, y subsumirse como una de las hipótesis de la finalidad de producir temor.

— Se elimina la presunción establecida en el inciso segundo del art. 1°, en relación a la utilización de medios explosivos, incendiarios y similares como indicadores del ánimo terrorista.

— Se reduce el catálogo de conductas que sanciona la LCT, ya no siendo penado por esta ley el parricidio y la lesión grave causada por la administración de sustancias nocivas a sabiendas; a modo de enroque, entran a ser sancionadas las lesiones menos graves.

— Se hace una modificación al tipo relacionado a la utilización de artefactos explosivos, al agregarse verbos rectores a la redacción del tipo y al eliminar la necesidad de que estos explosivos afecten o puedan afectar la integridad física de personas, bastando para cumplir con el tipo con “*colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos*”.

— Respecto de los delitos de secuestro, retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, se deroga la presunción de derecho de ser conductas terroristas por haber sido cometidos por asociaciones ilícitas terroristas.

— Se aumenta la gravedad de la pena para los delitos de incendios y estragos, según lo que señala el artículo 3° de la ley, y se señala una pena fija en el caso de que se ocasionare la muerte de alguien, en vez de remitirse a los artículos 474, 475 y 476 de nuestro Código Penal.

— Se deroga la norma del inciso 2° del artículo 3° bis, que establecía que el tribunal debía tener especial consideración al momento de determinar la pena “*la forma innecesariamente cruel de su ejecución y la mayor o menor probabilidad de la comisión de nuevos delitos semejantes por parte del procesado, atendidos los antecedentes y la personalidad de éste y los datos que arroje el proceso sobre las circunstancias y móviles del delito.*” Vale mencionar que la crueldad en la ejecución de las conductas tipificadas era innecesaria, pues nuestro Código Penal ya lo contempla como circunstancia agravante en nuestro artículo 12.

— Se modifica el art. 7° relativo a la tentativa de delito terrorista, y la amenaza seria y verosímil de delito terrorista. Respecto a la tentativa, se modifica a modo que la pena aplicable sea la del respectivo ilícito, reducida en uno o dos grados, en vez de la pena mínima señalada para el delito. Sobre la amenaza seria y verosímil, se reduce la pena a aplicarse, pues sólo se castiga como tentativa del delito y no se aplica el aumento de la pena contemplado en el artículo 3° de la LCT para

la determinación de la pena. Respecto a la conspiración, si bien se contempla en el mismo artículo, no hubo cambios respecto a su regulación.

— Se aumenta la pena del tipo relacionado a solicitar, recaudar o proveer fondos con fines terroristas, aumentando desde presidio menor en sus grados mínimo a medio, a presidio menor en su grado medio hasta presidio mayor en su grado mínimo.

— Se agrega un artículo 9° que permite eximirse de responsabilidad penal respecto de tentativas de delitos terroristas a quienes desistan de la conducta y entreguen información a la autoridad.

— Se agrega a las normas procesales una protección adicional a testigos o peritos protegidos, al permitir a estas personas no responder preguntas que impliquen un riesgo de revelar su identidad.

— Finalmente, el artículo 3° de la ley 20.467 establecía lo siguiente: “*Si las conductas tipificadas [...] fueren ejecutadas por menores de dieciocho años, por aplicación del principio de especialidad se aplicarán siempre el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente. Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en la Ley N° 18.314 actuar con menores de dieciocho años.*” Esto pretendía ser una protección a los niños, niñas y adolescentes que pudieran ser objetos de persecución penal, estableciendo claramente (y hasta cierto punto, innecesariamente) que a estos menores debían aplicarles las normas de responsabilidad penal adolescente. Según el profesor Berríos, respecto a esta modificación, “la finalidad de la norma era modificar la situación jurídica de los adolescentes, haciéndoles inaplicables todas las restricciones de derechos y garantías penales y procesales de la LCT”.³⁸ A pesar de esto, la LCT siguió viéndose aplicada en sus aspectos procesales a adolescentes³⁹, incluso cuando la misma Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en su artículo 27, indica que a los adolescentes les deben ser aplicadas las normas procesales de esa ley y supletoriamente por el Código Procesal Penal, excluyendo de esta manera la aplicación de leyes especiales (como sería la LCT).

Esta serie de modificaciones a la LCT no fueron las últimas durante el primer gobierno del presidente Piñera. Durante el año siguiente a la publicación de la ley 20.467, con fecha 22 de junio

³⁸ BERRÍOS, Gonzalo. 2012. Los adolescentes mapuche y las reformas a la Ley No. 18.314 sobre conductas terroristas. [en línea]. *Anuario de Derechos Humanos*, (8). Recuperado en: < <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/141200/Los-adolescentes-mapuche-y-las-reformas-a-la-Ley-18314-sobre-Conductas-Terroristas.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Consultado el: 25 de abril de 2020, p. 152.

³⁹ Sentencia del Juzgado de Garantía de Victoria. RIT 1134-2009/ RUC 0900969218-2. vs Castro Antipán, R. (Caso Peaje Quino), de 22 octubre de 2010; Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 842-2010; Corte Suprema de la República de Chile. Rol 141-11.

de 2011, se publica la ley 20.519, que introdujo un par de modificaciones. Entre estas modificaciones, se añade al artículo 1° un inciso 2° que explícitamente excluye a los menores de 18 años de la aplicación de las normas. Como ya revisamos *supra*, este cambio, estrictamente, no era necesario, pues una correcta interpretación y aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente permitía llegar a la misma conclusión. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que establecerlo de manera expresa en la ley garantiza que no se vuelvan a vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sobre todo mapuche. El ya citado profesor Berríos, sobre esta ley y en este aspecto, nos señala que *“la exclusión del ámbito de la LCT es una mejora sustancial en la protección legal de las garantías especiales del juzgamiento de adolescentes: uso limitado de la privación de libertad, debido proceso intensificado y promoción de la integración social; todas ellas fuertemente afectadas por la LCT.”*⁴⁰ Por otro lado, también se le agrega un inciso 3° al citado artículo 1°, en el que se indica que *“La exclusión contenida en el inciso anterior [el inciso sobre exclusión a adolescentes] no será aplicable a los mayores de edad que sean autores, cómplices o encubridores del mismo hecho punible. En dicho caso la determinación de la pena se realizará en relación al delito cometido de conformidad a esta ley.”* Esto permite que no se puedan sustraer de la aplicación de la ley aquellas personas que, valiéndose de un menor de 18 años, participen como autor, cómplice o encubridor de un delito terrorista. Finalmente, la ley 20.519 deroga el artículo 3° de la ley 20.467, artículo que contenía la malinterpretada norma sobre exclusión a menores de 18 años.

La última de las modificaciones a la LCT corresponde a las introducidas en la ley 20.830, sobre Acuerdo de Unión Civil. La modificación de esta ley es bastante menor, pero vale la pena mencionarla para mayor completitud. Lo único que introduce esta nueva ley a la LCT es la inclusión del conviviente civil dentro de los testigos protegidos en el artículo 15 de la LCT, equiparando su situación jurídica en este aspecto a la de los cónyuges.

A modo de síntesis, y tras estas diversas modificaciones, podemos señalar que nuestra LCT ha sufrido drásticos cambios desde su dictación en 1984, pasando por un perfeccionamiento técnico del catálogo de conductas tipificadas como terroristas, la disminución del mismo catálogo, cambiando la naturaleza de lo que se considera un delito terrorista, la reducción misma del catálogo de conductas punibles, un ajuste a los estándares internacionales, la reconfiguración del delito terrorista y finalmente la exclusión de adolescentes.

Hoy en día, nuestra LCT contempla lo siguiente:

Capítulo I:

⁴⁰ BERRÍOS. Op. cit., p. 154.

— **Artículo 1:** establece cuándo un delito que cumpla con las características del artículo 2 se considera terrorista, teniendo una especial importancia el elemento subjetivo que se establece.

— **Artículo 2:** establece el catálogo de delitos que, cumpliendo con el elemento subjetivo, podrán ser considerados terroristas.

— **Artículo 3:** fija las penas aplicables a los delitos del artículo 2.

— **Artículo 3 bis:** instaura una regla dirigida al tribunal para la determinación de la pena de delitos terroristas.

— **Artículo 4:** otorga al tribunal la posibilidad de reducir la pena de aquellos sujetos que, habiendo llevado a cabo actos tendientes a la comisión de delitos terroristas, cooperen a evitar o aminorar los hechos, o entreguen información relevante.

— **Artículo 5:** dispone que se aplicarán, adicionalmente a las sanciones penales establecidas, las inhabilidades que establece el artículo 9 de la CPR.

— **Artículo 6:** derogado.

— **Artículo 7:** fija disposiciones relativas a la tentativa de delito terrorista, la conspiración de lo mismo y la amenaza de delito terrorista.

— **Artículo 8:** trata sobre recaudar, proveer o solicitar dinero para fines terroristas.

— **Artículo 9:** exime de responsabilidad penal para los casos de quienes desisten de la tentativa, siempre que revele a la autoridad su plan o circunstancias.

Capítulo II:

— **Artículo 10:** indica que las investigaciones por estos delitos se rigen por las normas generales en cuanto a cómo inician: de oficio, por denuncia o querrela. Adicional a esto, entrega legitimación activa al Ministerio del Interior, a los intendentes regionales, a los gobernadores provinciales y a los comandantes de guarnición, para querrellarse por los delitos establecidos en esta ley.

— **Artículo 11:** en concordancia con lo establecido en el artículo 19 N°7 literal c) inciso 2°, habilita al juez de garantía a ampliar el plazo de detención y para formalizar la investigación a 10 días, a solicitud del fiscal y mediante resolución fundada. Se establecen normas de protección al detenido, como la fijación por parte del tribunal de un médico que no sea parte de las policías que

inspeccione al detenido, instaurando también normas de responsabilidad al tribunal. Este plazo ampliado es revocable por el tribunal en cualquier momento.

— **Artículo 12:** señala que las diligencias ordenadas serán cumplidas por las fuerzas de orden y seguridad pública.

— **Artículo 13:** derogado.

— **Artículo 14:** establece medidas cautelares especiales que pueden ser solicitadas por el Ministerio Público al tribunal, y establece también excepciones a esta norma respecto de ciertos cargos públicos, no pudiendo ser objeto de estas medidas cautelares.

— **Artículo 15:** instaure normas especiales respecto a la seguridad de los testigos, como eliminar sus nombres y domicilios del registro de las diligencias.

— **Artículo 16:** Se le da la posibilidad al tribunal de decretar medidas de seguridad en función de la protección de la identidad de peritos y testigos sumado a la seguridad de ciertos antecedentes.

— **Artículo 17:** Concede al Ministerio Público o al tribunal la posibilidad de otorgar protección policial a quien la necesitare.

— **Artículo 18:** Establece medidas para la mejor declaración de testigos y peritos, tales como rendir estos tipos de pruebas de forma anticipada y establece limitaciones tales como la de no ser recibida prueba alguna que haya sido rendida sin la posibilidad de la defensa de ejercer su derecho a contrainterrogar.

— **Artículo 19:** Establece la complementariedad de las medidas del artículo precedente con medidas tales como provisión de recursos económicos ante el cambio de domicilio.

— **Artículo 20:** Artículo que establece el beneficio del cambio de identidad de los testigos o peritos cuando corresponda para su seguridad. Se establecen condiciones para lo mismo.

— **Artículo 21:** Establece el secreto que puede pedir el Ministerio Público ante determinada prueba, en función de la seguridad de testigos o peritos y del éxito de la investigación.

— **Artículo 22:** derogado

— **Artículo 23:** En caso de condena por un delito terrorista y otro delito de distinta naturaleza, se deberán cumplir primero las penas establecidas en esta ley y posteriormente las otras penas.

2. Análisis e interpretación doctrinaria de la Ley Antiterrorista, N°18.314/84

En atención a lo complejo que pueden llegar a ser los casos regidos por una ley de esta naturaleza, se han suscitado diversos problemas tanto en su aplicación como en su interpretación. En atención a los múltiples cambios que ha experimentado la LCT desde su dictación en 1984, nos enfocaremos en la redacción actual de dicha ley, sin perjuicio de referirnos a versiones pasadas de la ley para contrastarlas con la situación presente cuando sea pertinente.

En específico, en esta sección de la presente memoria revisaremos los artículos 1° y 2° de la LCT. El primero de dichos artículos será revisado por su importancia en cuanto, según hemos señalado *supra*, infunde a las conductas descritas en el artículo 2° con el carácter terrorista, en el sentido de que dichas conductas deben cumplir con lo establecido en el artículo 1° para ser consideradas como tales. El artículo 2°, por su parte, nos entrega un catálogo de conductas que, cumpliendo con lo expresado en el artículo 1°, serán consideradas como delitos terroristas.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, el artículo 8° de la LCT tipifica el delito de financiamiento de terrorismo. En la presente memoria no entraremos a revisar dicho delito, pues escapa de la pretensión de este proyecto al estar establecido con la intención de prevenir el financiamiento al terrorismo, y no configura una conducta terrorista en sí, pues no cumple con lo establecido en el artículo 1°.

2.1. Análisis del Art. 1° de la Ley 18.314/84 como presupuesto esencial en los delitos terroristas⁴¹

De lo primero que salta a la vista de la redacción es la ausencia de un tipo delictivo autónomo en el artículo 1°, pues hace expresa referencia a que serán terroristas los delitos “enumerados en el artículo 2°”. En este entendido, no existe un tipo delictual establecido en el artículo 1° sino una indicación expresa de la necesidad de la existencia de una finalidad terrorista (en adelante, “**animus terrorista**”) para que se configure un delito terrorista.

⁴¹ A la fecha de redacción de esta memoria, el artículo 1° de la LCT reza lo siguiente:

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

La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años.

La exclusión contenida en el inciso anterior no será aplicable a los mayores de edad que sean autores, cómplices o encubridores del mismo hecho punible. En dicho caso la determinación de la pena se realizará en relación al delito cometido de conformidad a esta ley.” (énfasis agregado por los autores)

La función de este artículo 1° es prescribir la necesidad de una finalidad terrorista para poder considerar como tal una conducta, y no constituye por sí solo un tipo. Así, el artículo 1° es parte esencial de lo que es considerado como un delito terrorista: debe existir detrás de la comisión de las conductas enumeradas en el artículo 2° la intención de producir temor en la población o en una parte de ella.

Respecto a esta caracterización del animus terrorista, y antes de entrar a revisar el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico le da, es necesario revisar los distintos modelos de tratamiento jurídico penal del terrorismo. Respecto a esto, la profesora Myrna Villegas nos señala que existen 3 modelos distintos para configurar un delito terrorista: un modelo objetivo, un modelo subjetivo, y finalmente un modelo objetivo-subjetivo⁴², que revisaremos brevemente a continuación:

1) **Modelo objetivo:** en este modelo, los delitos de terrorismo se caracterizan llevarse a cabo dentro del marco de la existencia de una organización terrorista, en el sentido de que “*solo la organización está en condiciones de desplegar los medios típicos y de plantear la proyección estratégica exigida por la definición típica*”.⁴³ Esto lleva a que, por ejemplo, en Alemania no se sancione el terrorismo individual, pues se requiere la existencia de esta organización terrorista. Sin embargo, no toda organización ilícita es constitutiva de terrorismo. En opinión de la citada profesora Villegas, terrorismo y crimen organizado son cosas diferentes, entre las que existen al menos 2 diferencias importantes: en lo teleológico y en lo funcional.⁴⁴ Respecto del ámbito teleológico, la profesora Villegas nos señala que “*el terrorismo tiene una finalidad política, el crimen organizado, tiene una finalidad lucrativa*”⁴⁵. En efecto, la presencia de lucro en las organizaciones terroristas no es la finalidad de la organización, sino simplemente un medio de financiarse. Respecto del ámbito funcional, la citada profesora nos indica que el crimen organizado busca permanecer oculto para poder seguir operando, mientras que las organizaciones terroristas buscan que sus actos se publiciten lo más que se pueda a modo de poder comunicar su mensaje político; lo anterior sin perjuicio de las excepciones: en el caso del terrorismo, una excepción a su publicidad sería el terrorismo proveniente del Estado, y en el caso del crimen organizado, una excepción a su encubrimiento sería el gran narcotráfico.⁴⁶ Un modelo que sea puramente objetivo, como el adoptado en el Código Penal alemán, define el terrorismo desde la vinculación a una “asociación terrorista”, aquella cuyos “fines o actividad” consisten en ejecutar ciertas conductas que se consideran de especial gravedad.⁴⁷

⁴² VILLEGAS, Myrna. 2016. Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno. [en línea]. *Polít. Crim.*, 11(21): 140-172. Recuperado en: < https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100006 > Consultado el: 25 de abril de 2020. Pp. 146-160.

⁴³ CANCIO MELIÁ, Manuel. 2010. Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto. Madrid: Reus, p. 261.

⁴⁴ VILLEGAS. 2016. Op. cit., p. 151

⁴⁵ Loc. cit.

⁴⁶ Ibid., p. 152

⁴⁷ ASUA BATARRITA, Adela. 2002. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad: fines políticos últimos y fines de terror instrumental. (cap. 2, pp. 41-86). En: ECHANO, J. (coord.). Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón. [en línea]. Bilbao, España: Universidad de Deusto. Recuperado en: <

Ahora bien, nos parece menester hablar en esta sección sobre lo que es conocido en doctrina nacional como “modelo triádico de injusto terrorista”⁴⁸ y en doctrina internacional como “tríada de elementos esenciales”.⁴⁹ Este modelo establece elementos que permiten distinguir una organización delictiva común de una organización terrorista, en el contexto de considerar la organización como un aspecto esencial en la comisión de los delitos terroristas, es decir, dentro del contexto de un modelo objetivo de tratamiento jurídico-penal del terrorismo. Como hemos venido diciendo, la presencia de un grupo organizado es considerada como esencial para gran parte de la doctrina, tanto nacional como internacional. El modelo triádico, como señala su nombre, está compuesto de 3 elementos diferenciados que se relacionan entre sí,⁵⁰ a saber:

1. Un elemento **estructural**, que se reconoce derechamente con la organización que debiera ir detrás de un delito terrorista. Así, para autores como Cancio, “*la organización es el concepto dogmático nuclear, la base de toda la configuración de los tipos*”,⁵¹ de modo que, sin organización, no se puede cumplir con lo establecido en los tipos ni llevar a cabo sus fines propios. Recordemos, como vimos *supra*, que ésa es también la opinión de autoras como la ya tan citada profesora Myrna Villegas.

2. Un elemento **teleológico**, en el sentido de que la conducta llevada a cabo por la organización terrorista debe buscar concretar sus intereses políticos que la mueven, siendo la conducta un medio para sus fines ideológicos.

3. Un elemento **instrumental**, consistente en la utilización estratégica de actos y medios violentos hacia las personas y la institucionalidad, que permiten reconocer qué actos corresponden a la organización terrorista.

En síntesis, este modelo establece como elemento esencial la existencia de una organización para poder configurar el tipo, sin el cual no existe conducta terrorista, y que, de comprobarse la concurrencia de una organización, podríamos aplicar un contraste de sus circunstancias con los elementos planteados por el modelo triádico para determinar si la organización es terrorista o no,

<http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/09/4conceptojuridicodeterrorismo11.adelaasua.pdf> > Consultado el: 30 de abril de 2020, p. 7.

⁴⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. 2017. Terrorismo y organización. [en línea]. *Revista Ius et Praxis*, 23(1): 367-418. Recuperado en: < <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/821/475> > Consultado el: 28 de abril de 2020, pp. 405 y ss.

⁴⁹ CANCIO. 2010. Op. cit., p. 136.

⁵⁰ COX, Juan Pablo. 2015. La estructura –¿triádica?– del injusto terrorista. A la vez, bases para una evaluación comparativa de la regulación legal y de las propuestas legislativas. *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, 42(3), pp. 209 y ss.

⁵¹ CANCIO. 2010. Op. cit., p. 261.

para delimitar la relación de género-especie entre organizaciones delictivas y organizaciones terroristas.⁵²

2) **Modelo subjetivo:** este modelo identifica a los delitos terroristas como aquellos que se llevan a cabo con una finalidad en mente al momento de la comisión de la conducta, finalidad que puede ser política, intimidatoria o atemorizante, y/o coactiva, que pueden aparecer alternativa o conjuntamente en los tipos penales.⁵³ Vale mencionar que esta intención o finalidad deben adicionarse y concurrir junto al dolo ordinario referido al delito común, no pudiendo entenderse separados de la conducta exteriorizada.⁵⁴ En atención al modelo subjetivo, cada uno de estos distintos tipos de finalidades presentan dificultades:

1. En el caso de la **finalidad política** (terrorismo como atentado contra el orden constitucional democrático o la seguridad nacional), el problema surge cuando se desvincula de los otros tipos de finalidades, pues si no se incluye la finalidad intimidatoria o atemorizante, se cae en el riesgo de clasificar como terroristas conductas de conflicto armado no internacional, que dificulta el poder aplicar el derecho internacional humanitario. En este sentido, la profesora Asua indica que exigir una finalidad política es necesario para diferenciar conductas terroristas de otros delitos de delincuencia violenta que tengan alguna base organizativa.⁵⁵ Esta clase de finalidad la podemos encontrar en los tipos relativos al terrorismo en España (art. 573 Código Penal), Italia (art. 270 Código Penal), Guatemala (art. 391 Código Penal), Bolivia (art. 133 Código Penal), entre otros.

2. En el caso de la **finalidad intimidatoria o atemorizante** (terrorismo como conducta destinada a causar terror en la población), se distinguen modelos distintos: uno en que se atiende al temor generalizado como efecto o resultado de la conducta, mientras otro atiende directamente al temor como finalidad. Ejemplo del primer tipo de modelo son el artículo 139 del Código Penal Federal de México, el artículo 144 del Código Penal colombiano, el artículo 366 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, el ya mencionado artículo 133 del Código Penal boliviano, y el artículo 421-1 del Código Penal Francés. Esta primera variante de esta finalidad tiene ventajas por sobre considerar sólo la finalidad política, pues “*estas últimas desconocen normativamente la cualidad del uso de la violencia para generar miedo, como medio en la conducta del terrorista para alcanzar un fin político.*”⁵⁶ Por otro lado, cuando se considera el temor generalizado como finalidad (como lo hace expresamente la LCT y el artículo 41 quinquies del Código Penal argentino), se generan problemas probatorios, pues se psicologiza el concepto de terrorismo, e impide diferenciar conductas terroristas de otros tipos de conductas correspondientes a delitos comunes, como riñas entre pandillas.⁵⁷

⁵² MAÑALICH. 2017. Op. cit., p. 404.

⁵³ VILLEGAS. 2016. Op. cit., p. 155. En el mismo sentido, ASUA. 2002. Op. cit., pp. 18-19

⁵⁴ ASUA. 2002. Op. cit., p. 18

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 8.

⁵⁶ VILLEGAS. 2016. Op. cit., p. 156.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 156-157.

3. Finalmente, respecto de la **finalidad coactiva**, hace referencia a ejecutar conductas con la intención de obligar a un tercero a llevar a cabo ciertas acciones o a inhibirlas. Este tipo de finalidad también es recogido por nuestra LCT en su artículo 1°, y en derecho comparado, los artículos 144 quinquies del Código Penal argentino, y el artículo 139 del Código Penal Federal mexicano. La profesora Myrna nos señala que este modelo por sí solo presenta distintos problemas, pues, por una parte, se podrían incluir conductas que si bien pueden tener un fin coactivo, difícilmente podrían considerarse terroristas, como una huelga estudiantil para expulsar a profesores del claustro académico. Por otro lado, incluso ciertas conductas coactivas que se encuentren al margen de la ley podrían no ser terroristas, como la petición por parte de secuestradores de obtener un helicóptero para poder escapar del país.

3) Modelo subjetivo-objetivo: como señala el nombre de este modelo, consiste en una mezcla de los elementos de los modelos precedentes. Concretamente, la profesora Villegas nos indica que *“es el que combina un elemento estructural relativo a la organización terrorista, con elementos subjetivos relativos a una determinada finalidad.”*⁵⁸ Así, no basta con la mera intención de causar temor generalizado en la población, sino que también debe existir una organización detrás. Esto permite superar algunos de los problemas ya mencionados anteriormente respecto de estos modelos. La profesora Adela Asua nos indica que este modelo *“explicita la finalidad del terrorismo fijada en la intimidación a la población, la alteración grave del orden público, o subversión del orden democrático”*.⁵⁹

Teniendo en mente los distintos modelos de tratamiento jurídico penal del terrorismo, hemos de adentrarnos en nuestra propia legislación. Nuestro artículo 1° de la LCT hace clara referencia a la necesidad de la concurrencia del animus terrorista al momento de ejecutar las conductas contempladas en el artículo 2°, al indicar *“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”*, pero en ningún caso hace referencia a la existencia de una organización detrás de la conducta. Esto permitiría afirmar que nuestra legislación se rige por un modelo subjetivo de terrorismo, o, en palabras del profesor Balmaceda Hoyos, la ley chilena carece del elemento estructural en el tipo penal, dejando fuera la idea de que estos delitos pertenecen a la categoría de delitos de organización⁶⁰.

En efecto, el afirmar que en Chile rige un modelo subjetivo permitiría, a su vez, afirmar la existencia de “terrorismo individual”, al no exigirse típicamente una organización detrás. Más allá de la no exigencia de una organización en el tipo, haciendo una revisión sistémica de la ley podemos

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 157.

⁵⁹ ASUA. 2002. *Op. cit.*, p. 7.

⁶⁰ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. 2014. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. 1° edición. Santiago: Librotecnia, p. 513.

afirmar que ésta sí reconoce el terrorismo individual como una posible forma de presentación del terrorismo, pues en su artículo 9° se establecen normas relativas al desistimiento de estos delitos, y en su inciso 2° se establece que “*En los casos de conspiración o de tentativa en que intervengan dos o más personas como autores, inductores o cómplices*”, de modo que, a contrario sensu, si la norma establecida en el inciso 2° se aplica sólo cuando haya más de un sujeto activo, la norma del mismo artículo en su inciso 1° se aplica cuando existe un sujeto activo único. Por su propia parte, resulta ilógico pensar que una persona vaya donde la autoridad a revelar sus planes de cometer delitos terroristas si es la única persona involucrada, pues si no ha llevado a cabo la conducta, no hay forma alguna de sancionarlo, ya que incluso si ya ha comenzado la ejecución del delito y en ese caso haya arrepentimiento por parte del sujeto activo, la norma a aplicar sería la del artículo 4°, no la del artículo 9°. Como podemos ver, esta noción de terrorismo individual es bastante controvertida, pues doctrinaria y jurisprudencialmente se le ha dado especial importancia a la organización como elemento del terrorismo. Como ejemplo, para la citada profesora Asua, el animus terrorista en su variante atemorizante no debiera presentar mayores problemas de interpretación o comprobación procesal, pues, de ser actos realizados por una organización dedicada a la comisión sistemática de delitos graves, la existencia de una organización estable cuya actividad consiste en la planificación y ejecución de tales delitos, constituye en sí misma un factor desestabilizador o amenazante.⁶¹ Por otro lado, para el profesor Cancio, la organización es fundamental dentro de la conducta terrorista, pues difícilmente una persona que actúa solitariamente puede alcanzar los mismos fines políticos que una organización terrorista.⁶² De esta misma forma se ha considerado en doctrina nacional, en cuanto la profesora Villegas señala, al analizar uno de los anteproyectos de Código Penal, que los fines propios del terrorismo difícilmente se pueden obtener o materializar cuando no existe una organización detrás, declarando incluso que no cree posible que un acto individual pueda considerarse como delito terrorista.⁶³

Sea como sea, no existen argumentos de texto para afirmar algo distinto a que nuestra LCT, en su redacción actual, contempla un modelo de tratamiento jurídico penal subjetivo del terrorismo. Así, y ahora prestando especial atención a la redacción del artículo 1° de la LCT, podemos desglosarlo en los distintos indicios que el legislador establece para poder afirmar que existe un animus terrorista:

— **Por la naturaleza y efectos de los medios empleados:** este indicio se deriva directamente de la antigua redacción del artículo 1° de la LCT, pues durante la vigencia de la versión de la LCT tras la modificación de la ley 20.074 en 2005 hasta la siguiente modificación por la ley

⁶¹ ASUA. 2002. Op. cit., p. 19.

⁶² CANCIO. 2010. Op. cit., pp. 260-261.

⁶³ VILLEGAS, Myrna. 2006. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. [en línea]. *Polít. Crim.*, 1(2): 1-31. Recuperado en: < http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_3_2.pdf > Consultado el: 5 de mayo de 2020. Pp. 15-16.

20.467 en 2010, se presumía el animus terrorista “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.”⁶⁴ Tras la modificación en 2010 que acentuó el elemento subjetivo y elimina esta presunción, pasa a ser un indicio del animus terrorista.

— **Por existir evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas:** es el indicio que más difícil resulta ser comprobado procesalmente, y que se refiere directamente a la intención premeditada de producir la sensación de terror en la población.

— **Por cometerse para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias:** este indicio, al igual que el primero, solía aparecer de manera distinta en antiguas redacciones de la LCT. Anteriormente, esta circunstancia por sí era suficiente para que una conducta fuera considerada como terrorista, pero hoy en día opera como un indicio del animus terrorista y no como factor determinante.

En atención a lo señalado, podemos concluir que el artículo 1° establece como elemento esencial del tipo de los delitos terroristas 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, elemento subjetivo adicional al dolo ordinario que debe acompañar al delito común catalogado como terrorista. Es este elemento subjetivo adicional el que determina que una conducta sea o no terrorista, pues ninguna de las conductas que se establecen en el catálogo del artículo 2° es terrorista si no concurre este elemento subjetivo.

2.2. Análisis del tipo objetivo y subjetivo del delito del Art. 2° de la Ley 18.314/84⁶⁵

Si hablamos del concepto de *tipo penal*, se nos hace necesario ahondar en lo que es un delito. Sin ahondar en discusiones doctrinarias respecto de este concepto tan importante en el derecho penal,

⁶⁴ Artículo 1° inciso 1° numeral 2° parte II, de la Ley N°18.314 que determina Conductas Terroristas y fija su penalidad, versión vigente entre el 14 de noviembre de 2005 hasta el 7 de octubre de 2010.

⁶⁵ A la fecha de redacción de la presente memoria, la redacción del artículo 2° de la LCT es como sigue:
“Artículo 2°: Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

1.- Los de homicidio sancionados en los artículos 390 y 391; los de lesiones penados en los artículos 395, 396, 397 y 399; los de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores, castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de efectos explosivos del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, reprimidos en los artículos 474, 475, 476 y 480; las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316; el de descarrilamiento, contemplado en los artículos 323, 324, 325 y 326, todos del Código Penal.

diremos que, siguiendo la tradición de nuestro derecho penal, delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.⁶⁶ El tipo penal vendría a ser una descripción general del delito en sí y sus elementos, esto es, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, que envuelven la acción constitutiva del delito. Siguiendo con lo anterior, el tipo vendría a hacer una descripción general de una conducta configurativa de un delito. Para que una conducta sea delito, debe haber mandato expreso del legislador sobre la proscripción de ciertas acciones (tipicidad), que resultan contrarias o atentatorias contra el derecho imperante, lesionando uno o más bienes jurídicos determinados (antijuricidad), a través de la acción u omisión de un agente (conducta) sometida a un juicio normativo donde se encuentre que se cumplen los requisitos necesarios para determinar la relación causal de la conducta con la antijuricidad de la misma, siendo posible exigir otra conducta al hechor (culpabilidad). Apreciación importante en este apartado es la que nos señala el profesor Garrido Montt respecto a no confundir el concepto de tipo penal, con el de tipicidad, nos señala el profesor mencionado que la conducta típica “...la realizada en un momento dado por una persona determinada”⁶⁷, mientras que Etcheberry distingue tipo penal y acción típica estableciendo que tipo penal sería una simple descripción legal, mientras que acción típica sirve para designar un hecho de la vida real que corresponde a esa descripción legal.⁶⁸ En este entendido, no hay que confundir conducta típica con el tipo penal, pues el segundo corresponde a un concepto mucho más abstracto que, como decíamos, se trata de una descripción general del delito.

Las normas jurídicas que van destinadas a la proscripción del hecho punible son a grandes rasgos de dos clases: unas que van a hacia la naturaleza del hecho punible y establecen condiciones necesarias para determinar que cierto comportamiento (exteriorizado a través de la acción u omisión del sujeto) es antijurídico; y las otras, que van encaminadas en determinar si el sujeto agente del daño, según sus cualidades personales, es responsable de un comportamiento determinado como antijurídico.⁶⁹ Estas dos clases de normas responden a dimensiones diferentes del tipo penal, que revisaremos a continuación.

2.- Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.

3.- El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.

4.- Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.

5.- La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°.

Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, establecidos en los artículos 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas.”

⁶⁶ ETCHEBERRY.1998. Op. cit., p. 168.

⁶⁷ GARRIDO MONTT, Mario. 2003. Derecho Penal: Parte General. Tomo II, 3° ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, p. 46.

⁶⁸ ETCHEBERRY. 1998. Op. cit., p. 215.

⁶⁹ DÍAZ-ARANDA, Enrique. 2006. La normativización del tipo objetivo y subjetivo. (pt. 4, cap. 13, pp. 567-584). En: GARCÍA, Sergio (coord.) e ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga (coord.). Panorama internacional sobre justicia penal:

Las primeras clases de normas a la dimensión objetiva del tipo penal, esto es, a las circunstancias extrínsecas al sujeto que comete el delito. Esta dimensión objetiva, al abstraerse de las condiciones particulares del sujeto, sirve como una verdadera garantía de cara a la comunidad, puesto que constituyen presupuestos verbales y elementos normativos sobre qué consiste la acción u omisión que el Estado pretende penalizar, el Artículo 19 N° 3 de la CPR, nos señala que la conducta debe estar “*expresamente descrita en ella*”. Respecto a este precepto, el mismo profesor Etcheberry señala que “*la Constitución prohíbe a la ley imponer penas sin ‘describir expresamente’ la conducta a la cual se imponen*”.⁷⁰

Del otro lado, tenemos la dimensión subjetiva, caracterizada por normas tendientes a dilucidar los elementos particulares y psicológicos del sujeto que comete el delito. Esta diferenciación no es desconocida en la doctrina comparada. el profesor Urs Kindhauser habla de la diferencia entre estos dos conceptos de la siguiente manera: “*La diferenciación entre un tipo objetivo y uno subjetivo parece ser, entonces, un asunto de mero orden clasificatorio: los elementos del injusto que tienen por objeto el lado psíquico e intelectual del actuar del autor son ubicados en el tipo subjetivo, mientras que todos los demás elementos del injusto, entonces, en el tipo objetivo*”.⁷¹ En función de los mismos postulados del profesor Kindhäuser, se hace atinente a este escrito exponer a esta clasificación del tipo penal como parte de una misma, donde existe una premisa mayor (la objetiva) y una premisa menor (la subjetiva), esta última subsumiéndose en la primera.

Para que no se hagan palabras muertas las que construyen esta idea, ejemplificaremos lo anterior: un caso de la premisa mayor sería cuando el destinatario de la norma debe evitar ejercer determinada acción a fin de no cometer un delito, mientras que la aplicación de la premisa menor sería que el destinatario de esta norma, parte de la base de saber que al disparar un arma en dirección a hacia un grupo de gente, el resultado presuntivo sería la de al menos lesionar de gravedad a algún individuo. Aquí, en el tipo subjetivo existe por tanto un *deber*, un ideal de comportamiento que se debe evitar para no producir la conducta descrita en el tipo objetivo. El elemento resaltante a simple vista es la existencia de una voluntad como presupuesto necesario en el tipo subjetivo, hay una conciencia del sujeto respecto de las consecuencias de una determinada conducta.

política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. [en línea]. Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado en: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/29.pdf> > Consultado el: 7 de mayo de 2020. Pp. 571 y ss.

⁷⁰ ETCHEBERRY. 1998. Op. cit., p. 167

⁷¹ KINDHÄUSER, Urs. 2008. El tipo subjetivo en la construcción del delito. [en línea]. *Revista para el análisis del Derecho*, (4). Recuperado en: < https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/579_es.pdf > Consultado el: 8 de mayo de 2020. P. 5

2.2.1. Sujeto activo

2.2.1.1. Determinación y problemas

A la hora de hablar del sujeto activo de la LCT es menester abstraer el tema a lo que entendemos por sujeto activo dentro del derecho penal. El sujeto activo es el que comete el delito, ya sea por una acción o una omisión: el profesor Etcheberry lo define como “*el que ejecuta o realiza la acción descrita, o provoca el resultado contemplado en el precepto respectivo*”.⁷² El profesor Garrido Montt de forma excelsa nos señala que “*...el delito en esencia es comportamiento humano*”,⁷³ siendo el sujeto activo la o las personas que realizarían dicho comportamiento. Este comportamiento del que nos habla el profesor citado, debe cumplir con ciertos caracteres para que sea digno de sanción punitiva por parte del Estado. Hablamos de cumplir con los elementos descriptivos y normativos, los cuales serán analizados a propósito de las conductas tipificadas en la LCT.

Respecto de quienes pueden ser los sujetos activos del delito, si bien en principio es correcto señalar que pueden ser todos los individuos de la especie humana, de todas formas, es frecuente que el tipo penal exige al sujeto la reunión de una calidad especial, en estos casos hablamos del sujeto activo calificado.

El sujeto activo de la LCT, al llevar a cabo las conductas tipificadas, debe cumplir con una condición mínima, a raíz de la modificación realizada por la ley N°20.519 del año 2011, estableciendo en el inciso tercero lo siguiente: “*La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años*”. Como ya señalamos *supra*, esto realmente nunca debió haber sido fuente de problemas, pues la misma Ley de Responsabilidad Penal Adolescente excluye la aplicación a adolescentes de toda ley especial distinta del Código Penal, incluyendo a la LCT. De todas formas, el legislador decidió modificar esta problemática estableciendo expresamente esta exclusión. Así, el sujeto activo dentro de la LCT sólo debe cumplir con tener más de 18 años para poder serle aplicable esta ley.

Teniendo en mente que la LCT no exige nada más aparte de la mayoría de edad para el autor, consideramos que el sujeto activo en los tipos de los delitos terroristas de la LCT no requiere ninguna calificación especial, pues lo establecido respecto a la mayoría de edad corresponde a una exigencia general de nuestro sistema jurídico. Haciendo un análisis de la LCT nos encontramos con que, en el inciso cuarto del artículo primero de la ley (agregado en lo que viene a ser otra modificación incluida

⁷² ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. Derecho Penal: Parte General. Tomo II, 3° ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile. P. 73

⁷³ GARRIDO MONTT. 2003. Op. cit., p. 52.

por la ley N° 20.519), en cuanto a la punibilidad que reciben los otros participantes en el delito terrorista cometido por un menor de edad, esto es, a pesar que no se aplique el tipo penal en este caso al autor menor de 18 años, las personas que hayan participado como cómplices o encubridores siendo mayores de edad, sí serán sancionados por la LCT.

En la LCT vemos que el sujeto activo está descrito a través de las remisiones que se hacen al Código Penal en el artículo 2° de la ley en estudio. En dicho artículo, se enumeran las conductas penadas como terroristas haciendo una referencia a delitos comunes tratados en el Código Penal, sólo que, para la configuración de una conducta terrorista, se le adiciona al tipo un elemento subjetivo propio del delito terrorista. El sujeto activo descrito en el artículo 2° es, en cierta medida, análogo al presente en los artículos del Código Penal al que se remiten las hipótesis enumeradas en el mismo artículo. Ahora, y como también pasa consecuentemente con la conducta, existe *especialización* en relación a los tipos del Código Penal, mediante el ya mencionado elemento subjetivo adicional. Este elemento subjetivo que agrega la LCT consiste en el ya analizado *supra* animus terrorista. Respecto a esto, el profesor Serrano Figueroa nos señala que “*Casi todos comparten el sentimiento de que para un terrorista el objetivo es provocar miedo o ansiedad intensa para forzar al objetivo primario a una conducta, en conexión con el poder político demandado*”⁷⁴. De lo anterior, rescatamos que, si bien el sujeto activo de la LCT es análogo al sujeto activo de ciertos delitos contemplados en el Código Penal, es un sujeto en extremo diferente al agregar el elemento subjetivo presente en el artículo primero de la LCT.

Hagamos una comparación para poder abordar de mejor forma este punto. En el primer numeral del artículo segundo de la LCT se nos habla del delito de homicidio calificado contenido en el artículo 391 del Código Penal. En la LCT, el sujeto activo se caracteriza como hemos dicho por el móvil, la intención respecto del delito, mientras que si lo comparamos con el sujeto activo al cual se refiere por medio de la remisión al artículo 391, vemos que es considerablemente disímil: el sujeto activo en la LCT no lo podemos definir por la conducta misma que realiza (acción tipificada como delito común en el Código Penal) sino por el elemento subjetivo presente en el artículo 1°, esto es, el analizado animus terrorista.

2.2.1.2. Doctrina y jurisprudencia

Hemos profundizado respecto del sujeto activo como persona natural, ya sea en su dimensión de pluralidad de sujetos como en una dimensión individual del sujeto activo, ahora bien, corresponde tratar respecto del Estado como posible sujeto activo del delito de terrorismo. El tema de si el Estado

⁷⁴ SERRANO FIGUEROA, Rafael. 2003. El terrorismo y el derecho internacional. [en línea]. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (3): 353-373. Recuperado en: < <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/65/98> > Consultado el: 29 de mayo de 2020. P. 359

puede o no ser sujeto activo del delito de terrorismo no es un tema pacífico en la doctrina comparada de la materia, por lo que, antes de hacer el análisis doctrinario correspondiente, es menester volver al tenor literal de lo que nos dice el legislador en la LCT. En las conductas descritas en los artículos 1° y en los numerales del artículo 2° de la LCT, vemos que se hace necesario la participación de una persona natural en la comisión del delito, pero nada obsta a que el actuar de estas personas naturales sea atribuida al Estado como sujeto susceptible de responsabilidad. Llegar a un concepto de terrorismo de Estado se hace tremendamente difícil en un contexto de Estado democrático, ya que un Estado de estas características difícilmente se podría autocalificar como Estado terrorista.

Para la profesora Myrna Villegas, el Estado como sujeto activo del terrorismo surge cuando *“el aparato estatal ampara directa o indirectamente el uso de la violencia para dar continuidad a su proyecto político, pero por medios extralegales”*⁷⁵. Básicamente, tendríamos los supuestos de una hipótesis de terrorismo de Estado cuando el poder político lleva a cabo alguna de las conductas descritas en la LCT con fines de producir terror en la población (en los términos del artículo 1° LCT). En este mismo sentido, la profesora Villegas señala de manera muy clara que el *“terrorismo aparece cuando en un régimen democrático, establecido según los principios y normas propias al derecho a la libre determinación del pueblo, y con un Estado de derecho fundado en los derechos inherentes a la dignidad humana, un grupo, tenga el poder gubernamental o esté fuera del gobierno, resuelve alcanzar un conjunto de objetivos ideológicos o políticos, empleando la violencia como estrategia de acción a través del ataque a derechos humanos fundamentales, para imponer a grupos o a toda la sociedad, sobre la base del miedo, el sometimiento a las ideas o propósitos de tal organización”*.⁷⁶ Viendo la descripción que realiza la profesora, nada obstaría realmente a que el Estado pudiera verse como sujeto activo en los delitos de terrorismo.

En la comunidad internacional ha sido un tema relevante los abusos por parte de los Estados en determinados momentos hacia su población civil, incluso en convenciones oficiales de organismos internacionales (tales como la de la Convención de Derechos Humanos, o la misma Convención Interamericana contra el terrorismo). La comunidad Internacional se ha mostrado proclive a tratar estos temas a través de la Corte Internacional de Derechos Humanos (CIDH), como, por ejemplo, en el caso caratulado como *Goiburú y otros* de 2006, referido a la detención ilegal, tratos vejatorios, y desaparición de varias personas entre los años 1974 y 1977 durante la presidencia de Alfredo Stroessner. En el considerando 66° la Corte establece lo siguiente: *“[...] En tanto Estado, sus instituciones, mecanismos y poderes debieron funcionar como garantía de protección contra el accionar criminal de sus agentes. No obstante, se verificó una instrumentalización del poder estatal*

⁷⁵ VILLEGAS, Myrna. 2003. Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos. [en línea]. *Derechos y Humanidades*, (9): 175-201. Recuperado en: < <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/21936/23256> > Consultado el: 30 de mayo de 2020. P. 178

⁷⁶ VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 8.

*como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, ejecutada mediante la colaboración inter-estatal señalada. Es decir, el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de ‘terrorismo de Estado’*⁷⁷.

Raúl Carnevali Rodríguez nos entrega resumidamente la diversidad de opiniones de los jueces en el asunto, y nos parece importante quedarnos con la apreciación contraria a este concepto de terrorismo de Estado de don Sergio García Ramírez, quien en palabras del mencionado autor: *“En su voto el juez García se refiere a los riesgos que puede implicar el uso de ciertas expresiones. Señala que terrorismo de Estado aludiría a que es el Estado el que comete crímenes. Empero, señala el juez, los que cometen los delitos son los agentes del Estado o individuos que comprometen la responsabilidad internacional del Estado; delitos que se encuentran recogidos, tanto en el Derecho nacional como internacional”*⁷⁸.

Siguiendo en el plano internacional, ahora alejándonos de la jurisprudencia y metiéndonos de lleno en la doctrina, una de las voces más destacada a este respecto es la de la profesora española Carmen Lamarca Pérez, autora que ha sostenido la inexistencia del concepto de terrorismo de Estado, al menos inexistente jurídicamente hablando, al no estar definido en ningún instrumento internacional. La autora va más allá y señala que el terrorismo de Estado es una construcción periodística y no jurídica, y es clara al respecto sosteniendo que: *“tal cosa no existe ni puede existir: el Estado puede ser moralmente perverso, pero no delincuente y, en el plano del Derecho interno, reitero que hablar de terrorismo de Estado constituye una metafórica y retórica desde un punto de vista jurídico, pues la eficacia y, por tanto, en último término la validez del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado”*⁷⁹. La autora es contraria a la teoría de la imputación sostiene que los funcionarios públicos responden por los ilícitos cometidos por ellos personalmente y no el Estado como órgano porque el Estado, cuando utiliza la fuerza por sí, la ocupa con la legitimación activa que le dan sus propias leyes internas⁸⁰.

Contraria a la tesis de la profesora Lamarca Pérez tenemos, como se aprecia *supra*, el pensamiento de la profesora Villegas Díaz, quien opina que la utilización de la violencia del Estado puede tener un origen que va más allá de lo legítimo. En este sentido, la profesora sostiene que se

⁷⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Goiburú y otros, de 22 de septiembre de 2006, considerando 66°, pp. 52-53. Ver en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Consultado el 28 de mayo de 2020.

⁷⁸ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, del 22 de septiembre de 2006, considerando 20°, p. 4. Ver en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Consultado el 28 de mayo de 2020.

⁷⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen. 1993. Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo). [en línea]. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 46(2): 535-560. Recuperado en: < <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5218> > Consultado el: 26 de mayo de 2020. P. 541

⁸⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen. 1985. Tratamiento jurídico del terrorismo. Madrid, España: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 33.

utiliza la fuerza por vías ilegítimas por el aparato estatal cuando uno de los funcionarios de éste “realizan conductas que atentan contra los derechos humanos y al margen de la legalidad vigente, con la finalidad de neutralizar o derechamente eliminar a las organizaciones terroristas”.⁸¹ En definitiva, para Villegas el terrorismo de Estado es perfectamente sancionable tanto a nivel interno como a nivel internacional, especialmente en este último ámbito, ya que el derecho internacional se configura en torno a la protección de los Derechos Humanos.

Entendiendo que el terrorismo surge en un contexto político social marcado por un régimen democrático, materializado a través del Estado de Derecho, doctrinariamente y como hemos revisado, el delito terrorista vendría a llevarse a cabo a través de la acción de grupos subversivos que van en contra de la institucionalidad del Estado.

2.2.2. Sujeto pasivo

Respecto del sujeto pasivo, es correcto sostener que se trata a grandes rasgos y, en los términos del artículo 108 del Código Procesal Penal, del ofendido por el delito, esto es, de la víctima, aunque se puede extender la calidad de víctima a otras personas, según el inciso segundo del artículo en comentario.⁸² Cuando nos referimos a ofensa, hay que asociarla al bien jurídico que es vulnerado por el sujeto activo, y que se encuentra tutelado por el derecho objetivo. Ahora bien, lo que queda delimitar en el delito terrorista es ver quién es el titular del bien jurídico vulnerado por el sujeto activo, esto es, delimitar si el sujeto pasivo se trata de una persona en particular, totalmente individualizable o de un sujeto pasivo con un carácter difuso como lo podría ser la sociedad en su conjunto. Respecto de lo anterior hay que distinguir entre delitos que atañen a un interés particular, y delitos que atañen a un interés colectivo. En el caso de delitos que atiendan a la vulneración -preponderantemente- de bienes jurídicos personales tales como los delitos de injuria o el delito de homicidio, identificaremos en la víctima al objeto material del delito. Ahora como contrapartida, tenemos al sujeto pasivo de carácter colectivo o difuso del delito, esto es cuando los sujetos que ven vulnerados sus bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico son más de uno y, en ciertos

⁸¹ VILLEGAS. 2003. Op. cit., p. 179.

⁸² “Artículo 108.- Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos;
- b) a los ascendientes;
- c) al conviviente;
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante.

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes”

casos, no son individualizables. Se suele decir que el sujeto pasivo en el delito de terrorismo pertenece a esta segunda clasificación de sujeto pasivo puesto que es un sujeto indiferenciado.

2.2.2.1. Determinación y problemas

Como adelantamos en el ítem anterior, el sujeto pasivo, es decir, la víctima en el sentido del Código Procesal Penal, en el delito terrorista no se responde a una vulneración de un bien jurídico particular *per se*. Si bien, como lo tratábamos con anterioridad, el delito terrorista descrito en la LCT se remite a los delitos comunes regulados en el Código Penal, pero que se le agrega un elemento subjetivo el cual es producir terror en la población o una parte de ella. Por lo tanto, en el delito común que configura al delito terrorista, el que le sirve de sustrato material, hay un interés particular, un bien jurídico particular vulnerado, pero este delito común *muta* en el delito terrorista a través del elemento subjetivo anteriormente mencionado. Ahora bien, cuando agregamos este elemento subjetivo, entendemos que el sujeto pasivo *muta* también, puesto que ya no es sólo el que coincide con el elemento material del delito, sino que es la población en su conjunto la afectada por el delito, por lo que el bien jurídico vulnerado pasa a ser uno difuso o indeterminado en cuanto a su alcance material. Es más, el profesor Joaquín Ebile nos señala que se mantenga como indiferenciado o difuso el sujeto pasivo del delito terrorista: *“el hecho de que se hayan incluido en algunas ocasiones sujetos diferenciados – Jefes de Estado, personas con derecho a una protección internacional, etc. –no excluye que pueda ser cualquiera-”*.⁸³ Al mismo tiempo, el profesor Ebile señala que el sujeto pasivo, en primer plano, son los particulares afectados por la conducta tipificada, y, en segundo plano, el Estado.⁸⁴ Por su parte, en la doctrina nacional, la profesora Myrna Villegas sostiene que *“El terrorismo se basa en la violencia o su amenaza y se dirige, en definitiva, a un destinatario colectivo representado por la sociedad, o una parte de ella, o el Estado.”*⁸⁵

En definitiva, hay casi unanimidad en la doctrina respecto a la difusividad del sujeto pasivo del delito terrorista al vulnerar los bienes jurídicos de la sociedad o una parte de ella, y no de una persona en particular. Esto tiene su excepción, claramente, en lo estipulado en el artículo 2° N°3 de nuestra LCT, en el que se configura la hipótesis de la que nos prevenía el profesor Ebile *supra*: la inclusión de personas como el Jefe de Estado. En efecto, dicho numeral señala que constituirá un delito terrorista, si es que cumple con lo dispuesto en el artículo 1° relativo al *animus* terrorista, *“el atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.”* En este caso, el sujeto pasivo radica en individuos específicos, como podría ser el

⁸³ EBILE NSFEUM, Joaquín. 1985. El delito de terrorismo: su concepto. Madrid, España: Ed. Montecorvo. P. 131.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 132

⁸⁵ VILLEGAS. 2006. *Op. cit.*, p. 7

presidente de la República o el Presidente de la Corte Suprema. Vale mencionar que, a pesar de que se haya establecido un sujeto pasivo específico en este caso, para la LCT, y en general para nuestro ordenamiento jurídico, suele ser indiferente quién es el sujeto pasivo, que por lo general es denominado como “otro” u “otra persona”, siendo excepcionales los casos en que se exigen determinados requisitos, como la edad en los delitos de estupro, el género en los delitos de violación, la relación familiar en los delitos de parricidio o, en este caso, la investidura regular de un cargo público.

Respecto al carácter difuso del sujeto pasivo en general, a forma en la que se produce esto es a través de la misma amenaza que se provoca con la producción de terror en la colectividad. El sujeto pasivo es el receptor de la materialización de la intención del autor del delito terrorista, es quien sufre el perjuicio que le causa la conducta típica del autor, pero no sufre personalmente la vulneración al bien jurídico colectivo. Respecto de la vulneración del bien jurídico, más allá de cuál es éste, el perjuicio al sujeto pasivo se configura a través de un acto de violencia tipificado por el legislador, que puede ser o no, un ataque a los Derechos Humanos, como bien nos señala la profesora Myrna Villegas: “*Sin embargo, no toda violación de derechos humanos constituye terrorismo*”.⁸⁶ La autora mencionada nos ilustra de forma brillante que en los delitos terroristas, cuando se vulnera un derecho fundamental, esta vulneración tiene que ser con un carácter masivo y sistemático para que estemos hablando del tipo penal en cuestión.

2.2.2.2. Doctrina y jurisprudencia

El sujeto pasivo es el titular de la acción que deriva de la conducta típica del delito terrorista, ahora bien, el ejercicio de dicha acción podría presentar problemas en la determinación de su titular toda vez que como veníamos diciendo, el sujeto pasivo del delito terrorista es *la población o una parte de ella*. En este ítem, toca hablar del bien jurídico por su innegable relación con el sujeto pasivo y por tanto, el titular para el ejercicio de las acciones que devengan de la comisión del delito en estudio.

Nos parece necesario explicitar lo tremendamente evidente que resulta que si bien, en la comisión de un delito terrorista, se vulneran bienes jurídicos de carácter individual, la vulneración con más significancia a ojos del Derecho (y por eso la tipificación de este delito) es producto de la vulneración de un bien jurídico de carácter colectivo. Entendiendo que las conductas terroristas se tipifican a través de un principio de *especialización*, esto es, agregando a un delito común tratado en la ley, un elemento subjetivo el cual es la intención de producir terror en la colectividad o una parte de ella. En efecto, la profesora Myrna Villegas nuevamente nos entrega una afirmación crucial que

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 8

refuerza esta idea, en cuanto nos señala que nuestra LCT, “Al igual que en todas las legislaciones sobre terrorismo, los delitos que se tipifican son de **forma libre**, es decir, **delitos comunes agravados por las características terroristas de su comisión**, conductas que se describen en el art. 2. Luego, son las características entregadas por el art. 1 las que definen tal o cual conducta como terrorista.”⁸⁷

Así visto, la problemática no surge respecto de los bienes jurídicos vulnerados en la comisión u omisión del delito común que sirve de sustrato al delito terrorista (como pueden ser el patrimonio, la integridad psíquica o psicológica, la integridad física, entre otros), sino cuando hemos de contrastarlos con bienes jurídicos colectivos. En este sentido, la profesora Myrna Villegas indica, en su propuesta de delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal del año 2013, que los bienes jurídicos individuales que se vean afectados por los delitos comunes mediante los cuales se expresan los ilícitos terroristas, debieran restringirse a la vida, la integridad física y la libertad, y la propiedad pública o privada en su función social.⁸⁸ Por otra parte, para esta autora, el bien jurídico colectivo a proteger es el orden constitucional democrático, como fue revisado *supra*.⁸⁹

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 1994, respecto de los bienes jurídicos vulnerados por el delito terrorista nos dice lo siguiente: “la vida, la integridad corporal, la libertad personal, el patrimonio, etc., son llevados a cabo con la finalidad de alterar la institucionalidad vigente, atacando al mismo tiempo otros bienes jurídicos tales como la seguridad y el orden públicos, cuya violación afecta asimismo a la sociedad toda o a sectores determinados de ella.”⁹⁰ El problema surge al determinar cuál es el bien jurídico colectivo lesionado en el terrorismo. En la doctrina comparada, para el profesor Rodríguez-Villasante el bien jurídico vulnerado (y por tanto protegido) es la seguridad interior del Estado, por lo que el titular de las acciones que deriven del delito terrorista es el Estado, que dice el profesor mencionado, es concordante con el objeto de que persiguen el conjunto de leyes de seguridad del Estado, tema tratado *supra* en este escrito.⁹¹

En este entendido y a modo de síntesis, podemos afirmar que, a excepción del artículo 2° numeral 3° de la LCT, el sujeto pasivo en el delito terrorista es un sujeto genérico, que se configura a través de un delito común que sirve como base al que se le agrega el elemento volitivo característico de este tipo de delitos: la intención de producir terror en la colectividad o una parte de ella. Vemos que el sujeto pasivo no es necesariamente la víctima del delito común que sirve de sustrato al delito terrorista, sino que es todo el que es alcanzado por la intencionalidad querida por el autor de este

⁸⁷ VILLEGAS, Myrna. 2013. Propuesta anteproyecto de Código Penal chileno: Delitos de terrorismo. [en línea]. Santiago, Chile: Ministerio de Justicia. Recuperado en: < <https://www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/anteproyecto-codigo-penal-2013/> > Consultado el: 29 de mayo de 2020. P. 6

⁸⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁹ VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 7. Vid: cap. I de esta memoria.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Unipersonal de Excepción del ministro Alfredo Pfeiffer Richter Ministro Instructor, Rol 39.800-9, vs. Hernández Norambuena y otra. Chile, 27 de enero de 1994.

⁹¹ Vid: cap. 1.1 “Normas constitucionales y legales relativas a la seguridad interior del Estado” de esta memoria.

delito, la cual es causar terror en la colectividad y no necesariamente, en lo abstracto, alterar la institucionalidad vigente. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció respecto a esto de la siguiente manera: “[Nuestra LCT] no exige de modo genérico que la motivación delictual sea la de alterar la institucionalidad vigente y, por otra, consagra en forma casuística cuáles son los bienes jurídicos particulares que deben ser directamente atacados por esas conductas que afectan la seguridad y orden públicos, para que ellas lleguen a revestir el carácter de delitos terroristas.”⁹² Si bien la redacción de la LCT ha cambiado bastante desde esta consideración hecha por la Corte de Apelaciones de Santiago, su razonamiento sigue siendo aplicable hoy en día, pues tampoco existe hoy en la LCT la necesidad de que los delitos terroristas se lleven a cabo con la intención de alterar la institucionalidad vigente, bastando con la presencia del animus terrorista para configurarlos.

2.2.3. Conducta incriminada

En un orden abstracto, tenemos que la conducta puede adoptar dos formas: la acción y la omisión.⁹³ No existen casos de delitos por omisión en la LCT, de modo que podemos afirmar que la conducta en la LCT siempre consiste en una acción. En tal sentido, el ya citado profesor Etcheberry nos define acción como “*todo comportamiento humano dirigido por la voluntad con miras a un fin*”.⁹⁴ Normológicamente, la conducta incriminada es la orden que se encuentra contenida en lo imperativo de la norma, es decir, es aquello que el legislador prohíbe o exige a los sujetos a través de la disposición legal. Es tremendamente importante entender la configuración interna de las normas, ya que las conductas, aunque establecidas por el legislador de antemano, son individualizadas en lo concreto por el juez. Respecto de la importancia de las conductas dentro de la norma, don Alfredo Etcheberry sostiene que “*No son simples afirmaciones de hechos, ni pronósticos, sino que pretenden verdaderamente modelar el futuro, influyendo sobre la forma en que los hombres se comportan*”.⁹⁵ La consecuencia inmediata de desobedecer el imperativo de la norma, esto es, desacatar la orden de no realizar o realizar la conducta establecido según sea el caso, para el Derecho Penal va a traer aparejada una sanción, que será una carga que deberá soportar el sujeto que vulnere la norma penal. Esta sanción recibe el nombre de pena, consecuencia que la ley establece cuando se produce el quebrantamiento de la norma⁹⁶, y que consiste en “*un mal que consiste en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, el cual se impone a quien comete culpablemente un injusto de aquellos a que la ley amenaza expresamente con ella, para fortalecer el respeto por los bienes jurídicos, evitar, hasta donde sea posible, la proliferación de tales hechos y asegurar así las condiciones elementales de convivencia, todo ello dentro de los límites que determina la dignidad*”

⁹² Sentencia Rol 39.800-91, c. 13°, *ibid.*, cita N°88.

⁹³ ETCHEBERRY. 1999, T. I. Op. cit., p. 178.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 175.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 22.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 30.

humana del afectado".⁹⁷ Este mal jurídico es una carga que debe soportar el sujeto activo respecto de las limitaciones de sus derechos personales, carga que es puesta única y exclusivamente, en un Estado de Derecho, por el Estado a través del poder judicial.

Siguiendo con lo anterior, ahora particularizando y hablando de la conducta respecto del delito terrorista, nos encontramos con que una de las características más propias que tiene este tipo de delito es la acción violenta, medio por el cual el sujeto activo terrorista busca materializar la finalidad, dada por el elemento subjetivo de esta clase de ilícitos. La conducta del delito terroristas, como adelantamos, será de forma exclusiva a través de la acción y en ningún caso a través de la omisión de cierto comportamiento, al menos en lo que respecta al catálogo de conductas tipificadas en la LCT, como lo podemos ver en sus artículos 1° y 2°.

En relación al concepto de acción, y complementando el entregado por el profesor Etcheberry, el profesor Luis De La Corte Ibáñez nos dice que "*equivale a un comportamiento intencional humano, es decir, a aquella clase de conductas manifiestas que no constituyen una mera reacción espontánea e incontrolada a algún estímulo ambiental, sino que se realizan de forma deliberada y consciente, de acuerdo con algún plan o propósito y en previsión de sus posibles consecuencias*".⁹⁸ Recalcamos el aspecto intencional de la definición del profesor De la Corte, pues la acción está caracterizada por la intencionalidad del sujeto que la realiza, en el sentido de que hay plena conciencia de lo que se está haciendo. Ahora bien, para el caso de las acciones que configuran la conducta típica en el delito terrorista, podemos señalar que tienen una marcada tendencia hacia el uso de la violencia; prueba de lo anterior es lo que señala el legislador en el artículo 2° en la totalidad de sus cinco numerales, que reúnen dentro de sí varios delitos que son considerados de mayor connotación social y, por ello, van aparejados de las penas más altas de nuestro sistema jurídico (como por ejemplo, el homicidio o el incendio con resultado de muerte). Vale mencionar que hasta la reforma de la LCT mediante la ley 20.467/2010, el medio utilizado por el o los sujetos activos servía para establecer el elemento subjetivo⁹⁹, esto es, el querer producir temor justificado en la población o en una parte de ella. Hoy los medios a utilizar por parte del sujeto activo, si bien sirven para poder configurar la existencia del elemento subjetivo y por tanto del delito terrorista, ya no son un aspecto determinante dentro del delito terrorista. Así, existen casos en que se reúnen medios lo

⁹⁷ CURY URZÚA, Enrique. 2005. Derecho Penal: Parte General. Santiago, Chile: Ed. Universidad Católica de Chile. P. 83

⁹⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis. 2006. La lógica del terrorismo. Madrid, España: Alianza Editorial. P. 40.

⁹⁹ El artículo 1° de la LCT antes de la mentada reforma señalaba expresamente: "*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.*" Esta presunción fue derogada pues era atentatoria contra el principio de presunción de inocencia, no discriminación e igualdad. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Norín Catrimán y otros Vs. Chile, de 29 de mayo 2014. Párrafos 98-99, 168-174, y 211-230. Ver en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Consultado el 28 de mayo de 2020.

suficientemente estragos como para causar conmoción social, sin poder decirse que ellos configuran casos de delitos terroristas, como los ejemplos que magistralmente emplea la profesora Villegas: “Tenemos casos de personas quemadas por pandilleros y organizaciones criminales que asolan las poblaciones causando temor e inseguridad. Nadie ha dicho que eso es terrorismo. Tampoco nadie ha calificado como terrorismo amenazas con armas hechas por delincuentes comunes organizados en los que también se degrada o humilla a la víctima.”¹⁰⁰ De este modo, caracterizando las conductas típicas en el delito terrorista, tenemos que se tratan, por lo general, de delitos de acción con carácter violento.

Estas conductas sancionadas en la LCT se construyen a través de una remisión que hace el legislador a conductas ya reguladas y proscritas en el Código Penal, aplicándose las penas de la LCT a estas conductas a través de un *criterio de especialización* del que venimos hablando de forma previa. A modo de que opere esta remisión, primero se tienen que cumplir los supuestos de la comisión del delito común que sirve de base para el delito que se tipifica como terrorista, y luego se debe demostrar el elemento subjetivo especial del artículo 1° de la LCT, esto es, la intención de provocar temor justificado en la población o en una parte de ella. Vemos que el legislador construye al delito terrorista como un delito explícitamente unido a otro de carácter común, en el que el aspecto terrorista, según la profesora Myrna Villegas, tiene como característica fundamental el uso de la violencia o amenaza como medio de acción.¹⁰¹ Respecto de los medios en concreto, la autora sostiene que deben ser suficientemente idóneos para atacar a los bienes jurídicos individuales del delito común, que sirve de base para la configuración del delito terrorista.

Hablando ya en contrato del catálogo de conductas tipificadas en la LCT, tenemos que en el primer numeral del artículo segundo de la LCT hay varias remisiones a ciertos delitos comunes tratados en el Código Penal. Aquí se produce la situación que están tipificados copulativamente tanto en la LCT como en el Código Penal simultáneamente los mismos delitos, pero con un tratamiento distinto. Profundicemos: En la LCT no se pena el delito común tipificado en el cuerpo normativo en comento *per se*, sino que se lo proscribe sumándole un elemento subjetivo adicional al tipo, el del ya comentado artículo 1°. La técnica legislativa utilizada por el legislador es la que llamamos de *especialización*, que, como señalábamos de forma anterior (vid cita N°81), es la construcción de un delito tomando como base otro, y agregándole una circunstancia modificatoria, que en este caso sería la del elemento subjetivo adicional del delito terrorista, que lo diferencia del delito común que tiene como base o presupuesto necesario.

Respecto de las problemáticas a la hora de determinar cuándo una conducta puede ser tipificada dentro del catálogo taxativo que nos da el legislador respecto de los delitos terroristas en

¹⁰⁰ VILLEGAS. 2018. Op. cit., p. 536.

¹⁰¹ VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 7.

la LCT, nos encontramos primero con lo complejo que puede ser que se cumplan con estos verdaderos requisitos del delito terrorista. Hay que tener en consideración que primero se cumplan los requisitos propios del tipo penal del delito común, y luego, recae en el órgano acusador, esto es, en el Ministerio Público, la onerosa tarea de demostrar que se cumple con el elemento volitivo, la intención del sujeto activo de perpetrar el delito teniendo una finalidad establecida. Al tratarse de un delito de forma libre (en el sentido de ser un delito común agravado por la circunstancia terrorista), los bienes jurídicos que se vulneran responden a dos órdenes diferentes, a saber: el bien jurídico individual que se ve vulnerado por la comisión del delito común que sirve de base, y un bien jurídico de carácter colectivo, el cual se vulnera con el elemento subjetivo del delito terrorista.

Por otro lado, tenemos la configuración del delito terrorista basada en una conducta individual, lo que lo convierte, según autores, en un delito terrorista individual,¹⁰² frente a la tradición del delito terrorista como necesariamente colectivo. El delito terrorista, como bien señala la profesora Villegas, tiene como principal característica el accionar violento. Concretizando esto, el accionar violento es la forma en la que se expresa el delito terrorista frente a la población, los Estados, autoridades públicas, etc., y para llevarlo a cabo, es necesario la existencia de una organización delictiva en función de la naturaleza material del delito mismo. Hablamos de un delito en el cual, si bien tiene una base en un delito común, para que éste vulnere un bien jurídico colectivo, debe materializarse el tipo subjetivo de infundir miedo en la población o en parte de ella. Para tratadistas tales como la profesora Myrna Villegas, quien señala en relación a la perpetración del delito terrorista: “...*Una estrategia como la descrita, con sus objetivos – insisto solo puede ser llevada a cabo por una organización terrorista, es decir, es el elemento organizativo el que confiere al terrorismo el carácter de estrategia, sin perjuicio de que no pueda ser considerado como una forma de criminalidad organizada y sometida a su mismo tratamiento jurídico...*”.¹⁰³ Es imposible de llevar a cabo, por tanto, para la profesora Villegas no es factible que la naturaleza jurídica del delito terrorista sea la de un delito individual en los términos que lo establece la LCT. En definitiva, lo que resulta menester saber es si, en la legislación chilena, la *organización delictiva* es un elemento del delito terrorista, o si, por el contrario, el delito terrorista se podría entender perfectamente como un delito individual. Que a este tipo de delito se lo considere un delito con un eminente carácter de delito colectivo a través de la organización delictiva que rodea la materialización de las conductas de los sujetos partícipes en la comisión del delito terrorista, tiene consecuencias en la naturaleza jurídica misma del delito, ya que si estamos en presencia de un ilícito de eminente carácter colectivo a través de una asociación, necesariamente su finalidad va a ser política, por tanto el delito mismo tendría ese carácter. Para el profesor Cancio, es inherente la conexión del terrorismo al de un delito con carácter colectivo, puesto que, es imposible que una persona actuando de forma individual consiga el fin

¹⁰² CANCIO. 2010. Op. cit., p. 259.

¹⁰³ VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 15.

político que se persigue con el delito terrorista, para ello necesariamente se va a tener que realizar a través de un grupo organizado.¹⁰⁴ Que el fin sea considerado como político, en caso que entendamos al delito terrorista como un delito de acción colectiva, responde también al elemento subjetivo, y para el profesor Serrano este elemento subjetivo necesariamente va orientado a la materialización de cierta ideología.¹⁰⁵

Para el caso de la legislación chilena, como adelantamos, la estructura típica del delito terrorista permite la noción de terrorismo individual, pues el elemento estructural en la conducta (la existencia de una organización) no es un elemento del tipo, de modo que podríamos reafirmar la postura de que en Chile que se sigue un modelo subjetivo respecto del delito terrorista. Lo que subyace a lo anterior es la discusión doctrinaria que tiene remisiones en la jurisprudencia respecto a la concepción misma del delito terrorista a través de su conducta, esto es, desde una visión objetiva, en la cual está el elemento estructural de la organización delictiva, y una visión subjetiva en la cual la organización delictiva, el concierto, no es una premisa necesaria para la perpetración de este tipo de delitos, sino que lo que define al mismo delito terrorista es la finalidad que persigue. Recordemos que esto se trató *supra* en 2.1. *Análisis del Art. 1° de la Ley 18.314/84 como presupuesto esencial en los delitos terroristas.*

Señalamos que la estructura típica del delito terrorista en nuestra legislación permite la existencia de un delito individual de terrorismo, puesto que el legislador pone el énfasis en el elemento subjetivo del delito, la intencionalidad que tiene el sujeto activo, y no en el elemento estructural de la tradición objetiva del delito terrorista, a saber: la asociación delictiva para la materialización del delito. Tanto es así que el legislador en el mensaje presidencial de la ley N° 20.467 nos señala que “*constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponer exigencias*”.¹⁰⁶ La remisión implícita a la tradición subjetiva del delito terrorista se hace evidente, al resaltar el legislador al elemento subjetivo del delito terrorista, y no hacer mención alguna a la organización delictiva como presupuesto necesario de este. Por otro lado, y como ya mencionamos *supra*, la misma ley se pone en la situación de que exista un solo terrorista, pues el artículo 9° en su inciso 2°(que trata sobre el desistimiento del delito y la colaboración con la justicia) se pone en el caso de que existan dos o más sujetos activos, de modo

¹⁰⁴ CANCIO. 2010. Op. cit., pp. 260-262.

¹⁰⁵ SERRANO. 2003. Op. cit., p. 359

¹⁰⁶ Historia de la Ley N°20.467. Loc. cit.

que, a contrario sensu y en atención a la redacción del artículo 9° inciso 1°, se reconoce que puede haber un único sujeto activo, más allá de la viabilidad de la colaboración de un terrorista individual, como vimos anteriormente.

De todas formas, nuestra jurisprudencia tiene una posición a lo menos cuestionadora de la literalidad del legislador en algunos de sus pronunciamientos, interesante es la resolución dictada por la Corte Suprema, conociendo de un recurso de nulidad, con fecha 29 de marzo de 2018, ROL N° 5397/2018, donde se hace remisión al elemento de asociación delictiva como elemento estructural del delito terrorista, la Ilustrísima Corte Suprema, conociendo en el libro de reforma, en el considerando décimo cuarto N° 4 señala lo siguiente: *“Otro tanto ocurre para el tribunal, en lo referido a la exigencia del elemento organizativo como estructurante del ilícito en cuestión, a la luz de lo que señala la ley, en razón de la tipificación autónoma de la figura de asociación ilícita terrorista, citando en apoyo de esta conclusión, antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.467”*¹⁰⁷.

Siguiendo con los lineamientos teóricos de la conducta que configura al delito terrorista, se hace necesario hablar de la verdadera pugna dogmática en relación a la conceptualización desde un ámbito jurídico-criminal de lo que se entiende por delito terrorista. Autores como el profesor Juan Pablo Mañalich entienden que no solo hay que hacer un análisis conceptual del delito terrorista a través de la hermenéutica, sino que, por la naturaleza misma del delito, también debe hacerse desde la fenomenología.¹⁰⁸ Mañalich nos habla que el delito terrorista está compuesto por determinados factores, y desde una perspectiva fenomenológica, el factor necesario que se vislumbra es el factor organizacional, del cual hemos tratado con anterioridad, pero que abordaremos en comunidad con otros factores que nos parecen necesarios para delimitar la concepción del delito terrorista. Si bien valoramos los catálogos de factores de terrorismo que se han hecho en la doctrina comparada, tales como el trabajo del profesor Fletcher¹⁰⁹, para el presente escrito y más precisamente para este apartado sólo nos referiremos a los que resultan a lo menos polémicos en la configuración del delito terrorista.

A continuación, haremos el ejercicio de análisis doctrinario entre los postulados de los autores que tratan de forma más extensa los factores del delito terrorista, en nuestra doctrina nacional, al menos desde una perspectiva terminológica, para lograr llegar a apreciar los elementos que presenta el delito terrorista, en la opinión de aquellos autores. Poniendo el énfasis en llegar a estos

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema. Rol 5397-2018. Armando Patricio Galaz López C/ Enrique Alfonso Guzmán Amadeo (Juan Flores Riquelme), de 13 de junio de 2018.

¹⁰⁸ MAÑALICH. 2017. Op. cit., p. 371.

¹⁰⁹ Loc. cit. El citado profesor nos habla refiriéndose a esto, indicándonos que el profesor Fletcher tenía un catálogo de 8 factores del delito terrorista: “1) el uso de violencia; 2) una cierta intencionalidad específica; 3) una cierta condición de las víctimas; 4) un cierto estatus de los hechores; 5) la invocación de una “causa justa”; 6) la existencia de una organización; 7) una cierta teatralidad; 8) la inexistencia de remordimiento”.

factores jurídico penales, como ya decíamos, no sólo a través de la hermenéutica, sino que, además, a través de la fenomenología.

2.2.3.1. La doctrina de la Profesora Myrna Villegas - El delito terrorista como delito de asociación delictiva con fines políticos

La profesora Villegas reconoce de forma explícita, que el principal problema en la tipificación del delito terrorista está la falta de *aunamiento* de criterios en función de las diferentes formas en las que se puede manifestar el delito.¹¹⁰ La profesora en comento, de forma concurrente con el preludio que hicimos en párrafos anteriores, hace alusión clara a que, el problema de la conceptualización del delito terrorista es eminentemente fenomenológico.

Villegas, al estudiar al terrorismo interno, nos señala que se puede conceptualizar desde un plano objetivo y otro subjetivo, con ciertas diferencias a lo que habíamos planteado en apartados anteriores de este escrito. Para Villegas, la conceptualización objetiva no guarda relación directa con el factor organizacional, sino que tiene que ver con la naturaleza de los medios empleados para llevar a cabo el delito.¹¹¹ La problemática que distingue la autora es que se puedan confundir delitos de carácter terrorista con delitos que se enmarquen como delitos comunes, a saber el uso de artefactos incendiarios para levantar una barricada, versus el uso de artefactos incendiarios con el sólo fin de producir un incendio. Esta visión puramente objetiva (en los términos de la profesora) empieza con la dictación de la LCT en 1984, pero acaba abruptamente con la dictación de la reforma que se lleva a cabo con la Ley N°19.029 en 1991.

En cuanto a la conceptualización subjetiva del delito terrorista, Villegas distingue 3 modelos subjetivistas del ilícito terrorista¹¹², pero para efectos de esta memoria, nos importa el seguido por nuestra legislación según la profesora: *“Aquellas que acentúan el terror o la intimidación, como finalidad en el sujeto al momento de cometer la conducta”*.¹¹³ Este modelo de perspectiva subjetiva para entender al delito terrorista ya ha sido tratada y particularizada en este escrito, donde como hemos señalado, la relevancia está en el elemento subjetivo del delito terrorista, y no en factores que se deban a las formas de llevar a cabo el ilícito (sea de lleno el factor organizacional o en lo general con la naturaleza de los medios empleados). Para la profesora Villegas, lo que determina al delito terrorista en nuestro ordenamiento jurídico es la vulneración a ciertos derechos fundamentales, a través de medios violentos y en conexión con una finalidad política. Hablamos de derechos

¹¹⁰ VILLEGAS. 2013. Op. cit., p. 1.

¹¹¹ Loc. cit.

¹¹² Loc. cit. La profesora Villegas distingue entre los siguientes modelos: aquellos que aluden a los efectos o resultados de alarma pública o intimidación que causa a la actividad terrorista; aquellos que acentúan el terror o la intimidación, como finalidad en el sujeto al momento de cometer la conducta; y aquellos que acentúan el terror y la intimidación como medio en la conducta.

¹¹³ Loc. cit.

fundamentales y no de derechos humanos, ya que ambos conceptos, al menos en lo que se desprende la tesis de Villegas, están en una relación de género-especie, donde hablar de vulneración a los derechos humanos por parte del delito terrorista resultaría tremendamente poco acertado, puesto que hay un abanico muy amplio de delitos que por su naturaleza vulneran derechos humanos. Pongamos de ejemplo, el delito común de homicidio simple, el cual evidentemente vulnera el derecho humano a la vida. La profesora Villegas lo señala de la siguiente manera: *“No obstante, a objeto de no convertir al terrorismo en un cajón de sastre de cualquier conducta, a la hora de tipificarlo en el código penal, deberá admitirse que este atentado no es a cualquier derecho humano, sino sólo a derechos humanos fundamentales”*¹¹⁴. En consideración de los derechos humanos y los derechos fundamentales, en nuestra Constitución Política, en su artículo noveno, inciso primero, se señala lo siguiente, a propósito del terrorismo: *“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”*.¹¹⁵ La profesora Villegas haciendo un análisis del artículo noveno de nuestra carta fundamental, inciso por inciso, concluye que hay cuatro consideraciones trascendentales que se desprenden del citado precepto constitucional: primero, la consagración de que el terrorismo va en contra de los derechos humanos; segundo, se le da una orden al legislador a regular las conductas terroristas por medio de una ley de quórum calificado; tercero, establecimiento de penas complementarias al delito terrorista, en concreto inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos, hasta por un plazo de 15 años y en cuarto y último lugar, privando al delito terrorista del indulto y del privilegio de la extradición al considerarlo, al menos para estos efectos como delito común¹¹⁶.

Según la profesora, en todas las menciones que hace nuestra carta fundamental al terrorismo (en el mentado artículo noveno, sumados al doceavo y al décimo séptimo) implica un reconocimiento de su carácter político, por lo que, para la profesora Villegas, uno de los factores jurídico-penales del terrorismo es su carácter político. Villegas llega a este corolario a raíz de la interpretación del inciso primero del artículo noveno de la Constitución Política, ya que según palabras de la profesora: *“Complementando esta afirmación, y yendo al origen del art. 9, la contradicción con los derechos*

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 5.

¹¹⁵ Art. 9. Constitución Política de Chile: *“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.*

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley

Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

¹¹⁶ VILLEGAS, Myrna. 2016. El terrorismo en la Constitución chilena. [en línea]. *Revista de Derecho*, 29(2): 295-319. Recuperado en: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v29n2/art14.pdf> > Consultado el: 3 de junio de 2020. P. 299.

humanos no parece apuntar al sentido clásico de las mismas (violaciones masivas y sistemáticas de derechos por parte del Estado a ciudadanos), sino más bien al atentado contra el sistema establecido, pues de otra forma no se explica el tipo de sanciones accesorias que la norma establece, todas estas se refieren a la posibilidad de participar en la vida política, económica y social, así como las suspensiones de derechos políticos."¹¹⁷ Villegas, en cuanto al fin político del delito terrorista, como factor jurídico-penal del mismo, sostiene que el terrorismo al ser un fenómeno social, necesariamente va a tener una conducta violenta que vaya encausada en propender hacia el sometimiento a una idea o propósito político. La autora llega a aseverar que el constituyente al hacer referencia al delito terrorista en relación a que no procederá el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por presidio perpetuo, reconoce el carácter político de este, y en una clara crítica a la historia de la ley N°19.027 de 1991, dice que para el constituyente el delito terrorista "...no un simple método de acción criminal"¹¹⁸.

Esto guarda gran relación con la visión que tiene la profesora respecto del delito de terrorismo individual presente en la LCT: para la profesora, el elemento estructural del terrorismo es precisamente la organización delictiva, y ahí es donde encontramos el segundo de los factores jurídico-penales presentes en la obra de Villegas en cuanto al delito terrorista: la organización delictiva.

Villegas señala que hay una clara relación de causa y efecto entre los factores anteriormente mencionados, a saber: entre el fin político que persigue el delito terrorista y el elemento organizativo del mismo. Queremos materializar la idea anterior a través de un ejemplo que la misma profesora nos propone en su aporte al anteproyecto al Código Penal del 2013, hablando acerca de las razones por las que es menester aceptar las consideraciones del elemento organizativo en el injusto penal: "*c) Las conductas que son manifestación de la simple violencia organizada que no persigue fines políticos o no alcanza resultados políticos, tales como las asociaciones ilícitas comunes.*"¹¹⁹ Para Villegas las conductas constitutivas de delitos de violencia organizada, tales como la organización ilícita se presentan como presupuesto necesario del delito terrorista, al tener este un fin político que no es loggable a través de una concepción del delito terrorista como delito individual.

¹¹⁷ VILLEGAS. 2016, El terrorismo en la Constitución chilena. Op. cit. p. 301. Villegas hace alusión a la frase utilizada en la obra del profesor Pablo Ruiz-Tagle, "*mera retórica constitucional*"

¹¹⁸ VILLEGAS. 2013. Op. cit., p. 5.

¹¹⁹ VILLEGAS. 2013. Op.cit., p. 34.

2.2.3.2. La doctrina del Profesor Juan Pablo Mañalich - El delito terrorista como estrategia de comunicación política sustentada en una proyección organizada de violencia específicamente criminal.

Existiendo distintos enfoques para conceptualizar y penalizar el terrorismo, surge la duda de cuál de estos enfoques es el ideal para construir una noción de este fenómeno. Un enfoque esencialista nos podría llevar a pensar que un atentado explosivo cualquiera podría ser considerado terrorista *per se*, sin necesidad de acreditar los elementos y características del delito en sí, cayendo en la trivialización del concepto de terrorismo al entender como sinónimos el adjetivo “terrorista” con el fenómeno con consecuencias jurídicas de “delito terrorista”. Por otro lado, un enfoque nominalista sería aquel que entiende por terrorismo lo que la ley describe como tal, dejando sin espacio para la reflexión teórica en relación al concepto y también impactando la posibilidad de una crítica de *lege ferenda*. En este entendido, el profesor Mañalich opta por adoptar un enfoque funcional para atender al fenómeno del terrorismo. Dicho enfoque funcional busca poder reconocer cuáles son los aspectos esenciales en lo que intuitivamente se entiende como terrorista, a modo de poder construir un esquema teórico articulado que ayude a regular las distintas formas de comportamiento delictivo significativos de terrorismo, con el objetivo de que esta regulación no contemple al terrorismo como delitos susceptibles de aplicación de un régimen de derecho penal de excepción, ni tampoco lo contemple como simples delitos comunes.¹²⁰

Teniendo presente que la intención del profesor Mañalich es la de identificar qué aspectos definen al terrorismo, más allá de lo que la ley diga, es que podemos distinguir inmediatamente un aspecto fundamental dentro de su tesis: “*la genuina relevancia jurídico-penal del terrorismo depende de que la criminalidad terrorista se encuentre (típicamente) configurada como criminalidad de organización*”.¹²¹ Empero, la postura del profesor en comento no implica que la organización sea la clave del fenómeno terrorista (pues, de serlo, no habría realmente un problema definicional), sin perjuicio de que sea un aspecto importante. En atención a este enfoque funcional y no esencialista es que, para cierta parte de la doctrina a nivel internacional, es posible afirmar que la utilización efectiva de la noción de terrorismo lleva a concluir que no hay ningún elemento o aspecto esencial que esté siempre presente cuando se hace referencia al concepto de terrorismo¹²², sino que es la concurrencia de diversos factores¹²³ lo que nos permite hablar de ello. Esto se contrapone a la idea, también presente en doctrina y defendida por el profesor Mañalich, de que a lo menos uno de estos factores

¹²⁰ MAÑALICH. 2017. Op. cit., pp. 369-370

¹²¹ *Ibíd.*, p. 372.

¹²² *Ibíd.*, p. 373.

¹²³ El profesor George Fletcher entrega un catálogo de factores, en relación con cita 107: Loc. cit. El citado profesor nos habla refiriéndose a esto, indicándonos que el profesor Fletcher tenía un catálogo de 8 factores del delito terrorista: “1) el uso de violencia; 2) una cierta intencionalidad específica; 3) una cierta condición de las víctimas; 4) un cierto estatus de los hechores; 5) la invocación de una “causa justa”; 6) la existencia de una organización; 7) una cierta teatralidad; 8) la inexistencia de remordimiento”.

sí es determinante en la definición de terrorismo, que este factor efectivamente es la organización, y que hablar de *delitos de terrorismo*, a la postre, implica hablar de *delitos de organización terrorista*.¹²⁴

En atención a lo expuesto, la tesis del profesor Mañalich pretende que la conceptualización se haga en base a la criminalidad terrorista en clave de *organización*, para después precisar al señalar que se debe comprender funcionalmente el terrorismo como un método, y más precisamente, como una estrategia de comunicación.¹²⁵ En el ámbito internacional, Mañalich encuentra apoyo en el profesor Cancio, pues para él, este método de comunicación es de carácter político, sea este carácter subversivo o conservativo¹²⁶. Esta noción de estrategia de comunicación de carácter político no es pacífica, pues si bien encuentra asidero en parte de la doctrina, otro sector niega que el terrorismo como estrategia de comunicación sea siempre políticamente motivado¹²⁷, en lo que -sin intención de disminuir- el profesor Mañalich denomina “terrorismo nihilista”. Sin embargo, recalca el profesor Mañalich que al señalarse que la estrategia de comunicación es de carácter político no significa que los *motivos* sean políticos, sino que la connotación política surge de la misma estrategia comunicativa consistente en la “*perpetración masiva de hechos punibles cuya característica común ha de consistir en un despliegue de violencia criminal de especial intensidad, por parte de una organización que precisamente pretenda poner en cuestión, por esa vía, la interdicción del recurso a la violencia que es definitoria de la juridicidad de la forma de vida compartida por los ciudadanos de un Estado democrático*”.¹²⁸ Así, debemos destacar que esta configuración de la noción de terrorismo descansa en la violencia para poder hacer llegar su mensaje, pero este objetivo de comunicación no debe confundirse con el animus terrorista, pues este despliegue de violencia criminal estratégicamente desarrollada se presenta objetivamente y no está fundada en la percepción de la población ni la intención de los perpetradores, alejándose del marco psicológico propio de nuestra LCT. En el contexto de la tesis del profesor Mañalich, el terrorismo sí puede presentarse con la intención de producir un temor generalizado en la población (lo que dentro de la LCT denominamos animus terrorista), en la forma de una *vis compulsiva*, pero no es determinante dentro de la conducta terrorista, pues la violencia también puede presentarse en la forma de una *vis absoluta*, en el sentido de no estar dirigida a intimidar, sino simplemente a exhibir una fuerza primordialmente expresiva.¹²⁹ Así vista, la violencia puede tener tanto un fin específico de causar temor en la población como

¹²⁴ MAÑALICH. 2017. Op. cit., p. 373

¹²⁵ *Ibid.*, p. 374.

¹²⁶ CANCIO. 2010. Op. cit., p. 111 y ss., 117 y ss., 176 y ss.

¹²⁷ TEIXEIRA, Adriano. “Was ist böse am Terrorismus?”, en *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, (2/2013), p. 74, citado por MAÑALICH. 2017. Op. cit., p. 373.

¹²⁸ CANCIO. 2010. Op. cit., p. 184. En sentido similar, VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 7 y ss., especialmente lo siguiente: “*el terrorismo aparece cuando, en un régimen democrático, [...] un grupo, tenga el poder gubernamental o esté fuera del gobierno, resuelve alcanzar un conjunto de objetivos ideológicos o políticos, empleando la violencia como estrategia de acción a través del ataque a derechos humanos fundamentales, para imponer a grupos o a toda la sociedad, sobre la base del miedo, el sometimiento a las ideas o propósitos de tal organización.*”

¹²⁹ MAÑALICH. 2017. Op. cit., p. 376.

simplemente ser una muestra de fuerza de la organización terrorista y la impotencia colectiva de la población ante ella.

Entendiendo la actividad terrorista como una táctica, el profesor Mañalich señala que ésta se caracteriza por presentar una “estructura bifocal”, compuesta por un objetivo inmediato como uno mediato. El objetivo inmediato consiste en el ejercicio de la violencia criminal contra algún grupo de personas, y a través de esta violencia se llega al objetivo mediato, consistente en obtener un efecto de sometimiento de algún otro grupo de personas. Como la finalidad de los delitos terroristas descansa en este segundo objetivo, podemos afirmar que el objetivo mediato es el objetivo estratégicamente primario.¹³⁰

Destacando el factor organizacional, ante la pregunta de la naturaleza de los delitos de asociación ilícita o de organización delictiva, el profesor Mañalich explicó que la doctrina ha entregado distintas respuestas a dicha pregunta. A saber, hay posturas que abogan por la autonomía del injusto de asociación ilícita, otras que señalan que es un delito de preparación para otros delitos, otros que dicen que consiste en un delito de peligro abstracto, y finalmente otros postulan que opera como un sistema de posiciones¹³¹, siguiendo el citado profesor la postura de que la asociación ilícita constituye un injusto punible autónomo. Sin entrar en detalles sobre esta discusión doctrinaria, lo importante en cuanto a organización terrorista es que ésta se diferencia de una asociación ilícita genérica, en cuanto un delito de organización terrorista “*exhibe un contenido de injusto congruente con el menoscabo de un bien jurídico de índole colectivo-institucional*”.¹³²

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, el artículo 2° N°e que nuestra legislación no exige típicamente la existencia de una organización. De 5¹³³ sanciona autónomamente la asociación ilícita con fines terroristas, en el entendido de este modo, entendiendo que la asociación ilícita terrorista es también un hecho punible autónomo más específico que la asociación ilícita genérica, esto implica que se reconoce que existe un concurso entre la asociación ilícita y los hechos punibles que, en el marco de la organización, se lleven efectivamente a cabo, y no es un mero concurso aparente. La naturaleza del concurso -es decir, si es un concurso real, ideal o medial- es de compleja dilucidación, aunque el profesor Mañalich se inclina por la postura de un concurso real.¹³⁴

Sintetizando lo aquí reseñado, para el profesor Mañalich el terrorismo necesariamente debe ir acompañado del factor organizacional, pues es éste el que permite que se puedan cumplir los fines

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 378.

¹³¹ *Ibíd.*, pp. 382-399.

¹³² *Ibíd.*, p. 405.

¹³³ “Artículo 2°.- *Constituirán delitos terroristas, cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior: [...] 5.- La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°.*”

¹³⁴ MAÑALICH. 2017. *Op. cit.*, p. 402.

propios de las conductas terroristas, léase presentar la estrategia comunicacional que caracteriza al terrorismo, de modo tal que el profesor Mañalich considera que no es factible la presencia de un terrorista individual.¹³⁵ Prestando atención a la forma en que está descrita en nuestra legislación, al cometer el delito de asociación ilícita terrorista (al no hacerse alguna mención especial en relación a los jefes, provocadores, auxiliares de la forma que lo hace nuestro Código Penal entre los artículos 292 y 295 bis), cada uno de los sujetos activos será imputado el delito terrorista a título de autoría directa¹³⁶. Esto se entiende en virtud de la categoría de delito en que se encuentra la asociación ilícita, la de delito de convergencia, de modo tal que los autores están en una situación de “autoría paralela” (*Nebentäterschaft*).¹³⁷ Procederemos a explicar brevemente las consecuencias de considerar al delito de asociación ilícita terrorista como un delito de convergencia.

Los delitos de convergencia se enmarcan dentro de la categorización de delitos en virtud del sujeto activo, en los cuales podemos distinguir tipos penales relacionados al número de sujetos que deben participar en el delito, de manera mínima, necesaria y tipológicamente exigida: delitos unisubjetivos (individuales) y plurisubjetivos (más de una persona). En atención a lo señalado, podemos entender los delitos plurisubjetivos como aquellos en que la pluralidad de sujetos activos del delito es exigida por el tipo, de tal modo que, sin la presencia de esta pluralidad, es imposible hablar de la comisión del delito.¹³⁸ Así también lo ha entendido la doctrina, aunque no hay consenso en cómo realmente denominar a esta categoría de delitos: hay quienes lo denominan como delitos de concurrencia necesaria¹³⁹ (en contraposición a concurrencia eventual) o concurso necesario¹⁴⁰, pero todos haciendo énfasis en la exigencia típica de la participación de más de un sujeto activo.

Cuando se hace referencia a la participación de una pluralidad de sujetos activos, hay que hacer la debida distinción con los delitos de participación necesaria, en los que también hay una pluralidad de sujetos involucrados en el delito, pero no todos son susceptibles de persecución penal ya que uno de los involucrados en el delito es el titular del bien jurídico protegido por el tipo.¹⁴¹ Esto ocurre, por ejemplo, en los tipos de tortura o violación, en los que necesariamente debe existir más de una persona en la realización del delito (léase, el sujeto pasivo y, al menos, un sujeto activo). La diferencia es trascendental debido a que la participación necesaria sólo se refiere a los tipos penales cuya realización requiere la concurrencia de una pluralidad personas en un delito, mientras que la

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 372. El profesor Mañalich señala que se han esgrimido argumentos a favor de la “posibilidad teórica” de un fenómeno de terrorismo individual, aunque esta postura va acompañada de la afirmación de su inexistencia “en la realidad”.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 391.

¹³⁷ *Loc. cit.*

¹³⁸ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. 2010. *Derecho Penal: Parte general*. 8° edición. Valencia, España: Tirant lo Blanch. P. 259.; en el mismo sentido, NOVOA MONREAL, Eduardo. 1985. *Curso de derecho penal chileno: parte general*. Tomo II, 2° ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, p. 172; GARRIDO MONTT. 2003. *Op. cit.*, p. 257.

¹³⁹ CURY URZÚA. 2005. *Op. cit.*, p. 584

¹⁴⁰ NOVOA MONREAL, *loc. cit.*

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *loc. cit.*

noción de delitos plurisubjetivos se reserva para los tipos en que la misma pluralidad de personas se traduce en una pluralidad de sujetos activos, la que debe estar señalada expresamente en el tipo penal.¹⁴² Hay, entonces, entre la participación necesaria y los delitos plurisubjetivos una relación de género y especie¹⁴³, en cuanto el último es un hipónimo del primero.

Así visto, en las clasificaciones de delitos, encontramos los delitos clasificados en base al sujeto de la acción, bajamos hacia los tipos penales relacionados al número de sujetos que deben participar en el delito, y descendemos hasta encontrarnos con los delitos de participación necesaria, dentro de estos los delitos plurisubjetivos. Esta escala puede seguir siendo expandida hasta llegar a nuestro punto de interés: los delitos plurisubjetivos se pueden subclasificar, incluso más, para encontrar los delitos de convergencia y los delitos de encuentro, o también conocidos como delitos plurisubjetivos unilaterales y bilaterales, respectivamente.

La distinción entre ambos ilícitos se da en la dirección en que fluyen las voluntades de los distintos sujetos activos involucrados en la comisión del delito. Así, en los delitos de convergencia, las voluntades de los distintos sujetos activos actúan de manera homogénea y convergente hacia un mismo objetivo común, propiciando así la realización del delito, mientras que en los delitos de encuentro o plurisubjetivos bilaterales, los sujetos activos que participan en un mismo delito llevan a cabo conductas distintas o heterogéneas, pero de manera complementaria y con miras a un objetivo común.¹⁴⁴ A modo de ejemplo, en los delitos de convergencia podemos encontrar de manera paradigmática la asociación ilícita de los artículos 292 y ss. del Código Penal, la rebelión a mano armada del artículo 121 del Código Penal, y el incesto del artículo 375 del Código Penal. Por otro lado, en los delitos de encuentro podemos encontrar como ejemplos los delitos de duelo del artículo 404 y ss. del Código Penal, y los delitos de cohecho de los artículos 248 y ss. del Código Penal.

Como señalamos previamente, hay que hacer notar que la diferencia toma importancia en cuanto a saber quién es responsable y debe ser perseguido por la comisión del ilícito. La autoría en los ilícitos de convergencia y de encuentro es crucial, debido a que resulta ser una decisión que el legislador toma consciente y deliberadamente. En tema de autoría, no podemos confundir los delitos plurisubjetivos con la codelincuencia. Como ya ha sido explicado, en los primeros la pluralidad de personas es un elemento del tipo, pluralidad sin la cual es imposible configurar el ilícito, mientras que en la codelincuencia el delito es cometido por varias personas sin ser esta pluralidad una

¹⁴² ESPINOZA RAMOS, Álvaro. 2018. Razones dogmáticas que justifican y solucionan la controversia sobre la punibilidad del “cómplice” interesado en el delito de tráfico de influencias. [en línea]. *Vox Juris*, 36(2): 121-137. Recuperado en: < <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1310/pdf10> > Consultado el: 10 de junio de 2020. P. 132.

¹⁴³ Loc. cit.

¹⁴⁴ CURY URZÚA. 2005. P. 584.

exigencia del tipo (como, por ejemplo, un homicidio llevado a cabo por dos personas).¹⁴⁵ Así vistos, ha de entenderse que en los delitos plurisubjetivos, la participación en la ejecución de los hechos prohibidos es expresamente sancionada y a la vez exigida por el legislador, pero encuentra límites: la punibilidad en cada ilícito en concreto ha de verse en la configuración de la norma que contiene el tipo.

En este sentido, no siempre todos los partícipes de un delito plurisubjetivo son sancionados¹⁴⁶, ya que lo que la norma prevé no es la punibilidad de todos los participantes, sino que sólo exige la pluralidad de sujetos activos. Ejemplos de tipos que no sancionan a todos los sujetos activos involucrados en un delito plurisubjetivo son, en el caso de los delitos de convergencia, la sodomía entre hombre adulto y hombre menor adulto (artículo 365 del Código Penal) y, en el caso de los delitos de encuentro, la promoción o facilitación de la prostitución (artículo 367, inciso primero). Así visto, es difícil entregar una regla general que pueda ser aplicada a todos los delitos plurisubjetivos, en cuanto resulta ser más eficiente observar a cada caso en particular para obtener una respuesta.¹⁴⁷

Finalmente, queda hablar respecto a la autoría en específico de los delitos de convergencia. Como adelantamos *supra*, cuando se ha verificado que ha participado una pluralidad de personas en la comisión de un delito plurisubjetivo, éste se tiene por configurado por cada uno de los sujetos activos de manera individual, no siendo considerados autores coautores en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal, sino que siendo derechamente autores cada uno por separado, cada uno llevando a cabo un ilícito individualmente reconocible, de manera que se debe reconocer que la relación entre la pluralidad de sujetos activos como autores es de una “autoría paralela” (*Nebentäterschaft*)¹⁴⁸ de la que hablaba el profesor Mañalich. Es de absoluta relevancia mencionar que, en esta categoría de delitos, el concurso de dos personas actuando como sujetos activos, siendo que la pluralidad es exigida por el tipo, “no cuenta la teoría de la participación, puesto que el mandato típico de ellos los reclama”¹⁴⁹, reforzando la noción de que todos los sujetos activos que se involucren son considerados como autores y no algunos como cómplices. Esto, sin perjuicio de que para partícipes que se muevan fuera de la conducta que configura el ilícito se aplique la teoría general de la participación, en el sentido de que no es necesario disponer de tipos penales expresos para los sujetos no autores que contribuyen a la realización del delito plurisubjetivo. Es decir, y en lo que compete a esta tesis en relación al delito de organización terrorista, sí puede existir complicidad,

¹⁴⁵ CARRASCO ANDRINO, María del Mar. 2002. Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria. Granada, España: Ed. Comares. P. 57 y p. 76.

¹⁴⁶ CURY URZÚA. 2005. P. 584.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 585

¹⁴⁸ EROSHKINA, Natalia. 2012. *Die organisationsbezogene Beteiligung im Strafrecht*. Berlín, Alemania: Duncker & Humblot. Pp. 44 y ss., citada en MAÑALICH. 2017. *Op. cit.*, p. 391.

¹⁴⁹ LOZANO MANEIRO, Amparo. 1998. La autoría y la participación en el delito: Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano desde la perspectiva de un Derecho común europeo. Tesis doctoral. Madrid, España: Facultad de Derecho Universidad Complutense. P. 40.

instigación y encubrimiento en los delitos plurisubjetivos, sólo que, para ser considerado como tal, la participación debe ser sólo auxiliar y accesoria.

Ahora bien, y relacionado a lo anterior es que, en cuanto al análisis jurisprudencial de los factores jurídico-penales del delito terrorista en la jurisprudencia nacional, en palabras de la profesora Villegas, hay un *antes* y *después* de la promulgación de la ley N° 19.027 en 1991, en cuanto al criterio del juez para construir este tipo penal.

Habiendo ya expuesto las distintas posturas doctrinarias existentes en Chile respecto del terrorismo, procederemos a analizar la jurisprudencia de la aplicación de la LCT en Chile, distinguiendo en primera parte entre la aplicación de la LCT durante la dictadura militar hasta el retorno de la democracia, para después analizar la aplicación de la LCT entre dicho retorno hasta la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, y finalmente entre la entrada en vigencia de la reforma hasta el año 2017, guiados principalmente por el trabajo de la profesora Myrna Villegas, pues muchas de las sentencias no se encuentran digitalizadas y, por tanto, se encuentran fuera de acceso. En atención a lo que señala la profesora Myrna, dividiremos el análisis jurisprudencial en tres períodos claramente distinguibles: la LCT hasta la llegada de la democracia, el período intermedio entre el retorno a la democracia y la reforma procesal penal, y desde dicha reforma hasta el año 2017¹⁵⁰.

2.2.3.3. La jurisprudencia sentada en el período comprendido entre los años 1984 y 1991

Indudablemente en Chile existe un antes y un después de iniciada la transición democrática, por lo que se hace menester revisar cómo fue la aplicación de la LCT en los primeros años de su vigencia, cuando aún no se llevaban a cabo las modificaciones que la tienen como está hoy en día.

Durante la dictadura, el principal elemento utilizado para considerar una conducta como terrorista era la pertenencia del sujeto activo a una organización política contraria al régimen militar, que era considerada, por ello, una asociación ilícita terrorista¹⁵¹, a pesar de que, como hemos señalado varias veces anteriormente, no existe una exigencia típica de organización. Los delitos que tienen mayor relevancia durante esta época son, precisamente, el delito de asociación terrorista, delito por el cual varios miembros del Frente Patriótico Manuel Rodríguez (en adelante, “**FPMR**”) y del Movimiento Juvenil Lautaro fueron condenados¹⁵². En efecto, desde la promulgación de la LCT y hasta mediados de la década de los 90, esta ley fue aplicada a integrantes de grupos armados que eran contrarios a la dictadura. Esto tiene especial importancia, pues la “criminalidad terrorista” tiene un

¹⁵⁰ VILLEGAS. 2018. Op. cit., p. 502.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 516

¹⁵² *Ibíd.*, p. 506.

claro común denominador, que es la oposición consciente al sistema imperante, siendo todas estas manifestaciones de algún modo resistencias al biopoder del Estado, todos “discrepan de un sistema basado en la productividad y la industria extractivista, así como de su transnacionalización”.¹⁵³

Durante esta época se llevan a cabo varios de los casos emblemáticos de terrorismo no estatal, como el atentado a Pinochet y el asalto al retén Los Queñes, y también casos de terrorismo proveniente del Estado, como el caso de los profesores degollados, pero que fueron juzgados con posterioridad a las modificaciones de la ley 19.027, por lo que procederemos a revisarlos en el siguiente apartado.

A modo de síntesis, la consideración de la ideología marxista-leninista fue utilizada varias veces como sinónimo de terrorismo¹⁵⁴, siendo este elemento de pertenencia a la asociación ilícita terrorista el principal aspecto a considerar en el juzgamiento de estos hechos. Así, es posible afirmar que “el objetivo político-criminal de la ley N°18.314 fue proscribir definitivamente las ideologías de izquierda”.¹⁵⁵

2.2.3.4. La doctrina sentada en el período comprendido entre 1991 y la entrada en vigencia de la reforma procesal penal

Como señalamos previamente, varios casos emblemáticos de conductas terroristas fueron perpetrados durante la época inicial de vigencia de la LCT, pero que fueron juzgados con posterioridad a la reforma de la ley 19.027. Esta reforma tiene especial importancia para el juzgamiento de los hechos, pues, como veremos, los tribunales optan por no aplicar la normativa antiterrorista.

En efecto, a partir de 1991, se niega el carácter terrorista tanto en casos de violencia del Estado como en los casos de violencia insurgente¹⁵⁶, tanto así que los razonamientos de los fallos que resuelven estos casos emblemáticos son compartidos entre las sentencias, equiparándose de este modo la violencia proveniente del Estado, “violencia de opresión”, con la violencia surgida de estos grupos contrarios al régimen militar, “violencia de emancipación”.¹⁵⁷

En estos casos, los tribunales optaron por no aplicar la LCT en su texto original ni la LCT modificada por la ley 19.027. En los casos del atentado a Pinochet y el asalto al retén Los Queñes (hechos ocurridos entre 1986 y 1988), la Corte de Apelaciones de San Miguel señaló para desestimar la calificación terrorista que no era posible aplicar las penas previstas en la ley 19.027, pues esta

¹⁵³ *Ibíd.*, pp. 509-510.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 527.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 504.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 516.

¹⁵⁷ *Loc. cit.*

reforma habría añadido un nuevo requisito tipológico, un elemento subjetivo inexistente en la época en que se llevaron a cabo las conductas, y tampoco sería aplicable en virtud del principio de retroactividad pro reo, pues al modificar los tipos penales como las normas para determinar su penalidad, la ley 19.027 produce una derogación orgánica de la normativa legal al no disponer que dicha reforma no afectaría los procesos en tramitación¹⁵⁸. Específicamente hablando del caso del atentado a Pinochet, se evade la discusión de fondo acerca del carácter terrorista al ampararse en principios generales relativos a la aplicación de la ley más favorable al reo, siendo la reforma de la ley 19.027 inaplicable por introducir nuevos elementos a los tipos penales, y la redacción original de la LCT también siendo inaplicable por ser más desfavorable¹⁵⁹.

Por otro lado, en el caso Degollados, del análisis comparativo entre la LCT y la reforma de la ley 19.028, la Corte de Apelaciones de Santiago concluye que los hechos no pueden quedar comprendidos dentro de la LCT a pesar de sí haber sido perpetrados durante su vigencia. Esto en virtud de que el artículo 21 de la ley 19.027 no modifica realmente la LCT, sino que crea nuevos delitos, exigiendo requisitos de orden subjetivo que la redacción original de la LCT no contemplaba, de modo tal que el tipo penal por el cual se pretendía juzgar había desaparecido, y con el tipo penal también desaparece la correspondiente sanción. Todo esto sin perjuicio de que los hechos delictivos no fueron eliminados por la reforma de la LCT, de forma que, no existiendo la posibilidad de aplicar la regulación especial de la LCT pero existiendo aún los hechos delictivos, la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que regían plenamente las normas de carácter general del Código Penal¹⁶⁰.

Desde otro enfoque, también llama la atención que organizaciones que eran consideradas como “movimientos emancipatorios” pasaron de un momento a otro a ser organizaciones terroristas. Esto suele explicarse porque en los casos de hechos ocurridos antes de 1991 y cuya sentencia es posterior a la reforma de la ley 19.027, la calificación de asociación ilícita terrorista se descarta, considerándolos como partidas militarmente organizadas, según los términos del artículo 8° de la ley 17.798 sobre control de armas. En cambio, cuando estos hechos susceptibles de ser sancionados por la LCT ocurren después de 1991, siempre será considerado como asociación terrorista, por ejemplo, en el caso del FPMR. Esto se puede observar claramente en el asesinato al senador Guzmán, en el secuestro de Cristián Edwards (hijo del director del diario El Mercurio), y el robo al banco Concepción. Se considera como terrorista incluso a pesar de que los delitos cometidos son comunes.¹⁶¹

En el caso del asesinato al senador Guzmán, se señaló que el FPMR perseguía como fin último alterar el orden constitucional y asumir el poder total de la República por la vía armada,

¹⁵⁸ Loc. cit.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p. 528

¹⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 516-517.

¹⁶¹ *Ibíd.*, pp. 517-518

buscando sembrar el caos y amedrentar a las autoridades legítimamente establecidas, con el fin de inhibirlas en el desempeño de sus cargos. Por otro lado, en el asalto al banco Concepción, “*se dio por establecida la asociación ilícita FPMR de inspiración Marxista-Leninista, destinada a alcanzar el poder por medio de la fuerza y la lucha armada, la que para lograr sus objetivos mediatos e inmediatos cometieron delitos de diversa gravedad y naturaleza [...] Esta asociación ilícita, de acuerdo con la descripción de sus fines y actividades, resulta comprendida en el artículo 1° y 2° n°5 de la ley n° 18.314, modificada por la ley n° 19.027, toda vez que se ha constituido por la comisión de actos terroristas*”¹⁶².

Conforme a lo expuesto de la doctrina de la profesora Myrna Villegas, el argumento utilizado para determinar si la asociación era terrorista o no fue el carácter político de la asociación y el contar con una estructura para llevar a cabo operaciones armadas.¹⁶³ Efectivamente, para probar la finalidad de causar temor en la población, se toma en especial consideración la dimensión de la asociación, como también que ella tenga por objeto la comisión de delitos terroristas¹⁶⁴, aunque llama la atención que en el caso Guzmán se haga referencia al accionar en general del FPMR, al contexto en que se llevó a cabo el atentado, y en otros fallos al concreto delito cometido en el marco de la asociación, sin haber claridad respecto a si todos estos delitos deberían ser delitos terroristas o no, pues se ha considerado terrorista la organización cuando los delitos cometidos eran delitos comunes.¹⁶⁵ Incluso, se llega a señalar por parte de los tribunales militares que lo importante respecto de la asociación ilícita terrorista es que la sanción recaerá sobre quienes forman parte activa de la organización, descartándose la sanción por militancia pasiva.¹⁶⁶

Es de importancia destacar que la mayoría de los fallos posteriores a 1991 se refieren a atentados explosivos perpetrados por miembros del FPMR y/o del MJL, en circunstancias que la finalidad terrorista era presumida, pues, como revisamos, hasta antes de la reforma de la ley 20.467 del año 2010 existía una presunción simplemente legal de dicha finalidad al utilizar medios explosivos.¹⁶⁷ Esta circunstancia se encontraba normalmente satisfecha sin que mediara mayores pruebas, llegando en algunos casos a considerarse que respecto de ciertos hechos “es evidente” que produce la finalidad de causar temor en la población, como en el caso de un atentado al ferrocarril metropolitano, hecho investigado en conjunto con un atentado a una sede del partido Renovación Nacional. En este caso, el tribunal señaló que “*se actuó evidentemente con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctimas de este tipo de delitos, por*

¹⁶² Sentencia del Ministro en Visita Extraordinaria Juan Araya. Rol 3.557-1992. vs. Muñoz Hoffman, de 28 de enero de 1993, Considerando 2°. Ver en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v13n25/0718-3399-politcrim-13-25-00501.pdf>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.

¹⁶³ VILLEGAS. 2018. Op. cit., p. 519.

¹⁶⁴ Loc. cit.

¹⁶⁵ Ibid., p. 519

¹⁶⁶ Ibid., p. 518

¹⁶⁷ Ibid., p. 523

*el solo hecho de haber utilizado los artefactos explosivos”.*¹⁶⁸ Esto no es uniforme en la jurisprudencia, pues en otros casos se atiende a la idoneidad del medio para causar temor. Esto se da, por ejemplo, en el caso del atentado a la embajada de EE.UU., en que se señala que *“no cualquier medio es idóneo para causar temor en la población, y por ello si bien califica como terrorista la colocación de artefacto explosivo en la embajada de Estados Unidos, porque el artefacto era idóneo, desestima tal calificación para la amenaza terrorista toda vez que ella no era verosímil, pues la carta-bomba enviada, en verdad no contenía explosivo”.*¹⁶⁹

Conforme a este último caso y en atención a lo que señalábamos respecto de la violencia de Estado en este mismo apartado, se presenta la discusión sobre si es posible o no castigar los actos del Estado desde el punto de vista interno. La jurisprudencia chilena hasta este punto no había sancionado actos de terrorismo cometidos por agentes del Estado en dictadura. Sin embargo, una vez producido el retorno a la democracia, existe un caso dudoso: el caso de Lenin Guardia y su asesor López Candia, condenados por delito de terrorismo en 2001. Lenin era un ex informante de la Policía de Investigaciones cuando, junto a su asesor, hicieron un envío de un artefacto explosivo a la embajada de EE.UU., circunstancia calificada como terrorista y por la cual fueron condenados. También participaron del envío de una carta-bomba a un abogado conocido, hecho calificado como delito común al no poder probarse la verosimilitud de las amenazas terroristas (pues lo enviado no contenía explosivos), siendo condenados por ese hecho. Finalmente, también tuvo participación en la colocación de un yogurt envenenado en un supermercado, hecho por el cual fueron absueltos. Según las declaraciones de López Candia (asesor de Lenin Guardia), *“todo era ‘una operación simulada’ que le había ordenado Lenin Guardia, para reactivar investigaciones por terrorismo, que se habían visto mermadas en el último tiempo, y así ayudar al entonces Director General de la Policía de Investigaciones quien ‘pretendía convertirse en la máxima autoridad de inteligencia del país y así acceder en el futuro a algún cargo público relevante, como el de Director de Gendarmería, de Seguridad Pública o de la futura Agencia Nacional de Inteligencia ANI’”*¹⁷⁰. Sin embargo, durante el transcurso del proceso no se pudo acreditar que la operación haya sido ordenada por la Policía de Investigaciones, por lo que se sentenció que la responsabilidad era exclusiva de los acusados, y que los atentados eran parte del *“proyecto asumido por ambos procesados, de dar consistencia y credibilidad a sus informes de inteligencia, manteniendo engañados a la autoridad policial y política, y así recibir periódicamente los pagos que ya estaban percibiendo”*, transformándose por este modo en *“terroristas por afán de lucro”*.¹⁷¹ Teniendo lo anterior presente, nunca han sido

¹⁶⁸ Sentencia del 15° Juzgado del Crimen de Santiago, Rol 89.049. vs. Hidalgo Barrientos, de 31 de mayo 1993. Considerando 4°.

¹⁶⁹ Sentencia del Ministro en Visita Extraordinaria Jorge Zepeda. Rol 71.093-2001, vs. Guardia, L. y López Candia, H. de 23 de septiembre de 2002, Considerando 6°.

¹⁷⁰ Sentencia Ministro en Visita Extraordinaria (Sr. Jorge Zepeda) de 23.09.2002, Rol 71.093-2001. Considerando sexto.

¹⁷¹ Sentencia de Ministro en Visita Extraordinaria (Sr. Jorge Zepeda) de 23.09.2002, Rol 71.093-2001, considerando décimo octavo, letra d).

condenados por esta ley los terroristas de Estado, pudiendo serlo por hechos ocurridos con posterioridad a 1984 y que fueron enjuiciados durante democracia. Sólo en el caso de los profesores degollados la sentencia de primera instancia condenó a los policías involucrados como autores del delito de homicidio terrorista, pero dicha calificación fue desestimada por las Corte de Apelaciones y Suprema, finalmente condenándolos por delito común.¹⁷²

Con el comienzo de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal a la vuelta del milenio, comienza a haber una mayor depuración en el análisis del tipo terrorista, con el objetivo de esclarecer sus elementos. Como veremos en la sección siguiente, con la reforma procesal penal existen varios cambios en la aplicación de la ley, los que revisaremos ahora.

2.2.3.5. La jurisprudencia sentada en el período comprendido entre la entrada en vigencia de la reforma procesal penal hasta el año 2017

Vale mencionar en este apartado una estadística importante: de un universo de 69 fallos entre 1984 y 2016, hay un total de 25 condenados por delitos de terrorismo, 51 condenas por delito común y 57 absoluciones. De ellas, se registran 9 condenados post reforma procesal penal, 13 condenas por delito común y 46 absoluciones. De esta información, si a los nueve condenados post reforma procesal penal le restamos las siete condenas que fueron anuladas por la CIDH en el caso Norín Catrimán vs. Chile (caso que veremos *in extenso* más adelante), podemos afirmar la "*existencia de solo dos sentencias condenatorias, pero asociadas a una misma persona: un informante de la policía en casos de terrorismo en la Araucanía*"¹⁷³. Por otro lado, respecto del año 2017, "11 imputados fueron absueltos, dicha sentencia anulada y en curso el segundo juicio oral, encontrándose pendiente presentación del recurso de nulidad, 3 se encuentran desde hace varios meses en juicio oral, 4 están a la espera de juicio oral y 8 imputados formalizados. Es decir 26 imputados por delitos de terrorismo, de ellos 23 son mapuche."¹⁷⁴ Es en base a esta estadística que podemos afirmar que desde 2002 en adelante y hasta ahora, la aplicación de la LCT ha sido contra mapuche, y finalizando la década del 2000, también contra grupos anarquistas y antisistémicos¹⁷⁵. En este sentido, los delitos de mayor frecuencia son los incendios terroristas (principalmente en la Araucanía) y la detonación de artefactos explosivos.

Es de suma importancia precisar que jamás se ha podido acreditar la existencia de una asociación ilícita terrorista.¹⁷⁶ En distintas oportunidades se ha intentado obtener una condena por este delito para los integrantes de la Coordinadora Arauco Malleco (en adelante, "CAM"), siendo

¹⁷² VILLEGAS. 2018. P. 509

¹⁷³ *Ibíd.*, pp. 507-508

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 508 (énfasis agregado por los autores).

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 506

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p. 521 y ss.

siempre desestimada esta calificación, e incluso la de asociación ilícita común. En efecto, en la sentencia de la primera vez que se les juzgó por este delito, el tribunal señala lo siguiente: *“La lógica indica que, para la magnitud de la tarea que se habría propuesto la CAM, la independencia del pueblo mapuche con un territorio autónomo, era más que necesario que contara con los medios económicos, el armamento y la estructura jerarquizada verticalmente, que permitieran tal logro [...] no se encontraron más armas que una escopeta hechiza -en poder de una persona distinta de los enjuiciados-, y dos extintores supuestamente destinados a utilizarse como artefactos explosivos; quienes incentivaban a los miembros de las comunidades les habrían dicho debían llevar, para defenderse de los Carabineros, palos, boleadoras, piedras, herramientas agrícolas, y botellas y combustible para armar bombas molotov; es efectivo que el fuego por sí solo puede constituir un arma letal que causa estrago, y para encenderlo basta un fósforo, pero no puede ser el único elemento bélico con que se cuente para una guerra separatista. [...] resulta evidente que el perfil de “asociación ilícita terrorista” que le otorgó el Capitán Zavinovic excede totalmente la definición que puede darse del grupo del que formaban parte los seis acusados en este juicio”*¹⁷⁷. Por otro lado, en una segunda ocasión en que miembros de la CAM fueron juzgados por este delito, fue en base a un atentado a un fiscal del Ministerio Público en la VIII región el año 2008, el tribunal nuevamente desestimó la calificación terrorista para la CAM, por falta de evidencia.¹⁷⁸

En efecto, después de la reforma procesal penal, el único fallo en que existe condena es en el denominado “Caso Peaje Quino”, caso en que el imputado finalmente resultó ser colaborador de las policías. En el caso, la juez encargada de la causa señaló que, en base a los antecedentes recopilados, las conductas (ilícitos con armas de fuego, corte de árboles para interrumpir el tránsito, robo en el peaje, quema de camiones, entre otros hechos) ocasionaron daños a un peaje y cometieron delitos de robo, con el propósito de demandar reivindicaciones sociales relacionadas al conflicto mapuche, con ello ocasionando gran temor a las víctimas y a toda la población. La defensa, en este caso, alegaba que los hechos de la acusación eran delitos comunes y no terroristas, fue desestimada, en cuando el tribunal consideró que “la totalidad de los delitos cometidos se ejecutaron con el claro objetivo de causar temor a la población y no con el objetivo de obtener un resultado particular respecto de cada uno de ellos”¹⁷⁹. Es importante destacar que en este fallo, que reiteramos es el único en que existe una condena por el delito de asociación ilícita terrorista, no se hizo esfuerzo alguno en diferenciar la exigencia del animus terrorista como elemento del tipo, y el resultado de la actividad, siendo, en realidad, confundidos: la sentencia señala que la asociación es terrorista porque “los delitos que se cometieron tienen carácter terrorista desde que produjeron como resultado el temor”, y luego

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. RIT 080-2004, RUC 0200142499-0, de 27 de julio de 2005. vs. Troncoso Robles, P. y otros, considerando 11°.

¹⁷⁸ VILLEGAS. 2018. Op. cit., pp. 521-522.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 522.

se indica que son terroristas porque tenían la finalidad de causar temor.¹⁸⁰ Como ya hemos señalado *supra*, lo relevante dentro del elemento subjetivo propio del delito terrorista no es el efecto que se causa en la población, sino en la *intención* de querer causar dicho efecto. Llama la atención que en este mismo caso, todos los integrantes del grupo en el que el imputado supuestamente participaba fueron acusados por los mismos hechos, pero el Ministerio Público terminó acusando por delitos comunes en vez de los delitos terroristas que se habían señalado en la formalización de la investigación, y finalmente fueron todos absueltos por falta de participación, es decir, “*el único condenado por asociación ilícita terrorista en nuestro país post reforma procesal penal, lo fue de una asociación terrorista que conformó solo*”¹⁸¹, lo que claramente es ilógico.

Como señalábamos anteriormente, la jurisprudencia experimentó una evolución desde el comienzo de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal: se comenzó a analizar con mayor profundidad el tipo establecido en la LCT, para poder establecer de manera más clara cuáles son sus elementos. Completamente vital para ese desarrollo fue el caso Pitronello, en el cual “*comienza a advertirse que lo que el tipo de la LCT exige no es el resultado de temor o alarma, sino la finalidad del sujeto de causar temor, esto es, algo que está en su fuero interno, y que no puede evidenciarse fácilmente*”.¹⁸² En otra arista, en el denominado “caso Bombas”, el tribunal encargado de resolver el caso citó un fallo de la Corte Suprema para desestimar la calificación terrorista, pues un delito de carácter terrorista supone “*una intencionalidad que supere el hecho criminal de que se sirve para lograr el terror colectivo, que infunda por sí solo, el temor en un conglomerado social que presienta vehementemente que a partir de ese momento la tranquilidad de su vida queda aniquilada*”. Ambos casos sirven de base para el pronunciamiento de más sentencias, en la que podemos destacar dos fallos en base a la colocación de artefactos explosivos.

El primero de ellos¹⁸³ hace alusión al art. 9 de la CPR, acogiendo el concepto constitucional de terrorismo como atentado contra los DD.HH., como situación que pone en peligro la seguridad de las personas, y el socavamiento de instituciones democráticas. En este entendido, el fallo considera que el medio utilizado es inidóneo para poder atentar contra estas figuras que señalamos debido a su bajo poder explosivo, de modo que no fue posible tener por acreditada la finalidad de causar temor. En efecto, el tribunal de manera expresa señala que “[los artefactos caseros] *no pueden denominarse bombas, ya que esa designación corresponde sólo a los aparatos de fabricación industrial*”¹⁸⁴. Por

¹⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 522-523.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 523.

¹⁸² Sentencia del 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC: 0700277303-6, RIT: 138-2011. vs. Fuentes Aliaga, G.y otros, de 13 de julio de 2012. Considerando 17°.

¹⁸³ Sentencia del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC: 1101243950-6, RIT 45-2013, v/s Hans Niemayer, de 12 de julio de 2013.

¹⁸⁴ VILLEGAS. 2018. *Op cit.*, p. 526.

otra parte, este fallo también distingue de manera expresa el elemento subjetivo especial de la LCT (el “animus terrorista”) y el resultado de alarma que produce el acto.

El segundo de estos fallos¹⁸⁵, consistente a un ataque de retén de carabineros con resultado de lesiones a uniformados, contiene un análisis incluso más detallado y completo, al punto en que se establece como necesaria la existencia de un dolo directo respecto de la finalidad de causar temor, a modo de descartar la posibilidad de condenar por dolo eventual. Al respecto y de manera concreta, citando al profesor Hernández (cuya obra en este tema revisaremos *infra*), señala que “*la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctimas 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*”, de modo tal que “*los elementos subjetivos del tipo responden al esquema de exigencias del llamado dolo directo de primer grado o intención, esto es, con total preeminencia del elemento volitivo por sobre el cognoscitivo*”.¹⁸⁶

Esto es de especial relevancia cuando consideramos otros factores dentro de la criminalidad terrorista, por ejemplo, el móvil político o la ideología de los sujetos activos. En el ya citado caso Pitronello, el tribunal correctamente afirma que “*la invocación de la ideología del acusado como parte de los factores a considerar para dar por probado el carácter de los hechos que se atribuyen, constituye una argumentación inadmisibile conforme a los términos de la misma ley y contrario a un ordenamiento jurídico que sanciona conductas, mas no ideas ni formas de ser, ya que supone atender y estigmatizar tales líneas de pensamiento*”¹⁸⁷. Este fallo es sumamente relevante, pues marcó una tendencia para el futuro. En efecto, para el caso Bombas, el tribunal competente argumentó que “*el discurso político, ideológico, cultural, social, económico, histórico y de cualquier naturaleza, es inocuo y atípico desde el punto de vista del Derecho Penal, en tanto discurso. Sólo la debida materialización de actos que pongan en marcha la ejecución de un hecho típico hará punible la acción*”.¹⁸⁸ De esta forma, podemos concluir que para configurar un delito terrorista no basta que el sujeto activo esté cargado ideológicamente, sino que sus conductas tienen que cumplir con lo establecido en el artículo 1° de manera indubitable, sin que se pueda presumir por el discurso.

En general, es posible afirmar que después del 2005 no se registran condenas por terrorismo (salvo el caso del informante de policías sancionado por asociación ilícita terrorista), pues el desarrollo del análisis tipológico de los tribunales respecto de la normativa de la LCT ha entendido que ante un tipo penal amplio como el de la LCT con una fuerte carga psicologizante, es difícil obtener una condena sin transgredir el principio de legalidad¹⁸⁹. En efecto, en el mediático caso

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto. RUC: 1300145684-3, RIT: 24-2014. vs. Montoya. de 15 de junio de 2014.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, considerando 17°.

¹⁸⁷ VILLEGAS. 2018. Op. cit., p. 530.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 531.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 533.

Luchsinger Mackay se juzgó a un machi por hechos diversos: un incendio terrorista en el cual se consideró que no participó, por lo que fue absuelto, y otro incendio que fue considerado delito común. La razón de la diferencia está en la presencia de un testigo en el primer caso, el que afirma que los sujetos presentes en la escena del incendio decían “que querían tierras y armas, “que se trataba de un atentado mapuche, “y que querían ver a los huincas arrodillados frente a ellos”, lo que fue suficiente para el tribunal para afirmar la existencia del elemento subjetivo, mientras que en el otro caso no pudo determinarse pues no hubo testigos y sólo existía un detenido, que hizo uso de su derecho a guardar silencio¹⁹⁰.

Estando presente el tema de los testigos, es importante señalar que un aspecto bastante discutido y polémico de la aplicación de la LCT post reforma procesal penal es el uso de testigos con reserva de identidad. Sin entrar en detalles en esta sección (pues será revisado con profundidad en el capítulo siguiente), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “**CIDH**”) en el caso Norín Catrimán no condena el hecho de utilizar este tipo de testigos, pero señala que deben presentarse en juicio siempre y cuando exista control judicial, se respeten los principios de necesidad y oportunidad, sea verdaderamente una medida excepcional, y se verifique una situación de riesgo¹⁹¹, prohibiendo expresamente fundamentar una condena basada solamente en el testimonio de un testigo con reserva de identidad, pues esto vulnera el derecho a contrainterrogar. El mencionado caso anterior, nos habla de una errónea interpretación de la ley, lesionando principios procesales tales como el debido proceso, la rotura del principio de legalidad, y la vulneración de los derechos fundamentales de los imputados, como lo es el derecho a la defensa. En un resumen efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del caso que se ventila en estos párrafos, se sostiene que se responsabiliza al Estado Chileno “*por la violación del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, así como por la violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley y del derecho a la libertad personal*”.¹⁹² Respecto del principio de legalidad, la **CIDH** nos dice que tratándose del delito terrorista, hay una necesidad de distinguir entre el tipo penal de terrorismo y los demás tipos penales ordinarios “*de forma que tanto cada persona como el juez penal cuenten con suficientes elementos jurídicos para prever si una conducta es sancionable bajo uno u otro tipo penal*”.¹⁹³ Además, la Corte nos señala que en el artículo primero de la LCT, había una presunción del elemento subjetivo del tipo estableciendo que “*se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que constara*

¹⁹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Chile, Rol: 6247-2014. vs. C. Córdova, de 12 de mayo de 2014. Considerando 21°.

¹⁹¹ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. 2015. Caso “Norín Catrimán y otros contra Chile”: Prueba de los hechos de terrorismo según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, SCIDH de 29.05.2014. (cap. 8, 447-460). En: VARGAS PINTO, Tatiana (Dir.). Casos destacados Derecho Penal parte general. Santiago, Chile: Thomson Reuters. Pp. 445-460, p.452.

¹⁹² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros vs Chile. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de mayo de 2014. p. 1

¹⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Op.cit. p. 3.

lo contrario”, cuando el delito se cometiera a través de los medios expresamente indicados por el legislador. La Corte en función de esto concluía que “...la referida presunción de que existía tal intención cuando se daban determinados elementos objetivos (entre ellos “el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios”) era violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención, y asimismo de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de la misma”.¹⁹⁴ Esta conclusión recordemos que se trataba de un análisis que hizo la **CIDH** con anterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones efectuadas por la ley N° 20.647 de 2010, donde se termina de una vez con dicha presunción presente en el tipo terrorista. Respecto de la presunción que contenía el tipo penal con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley de 2010, es correcto sostener que fue aplicada para los autos en análisis en estos párrafos, y su aplicación viola los principios de legalidad y a la presunción de inocencia contenidos en los artículos 9 y 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

En cuanto al principio de igualdad, es menester decir que la Corte hace alusión al artículo 1.1 de la Convención Americana, en cuanto a “...la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”.¹⁹⁵ Protegiendo el origen étnico de las personas, proscribiendo cualquier norma, acto o práctica, tanto de autoridades públicas como de particulares. Tocamos el principio de igualdad, ya que en las alegaciones que se hicieron por parte de la defensa de los imputados, se afirmaba una tendencia a la aplicación de la LCT a personas con un origen étnico Mapuche. La Corte en ese sentido considero que “...con fundamento en la información aportada, era posible constatar que en una mayoría de causas entre el 2000 y el 2013 se ha invocado dicha ley contra miembros del Pueblo indígena Mapuche: de las 19 causas en que se formalizó la investigación penal bajo la Ley Antiterrorista, en 12 de ellas los imputados eran de origen mapuche o se relacionan con reivindicaciones de tierras de dicho pueblo”.¹⁹⁶ De todas formas, categóricamente la Corte considera que el Estado Chileno no hizo un uso arbitrario, que vulnerara el principio de igualdad en la aplicación de la LCT en el periodo de tiempo mencionado. Esto en razón que no fueron aportados los antecedentes necesarios para corroborar tal aseveración.

La anulación del fallo en comento para nosotros gravita principalmente, como ya expresamos con anterioridad en el asunto procesal del derecho que tiene la defensa de los imputados a interrogar a los testigos presentados por la contraparte (el Ministerio Público en este caso). La situación de indefensión donde los abogados defensores de los imputados no pueden tomar testimonio de ciertos testigos se produjo para los autos en cuestión, puesto que hubo una reserva de la identidad en algunos testigos que imposibilitó la toma de preguntas relacionadas por parte de la defensa. La Corte

¹⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Op.cit. p. 4.

¹⁹⁵ Loc. cit.

¹⁹⁶ VILLEGAS. 2018. Op. cit., p. 505.

consideró que se debe hacer una ponderación entre los bienes jurídicos que se contraponen: El derecho a la defensa por parte de los imputados que se ve vulnerado al su defensa no poder interrogar a ciertos testigos con reserva de identidad, y los derechos propios de integridad del testigo que puede estar en riesgo. El trabajo del juez cree la Corte no debe terminar en esta ponderación, sino que, en caso que proceda la rendición de prueba testimonial con una reserva de identidad de uno o más testigos, la decisión judicial respecto del fondo del asunto, no puede gravitar exclusivamente o casi exclusivamente en la prueba testimonial con la reserva en cuestión.

En relación al trabajo de la **CIDH**, y su función de protección de los derechos fundamentales de las personas (imputados por lo general) en procesos judiciales de Estados pertenecientes a la Organización de Estados Americanos, no es baladí exponer la importancia de este organismo en la jurisprudencia nacional respecto de la punición del delito terrorista. Como bien nos dice la profesora Villegas, el número de condenados por delitos terroristas en Chile es de 9, post reforma procesal penal, pero si quitamos los que obtuvieron la nulidad de su fallo a través de la **CIDH**, solo quedan dos condenados.¹⁹⁷ es más, de las dos sentencias condenatorias no anuladas a través de la **CIDH**, es solo una persona física la condenada en ambas sentencias, un informante de la policía en casos de terrorismo en la Araucanía.¹⁹⁸

En síntesis, las cifras relativas a delitos terroristas revelan que la mayor utilidad que presenta la LCT es la de poder llevar a cabo la etapa investigativa del proceso penal atendiendo a un estatuto de garantías restringidos por la LCT y nuestra CPR, sin que necesariamente estos procesos finalmente se condigan con la imputación de delitos terroristas, es decir, suele utilizarse más como una herramienta procesal para mayor facilidad de investigación que para perseguir las penas agravadas que la LCT contempla¹⁹⁹.

2.2.4. Elemento subjetivo

Si bien el presente tópico se ha tratado de forma pretérita, dada su importancia en la normativa terrorista de nuestro ordenamiento jurídico, se hace menester dedicarle un apartado propio, pormenorizando y tratando *in extenso* tanto la evolución que ha tenido como el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del que ha sido objeto.

El elemento subjetivo presente en la LCT, mencionado como ya hemos dicho, en su artículo primero cómo: “...cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una

¹⁹⁷ VILLEGAS. 2018. Op. cit., p. 507.

¹⁹⁸ VILLEGAS. 2018. Op. cit., p. 508. En relación con Sentencia del Juzgado de Garantía de Victoria. RIT 1134-2009/ RUC 0900969218-2. vs Castro Antipán, R. (Caso Peaje Quino), de 22 octubre de 2010. Sentencia del Juzgado de Garantía de Temuco. R.U.C.: 0900697670-8 R.I.T.: 5748 - 2009 v/s Castro Antipán, R, de 14 septiembre de 2012.

¹⁹⁹ VILLEGAS. 2018. Op. cit., p. 533

parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie... ”. Este extracto del inciso primero del artículo 1 de la citada ley, ha sido objeto de una construcción legislativa importante en el tiempo de vigencia de la ley. Si bien esta evolución ya ha sido tratada a nivel supra en esta memoria, en los siguientes párrafos además de hacer hincapié en esta, se desarrollará la presencia de lo que la doctrina entiende como un doble elemento subjetivo dentro del delito terrorista: Uno propio de la configuración interna del delito (que es el elemento volitivo presente en todo delito) y otra, el cual ya ha sido tratada, el elemento subjetivo propio de los delitos terroristas según la normativa de la LCT.²⁰⁰

2.2.4.1 Análisis de la doctrina nacional del elemento subjetivo de la LCT.

Lo primero es entender que el elemento subjetivo de la LCT, es diferente al elemento volitivo presente en los delitos: El dolo. Todo delito tiene ciertas exigencias objetivas, dentro de las cuales está la existencia del dolo. Los profesores Politoff, Matus y Ramírez, al hablar del elemento subjetivo del tipo penal señalan que son *“motivaciones o finalidades del autor que deben comprobarse antes de afirmar la tipicidad del hecho”*.²⁰¹ Estas motivaciones como señalamos van más allá de la configuración objetiva del delito. Para el caso del elemento subjetivo del delito terrorista, esta motivación por parte del o los autores se caracteriza por la intencionalidad de producir un temor justificado en la población o en una parte de ella. Lo que tenemos que tener claro es que, este elemento subjetivo no es lo mismo que el dolo, presupuesto necesario para la comisión de un delito propiamente tal. El profesor Héctor Hernández respecto de este elemento subjetivo contenido en la LCT, sostiene que no es necesario que con la conducta del sujeto activo provoque efectivamente el temor en la población, basta *“...sólo la persecución del mismo le confiere a la conducta el carácter de delito terrorista”*.²⁰²

Ahora bien, en cuanto al elemento volitivo presente en el delito terrorista, distinto como venimos sosteniendo del elemento subjetivo que configura al delito terrorista como un *delito especial*, es correcto señalar que el dolo necesario para cumplir con el tipo objetivo del delito es un dolo de grado primario o directo, este es el que *“existe cuando la realización del hecho típico es precisamente el objetivo que el hechor quiere lograr. Lo que persigue el autor es la acción típica”*.²⁰³ De forma monista, podríamos sostener que lo buscado por el sujeto activo es la realización del tipo penal. El sujeto por tanto actúa teniendo como *telos* provocar el daño, y el daño que sea previsible

²⁰⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. 2011. Alcances de la ley N°18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad. (pt. 4, pp. 53-60). En: CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes en derecho: doctrina procesal penal 2010. [en línea]. Santiago, Chile: Ed. Atenas. Recuperado en: < <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/86f83c3415c972c838f5a2884e630b66.pdf> > Consultado el: 1 de junio de 2020, pp. 53 y ss.

²⁰¹ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. 2004. Op. cit., p. 191.

²⁰² HERNÁNDEZ. 2011. Op. cit. p. 57.

²⁰³ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. 2004. Op. cit., p. 275.

por este le será atribuible a través de un juicio normativo llamado responsabilidad. El profesor Hernández nos señala respecto de la clasificación entre dolo eventual y dolo directo y el delito terrorista que: *“La consecuencia indudable del reconocimiento del elemento subjetivo es que la caracterización como delito terrorista no es posible cuando respecto de ese eventual efecto de temor en la población se obra sólo con dolo eventual”*.²⁰⁴ Respecto del dolo eventual, elemento volitivo que se aleja del delito terrorista como ya hemos visto, resulta correcto sostener que se trata del tipo de dolo en el cual el sujeto *“habiéndose representado la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, acepta en su voluntad esa alternativa para el caso de que se realice”*²⁰⁵. Por lo que, en caso que el sujeto activo del delito terrorista no haya actuado conscientemente con el propósito de producir temor en la población o en una parte de esta, aun cuando sí se provoque esto en lo fáctico, no es posible aplicar el tipo penal puesto que, no se configura el elemento volitivo como presupuesto para la configuración objetiva del delito. Lo que predomina por tanto no son los efectos que se consiguen con la conducta del sujeto si no que, la intención que tenía éste al momento de actuar.

Esta dualidad del elemento subjetivo, presenta serias trabas probatorias, ya que, no solo se debería probar que el sujeto activo conoce el efecto de su acción, el causar temor justificado en la población o en una parte de ella, sino que, además hay que probar que ese era el efecto perseguido por el autor. La profesora Villegas, señala en relación al iter probatorio de este elemento subjetivo que hay un problema de *“psicologización”*, al tener que caer el objeto de la prueba en el fuero interno del sujeto activo²⁰⁶. Para Villegas, este problema probatorio se solucionaría reconociendo la finalidad política en el delito terrorista, asignando el carácter de medio de la conducta a la producción de temor justificado en la población o en una parte de ella.²⁰⁷ El profesor Héctor Hernández sostiene que a la muy dificultosa aplicación del tipo legal especial en estudio, se podría corregir a través de la delimitación material del fin que persigue la norma antiterrorista, de la siguiente forma: *“Si el propósito relevante para la ley chilena fuera la alteración del orden público o de la tranquilidad o paz pública, el atentado contra la autoridad o el poder estatal o, en fin, la subversión del orden constitucional, probablemente los desafíos que impone el elemento subjetivo del tipo serían más abordables”*²⁰⁸. El problema para el profesor Hernández sería tener una finalidad *ideológicamente neutra* ya que iría en contra de las actividades de los grupos y asociaciones delictivas que materializan los delitos terroristas.

²⁰⁴ HERNÁNDEZ. 2011. Op. cit. p. 57.

²⁰⁵ CURY. 2005. Op. cit., p. 317.

²⁰⁶ VILLEGAS. 2016, Contribuciones. Op. cit., p. 149, pp. 156-157.

²⁰⁷ Este tema se profundizará en el capítulo 4. *Análisis crítico de las propuestas de modificación a la normativa antiterrorista en los diversos proyectos de nuevo Código Penal.*

²⁰⁸ HERNÁNDEZ. 2010. Op. cit., p. 58

El problema tal parece, a ojos de la doctrina nacional, es la *vaguedad* en la que incurre el legislador en materia terrorista, al fijar el elemento subjetivo, que categoriza al delito terrorista. Nos parece atinente hacer la comparativa entre el sujeto activo de un delito común, y el de un delito terrorista, ya que, en el primero ante todo, se persigue el anonimato del ilícito (siendo el fin del delito mismo muy diverso, tal como el sacar provecho económico en el caso del hurto) versus el segundo, donde se busca la publicidad como finalidad inmediata.²⁰⁹ Al ser esta publicidad parte del tipo subjetivo al ser necesaria para llegar a infundir el terror en la población o en una parte de ella, la prueba del delito terrorista se hace extremadamente onerosa. La alternativa que parece jurídicamente más segura es la de delimitar y materializar como veníamos diciendo este elemento subjetivo, en figuras tales como: subversión al orden público, ataque a la institucionalidad o incluso, alteraciones en el orden democrático. Tal parece que, la razón para que el legislador nacional haya dejado con un carácter políticamente tan *neutro* al delito terrorista a través de un elemento subjetivo tan ambiguo es para, desconocer los beneficios que tienen los delitos de esta naturaleza (Se les priva como señalamos a nivel supra, del beneficio del indulto y la extradición activa).

2.2.4.2. Análisis de la jurisprudencia nacional del elemento subjetivo de la LCT

En este apartado, nos abocaremos al estudio jurisprudencial de la problemática probatoria que ha tenido la configuración del elemento subjetivo en los términos de la LCT, esto es, a través de una despolitización del delito terrorista. Lo que para el profesor Hernández es la carga política *neutra* de este tipo de delitos, y lo que para la profesora Villegas es la *psicologización* del mismo.

En primer lugar, analizaremos un precedente judicial importante, la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, individualizada con el Rol N° 2384-2012, del 19 de noviembre de 2012, vs. Luciano Pitronello. En los presentes autos, el Ministerio Público, calificó como delito terrorista, la colocación de artefacto explosivo causando daños a la propiedad, por parte del imputado.

En su considerando vigésimo primero, la Corte dice en relación al juez de primera instancia lo siguiente: “*no logró comprobarse la concurrencia de los datos que hagan posible dar por cierta la concurrencia del elemento subjetivo del tipo que define para este caso la aplicación del artículo 2 N° 4 de la Ley 18.314, esto es, que la parte acusadora no demostró que la finalidad del imputado fuera la de producir en la población o en una parte de la el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, fundándose para ello en que ni la naturaleza del artefacto utilizado, ni las circunstancias de su utilización y ni los efectos obtenidos hacen factible arribar a esa conclusión fáctica*”. Como vemos, la prueba en este caso se hace excesivamente onerosa para el Ministerio

²⁰⁹ Loc. cit.

Público, la Corte en la parte resolutive de este fallo, el Ministro Llanos, agregando para el rechazo de los recursos sostiene en su numeral primero, coincidiendo con el razonamiento del juez de primera instancia que: *“...En efecto –y como se consigna en el voto de mayoría de esta Corte- la ley en comento, desde su primera modificación trascendente en 1991 (Ley 19.027), consagró en su Art. 1º, como elemento esencial de los delitos terroristas, uno de carácter subjetivo (propósito de causar un temor justificado en la población o en una parte de ella, de verse expuesta o de ser víctimas de delitos de gravedad)...”* y continúa en el mismo numeral de la siguiente forma: *“...deben corresponderse con los hechos expresamente descritos en el Art. 2º; pero ausente aquella finalidad, los elementos objetivos no pueden ser sancionados conforme a la aludida ley, sino únicamente conforme a otras leyes penales, comunes o especiales, de ser constitutivas tales conductas (desprovistas del elemento subjetivo señalado) de los tipos que éstas últimas describen...”*.

El resultado del recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, fue evidentemente el rechazo del mismo, con el voto en contra de la Ministra Ranavales. Si bien es un voto minoritario dentro de la sentencia judicial en comento, nos resulta interesante para los fines perseguidos en este apartado, analizar someramente también los razonamientos de la Ministra, que en el numeral décimo de su argumentación, nos expone lo siguiente en relación al elemento subjetivo que se le añade a la conducta del delito terrorista: *“Con todo, al incluir la descripción legal un elemento subjetivo en el tipo, que apunta a la finalidad del autor, ciertamente lo que cabe es indagar y abordar aquellos extremos que tengan relación con la existencia de ideas que puedan actuar como soporte para explicar las conductas asentadas. Entenderlo de otro modo dejaría definitivamente sin aplicación un delito que se define por la finalidad del autor.”* La Ministra, sostiene de forma implícita la primacía del análisis del fuero interno del sujeto activo, acentuando el objeto de la prueba en *“ideas que puedan actuar como soporte para explicar las conductas asentadas”*, es evidente que no habría una pugna con la decisión mayoritaria para estos autos. El quiebre que realiza la Ministra es en cuanto al denominado *“delito de autor”* a partir de lo sostenido en el considerando Vigésimo de la sentencia recurrida, en la que el juez de primera instancia sostiene que: *“Por último, la reforma de la ley 18.314, a través de la ley 20.467 tuvo como una de sus motivaciones fundamentales eliminar de su texto, cualquier referencia a categorías propias del Derecho Penal de autor, de acuerdo a lo que se ha referido precedentemente”*. La Ministra nos señala que lo anterior era coherente con la supresión del inciso segundo del artículo 3 bis de la LCT, que abre la posibilidad de incrementar la pena a partir de la mayor probabilidad de reiteración en la comisión de nuevos delitos, en función de antecedentes de personalidad del imputado y en ningún caso tiene relación con el elemento subjetivo del delito penal.

El segundo fallo que analizaremos a la luz de la dificultad en el iter probatorio del elemento subjetivo es el fallo de la Excelentísima Corte Suprema conociendo de un recurso de nulidad,

individualizado con el Rol 5397-2018, de fecha 29 de marzo 2018, que en su considerando décimo séptimo, hablando sobre la finalidad terrorista, nos señalan los ministros, que es el elemento esencial del delito terrorista en nuestra legislación, y radica *“exclusivamente en el propósito de causar un temor justificado en la población o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima de delitos de gravedad”*. En el mismo considerando, la Corte hace alusión al delito que sirve de base o sustrato y a la importancia que tiene el elemento subjetivo en la configuración del delito terrorista, y en lo concreto, se habla de las dificultades probatorias que tiene el sentenciador a la hora de aplicar el tipo penal, argumenta nuestro máximo tribunal de la siguiente manera: *“En esos términos, reconducir la finalidad tantas veces citada a la protección de bienes jurídicos distintos de los tenidos en cuenta expresamente para legislar escapa del margen de actuación del sentenciador”*. Esta multiplicidad de bienes jurídicos distintos a los tenidos en cuenta al legislar se produce, en definitiva, por el sentido ambiguo del que venimos hablando del elemento subjetivo del tipo penal, misma ambigüedad que, por tanto, hace de extrema onerosidad su prueba. También queda señalar que, en su considerando décimo octavo, el sentenciador siguiendo su línea apegada a la ley, haciendo caso omiso de la *lege ferenda* que se ha desarrollado en la doctrina en los últimos tiempos, de la que hemos venido hablando en apartados anteriores, y de la cual haremos un desarrollo a cabalidad en el Capítulo 4 *“Análisis crítico de las propuestas de modificación a la normativa antiterrorista en los diversos proyectos de nuevo Código Penal”*. nos señala que el elemento organizativo, para autos como los presentes no tienen significación tal como la que alega el recurrente: *“Que por las mismas razones [en relación a la finalidad en el delito terrorista, del considerando anterior] no resulta atendible la pretensión referida al llamado elemento organizativo del delito que se revisa, ya que de la descripción que la Ley 18.314 realiza del delito aparece que cualquiera persona, independiente de su investidura y pertenencia o no a un grupo organizado, puede incurrir en las conductas descritas siempre que esté presente el elemento subjetivo tantas veces citado”*.²¹⁰ Resultando por tanto, suficiente para la existencia del delito terrorista la existencia del elemento subjetivo, con prescindencia de uno de los factores jurídico-penales que veníamos estudiando, tan importante como lo es el factor organizacional.

2.3. Conclusiones del análisis tipológico de la Ley 18.314/84

Se hace propicio cerrar este capítulo con una síntesis del análisis tipológico efectuado de la LCT, a fin de resaltar el valor de las ideas centrales del capítulo en estudio.

²¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema. Rol 5397-2018. Armando Patricio Galaz López C/ Enrique Alfonso Guzmán Amadeo (Juan Flores Riquelme), de 13 de junio de 2018. Ver en: <https://es.scribd.com/document/454890728/Causa-n%C2%BA-5397-2018-Nulidad-Resolucion-n%C2%BA-42-de-Corte-Suprema-Sala-Segunda-Penal-de-13-de-Junio-de-2018-vLex>. Consultado el 24 de septiembre de 2020. El paréntesis es agregado por los autores.

En primer lugar, toca hablar de la primacía casi absoluta, que tiene el elemento subjetivo en la determinación del delito penal, reconocido como venimos diciendo por el legislador y materializado en el sentenciador. Nos parece atinente reconocer un antecedente jurisprudencial, individualizado con el Rol 5397-2018, conocido por nuestra Excelentísima Corte Suprema, del cual su importancia es basta al tratar de forma expresa, el reconocimiento de la importancia del elemento subjetivo, la problemática que tiene el sentenciador a la hora de construir el delito penal, y la aparente necesidad que existe en nuestro Derecho de llevar a lo fáctico la *lege ferenda* construida por nuestra doctrina.

En relación a lo anterior, en especial al elemento probatorio, es que tenemos otro de los hitos analizados del tipo penal presente en la LCT, este es, la dificultad probatoria que tiene el Ministerio Público, o el querellante en determinados casos de demostrar la configuración del delito terrorista, al residir el sustrato del elemento subjetivo de la LCT en el fuero interno del sujeto activo, algo que es a todas luces de extrema complejidad demostrar. El elemento subjetivo viene a ser además la finalidad de la conducta del tipo penal, la cual es el provocar un temor justificado en la población o en una parte de ella, finalidad que en lo abstracto y difuso que es nuestro legislador en la redacción del artículo primero de la LCT, reside como veníamos diciendo por entero en el fuero interno del hechor.

Respecto de los factores jurídico-políticos que configuran el delito penal, está en evidencia que el elemento subjetivo es el predominante, pero nuestra doctrina ha construido abundante *lege ferenda* en consideración del factor organizacional, como presupuesto necesario en algunos casos o como elemento distintivo en otros, del delito penal. Se analizó a propósito de la conducta del tipo penal, la opinión de los profesores Juan Pablo Mañalich, quien sostiene que el factor organizacional es uno de los factores más importantes del terrorismo, analizándolo siempre en base a la existencia de una organización detrás, y de la profesora Myrna Villegas quien afirma que el factor de la organización delictiva en el delito terrorista está dado por la finalidad de este: Una finalidad de carácter político o ideológico.

Finalmente, se nos hace importante destacar, de forma somera, los cambios de paradigma jurisprudencial a raíz de la dictación de la Ley N°19.027 de 1991 y de la reforma procesal penal entre los años 2000-2005. El principal cambio que ocurre durante la transición a la democracia es la consideración de que ciertos grupos, otrora considerados movimientos emancipatorios, pasan a ser considerados como organizaciones terroristas, al mismo tiempo en que se obvia la figura del terrorismo de Estado en favor de una defensa férrea del orden constitucional. Llama la atención esto pues estas organizaciones de izquierda que cometieron dichos hechos delictivos cometidos durante la entrada en vigencia de la LCT hasta su reforma en 1991 no eran consideradas como organizaciones

terroristas (como en el caso del atentado a Pinochet), mientras que con posterioridad a 1991, incluso a meses de diferencia entre una sentencia y otra, sí fueron considerados como terroristas.

Por otro lado, la principal diferencia que podemos observar en la aplicación de la LCT post reforma procesal penal es el mayor análisis a los elementos del tipo, en conjunto con la aplicación indiscriminada a la criminalidad asociada al conflicto territorial mapuche, incluso no existiendo sentencias por delitos terroristas. La aplicación de la LCT en este último período, como dijimos *supra*, ha sido especialmente dirigida a obtener una reducción a las garantías procesales de los imputados, más que para obtener una sentencia condenatoria de delito terroristas. La profesora Myrna Villegas señala de manera clarísima que *“tanto las cifras de condenas reales, dos entre 2000 y 2016, y ambas contra una misma persona (un ex colaborador de las policías), así como los razonamientos judiciales ya latamente comentados, nos conducen a pensar que el derecho penal sustantivo y procesal común es el camino adecuado para sancionar las conductas que en nuestro país hoy se investigan bajo la calificación terrorista”*²¹¹. Adelantamos en esta sección que una postura similar es la de los autores de este escrito, la que sustentaremos con más detalles tras analizar el ámbito internacional y los diversos anteproyectos de Código Penal.

3. Normas que incriminan conductas terroristas en el derecho comparado

3.1. Normas Comunitarias

A la hora de hablar de terrorismo en la realidad jurídica que se da en Europa, es correcto hacer presente que el fenómeno del terrorismo se vincula con la seguridad, no sólo de los ciudadanos de este continente, sino, además, producto de ser este continente el favorito para los turistas en las últimas décadas.²¹² Esto ha llevado a una labor legislativa abundante, en aras de proteger la estabilidad democrática de los estados pertenecientes a la Unión Europea y también la libre circulación de las personas por ese continente, protegiendo la seguridad individual, siendo este uno de los bienes jurídicos que se ven vulnerados por el terrorismo. La labor legislativa individual de los Estados no es suficiente para hacer frente a este fenómeno jurídico-social, de modo que deben sistematizarse los esfuerzos individuales a través de políticas colectivas, tales como lo es la creación y funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “**TJUE**”).

La seguridad internacional ha sido uno de los ejes centrales en las políticas desplegadas por la Unión Europea. Esto se hace explícito en el artículo 3 numeral segundo del Tratado de la Unión

²¹¹ VILLEGAS. 2018. Op. cit., p. 544

²¹² STATISTA. 2012. El turismo en el mundo. [en línea]. Recuperado en: < [83](https://es.statista.com/temas/3612/el-turismo-en-el-mundo/#:~:text=En%202018%2C%20seg%C3%BAAn%20datos%20de,parte%20de%20la%20poblaci%C3%B3n%20mundial.> Consultado el: 29 de agosto de 2020.</p></div><div data-bbox=)

Europea (en adelante, “TUE”): “2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.²¹³ Es por la libre circulación de las personas que se debe crear un ambiente propenso para fortalecer no sólo las libertades individuales, sino también actividades económicas tan importantes como lo es el turismo. Para llevar a cabo esta misión, se crea en el año 1986 el espacio común europeo mediante el Acta Única Europea, teniendo como uno de los objetivos principales la lucha contra el terrorismo. Sin ir más lejos, en el apartado de “Declaración general” en los artículos 13 al 19, se sostiene que “Ninguna de estas disposiciones afectad al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países, así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y el tráfico de obras de arte y antigüedades”.²¹⁴ Vemos que hay una jerarquía de valores, dentro de los que se encuentra la lucha del terrorismo, que se antepone incluso al Acta misma. Por ello, el terrorismo como principio antagonista es uno de los ejes centrales de la Unión Europea y es uno de los principios a los cuales se tienen que subsumir y adecuar las normativas venideras en función de lo señalado en estos artículos del Acta Única.

Debemos entender que, en el Derecho comunitario, la lucha contra el terrorismo se da de forma colectiva e intergubernamental de forma sistemática desde 1999 con el Tratado de Ámsterdam, fijándose normas en sus “Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal”, para intentar dar cumplimiento y “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia”²¹⁵. Para cumplir estos objetivos se establecerán normas que versen sobre los elementos constitutivos de ciertos delitos tales como el delito terrorista. Para lograr lo anterior, el Tratado de Ámsterdam establece una comunitarización de la competencia para proscribir al delito terrorista, en especial en el título IV del tratado que versa sobre “Visas, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libertad de circulación de personas”. Vanesa Peidro Cid, en su “La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea: evolución reciente”, en relación al hecho de comunizar ciertas competencias para sancionar el delito terrorista, nos señala que “A pesar de estas innovaciones, los Estados conservan una parte importante de las competencias en materia antiterrorista ya que siguen existiendo el segundo pilar, que contiene la política de defensa y seguridad, así como el tercer pilar, que contiene las políticas relacionadas con el espacio de libertad,

²¹³ Declaración general. Sobre los artículos 13 a 19 del Acta Única Europea. [Publicado en: BOE N°158. 3 de julio de 1987]. Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a519205f-924a-4978-96a2-b9af8a598b85.0005.02/DOC_1&format=PDF>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.

²¹⁴ Loc. cit.

²¹⁵ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos. [Publicado en: Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas 2 de octubre de 1997]. Recuperado en: <<https://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.

seguridad y justicia".²¹⁶ Si bien estas materias están regidas por las leyes internas de los estados pertenecientes a la Unión Europea, hay un control de competencia a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante de las potestades que tiene el Consejo.²¹⁷

Respecto de la esfera de atribuciones que tiene el TJUE, y en resumidas cuentas la importancia que tiene este órgano en cuestiones tales como la lucha contra el terrorismo, lo vemos graficado por medio de sus decisiones judiciales. De especial relevancia es la sentencia del 14 de marzo de 2017, en el asunto C-158/14²¹⁸, en la cual el tribunal conoce sobre un grupo subversivo que se enfrentaba de forma armada al legítimo gobierno de Sri Lanka. Al grupo subversivo en cuestión les resultaba aplicable el reglamento sancionatorio *Sanctieregeling terrorisme*²¹⁹. Lo que condenó el tribunal de La Haya fue que los acusados habían captado dinero para su grupo subversivo, llamado "*Tigres para la Liberación de la Patria Tamil*", lo que contravenía al reglamento 2580 de 2001.²²⁰

El tribunal, pronunciándose en la sentencia, resuelve dos cosas. Primero, un asunto de carácter previo, en relación al recurso de anulación interpuesto ante el Tribunal General, del cual la importancia gravita más en el derecho procesal. Como esta materia no es del todo atinente a esta memoria, no profundizaremos este asunto previo. En segundo lugar, el tribunal se refiere al Reglamento antidumping 2849/92 del Consejo de 28 de septiembre de 1992²²¹, del cual el profesor Valles Cavia nos señala respecto de la Sentencia del TJUE en comentario que "*El TJUE consideró en su sentencia que las disposiciones de este Reglamento que imponían un derecho antidumping particular a los productos fabricados por Nachi Fujikoshi afectaban directa e individualmente a Nachi Europe, pero que «un importador de estos productos, como Nachi Europe, que sin lugar a dudas disponía de un derecho de recurso ante el Tribunal de Primera Instancia para obtener la anulación del derecho antidumping sobre estos productos, pero que no lo ejercitó, no puede invocar posteriormente la invalidez de este derecho antidumping ante un órgano jurisdiccional nacional»*".²²² Esto es atinente en relación al cuestionamiento de la Decisión Marco 2002/475/JAI, cuerpo normativo que en su considerando (2), efectuado por el Consejo de la Unión Europea, que declara "*El terrorismo constituye una de las violaciones más graves de estos principios. La Declaración de La Gomera, adoptada en la reunión del Consejo informal de 14 de octubre de 1995, afirmó que el*

²¹⁶ PEIDRO CID, Vanesa. 2005. La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea: evolución reciente. [en línea]. *Revista de estudios internacionales de la Universidad de Chile*, (151): 5-21. Recuperado en: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1376212> > Consultado el: 27 de agosto de 2020. P. 7

²¹⁷ Loc. cit.

²¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. C-158/14, A y otros. de 14 de marzo de 2017. EU:C:2017:202.

²¹⁹ VALLES CAVIA, José Antonio. 2017. El concepto de acto terrorista y el comportamiento de fuerzas armadas durante un conflicto armado: comentario de la sentencia TJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, asunto C-158/14. [en línea]. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (57): 689-707. Recuperado en: < <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.09> > Consultado el: 2 de septiembre de 2020. P. 693.

²²⁰ Ibid., p. 695

²²¹ Ibid., p. 698

²²² Loc. cit.

terrorismo constituye una amenaza para la democracia, para el libre ejercicio de los derechos humanos y para el desarrollo económico y social".²²³ En su artículo primero, hace una enumeración taxativa pero amplia de conductas que deben ser consideradas como delitos terroristas. Ahora bien, para los hechos que ocupan al tribunal en la dictación de la sentencia en comento, no quedan configurados dentro del artículo uno, *a priori*. Sin ir más lejos, en el considerando (11) se excluyen de la tipificación como delitos terroristas a *“las actividades de las fuerzas armadas en período de conflicto armado, en el sentido de estos términos en Derecho internacional humanitario, que se rigen por dicho Derecho, ni las actividades de las fuerzas armadas de un Estado en el ejercicio de sus funciones oficiales en la medida en que se rigen por otras normas de Derecho internacional”*.²²⁴ Lo que se buscó fue tipificar los hechos descritos de forma somera para este caso, a través de dos figuras normativas complementarias a la Decisión Marco 2002/475/JAI. Hablamos de La Posición Común 2001/931 y el Reglamento 2580/2001, teniendo ambos objetivos disímiles a la Decisión Marco. El TJUE concluye que el considerando 11 de la Decisión Marco mentada con anterioridad, no es pertinente *“para interpretar el concepto de «acto terrorista» en el sentido de la Posición Común 2001/931 o del Reglamento 2580/2001, en la medida en que lo único que se pretendía con aquel era «aclarar los límites del ámbito de aplicación de esa Decisión Marco»*.”²²⁵

Un asunto de suma importancia que podemos desprender del antecedente jurisprudencial anterior es respecto del concepto de delito terrorista. El tribunal, en su punto 49, nos señala que los hechos que son motivo de este asunto, si se les considera como delitos cometidos por fuerzas armadas en periodo de conflicto armado, guardan relación con el concepto de *“acto terrorista”* contenido en artículo 1, apartado 3, de la Posición Común 2001/931, y del concepto de *“delito de terrorismo”* contenida en el artículo 1, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/475²²⁶. Siguiendo con lo anterior, en el punto 98 de la resolución judicial en comento, señala que *“en el sentido del Derecho internacional humanitario, constituyan «actos terroristas», en el sentido de dichos actos de la Unión, el hecho de que las actividades de la organización LTTE puedan constituir tales actividades no afecta a la validez del Reglamento de Ejecución N° 610/2010 ni a los actos de la Unión anteriores a ese Reglamento de Ejecución, relativos a la inclusión de la organización LTTE en la lista de congelación de fondos”*.²²⁷ Vemos que, a diferencia de lo que pasa con la legislación chilena, el concepto de terrorismo del Derecho Comunitario sí tiene ciertas remisiones al fenómeno del terrorismo como un delito político (al menos, más allá del sentido de delito político con carácter

²²³ UNIÓN EUROPA. Consejo de la Unión Europea. 2002. Decisión Marco 2002/475/JAI. 13 de junio de 2002.

²²⁴ Loc. cit.

²²⁵ VALLAS CAVIA. 2017. Op. cit., p. 701.

²²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. C-158/14, A y otros. de 14 de marzo de 2017. EU:C:2017:202.

²²⁷ *Ibíd.*, punto 98.

neutro que tiene la LCT), al considerar incluso el accionar delictivo de grupos militares en periodos de conflicto armado.

Como lo mencionamos tratando al derecho interno, en el derecho internacional también hay problemas a la hora de conceptualizar al delito terrorista. Que haya este tipo de problemática en el derecho comunitario acarrea problemas tales como la poca certeza jurídica respecto del tipo objetivo, cosa que repercute en el principio de legalidad. Respecto a esto, la Dra. Marín Martínez señala que: “...*El respeto del principio de legalidad penal, que tanto en su dimensión interna como internacional obliga a que los delitos de terrorismo, además de la predeterminación normativa, satisfagan las exigencias de certeza, especificidad y previsibilidad de las conductas delictivas*”.²²⁸ Este problema y el del abuso del concepto mismo de terrorismo, entre otros problemas, se soluciona, según la Dra. Marín Martínez, a través de “...*La existencia de un marco jurídico internacional previene el abuso del término «terrorismo» y dificulta la adopción de políticas que vulneren los derechos humanos*”.²²⁹ Este marco jurídico internacional, en la Unión Europea se ha creado en gran parte a través de la labor del Consejo de Europa quien, en función del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, el cual en su artículo 17 establece un marco jurídico de la siguiente forma: “*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo*”.

Establecido el marco jurídico del derecho comunitario, al dilucidar el concepto de terrorismo nos encontramos con el Protocolo de Enmienda de 2002, que modifica al Convenio Europeo de 1977 para la represión del terrorista²³⁰, el cual se crea a partir de los atentados ocurridos el 11 de septiembre, en las “Torres Gemelas” en Nueva York, Estados Unidos, como respuesta del Consejo de Europa ante el peligro inminente de un ataque terrorista en sus territorios²³¹, en comunidad con el “Grupo multidisciplinar sobre la acción internacional contra el terrorismo (GMT)”. El órgano en cuestión tiene por objetivo, según el profesor Rafael Benítez, “*a facilitar la represión del terrorismo completando y, si fuese necesario, modificando los acuerdos de extradición y de asistencia judicial*

²²⁸ MARÍN MARTÍNEZ, Magdalena. 2010. Terrorismo y derechos humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa: ¿marcos de referencia mundial? [en línea]. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, (1): 395-426. Recuperado en: < <https://core.ac.uk/download/pdf/162560773.pdf> > Consultado el: 25 de agosto de 2020. P. 400.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 401.

²³⁰ De todas formas, es correcto afirmar que este protocolo aún no inicia su vigencia por falta de ratificación de Estados pertenecientes a la Unión Europea.

²³¹ BENÍTEZ, Rafael. 2003. Un nuevo convenio anti-terrorista para Europa. [en línea]. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (7): 1-28. Recuperado en: < <http://www.reei.org/index.php/revista/num7/articulos/nuevo-convenio-anti-terrorista-para-europa> > Consultado el: 29 de agosto de 2020. P. 1

*mutua en vigor entre los Estados miembros del Consejo de Europa...*²³². El Secretario del GMT prescinde de utilizar el concepto de terrorismo de la Unión Europea, establecido tanto en la Posición común del Consejo de 7 de diciembre del 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (2001/937/CFSP), como en la Decisión-marco del Consejo de 13 de junio del 2002 (2002/475/JAI, JO L164 de 22/6/2002, de la siguiente manera en su considerando sexto: “*Es conveniente realizar una aproximación de la definición de los delitos de terrorismo en los Estados miembros, incluidos los delitos relativos a los grupos terroristas. Por otra parte, deberían preverse para las personas físicas y jurídicas que cometan o sean responsables de tales delitos penas y sanciones acordes con la gravedad de los mismos.*” El GMT utiliza el concepto de terrorismo del Convenio Europeo sobre represión del terrorismo contenido en su artículo 1, donde, según Rafael Benítez, se configuran dos delitos “*...el primero figura en el párrafo 1 y engloba los delitos que ya figuran en tratados internacionales y son descritos mediante una referencia a los títulos de los instrumentos internacionales pertinentes; el segundo tipo figura en el párrafo 2 y engloba los delitos conexos con los delitos previstos en el párrafo 1 y cuya gravedad es tal que ha sido necesario asimilarlos a delitos de la primera categoría e incluye la tentativa, la coautora y la complicidad en la comisión del delito o en la tentativa, y la organización o el hecho de ordenar a otras personas la comisión o tentativa de cometer dichos delitos*”²³³. En el análisis de los artículos del presente convenio, se nos hace de vital importancia destacar el artículo 5²³⁴, en el cual lo que se busca es proteger el derecho de los individuos al asilo. Podríamos considerar este artículo 5 como fundamental en la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea, pues, en palabras del profesor Rafael Benítez, “*es una de las disposiciones claves del Convenio en la medida en que ilustran el objetivo fundamental del Consejo de Europa en materia de lucha antiterrorista que es el de conciliar la eficacia de dicha lucha con el respeto absoluto de los derechos y libertades fundamentales*”²³⁵.

Las acepciones de terrorismo para la Unión Europea son tantas que se reconoce esta problemática en el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del Terrorismo del 16 de mayo 2005, celebrado en Varsovia, en su artículo 1 de la siguiente manera: “*A los efectos del presente Convenio, se entenderá por «delito terrorista» cualquiera de los delitos incluidos en el ámbito de aplicación y definidos en uno de los tratados enumerados en el anexo*”. Respecto de este anexo, se nos hace menester al menos mencionar la totalidad de cuerpos normativos vinculantes de donde

²³² *Ibíd.*, p. 3.

²³³ *Ibíd.*, p. 8.

²³⁴ “*Artículo 5: Ninguna disposición del presente convenio debe ser interpretada como que implica una obligación de entregar si el Estado requerido tiene serias razones para creer que la solicitud de extradición motivada por una infracción considerada en el artículo 1 o 2 haya sido presentada al objeto de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o cuando la situación de dicha persona corra el riesgo de agravarse por una u otra de estas razones*”.

²³⁵ BENÍTEZ. 2003. *Op. cit.*, p. 10.

podemos extraer concepciones de terrorismo, las que, como ya hemos dicho, resultan aplicables todas, en función del Convenio celebrado el 16 de mayo en Varsovia:

1. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970;

2. Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971;

3. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, adoptado en Nueva York el 14 de diciembre de 1973;

4. Convenio internacional contra la toma de rehenes, adoptado en Nueva York el 17 de diciembre de 1979;

5. Convención sobre protección física de los materiales nucleares, adoptado en Viena el 3 de marzo de 1980;

6. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, adoptado en Montreal el 24 de febrero de 1988;

7. Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la navegación marítima, adoptado en Roma el 10 de marzo de 1988;

8. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, adoptado en Roma el 10 de marzo de 1988;

9. Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997;

10. Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, adoptado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999;

11. Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, adoptado en Nueva York el 13 de abril de 2005

3.2. Derecho español

En España, el tratamiento de la legislación antiterrorista, a diferencia de lo que pasa en el derecho interno chileno, no se realiza a través de una ley de carácter especial como lo es la LCT, sino que dentro del Código Penal se le dedica un capítulo a este tipo de delitos, específicamente el capítulo VII *“De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”*. Si bien hay leyes complementarias que pueden aplicar para la aplicación o gradación de una pena aparejada a un respectivo delito terrorista, la tipificación se encuentra en el Código Penal. Una de las particularidades del tratamiento al delito terrorista en el Derecho Español es que el terrorismo no se encontraba definido en la ley hasta la reforma introducida por la ley orgánica 2/2015. Anteriormente a esto, como nos dice Sara Carreras García, *“la definición de terrorismo, o el intento de una definición, se compone de dos elementos: por un lado un elemento estructural, referido a que los delitos se cometen por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; y, por otro lado, un elemento teológico, que hace referencia a la finalidad perseguida por esas organizaciones o grupos que no es otra que la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.”*²³⁶ En el actual artículo 573 del Código Penal, en su numeral 1, el legislador nos define lo que es un delito terrorista de la siguiente manera: *“Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:”* Haciendo una comparativa entre la definición otorgada por el legislador penal español versus el chileno, es correcto decir que en la realidad jurídica española hay una concepción del terrorismo más acabada y menos vaga que en nuestro país, unido a un detalle de las finalidades que persigue el delito terrorista, mencionando el legislador en el mismo artículo 573, que son 4:

1. Subvertir el orden constitucional;
2. Alterar gravemente la paz pública;
3. Desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional; y
4. Provocar terror en la población o en una parte de ella.

²³⁶ CARRERAS GARCÍA, Sara. 2017. Evolución de la legislación antiterrorista: especial consideración de un caso de enaltecimiento. Trabajo de fin de grado en Derecho. Pamplona, España: Facultad de ciencias jurídicas de la Universidad Pública de Navarra. P. 14

Esto resulta muy diferente a la finalidad única y excluyente que se rescata de la redacción artículo 1º de la LCT al proscribir los delitos cometidos “*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*”. Esta diferencia en el tratamiento del delito terrorista en ambos ordenamientos jurídicos responde, a nuestro juicio, a lo que venimos sosteniendo de forma pretérita: la construcción del terrorismo como una verdadera institución jurídica evoluciona y debe ser comprendido a través de la fenomenología. La construcción del terrorismo en España ha tenido sostenidas reformas que se deben en gran medida al acontecer social que ha vivido el país en los últimos 50 años. No nos adentraremos en lo relativo al acontecer social en estas líneas, ya que en los apartados venideros se profundizará acerca de un marco coyuntural de excesiva importancia el cual es el conflicto sostenido que ha tenido España con ETA, organización terrorista con ideología liberadora del pueblo Vasco y, por último, en el subsiguiente apartado, pormenorizaremos acerca de la evolución legislativa del terrorismo en el país.

Siguiendo con la configuración del delito terrorista en España, es correcto sostener que se basa en dos elementos: uno estructural u organizativo y otro teleológico. Respecto del elemento teleológico, es propio señalar que para el Código Penal de 1995 se exige que el delito terrorista persiga una determinada finalidad que, como veníamos diciendo, luego de la reforma de la ley orgánica 2/2015 pueden ser las 4 ya mencionadas *supra*. Para gran parte de la doctrina española, encabezada por la profesora Lamarca Pérez, la finalidad en el delito terrorista es por su naturaleza política “... *el elemento teleológico, es decir la finalidad política, elemento que nos permite distinguir el terrorismo del que pudiéramos llamar crimen organizado común...*”.²³⁷ En ese mismo sentido, el profesor Mario Cápita, citando a José García San Pedro, sostiene que “...*que a efectos penales <<el terrorismo es la actividad delictiva con finalidad política practicada por grupos organizados y armados de carácter terrorista>>*”.²³⁸

Respecto de las finalidades en sí mismas, es correcto señalar que, en relación a la primera mencionada en el artículo 573 del Código Penal, la de “*Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*”, presenta una finalidad política, al querer hacer un cambio en la organización del aparato Estatal por vías no institucionalizadas. Sara Carreras García, haciendo un análisis de un antecedente jurisprudencial, nos dice lo siguiente: “*En la sentencia dictada en el caso Amedo y Domínguez, fundadores de los GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación), se concluía que la finalidad política solo podía ser penalmente relevante cuando lo que se perseguía con el terrorismo es el cambio o*

²³⁷LAMARCA PÉREZ, C. 2007. Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el caso Scilingo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal penal y penitenciario*, (34): 69-77. P. 74

²³⁸CÁPITA, Mario. 2007. El concepto jurídico de terrorismo: los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, un análisis doctrinal y jurisprudencial: especial referencia al terrorismo individual. Tesis doctoral. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid. P. 27

modificación sustancial de la forma de Estado".²³⁹ De todas formas, sigue sosteniendo la autora, en palabras de la profesora Lamarca Pérez, que esta interpretación no debe prosperar, en la medida que lo importante en el derecho penal no es la finalidad en sí misma, sino que *"es la violencia utilizada por la organización para conseguir esa finalidad de sustituir el sistema político"*²⁴⁰. Respecto de la segunda finalidad del artículo 573, la de *"Alterar gravemente la paz pública"*, en opinión de Carreras García, pareciera expresar más un efecto o un resultado que un objetivo o finalidad, pues la alteración de la paz pública es el principal resultado que se produce por actividades terroristas.²⁴¹ Por su parte, la profesora Lamarca Pérez sostiene que el fin inmediato que tiene que perseguir el sujeto activo debe ser el de perturbar la paz pública, ya que, de otro modo, no se satisfaría el tipo penal.²⁴² Respecto de la tercera finalidad mencionada en el artículo 573 del Código Penal, la de *"Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional"*, y la cuarta consistente en *"Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella"*, ellas responden a las reformas introducidas por la ley orgánica 2/2015, dando cumplimiento a la Decisión Marco 2008/919/JAI, tema del que ahondaremos en el apartado 3.2.2 *Las reformas a la legislación Antiterrorista en España*.

En síntesis, lo que hace el legislador español con la reforma de 2015 es ampliar el espectro de delitos comunes que pueden ser susceptibles de ser considerados como delitos terroristas, siempre que se enmarquen dentro de una de las 4 finalidades establecidas por el legislador en el artículo 573 del Código Penal.

Respecto del elemento estructural u organizativo, es propio señalar que desde la entrada en vigor de la ley orgánica 2/2015, no es necesario satisfacer este elemento toda vez que, al igual como pasa en el ordenamiento jurídico nacional, el tipo penal se cumple cuando uno de los delitos comunes individualizados por el legislador antiterrorista va acompañado por un elemento subjetivo: el de tener por finalidad uno de los establecidos por la ley.

3.2.1 El elemento de asociación delictiva y el caso de ETA

La realidad social imperante en la península ibérica desde después de finalizada la Segunda Guerra Mundial ha marcado el acontecer político y la punibilidad del delito terrorista. Como bien nos dice la profesora Asua Batarrita, después de la Segunda Gran Guerra se logra la superación de la sinonimia entre delito político y delito terrorista en Europa, esto propiciado por *"el marco de sistemas*

²³⁹ CARRERAS GARCÍA. 2017. Op. cit., p. 18.

²⁴⁰ Loc. cit.

²⁴¹ Loc. cit.

²⁴² LAMARCA PÉREZ, Carmen y MIRA BENAVENT, Javier. 2013. Noción de terrorismo y clases: evolución legislativa y político-criminal. (cap. 3, pp. 39-100). En: JUANATEY DORADO, Carmen (Dir.) y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina (coord.). El nuevo panorama del terrorismo en España: perspectiva penal, penitenciaria y social. Alicante, España: Universidad de Alicante / Universitat d'Alacant. Pp. 44-45.

democráticos a nivel interno".²⁴³ Pero en España, al estar bajo el Régimen Militar de Francisco Franco, esta división no era del todo clara al no existir este sistema marco democrático.

La dictadura de Francisco Franco estuvo enmarcada en una coyuntura político-social caracterizada por la violencia y la subversión social ante el Estado de facto que ostentaba todos los poderes políticos de la Nación. Además de lo anterior, había un problema de identidad cultural en la España moderna, al existir marcadas diferenciaciones entre sus comunidades, a un nivel étnico, al menos para el País Vasco, según nos narra Gaizka Fernández Soldevilla de la siguiente manera: "*La idea de que la Guerra Civil constituía el más reciente capítulo de un secular conflicto étnico era verosímil a causa del contexto político: los métodos represivos de la dictadura, su estructura centralista, su particular tergiversación del pasado en clave nacionalcatólica, la segregación del euskera, la supresión del universo simbólico abertzale, la prohibición de cualquier participación en la vida política...*".²⁴⁴ Como respuesta a la guerra civil española, y ante todo al gobierno autoritario de Francisco Franco, es que nacen dos grupos políticos combativos provenientes de Euskadi, con ideologías nacionalistas: Euzko Gaztedi Indarra (EGI) (grupo creado desde Venezuela, por los exiliados del gobierno franquista), y Euskadi Ta Askatasuna (ETA), quienes se proclamaban como los continuadores de una lucha de larga data contra el invasor extranjero, como se cuenta en el "*Libro Blanco*", según nos dice Fernández Soldevilla: "*nuestro caso es el de un pueblo aplastado tres veces por las armas, tergiversado sistemáticamente por la historia española desde hace más de 150 años*".²⁴⁵ Las acciones caracterizadas por la violencia y la subversión partieron a finales de la década de 1950 pero se materializaron a gran escala entrado el decenio posterior. Dentro de los actos considerados como terroristas, por la finalidad política que perseguían, podemos contar el robo de bancos, la colocación de artefactos explosivos como bombas en lugares de acceso público y de vías públicas, y el secuestro de civiles. Si bien este trabajo se plantea ante todo desde una perspectiva jurídica, no nos parece baladí analizar de forma somera, parte de las cifras que nos deja el accionar de ETA en su periodo de vida.

Víctimas fatales a causa de ETA, desagregando los ocurridos por atentados terroristas de ETA en el periodo de 1968 a 1982:²⁴⁶

1968: 3 (1 uno de ellos terrorista)

1969: 3 (2 de ellos terroristas)

²⁴³ ASUA. 2002. Op. cit., p. 4.

²⁴⁴ FERNÁNDEZ SOLDEVILLA, Gaizka. 2014, jul-dic. El simple arte de amtar: orígenes de la violencia terrorista en el País Vasco. *Historia y política*, (32): 271-298. P. 281.

²⁴⁵ Ibid., p. 283.

²⁴⁶ BERISTAIN IPIÑA, Antonio. 1986. Los terrorismos en el País Vasco y en España. *Cuadernos de política criminal*, (28): 5-36. Página 14.

1970: 0
1971: 0
1972: 6 (4 de ellos terroristas)
1973: 12 (4 de ellos terroristas)
1974: 98 (4 de ellos terroristas)
1975: 23 (8 de ellos terroristas)
1976: 20 (3 de ellos terroristas)
1977: 26 (4 de ellos terroristas)
1978: 167 (6 de ellos terroristas)
1979: 245 (6 de ellos terroristas)
1980: 174 (9 de ellos terroristas)
1981: 94 (5 de ellos terroristas)
1982: 34 (ninguno de ellos terroristas)

Como señalamos con anterioridad en el apartado de este trabajo, se tratará al terrorismo desde un prisma jurídico, pero, por la misma naturaleza de las políticas jurídico-criminales presentes en toda la Unión Europea, en especial en España, estas giran en lo relativo al acontecer social. Como explicamos analizando a los profesores Mañalich y Villegas, el terrorismo hay que entenderlo desde lo fenomenológico.

Respecto del tipo de organizaciones delictivas como lo era ETA, en el derecho Español, vemos, según nos dice la profesora Mariona Llobet Anglí en su tesis doctoral, que lo punible no es la adhesi3n en lo formal a este tipo de grupos, sino que es necesario *“que se preste algún tipo de soporte material o logístico, ya sea a través de hechos, de ideas o de experiencias”*.²⁴⁷ Profundizando en el tema, Llobet nos dice, citando al profesor Silva Sánchez, que *“debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotaci3n de medios, hombres y estructuras, para obtener su objetivo de comisi3n de los*

²⁴⁷ LLOBET ANGLÍ, Mariona. 2008. Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites en su punici3n en un Estado democrático. Tesis doctoral. Universidad Pompeu Fabra. p. 348.

delitos concretos de que se trate”,²⁴⁸ No cayendo, por tanto, en el llamado “derecho penal de autor”, respetando el principio de exteriorización del derecho penal. Para punir se necesita la puesta en marcha de la acción u omisión (una conducta) y no la sola adhesión a cierta ideología. Para justificar lo anterior, se nos hace menester recurrir a cierto antecedente jurisprudencial, del derecho interno español, específicamente nos valemos de la Sentencia del Tribunal Supremo Español, conociendo de una casación, de fecha 26 de febrero de 2007, donde se establece que la mera simpatía ideológica “no puede constituir la continuación en el delito de pertenencia a banda armada”²⁴⁹. Por tanto, según la jurisprudencia española, el solo hecho de ser parte de una organización delictiva como lo era ETA, no es una conducta idónea para ser sancionable a través del delito terrorista.

Ahora bien, ahondando más en la importancia que le da el derecho español al elemento organizacional en el delito terrorista es que corresponde analizar el artículo 576 del Código Penal Español, el cual en su numeral segundo establece lo siguiente: “*Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos*”. Es correcto afirmar que hay una remisión del legislador penal español no sólo al hecho de cometer el delito terrorista de forma colectiva, sino que además a la finalidad del mismo. Pues bien, en la conducta tipificada bajo este numeral se presenta el problema de legitimidad, toda vez que se estaría tipificando una conducta donde la acción u omisión, consistiría en lo que sería “*respaldo político*”, según Llobet Angli.²⁵⁰ Efectivamente, considerar que el artículo 576 numeral segundo apunta a la punición de los simpatizantes a grupos delictivos de carácter terrorista, ha sido descartada por la doctrina, y como veíamos también por la jurisprudencia. Complementando la Sentencia del Tribunal Supremo Español que mencionamos, no se nos hace baladí destacar la Sentencia del mismo órgano de fecha 25 de abril de 1997, en relación al elemento organizacional presente en el delito terrorista y destacado de una forma, al menos, bastante cuestionable en el artículo 576 numeral segundo del Código Penal, donde se establece en palabras del profesor Mario Cápita que “*la pertenencia a una asociación terrorista no se funda en un acto formal, debiéndose deducir de aspectos indiciarios a los que les suele faltar criterios de certeza. Las conductas de este tipo residual tienen en sí mismas desvalor y poseen un plus de gravedad por su vínculo con acciones terroristas, son punibles de por sí, aflorando el elemento terrorista como agravación, en cambio, las conductas de colaboración no ostentan un significado penal independiente, por lo que el desvalor es fruto de su unión con actividades terroristas, obteniendo así su relevancia criminal*”.²⁵¹ Vemos que tanto doctrina como jurisprudencia han solucionado este aparente problema de legitimidad del artículo 576 numeral segundo.

²⁴⁸ Ibid., p. 348.

²⁴⁹ LLOBET. 2008. Op. cit., p. 352. En relación con STS de 26 de febrero de 2007 (ponente Delgado García).

²⁵⁰ Ibid., p. 357.

²⁵¹ CÁPITA. 2007. Op. cit., p. 139.

Finalmente, toca concluir que el vocablo “*finalidad*”, que ha de entenderse según Llobet Anglí de la siguiente manera: “*quien colabora con la actividad delictiva de una organización terrorista también ayuda a los fines que ésta persigue, esto es, la creación de un estado de miedo colectivo y la subversión del orden democrático mediante la instrumentalización de las personas*”.²⁵²

3.2.2 Las reformas a la legislación Antiterrorista en España.

A diferencia de nuestra realidad jurídica, en España se encuentran incluidas en el Código Penal de 1995, a través del establecimiento de una sección entera en su capítulo V, denominada “*De los delitos de terrorismo*” en lo concerniente a delitos contra el orden público, y si bien, a esta sección se le han hecho bastantes modificaciones a lo largo de su estado de vigencia en el ordenamiento jurídico español, no se ha creado un cuerpo normativo paralelo como lo es la LCT.

Como prelude necesario, es correcto señalar que primitivamente el Código Penal Español tipificaba las conductas tendientes a la participación en bandas u organizaciones terroristas a través de sus artículos 515 y 516, fijando penas que iban de los 6 a los 14 años de presidio, como también penas accesorias de inhabilidades para ejercer cargos públicos por un plazo de 15 años.²⁵³ Es correcto que en este tipo de delitos el legislador penal los situaba en el título XXI, como delitos sobre la Constitución, a diferencia del mentado título XXII, donde se trataba el grueso de delitos terroristas. Respecto de este tipo de delitos terroristas que atacan de lleno a la Carta Fundamental Española, es menester precisar que es una construcción legislativa que se remonta a la etapa final de la dictadura franquista, cuando a raíz del acontecer social que vivía la península ibérica se quiso punir los delitos de terrorismo ya no desde una perspectiva aislada como un simple delito individual, sino que desde una perspectiva sistémica como un delito colectivo. El profesor José Luis De la Cuesta, nos explica esto de la siguiente forma: “*1. La legislación antiterrorista alcanzó ya en la etapa final de la dictadura un importante desarrollo. El Código Penal se ocupaba entonces del terrorismo más bien episódico o individual, o por grupos no organizados ni estables*”,²⁵⁴ restando la competencia que tenían los tribunales de la justicia Militar a los actos atentatorios contra la institucionalidad del régimen de Francisco Franco. Este cambio en el tratamiento del terrorismo desde la justicia militar hasta el derecho penal común, marca uno de los hitos jurídicos que vaticinan la vuelta a la democracia en España.

²⁵² LLOBET. Op. cit., p. 359.

²⁵³ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías y WILLIAMS, Guido. 2018. Evolución de la legislación antiterrorista: Chile y España. [en línea]. Valparaíso, Chile: Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Recuperado en: < https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24964/1/FINAL_Evolucion_de_la_legislacion_antiterrorista_Chile_y_Espana.pdf > Consultado el: 5 de agosto de 2020. P. 13.

²⁵⁴ DE LA CUESTA, José Luis. Legislación antiterrorista en España. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/CLC+64+esp.pdf> > Consultado el: 22 de agosto de 2020. P. 1.

Deteniéndonos de lleno en los cambios que se le han efectuado al capítulo V del Código Penal Español, titulado “*De los delitos de terrorismo*”, debemos partir por dos cuerpos normativos relacionados que vienen a ampliar el espectro de delitos terroristas, sin modificar de forma directa al título XXII del Código Penal. En primer lugar la ley orgánica 2/1998 que “...*amplió los delitos de amenazas (delito común) pero relacionado con el terrorismo...*”.²⁵⁵ Dentro de las razones que tuvo el legislador Español para ampliar los delitos comunes de amenazas al espectro del delito de terrorismo se arguyen razones tales como la necesidad de tipificar “*nuevas formas de terrorismo*” que vienen a interrumpir la paz social, tales como lo son la violencia callejera, o el accionar que tienen los individuos a través de los medios de comunicación.²⁵⁶ Respecto de la ampliación de la que hablábamos de esta ley orgánica, nos parece importante destacar lo relativo al sujeto pasivo del delito terrorista, el legislador de esta ley orgánica, en la “*Exposición de motivos*” en el numeral III, letra C señala lo siguiente: “*c) La ampliación del ámbito de personas protegidas frente a las amenazas terroristas en el artículo 170 del Código Penal vigente, que pasa a convertirse en el apartado primero de este artículo. En su texto vigente, este precepto establece una punición específica para las amenazas que se dirigen «a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, o a un amplio grupo de personas», y tuvieran la gravedad suficiente para ello. Se encuadran aquí, específicamente, las amenazas terroristas dirigidas a colectivos.*”²⁵⁷ Lo que en definitiva se buscaba era, darle protección a cualquier grupo de personas que se amenace, con independencia de la determinación de la persona que sea el sujeto activo de dicha amenaza.

En segundo y último lugar de estos cuerpos normativos relacionados, tenemos a la ley orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de menores que “...*regulaba una serie de medidas más endurecidas cuando los sujetos de entre 14 y 18 años cometían actos terroristas*”²⁵⁸. Esta ley orgánica viene a ampliar el sujeto activo del delito terrorista ya que, establece la responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 años a las faltas y delitos contemplados en el Código Penal Español. En lo relativo al delito terrorista, hay una escueta referencia cuando se habla de las medidas precautorias, en específico de la ratificación de la libertad vigilada por medio de un auto motivado, previa audiencia del ministerio fiscal, donde se debe haber un supuesto de extrema gravedad tales como “*aquellos en los que se apreciara reincidencia y, en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas,*

²⁵⁵ MEZA-LOPEHANDÍA y WILLIAMS. 2018. Op. cit., p.14

²⁵⁶ Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Exposición de motivos. [Publicado en: BOE de 16 de junio de 1998]. Vigencia desde 17 de junio de 1998. Recuperado en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a519205f-924a-4978-96a2b9af8a598b85.0005.02/DOC_1&format=PDF.> Consultado el 24 de septiembre de 2020.

²⁵⁷ Loc. cit.

²⁵⁸ MEZA-LOPEHANDÍA y WILLIAMS. 2018. Op. cit., p. 14.

organizaciones o grupos terroristas, así como los de asesinato u homicidio doloso, y la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del Código Penal.”²⁵⁹

Pues bien, en lo tocante a los cuerpos normativos que modifican expresamente el título XXII del libro V del Código Penal Español, vamos a destacar en función de su trascendencia los siguientes:

Ley Orgánica 7/2000: Que modificó los artículos 577, 578 y 579 del Código Penal Español. Su importancia gravita en que *“Esta norma introdujo el delito de enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores. También castigó la realización de actos de menosprecio a las víctimas de delitos terroristas o a sus familiares; amplió las conductas base recogidas en un primer momento en el artículo 577, incluyendo varios delitos de daños; y agravó la pena de inhabilitación absoluta para los actos preparatorios punibles.*”²⁶⁰ El legislador de esta ley orgánica nos dice que la creación de un nuevo tipo penal en el artículo 578 *“se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”.*²⁶¹ Se enfatiza en esta ley que no se busca atacar la simpatía por ideas o doctrinas, sino que se busca evitar el terror colectivo para los diversos fines que pueda tener el delito terrorista. Como ya hemos señalado, en ningún caso el legislador español busca caer a través de este artículo 578 en lo conocido como *“derecho penal de autor”*. Finalmente, esta ley orgánica viene a modificar lo establecido por la ley orgánica 5/2000 sobre la responsabilidad penal de las personas entre 14 y 18 años, en una arista técnica, incorporando una disposición adicional que tiene por objeto *“...reforzar la aplicación de los principios inspiradores de la citada Ley a los menores implicados en delitos de terrorismo, así como conciliar tales principios con otros bienes constitucionalmente protegidos a los que ya se ha hecho reiterada alusión en esta exposición y que aquí se ven particularmente afectados por la creciente participación de menores, no sólo en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de las actividades terroristas.*”²⁶² Con lo que se buscaba mantener la cohesión necesaria entre el delito terrorista y los Derechos Fundamentales, establecidos entre otros para la realidad jurídica española en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

²⁵⁹ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Título II, De las medidas. [Publicado en BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000]. Vigencia desde 13 de enero de 2001. Revisión vigente desde 29 de diciembre de 2012. Recuperado en: <[²⁶⁰ MEZA-LOPEHANDÍA y WILLIAMS. 2018. Op. cit., p](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641#:~:text=Declaraci%C3%B3n%20general.-,I..o%20las%20leyes%20penales%20especiales.>.”>https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641#:~:text=Declaraci%C3%B3n%20general.-,I..o%20las%20leyes%20penales%20especiales.>.”> Consultado el 24 de septiembre de 2020.</p></div><div data-bbox=)

²⁶¹ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. [Publicado en BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2000] Vigencia desde 24 de diciembre de 2000.

²⁶² Ibid.,

Ley orgánica 20/2003: La que según Meza-Lopehandía y Williams “incorporó al Capítulo V sobre Delitos de Terrorismo, el artículo 576 bis. Esta norma, sancionaba a la autoridad o funcionario público que allegaba fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con delitos del Capítulo V”.²⁶³ También se incluye dentro del tipo penal a los partidos políticos y diversas personas jurídicas; todo esto a través de la agregación al Código Penal de los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis.

Ley orgánica 5/2010: Cuyo propósito y misión fue que “modificó el Código Penal procurando profundizar, reordenar y clarificar el tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas”.²⁶⁴ Se pretendía dar cumplimiento a la Decisión Marco 2008/919/JAI de la Unión Europea, la cual tenía por propósito seguir en la lucha contra el terrorismo a través del perfeccionamiento de los derechos internos de los Estados miembros, en temas tocantes a los medios a utilizar por parte de los sujetos activos del delito terrorista, tal como lo es el uso de internet que según la Decisión Marco mentada puede servir “...para inspirar y movilizar a redes terroristas locales e individuos en Europa...”.²⁶⁵ La ley orgánica en comento modifica el nombre del capítulo V, quedando como “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”. Seguidamente, se añade un nuevo artículo 571, quedando este como 572, modificando los artículos 574, 576 y 579 y añadiendo además un artículo 576 bis. Se nos hace importante precisar en la interrelación del artículo 571 (el nuevo) con el artículo 570 bis. En el artículo 571 se sancionaba el actuar de una “organización o grupo terrorista” y, para que no hubieran interpretaciones erráticas de esta figura, en el artículo 570 bis se precisaba lo que era una organización criminal de la siguiente manera: “Se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.²⁶⁶ Finalmente, el artículo 570 ter conceptualizaba lo que era un grupo criminal así: “La unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.”²⁶⁷ La finalidad en ambos casos era la de alterar el orden constitucional o la paz social a través de la acción de cualquiera de los delitos contemplados en el capítulo VII “De las organizaciones y grupos terroristas

²⁶³ MEZA-LOPEHANDÍA y WILLIAMS. 2018. Op. cit., p. 14.

²⁶⁴ Loc. cit.

²⁶⁵ Decisión Marco 2008/919/jai del Consejo de la Unión Europea del 28 de noviembre de 2008. Sobre delitos de terrorismo y penas asociadas, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. [Publicada en: Diario Oficial el 28 de noviembre de 2008]. Recuperado en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133168>>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.

²⁶⁶ MEZA-LOPEHANDÍA y WILLIAMS. 2018. Op. cit., p. 14.

²⁶⁷ Loc. cit.

y de los delitos de terrorismo” del Código Penal. No está demás decir que esta ley orgánica hace un reordenamiento de la legislación penal pasando a ser tratado en el capítulo VII anteriormente mencionado, dividiéndose este nuevo capítulo en dos secciones, la primera “De las organizaciones y grupos terroristas”, está constituida únicamente por el art. 571 CP y la Sección segunda “De los delitos de terrorismo”, compuesta por los arts. 572 a 580 del Código Penal Español.

En definitiva, lo que hizo esta reforma fue redefinir el concepto de grupo terrorista y de organización criminal, con el objeto de incluir en estos conceptos a cierto tipo de organizaciones que se presentaban en la realidad social de la época como un peligro latente para el Estado Español. La prensa de la época, sin ir más lejos, cuando pormenorizaba acerca de la ley orgánica 5/2010, señalaba lo siguiente, en función de las reformas introducidas al capítulo V del Código Penal: “En primer lugar, se ha redefinido de una forma más ambigua el concepto de grupo terrorista (en lugar de organización terrorista), para poder adaptarse a las formas del fenómeno conocido como terrorismo yihadista. De esta forma, las dimensiones numéricas de la organización, el uso de siglas y demás factores no son decisivas para su calificación como terrorista”.²⁶⁸

Ley orgánica 2/2015: Este cuerpo normativo, en su preámbulo nos explicita que su existencia viene a dar cumplimiento a la Resolución del Consejo de Naciones Unidas 2178 de 2014, que según el legislador Español: “recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo.”²⁶⁹ Esta Resolución, tenía por objeto poner un freno al recrudecimiento del terrorismo en la región, en su preámbulo nos presenta dos consideraciones de vital importancia para entender la existencia de la ley orgánica 2/2015, la primera es calificar la lucha contra el terrorismo como una amenaza grave a la paz y seguridad internacional, y una segunda consideración que hace referencia al deber de respetar las obligaciones establecidas por el derecho internacional hacia los derechos de los individuos. Lo que se buscaba era velar que todos los Estados miembros de la Unión Europea tomarán las medidas correspondientes para punir a los actores de delitos pertinente a la financiación, planificación, preparación o comisión de delitos terroristas. Entre las medidas materiales que deben tomar los Estados tenemos, entre otras: El mayor control de las fronteras, prevención de uso fraudulento de cédulas de identidad, y el desincentivo a actos tendientes a publicitar y favorecer el reclutamiento de personal para la comisión de actos terroristas.²⁷⁰ Respecto de las motivaciones que tuvo el legislador de la ley orgánica 2/2015 para su dictación, y volviendo a

²⁶⁸ TODO POR HACER. 2011. Un breve análisis de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010. [en línea]. Recuperado en < <https://www.todoporhacer.org/un-breve-analisis-de-la-reforma-del-codigo-penal-por-la-ley-organica-52010/> > Consultado el: 26 de agosto 2020.

²⁶⁹ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. [Publicado en: BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015]. Recuperado en: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/549721-lo-3-2015-de-30-mar-control-doe-la-actividad-economico-financiera-de-los-partidos.html>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.

²⁷⁰ Loc. cit.

profundizar en lo que creemos fue una acertada tesis por parte de nuestra doctrina nacional, el terrorismo se configura a través de la fenomenología, para el caso en cuestión, en el preámbulo de la ley, nos señala lo siguiente el legislador Español de 2015: *“El terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado estas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley.”*²⁷¹ Esta ley orgánica, que modificó casi la totalidad de artículos pertenecientes al capítulo VII, mantuvo el artículo 571, donde se define lo que es un grupo terrorista y una organización delictiva. Otro punto destacado en la presente ley fue la inclusión de nuevas finalidades del delito terrorista, como bien nos señalan Meza-Lopehandía y Williams en función de la modificación en la legislación del país ibérico: *“A las originales de (i) subvertir el orden constitucional y (ii) alterar gravemente la paz pública), se agregaron las de (iii) suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado; (iv) obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo(art. 573 nuevo).”*²⁷²

Lo cierto es que esta reforma al Código Penal trajo consigo cambios sustanciales al tratamiento del delito terrorista en España, como veníamos diciendo en este y en apartados anteriores. Se introducen dos nuevas finalidades aparejadas al delito, y se da una definición del delito terrorista en el artículo 573 del Código Penal. La doctrina no ha tomado con buenos ojos la ampliación del espectro de delitos que pueden ser tipificados como terroristas.²⁷³ Como sostuvimos en el apartado 3.2. *Derecho español*, el terrorismo es eminentemente una institución de estudio y evolución fenomenológico, y para muestra un botón, todos estos cambios de la ley orgánica 2/2015 van en pos de lo que se conoce como *“el pacto anti yihadista”*. El profesor Cancio Meliá respecto de la política anti-yihadista en la reforma introducida al Código Penal, con motivo de la Resolución 2.178 de la Unión Europea, critica a la ley orgánica 2/2015 de la siguiente forma: *“Lo que hasta ahora no está penado, desde luego, es leer en soledad determinados textos con malas intenciones, o pensar determinadas cosas perniciosas en el fuero interno, o poseer determinados libros de contenido malo – hechos que ahora sí se quieren criminalizar. No están penados hoy, ni aquí ni en ningún país occidental, porque no debe ser criminalizado el mero pensamiento en un Estado que no sea una*

²⁷¹Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. [Publicado en: BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015].

²⁷² MEZA-LOPEHANDÍA y WILLIAMS. 2018. Op. cit., p. 15.

²⁷³ Sara Carreras García sostiene respecto a lo negativo de la reforma que: *“Ello provoca caracterizar como delito de terrorismo conductas que realmente no lo son y, por consiguiente, la imposición de alguna de las excesivas penas establecidas que traspasan los límites de la proporcionalidad”*. CARRERAS GARCÍA. 2017. Op.cit., p. 29

*dictadura totalitaria, y, además de no poder ser, es imposible: no se puede demostrar qué intención tiene quien aún no ha hecho nada”.*²⁷⁴

3.2.3. Excurso. Mariona Llobet: El delito terrorista como un atentado en contra del orden democrático. Comparativa del legislador chileno con el español.

Nos parece atinente destacar en el presente apartado, al igual que lo hicimos en el capítulo anterior con los postulados de los profesores Mañalich y Villegas, la opinión de una voz destacada dentro de la doctrina, en este caso, doctrina comparada: la Doctora Mariona Llobet, jurista española que hace estudios de derecho público y penal de larga data, quien en su tesis doctoral *Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites en su posición en un estado democrático*, nos explica la configuración del delito terrorista como un ilícito que vulnera en esencia al bien jurídico que representa el orden democrático. El *en esencia* en la frase anterior resulta trascendental, para entender la importancia de hacer una comparativa entre el legislador antiterrorista chileno con su símil español.

Cuando realizábamos el análisis e interpretación doctrinaria de la Ley que determina Conductas Terroristas y fija su penalidad N°18.314/84, señalábamos que el delito terrorista en el derecho interno se configura a través de un delito común que sirve de sustrato base, al que se le añade un elemento subjetivo, el cual viene a ser la finalidad del delito mismo. Esta finalidad es, como nos dice el artículo primero de la LCT “...producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie...”. Como lo analizamos en su momento, hay una clara diferenciación entre dos delitos, el común y el especial, que viene a ser el delito terrorista. Las tipificaciones de ambos delitos persiguen la protección a bienes jurídicos diferentes; respecto de lo anterior resulta importante destacar la opinión de la autora en estudio en el presente apartado, ya que, para la Doctora Llobet, no son dos bienes jurídicos que resultan vulnerados en la comisión de un delito terrorista, sino que son tres:

- En primer lugar, tenemos al bien jurídico que resulta vulnerado por medio del delito que sirve de sustrato al delito terrorista, como pueden ser la libertad, la vida, la integridad, etc.;
- en segundo lugar, está la vulneración del delito contra la paz pública, como expresión de la situación de calma y tranquilidad social;

²⁷⁴ Ibid., p. 29. En relación a CANCIO MELIÁ, Pacto antiterrorista: por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco.

- y en tercer lugar viene la esencia del delito terrorismo mismo: el socavo de las vías democráticas a través de la modulación en la toma de decisiones políticas por parte de la autoridad.²⁷⁵

Sobre el primero de estos bienes jurídicos, el vulnerado por el delito común, sustrato base del delito terrorista, responde a la tipificación común que hace el legislador en el Código Penal. Lo que nos parece interesante es la referencia a los otros dos bienes jurídicos por parte de la autora en comentario. Detengámonos en un primer momento en el bien jurídico de la paz pública.

Para Asúa Batarrita, la paz pública es un concepto encaminado al estado general de tranquilidad en la colectividad y al de sosiego por la vida propia.²⁷⁶ Para nuestra jurisprudencia, el concepto de paz pública, subsumido en el de orden público, hace referencia, según nos dice la Ilustre Corte de Apelaciones de Copiapó en causa Rol 78-2008, Sentencia de fecha 20 de junio de 2008, considerando cuarto, a que el delito en cuestión (uno de tipo común) vulnera al orden público toda vez que dichos delitos buscan brindar: “...*protección penal a un sentimiento generalizado de tranquilidad y seguridad en la actividad humana, en otros términos, al sosiego o a la paz de la comunidad para un normal desarrollo de sus actividades (...)*”.²⁷⁷

En definitiva, cuando se vulnera la paz pública, dicho fenómeno apunta a la alteración del fuero interno de un grupo de personas que constituyen una colectividad. Empero, este bien jurídico se debe ver vulnerado no cuando se altera la tranquilidad y el sosiego de una persona, ya que caeríamos en un subjetivismo y en la psicologización del delito terrorista, sino cuando la forma de lesión a este bien jurídico se manifiesta en la colectividad, lo cual es sin duda alguna un parámetro más objetivo que el ver el desmedro a un nivel individual. En este sentido, ontológicamente cualquier delito, sea común o especial, puede vulnerar este bien jurídico. Basta con que el delito tenga la connotación pública necesaria para generar un estado de estupor en la población para que se vea alterada la paz pública. Propio es, por tanto, señalar que la vulneración de este bien jurídico *siempre* se va a generar con el delito terrorista, por medio de la acción violenta inherente a este último, pero, en opinión de la doctora Llobet, esto no es el fin último del delito terrorista, sino que el fin último es el socavo de las vías democráticas a través de la modulación en la toma de decisiones políticas por parte de la autoridad.

La autora, al hablarnos de las asociaciones delictivas conocidas como terroristas por la opinión pública, tales como ETA, nos dice que tienen un elemento que permite diferenciarlos del

²⁷⁵ LLOBET ANGLÍ, Mariona. 2008. Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites en su punición en un Estado democrático. Tesis doctoral. Universidad Pompeu Fabra. p. 38-40.

²⁷⁶ ASÚA. 2002. Op. cit., p. 79

²⁷⁷ Sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 78-2008. 20 de junio de 2008. Considerando Cuarto.

resto de los sujetos activos de delitos de carácter violento: “*la comisión de delitos por tales bandas y la alteración de la paz social se dirigen, en último término, a coaccionar a los gobiernos democráticos para que sucumban a sus peticiones*”.²⁷⁸ El fin esencial de los grupos terroristas, según Llobet, es ir en desmedro de los mecanismos democráticos de un Estado de Derecho. Los grupos delictivos que sólo van en pos de la vulneración de la paz social para conseguir ciertas ventajas, tales como económicas o de posicionamiento político o social, no podríamos considerarlos como sujetos activos del delito terrorista. La diferenciación es más que patente para nosotros: las asociaciones delictivas terroristas quieren, como *telos*, provocar una crisis institucional por medio de la modulación de los mecanismos democráticos, mientras que el *telos* para el delincuente organizado común es propender hacia un interés particular distinto del anterior. Externamente y a los ojos del derecho, el efecto obtenido es el mismo, la alteración de la paz social, pero no fue el mismo objetivo detrás el que motivó la comisión de la conducta. Ejemplifiquemos lo anterior valiéndonos de la teoría de las causas de Aristóteles, particularmente de las causas eficientes y finales de los delitos de asociación delictiva común y los terroristas.²⁷⁹ La causa eficiente es la producida por ese algo, en este caso el delito, y vemos que es idéntica para el delito de asociación delictiva común con un carácter violento y para el delito de asociación terrorista: la alteración de la paz pública. Ambos ilícitos tienen como consecuencia inmediata la provocación de un estado de conmoción social, que resulta de la aplicación de medios violentos que pueden infundir terror en la población. Ahora bien, la diferencia está en la causa final: el motivo por el cual existe ese algo, el móvil de determinado comportamiento. Para el delito de asociación común con uso de la violencia, el móvil es un simple posicionamiento del mismo grupo, en último caso, necesitan de la institucionalidad, pero malograda, para poder cumplir su propósito, mientras que, para el caso de la asociación delictiva terrorista, la causa final, esto es, el motivo por el cual se comete el delito es, como dijimos, el socavo de las vías democráticas mediante la imposición de condiciones a la autoridad en la toma de decisiones políticas.

La doctora Llobet entiende que es menester que el legislador español destipifique, dentro de las finalidades aparejadas al delito terrorista del artículo 571 del Código Penal, la de *alterar gravemente la paz pública*, producto que entiende que el legislador subsume está dentro de la finalidad de *subversión del orden constitucional*. La presencia de esta finalidad significa que quedan incluidas dentro del tipo penal una cantidad mayor de delitos a las que debiera realmente fijar el legislador para enfrentar al terrorismo, delitos que en caso alguno tienen la connotación política que tienen los delitos de terrorismo. Como alternativa, a través de una propuesta de *lege lata*, la profesora Llobet propone que la interpretación de esta finalidad vaya en el sentido de que el fenómeno terrorista trascienda a su realización y envíe un claro mensaje de terror a la población.

²⁷⁸ LLOBET ANGLÍ. 2008. Op. cit., p. 37

²⁷⁹ Se excluyen del análisis las causas intrínsecas de la teoría Aristotélica de la causa (causa material y causa formal) al no ser aplicables para el caso en estudio.

Nos parece de suma trascendencia, incluso más que la propuesta de *lege ferenda* de la autora, la propuesta de *lege lata*, para la aplicación de la casuística nacional. Analicemos un poco esto:

La única finalidad recogida por el legislador nacional en el artículo primero de la LCT es la de “...producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie...”. Si bien en nuestra propuesta de *lege ferenda* sostenemos la necesidad de incluir finalidades específicas para quitar esta carga política neutra que trae aparejada una vaguedad importante al tipo penal, no es baladí señalar que mientras no se produzca una modificación sustancial a nuestra actual LCT, el criterio de interpretación para el elemento subjetivo del tipo penal debe ser el de abstraerse de los efectos inmediatos de la perpetración del delito terrorista, y centrarse en finalidad detrás del efecto que se genera en la colectividad. Ergo, se debe contornear la importancia del elemento subjetivo presente en el tipo penal, pero no perdiendo el horizonte en cuanto a que más allá del móvil en particular de los autores del delito (que dilucidar este, resulta una tarea demasiado onerosa para el derecho, producto de los problemas de la psicologización del delito²⁸⁰), el elemento subjetivo debe interpretarse en función de transgredir la susceptibilidad de la población y no la materialidad misma del delito, esto es, más allá de los medios mismos empleados por el autor, nos va a importar la trascendencia del delito en cuanto ser capaz de causar un efecto determinado en la colectividad. El *temor justificado*, por tanto (en lo abstracto de esta interpretación), viene de la atemorización independiente de los medios empleados por el autor que se produce en la colectividad, y no de la materialidad misma del ilícito.

Evidente es que nos quedamos a medio camino con la conclusión anterior. Es menester, como abordaremos en nuestro proyecto de *lege ferenda*, la inclusión de finalidades específicas, en especial en lo relativo al socavo de los mecanismos democráticos, que es la finalidad que tiene el delito terrorista como delito político. Recordemos que el terrorismo implica la imposición de una ideología política a través de su mecanismo de acción, la violencia, que viene a atacar a un bien jurídico que no está directamente protegido por la Ley de Seguridad del Estado, cuerpo normativo que, como tratábamos *supra*, protege un bien jurídico genérico de seguridad nacional. Así, existe la necesidad de proteger a través de nuestra legislación terrorista el específico bien jurídico no abarcado precisamente del todo con la LSE: el orden constitucional democrático.

De todas formas, y en función del párrafo anterior, es que hay que ser tremendamente preciso en singularizar las conductas que van en desmedro del orden constitucional democrático: recordemos que no todo desorden al orden público es objeto de tipificación como delito terrorista. La tarea del intérprete de la ley antiterrorista es la de dar con una aplicación armónica entre la finalidad perseguida por el delito y la adecuación de una ley tremendamente amplia con un marcado carácter a la

²⁸⁰ Idea varias veces analizada anteriormente en esta memoria. Vid.: cit. N°57; cit. N°189; cit. N°206; cit. N°208.

neutralidad de delito terrorista mismo, con una finalidad en lo excesivo ambigua y la falta de elementos que se han entendido propios del fenómeno terrorista, como el factor organizativo. Lo que nos plantea Llobet, y lo que adecuamos nosotros para nuestra legislación es tremendamente interesante: ante falta de *lege ferenda*, la correcta forma de aplicación de la ley debe darse a través de la interpretación restrictiva que debe hacer el juez, al momento de aplicar la ley en el caso concreto. La idea de una interpretación restrictiva de la finalidad del delito terrorista, viene dada por el reconocimiento de la ley terrorista como un tipo penal en lo extremo abstracto para el caso del legislador español, y por tanto se hace propicio que la interpretación sea lo más restrictiva posible para evitar la punición de otro tipo de conductas que no calcen en el tipo penal terrorista. Por su parte, los delitos de clima no necesariamente son ilícitos terroristas: pensemos, por ejemplo, en el incendio que se provocaría en un recinto religioso por grupos de ideologías contrarias al teísmo. Estos grupos en ningún caso buscarían el fin que persigue el delito terrorista, el de socavar los mecanismos democráticos (para el caso nacional el orden constitucional democrático), pero sí podrían constituir un delito *clima delicta*, al agregar elementos tales como la apología al delito terrorista. Interpretar la finalidad presente en el artículo primero de la LCT de forma amplia, incluyendo el delito del ejemplo anterior, sería ir en contra de la idea misma del delito terrorista como delito político.

En relación del carácter de delito político del terrorismo, y al enmarcarse tanto nuestra legislación como la española en un Estado de Derecho, es que se deben respetar las garantías procesales propias de un sistema democrático. Es innegable la pugna que se produce entre la función punitiva del Estado y los derechos fundamentales de los individuos expresados, por ejemplo, a través de las mismas garantías procesales. Si bien esta discusión se extralimita al tema tratado en esta memoria, para el presente apartado, es sumamente importante estudiar el ejercicio del *ius puniendi* en lo relativo a la tipificación y aplicación del delito terrorista. Al respecto de la pugna de la función punitiva del Estado al tipificar el delito terrorista y los derechos de los imputados por estos delitos, Según Llobet, para la casuística del tratamiento hacia el terrorismo, en el derecho español, se produce una verdadera *flexibilización* de los principios que limitan al *ius puniendi*. Profundicemos un poco la idea anterior.

Para el principio de legalidad, el primero de los grandes límites al ejercicio del *ius puniendi*, consistente en la precisión que se le exige al legislador a la hora de tipificar las conductas constitutivas de delito, hay un mandato a no utilizar cláusulas generales para la tipificación de los delitos. En el derecho internacional, es permitido la suspensión de ciertas normas que protegen derechos fundamentales en pos de cumplir con determinados fines, tal como lo es la lucha contra el terrorismo. Es así que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo cuarto, numeral primero, se nos señala lo siguiente: “*En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el*

presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Al existir una norma de este tipo que, tanto para el derecho español como para nuestro derecho interno, tiene carácter de norma constitucional²⁸¹, podemos sostener que hay antecedentes jurídicos para hablar del fenómeno que la profesora Llobet entiende como la *flexibilización* de los principios limitadores del *ius puniendi*, especialmente en lo relativo al principio de legalidad.

Antes de hablar de lleno acerca de la problemática que se genera con la *flexibilización* del principio de legalidad en la legislación antiterrorista, es correcto hacer presente lo que nos señala la profesora Villegas respecto de la relación antagónica que hay entre el principio de legalidad y la necesidad de incluir en la estructura del delito terrorista al elemento organizativo. Para la profesora Villegas se genera una desventaja en la inclusión de este elemento en el tipo penal, la cual es que se sacrificaría el principio de legalidad. Esto se produciría “...la *incriminación de las conductas de colaboración con organizaciones terroristas*”,²⁸² lo que podría generar que se sancione como autores a quienes tuvieron una parte más bien accesoria y auxiliar en la comisión de los delitos. Dicho eso, el mayor problema que entendemos que se genera en la *flexibilización* del principio de legalidad en lo tocante al delito terrorista es en función de la problemática que venimos exponiendo desde la introducción de la presente memoria: hablamos de la excesiva dificultad en la conceptualización del terrorismo como fenómeno jurídico-social. La problemática que se da tanto en el derecho español como en el derecho interno es a raíz de lo amplio y tremendamente vago que puede resultar la definición de lo que el legislador considera como delito terrorista. Esto, si bien trae consigo problemas en la dogmática, como adelantábamos en apartados anteriores, la principal misión del legislador, la doctrina y la jurisprudencia debe ser el tratamiento a través de la tipificación, interpretación y aplicación de la ley terrorista, y es en este sentido que la tipificación amplia y ambigua del terrorismo trae aparejado un problema en su aplicación. Como prelude necesario a analizar el *cómo* se generan inconvenientes con definiciones amplias y de grandes rasgos en lo abstracto, queremos sostener y dar cuerpo a la afirmación que hicimos en relación a que, tanto en el derecho español como en el derecho interno, el legislador peca de poco preciso en la tipificación del delito terrorista.

²⁸¹ Artículo 5 inc. 2 Constitución Política de Chile: “La soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

²⁸² VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 34.

El artículo 573 del Código Penal español de 1995, luego de la reforma introducida por la ley orgánica 2/2015, como veníamos diciendo en el apartado anterior, recoge cuatro finalidades (elementos subjetivos del tipo penal), ya analizadas con anterioridad.²⁸³ La vaguedad viene expresada a cabalidad en las finalidades de “*subvertir el orden constitucional*” y “*alterar gravemente la paz pública*”, que a juicio de Llobet tienen un sentido muy amplio y, como decíamos anteriormente, son bienes jurídicos que pueden ser vulnerados con otros tipos de delitos tales como lo son los cometidos por organizaciones delictivas violentas, y no necesariamente por grupos terroristas.²⁸⁴ Para el caso nacional, nos encontramos con una realidad jurídica más precaria que la de nuestro símil europeo, puesto que el legislador nacional no reconoce un grupo de finalidades variadas como elementos subjetivos del delito terrorista, sino que se acrecienta aún más lo amplio y vago del concepto, pues en el artículo 1º de la LCT, estudiado a cabalidad en el capítulo precedente a este, nos señala el legislador terrorista que: “*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*”. El mencionado profesor Héctor Hernández Basualto, en su informe en derecho del año 2011, hablándonos de la redacción del comentado artículo 1º, nos dice que se puede caer en el absurdo, al seguir el sentido literal del legislador antiterrorista, de considerar a un “lanza”, por ejemplo, como un potencial autor de un delito terrorista, toda vez que perfectamente pueda causar un temor justificado en la población de ser víctima de un delito símil.²⁸⁵ Si bien el legislador hace una referencia taxativa al artículo segundo de la LCT, no nos parece propicio de todas formas el parámetro del temor justificado, pues se puede cumplir con el tipo penal, esto es, que sea uno de los delitos enumerados en el artículo 2º, y generar temor justificado sin que sea la finalidad perseguida por su autor. El profesor Hernández de forma magistral nos explica lo anterior de la siguiente manera: “*Lo normal será que aunque se provoque objetivamente temor en parte de la población los fines perseguidos sean otros, los que en algunos casos se agotarán en la comisión misma del delito, pero que aun cuando éste tenga un sentido simbólico y comunicativo su verdadero destinatario no sean las víctimas reales o potenciales sino un tercero, por regla general*

²⁸³ A saber, artículo 573 del Código Penal español, inciso 1º:

“1.ª *Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*

2.ª *Alterar gravemente la paz pública.*

3.ª *Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*

4.ª *Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella*”

²⁸⁴ Para la profesora Mariona Llobet, la justicia no colabora en la aplicación de la ley terrorista toda vez que: “*los tribunales, especialmente en tiempos recientes, no realizan ningún esfuerzo por reducir el alcance punitivo de dichos delitos y de sus elementos típicos. Así, cabe hablar de terrorismo de Estado, de desórdenes públicos terroristas y de bandas armadas terroristas, aunque no hayan cometido ni un solo asesinato*”. En: LLOBET ANGLÍ. 2008. Op. cit., p. 160.

²⁸⁵ HERNÁNDEZ. 2011. Op. cit. p. 58

el Estado”.²⁸⁶ Lo que hace tan defectuosa la aplicación de la LCT es precisamente el carácter en extremo subjetivista de nuestro legislador, asignándole una preponderancia decisiva a la finalidad del delito terrorista, finalidad que es muy amplia como ya vemos y que en muy pocas ocasiones se va a poder cumplir (o al menos probar). Recordemos que una de las principales críticas que hace el mismo Hernández a la LCT es su carga política neutra que hace que sea de difícil aplicación, al querer excluir el legislador conscientemente al delito terrorista de los delitos políticos, para así no tener estos los beneficios de esta clase de delitos.

Ahora bien, habiendo comprobado la *flexibilización* de la que habla la Doctora Llobet, tanto para el caso español como para el caso nacional, es propio retomar las apreciaciones de porqué se generan inconvenientes con definiciones amplias y de grandes rasgos al conceptualizar al delito terrorista, en lo abstracto.

Las dificultades en la tipificación amplia del delito terrorista se provocan toda vez que quedan incluidos de forma involuntaria dentro del tipo objetivo, ciertas conductas que no son propias de delitos terroristas. Traeremos a colación el ejemplo utilizado *supra*, del incendio provocado en un recinto religioso. Bajo el supuesto de la LCT, este sería un delito penado por el artículo 476 del Código Penal, el cual, en virtud del numeral 2º del artículo 2º de la LCT, sería uno de los casos de delitos terroristas si es que se acredita el elemento subjetivo contenido en el artículo primero. Si consideramos que la quema intencionada de un recinto religioso es perfectamente idónea para provocar el temor justificado en la población o en una parte de ella de ser víctima de un delito similar, por las connotaciones sociales que trae este tipo de delitos (como lo es la cobertura mediática que tendría), el Ministerio Público, como órgano investigador y acusador, en lo tremendamente amplio de la LCT, podría acusar a los responsables de este delito como sujetos activos de un delito terrorista, toda vez que se dio el efecto contenido en el artículo 1º, el que se debe encontrar manifestado dentro de las hipótesis entregadas en el artículo 2º. Como ya hemos dicho, es evidente que un delito como el anterior no puede ser considerado como un delito terrorista toda vez que el bien jurídico atacado no es ni puede idóneamente ser el de socavar las vías democráticas a través del orden constitucional democrático. Hay una vulneración de la paz pública, pero en ningún caso existe relación con el fenómeno terrorista descrito en esta memoria.

Ahora pasaremos al análisis del segundo gran límite al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado: el principio de proporcionalidad, que en palabras del profesor Pereira es “*un principio de razonabilidad y sentido común.*”²⁸⁷ Lo que se busca con el principio de proporcionalidad es la adecuación de la pena prevista para con la conducta tipificada por el delito. Se intenta que no haya

²⁸⁶ *Ibíd.*, p. 59.

²⁸⁷ PEREIRA, Antonio Carlos. 2003. Sistema político y constitucional de Alemania, Una introducción. Santiago de Compostela, Tórculo Edición. P. 4.

una excesiva gravosidad ni cuantitativa ni cualitativamente en la aplicación de una pena para una conducta típica. En cuanto a la relación de *proporcionalidad* de la pena con la conducta típica para el delito terrorista, es propio señalar que va a depender del estudio del sistema penal para cada Estado. Lo que debemos tener en consideración es que este principio -reconocido en el derecho internacional, por medio del art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que sirve como fundamento del principio de proporcionalidad al establecer la finalidad del respeto de los derechos de los demás en una sociedad democrática- lo que en definitiva establece es la imposibilidad de tipificar con una misma pena a conductas que tengan una relevancia distinta.

En este sentido es que el principio de proporcionalidad resulta interesante analizar, también en función de la normativa antiterrorista presente en el país ibérico. Si bien, cuantitativamente, la mayor problemática está en la gradación de la pena, como también en los grados de participación, queremos llevar la discusión a otro nivel, para evitar caer en tecnicismos de determinación y aplicación de la pena, materia que ante todo es labor de los Tribunales de Justicia.

En los delitos de financiamiento al delito terrorista, presentes tanto en el caso español como en la realidad jurídica interna, se genera un verdadero problema con el principio de proporcionalidad. Analicemos el caso nacional: en el artículo 8º de la LCT se ocupan como sinónimos los vocablos “recaudar” y “proveer de fondos”. Es evidente que no son sinónimos, como bien nos dice la profesora Villegas, al citar a la Real Academia de la Lengua Española.²⁸⁸ Por ello, es propio señalar que se rompería la máxima del principio de proporcionalidad, se aplicaría la misma pena para conductas que tienen una relevancia distinta. La persona que “recauda” entendemos que necesariamente está dentro de la organización criminal, la persona que “provee” no necesariamente está dentro de la misma, y según el artículo 8º de la LCT, son penadas de la misma manera. La profesora Villegas sostiene que la única forma de punir la colaboración al delito terrorista sin pasar a llevar a los principios limitantes del *ius puniendi* es respecto del sujeto que provee fondos: “*En tal sentido los actos de colaboración, en cuanto financiamiento al terrorismo pueden quedar comprendidos a título de autoría o participación en el concreto delito de que se trate, de conformidad con las reglas generales de participación previstas en el Código Penal*”.²⁸⁹ La persona que facilita apoyo económico para la comisión de un delito terrorista es una persona que está por fuera de la organización delictiva y debe ser sancionado por eso, pero por su participación auxiliar y accesoria. En caso de que esté dentro de la organización terrorista, ahí sí debe ser castigado como autor del delito terrorista.

Siguiendo con la *flexibilización* que se da del principio de proporcionalidad, ahora visto en el ordenamiento jurídico español, en lo tocante al delito terrorista, es correcto sostener que la

²⁸⁸ VILLEGAS. 2006. Op. cit., p.41

²⁸⁹ *Ibíd.*, p. 42

adecuación de la pena se generaliza a un nivel, a lo menos, problemático. En el primer apartado del artículo 573 bis se indica lo siguiente:

“1. Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán castigados con las siguientes penas:

1.ª Con la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona.”

A su vez, y para que quede totalmente claro la problemática que planteamos, explicitemos el apartado 1º del artículo 573, al que hace alusión el apartado 1º del artículo 573 bis:

“1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el CÓDIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA § 1 Ley Orgánica del Código penal – 174 – apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:”²⁹⁰

Lo que ocurre es que se habla de cualquier delito grave contra ciertos bienes jurídicos que se protegen con el tipo penal. De esta forma, el legislador español flexibiliza el principio de la proporcionalidad al sancionar con la misma pena, por ejemplo, a un delito terrorista consistente en homicidio simple que se haya cometido con una de las finalidades presentes en el artículo 573, como a un homicidio calificado que cumpla con la misma finalidad. Lo que pasa es que el legislador antiterrorista español no está diferenciando las penas según el contenido material del delito terrorista.

El análisis que merece la pena de los delitos terroristas es el de lo relativo a la relación existente entre la comisión de dichos delitos y los resultados producidos por las conductas típicas. El límite a analizar no sólo es el del principio de proporcionalidad, sino que además el principio de la responsabilidad como límite al *ius puniendi*. Someramente, podemos decir que el principio de responsabilidad se basa en la imputación que se le hace a una persona de las externalidades negativas que trae aparejado su comportamiento. En materia penal, en Occidente, podemos sostener que es la culpabilidad el criterio de atribución de responsabilidad predominante. Para el caso español, la profesora Llobet nos explica que no importa el efecto que trae aparejado la conducta terrorista, es indiferente *“...tener un cóctel molotov que un depósito de armas de guerra”*.²⁹¹ El legislador

²⁹⁰ El subrayado es nuestro.

²⁹¹ LLOBET ANGLÍ. 2008. Op. cit., p. 191.

antiterrorista español no castiga al *acto terrorista* tanto como al *terrorista*, que se obtiene a través de la perpetración de un delito común unido a una de las cuatro finalidades que reconoce el Código Penal en el artículo 573. En ese sentido, en relación a la determinación de la pena, para el legislador español importa más *quién* lo hace (un terrorista), que *qué* se hace (un acto terrorista). Hay una preponderancia, tal como en el derecho interno nacional, de exaltar el elemento subjetivo. Se configura un tipo de derecho penal de autor, toda vez que la sanción penal fijada en el tipo en cuestión se centra en el autor del delito para su determinación, y no en las características de la conducta tipificada.

Como memoristas del presente trabajo, creemos que se debe evitar caer en el derecho penal simbólico, a saber, en palabras de José Ignacio Núñez, el simbolismo se identifica con “*la intencionalidad comunicativa insertada en la norma por el propio legislador interesado en demostrar firmeza mediante la criminalización como única política criminal*”,²⁹² cayendo en el sobre-punitivismo a través de descripciones amplias del delito terrorista. La legislación en la materia no debe ser en ningún caso antojadiza, los límites al *ius puniendi* son la base de un Estado de Derecho que descansa en un Derecho Penal con protección a las garantías individuales. Las técnicas legislativas de redactar un tipo penal de forma amplia y vaga, el hecho de quitarle el carácter político al delito terrorista para evitar que los procesados por éste puedan optar a los beneficios de este tipo de delitos o el equiparar las participaciones de personas que están dentro o fuera de una banda criminal, nos parecen precisiones sumamente importantes que, con el grado de desarrollo de la materia a través de la labor de la dogmática y de la jurisprudencia, el legislador no se puede permitir.

Los simbolismos en el tratamiento jurídico que se le da al fenómeno terrorista son tales que la doctrina comparada ha construido el concepto del *Derecho Penal del enemigo*, el cual se contrapone al *Derecho Penal del ciudadano*. Partiendo por la doctrina nacional, siguiendo con don José Ignacio Núñez, es que “*podemos sostener que La compleja rúbrica Derecho Penal del Enemigo se construye a partir de una previa distinción estipulativa: la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y la de otros que han de ser estimados y tratados como enemigos. A partir de ella, propone la configuración y vigencia de secciones del Derecho Penal inspiradas en paradigmas diversos*”.²⁹³ Sería, entonces, el derecho penal del ciudadano el que sanciona cierto tipo de delitos (en un sentido amplio) que son perpetrados por la generalidad de las personas, mientras que el derecho penal del enemigo sanciona delitos cometidos por cierto tipo de sujetos que, por alguna característica propia de su comportamiento, se han alejado -de forma presuntiva, a lo menos- de los fines del Estado de Derecho. En definitiva, el sujeto que al que le es

²⁹² NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. 2009. Un análisis abstracto del Derecho Penal del enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. [en línea]. *Polít. Crim.*, 4(8): 383-407. Recuperado en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000200003> Consultado el 4 de octubre de 2020. P. 386.

²⁹³ *Ibíd.*, p. 387

presuntivamente aplicable la normativa del derecho penal del enemigo, es el que constituye la excepción a la expectativa de comportamiento correcto que se espera de un individuo en la sociedad.

Para la Doctora Mariona Llobet, el derecho penal del enemigo es el conjunto de normas en un ordenamiento jurídico que “...en vez de tratar a dichos infractores como ciudadanos se les considera enemigos, esto es, fuentes de las que se derivan riesgos para los demás”²⁹⁴. En ese sentido es que la Doctora, sostiene que parte de la normativa antiterrorista española pertenece a este tipo de derecho penal, por:

- incrementar el aumento de penas vs el derecho penal común;
- el adelantamiento amplio de la punibilidad; y
- la supresión de garantías procesales individuales.²⁹⁵

La opinión que nos merece a los autores de este trabajo, respecto de si el tratamiento que se le da al fenómeno terrorista en nuestro ordenamiento jurídico es perteneciente al derecho penal del enemigo o no, está dada por la interrelación de la misma finalidad que persigue prohibir la norma antiterrorista en esencia (la vulneración del orden constitucional democrático) y el sujeto objeto de la norma antiterrorista (el sujeto activo). Habiendo analizado en profundidad la LCT, en especial los dos primeros artículos de este cuerpo normativo, contenedores de la conducta típica, se nos hace preciso sostener que tanto la finalidad como el sujeto activo, posible objeto de persecución por los órganos correspondientes, no constituyen ni una finalidad general, tal como los delitos comunes tratados en el Código Penal, los cuales protegen a grandes rasgos derechos personalísimos, como tampoco el sujeto activo de nuestra LCT -al menos en lo presuntivo- parece ser un ciudadano común. Ergo, en función de estos dos rasgos particulares presentes en el delito terrorista, creemos que la configuración que hace el Estado con el ejercicio del *ius puniendi* en el delito terrorista es presuntivamente como un delito del derecho penal del enemigo.

Para concluir este apartado, nos gustaría despedir el mismo a través del análisis del sujeto pasivo del delito terrorista. Si bien esto ya se analizó a nivel *supra* en el apartado 2.2.2 *Sujeto Pasivo*, nos parece de suma trascendencia recoger los postulados de la Doctora Llobet, precisamente en este apartado y no en el anterior, ya que los postulados que detallaremos a continuación escapan al simple análisis de la LCT.

Respecto del elemento de indiscriminación o aleatoriedad presente en la estructura del delito terrorista²⁹⁶, Mariona Llobet nos señala que incluso cuando el objeto de los autores del delito

²⁹⁴ LLOBET ANGLÍ. 2008. Op. cit., p.167

²⁹⁵ Ibid., p. 167. Agrega además la Doctora Llobet en función de los postulados de Cancio Meliá iv) “no se incriminan hechos propiamente dichos, sino conductas cuya relevancia reside sobre todo en su contenido simbólico” y v) “se advierten peculiaridades en la técnica de redacción de estas infracciones”

²⁹⁶ Ibid., p. 54.

terrorista, en lo inmediato, sea un grupo específico (tales como un gremio de periodistas, empresarios, policías, etc.), el objeto mediato siempre será la sociedad en su conjunto, puesto que, por las características de los medios empleados por los autores, es plausible presumir que el estado de terror no sólo se produciría en el grupo objetivo del ataque terrorista, sino que, además, en el resto de la sociedad. La idea que podemos abstraer de lo anterior, a opinión de los autores de esta memoria, es que incluso cuando los principales afectados (*ultima ratio*, podríamos hablar del sujeto pasivo) del delito terrorista sea un grupo particular y específico, como una asociación civil, y no la sociedad en su generalidad, ese grupo particular viene a ser un verdadero instrumento de los actores para causar el fin político que se persiga. Atentar contra grupos particulares como objeto del tipo penal en estudio, haría pensar que el sujeto pasivo del delito terrorista dejaría de ser *indiferenciado*, pero podemos ver a través del razonamiento pretérito que, en ningún caso este (el sujeto pasivo) dejaría de ser la sociedad en su conjunto.

3.3. Derecho anglosajón: Los casos del derecho inglés y americano

En el ordenamiento jurídico norteamericano, vemos tal vez el tratamiento más exhaustivo, punitivo y amplio del fenómeno del terrorismo, autores tales como Chet Richards creen que la guerra contra el terrorismo es una “*guerra de cuarta generación*”.²⁹⁷ La tratativa americana al terrorismo parte de la base de la casuística, como todo su derecho. Decíamos *supra* que el terrorismo debe ser entendido desde la fenomenología, y es en Estados Unidos donde se le entiende por antonomasia desde esta perspectiva. Tanto así que, a diferencia de lo que pasa en el derecho interno chileno, se prescinde de la hermenéutica para darle un tratamiento por entero abocado a la construcción fenomenológica. En razón de lo anterior, resulta propio decir que la configuración del delito terrorista en este ordenamiento jurídico es bastante amplia. Dentro de las actas patriotas o en su nombre original *USA Patriot Act*, cuerpos normativos que se crean con ocasión de los atentados ocurridos en Las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001, se amplían las facultades ejecutivas en la lucha contra el terrorismo. Dentro de lo más representativo de lo versado en estas actas, encontramos lo siguiente:

En la sección 802, en el título VIII *STRENGTHENING THE CRIMINAL LAWS AGAINST TERRORISM*, se da la definición de terrorismo, la que modifica la sección 2331 del título 18 del Código Penal, equiparando el terrorismo internacional con el terrorismo doméstico.²⁹⁸ Como bien decíamos en la introducción de esta memoria, en el derecho internacional no se ha podido dar con un concepto unívoco de terrorismo, y Estados Unidos no es la excepción. De todas maneras, en función de las *USA Patriot Act*, y con ocasión de la *National Strategy for Combating Terrorism*, es que según

²⁹⁷ RICHARDS, Chet. 2007. *Neither shall the sword: conflict in the years ahead*. Washington D.C., Estados Unidos: Center for Defense Information. P. 12.

²⁹⁸ VILLEGAS. 2006. *Op. cit.*, p. 22.

el autor José María Tortosa la definición de terrorismo en este derecho es la siguiente *“La violencia, premeditada y motivada políticamente, perpetrada con objetivos no combatientes por parte de grupos subnacionales o agentes clandestinos”*.²⁹⁹ Respecto de este cuerpo normativo anteriormente mencionado, el profesor Tortosa nos explica que en lo que se centra es en *“la intención estratégica de Estados Unidos,”* no abordando el tratamiento a las causales del terrorismo. El legislador americano se centra en los efectos del mismo fenómeno tratando de reducir la amenaza. Para esto se necesita la comunión entre lo local y lo internacional, como bien lo sintetiza en los objetivos el presidente Bush en el año 2002: *“Protegernos del ataque mediante la acción vigorosa en el exterior y el aumento de la vigilancia en el interior”*.³⁰⁰ En otro de los fines de la *National Strategy for Combating Terrorism*, según Tortosa está el *“negar el patrocinio, apoyo y santuario a los terroristas”*, y es un claro mensaje no hacia el derecho interno sino que, sin ser vinculante dicho cuerpo normativo, hacia el resto de Estados del mundo.³⁰¹ El más llamativo y jurídicamente, más relevante en función que podemos considerarlo un bien jurídico en sí mismo el protegido, es el de *“defender a los ciudadanos y a los intereses estadounidenses en el interior y exterior”*.

Algo que es bastante llamativo y que lo destaca la profesora Villegas, es que en ninguna de las variadas definiciones que recoge el Estado del Norte, en sus Actas Patriotas, hace alusión al elemento organizativo.³⁰² A nuestro parecer, esto es por lo menos, cuestionable y algo precipitado por parte del legislador terrorista norteamericano. Si vemos que la construcción de la legislación terrorista y el tratamiento actual, responden a eventos de terrorismo que han servido como propulsor para la actividad punitiva del legislador, no se haya hecho cargo este del elemento organizativo, elemento que a todas luces estaba presente en los eventos del 11 de septiembre en la ciudad de New York.³⁰³

En lo relativo al bien jurídico protegido, o al menos, lo que intentan proteger las USA Patriot, e la seguridad nacional en un sentido amplio; de hecho, las medidas para el control, investigación y prevención de actos terroristas, se pueden suspender o al menos disminuir garantías procesales básicas. Prueba de lo anterior es lo que nos dice el profesor Manuel Carrasco Duran, catedrático español, sobre la detención en casos de sospecha de delito terrorista: *“La detención puede ser prolongada por tiempo indefinido en caso de que su liberación amenazara la seguridad de los*

²⁹⁹ TORTOSA BLASCO, José María. 2008. Estados Unidos y su “guerra contra el terrorismo”: continuidad o cambio. (pp. 255-269). En: MESA, Manuela (coord.). Escenarios de crisis: fracturas y pugnas en el sistema internacional. [en línea]. Barcelona, España: Ed. Icaria. Recuperado en: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2787623.pdf> > Consultado el: 3 de septiembre de 2020. P. 251.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 254.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 255.

³⁰² VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 23.

³⁰³ De público conocimiento es la autoría del atentado en cuestión por parte del grupo terrorista de ideología yihadista Al Qaeda.

Estados Unidos o la seguridad de la comunidad o de cualquier persona".³⁰⁴ Un concepto que nos parece de suma importancia en la *National Strategy for Combating Terrorism* es el de *amenaza inminente* del cual, el cuerpo normativo anterior nos dice, en la traducción del profesor Franklin Barrientos Ramírez, que: "Durante siglos el derecho internacional ha reconocido que no es necesario que los países sufran un ataque antes de que puedan tomar igualmente medidas para defenderse de las fuerzas que presenten peligro inminente de ataque. Expertos jurídicos y juristas internacionales a menudo condicionan la legitimidad de la prevención a la existencia de una amenaza inminente, especialmente en la forma de una movilización visible de ejércitos, armadas y fuerzas aéreas que se proponen atacar. Debemos adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios de hoy, afirma el documento, porque los estados al margen de la ley y los terroristas no buscan atacar usando medios convencionales. Saben que estos ataques fracasarían. En cambio, dependen de actividades terroristas y, especialmente, del uso de armas de destrucción en masa, armas que pueden ocultarse fácilmente, transportarse en secreto y utilizarse sin previo aviso"³⁰⁵

Siguiendo con este análisis *grosso modo* del terrorismo en Estados Unidos, hay que hacer presente que si bien, la seguridad nacional aparece como el bien jurídico preponderante a proteger del fenómeno del terrorismo, hay una serie de bienes jurídicos que afectan en lo inmediato al Estado del Norte, como lo es la salud de su economía, la cual depende del flujo de activos, de personas y de servicios, cosas que se ven profundamente alteradas por el pánico que generan situaciones tales como las vividas el 11 de septiembre de 2001. Los esfuerzos dantescos de Estados Unidos por punir de la forma más severa el terrorismo, responde al cuidado que la Casa Blanca tiene respecto de economía. Tanto es así que, en la casuística contemporánea en occidente, nunca se había visto un esfuerzo a tal escala por prevenir algún suceso como lo era para Estados Unidos otro posible ataque terrorista, que invadió de forma *preventiva* el estado de Irak, Estado donde tenía residencia grupos Yihadistas tales como Al Qaeda, amparados en el concepto de *amenaza inminente*.³⁰⁶

Las diferencias con la legislación nacional son evidentes. Si bien en cuanto a las finalidades que tiene uno y otro legislador son en un nivel abstracto las mismas, el modo de actuar de ambos no es igual. El tratamiento al terrorismo en Estados Unidos luego del 11 de septiembre de 2001 es tan dirigido hacia lo punitivo que incluso, dentro de las finalidades mismas esta la protección a la economía internacional. Prueba de lo anterior es el reconocimiento de un concepto de delito

³⁰⁴ CARRASCO DURÁN, Manuel. 2017. Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos, en perspectiva comparada. [en línea]. *Revista de derecho constitucional europeo*, (27). Recuperado en: < http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/01_CARRASCO.htm > Consultado el: 27 de septiembre. Cap. 2.

³⁰⁵ BARRIENTOS RAMÍREZ, Franklin. 2008. La política antiterrorista de Estados Unidos. [en línea]. *Revista política y estrategia*, (110): 27-68. Recuperado en: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5622194> > Consultado el: 1 de septiembre de 2020. P. 55.

³⁰⁶ Teniendo como resultado el derrocamiento del gobierno *baazista* de Saddam Hussein.

transnacional en las Actas patriotas.³⁰⁷ Seguidamente es propio señalar que no hay una prevalencia clara de un elemento subjetivo en la configuración del delito, hay una preponderancia de los medios utilizados por parte de los sujetos activos. Si vamos al concepto de terrorismo interno rescatado de las Actas Patriotas, vemos que hay una primacía de la acción entendida como un medio para llegar a un fin político: “*La violencia, premeditada y motivada políticamente...*”. Se aleja tremendamente de la visión de nuestro legislador que le da una connotación neutra al delito terrorista alejado de una finalidad política, al menos en lo explícito de su tratativa en la LCT.

Ahora, analizando a grandes rasgos la tratativa del fenómeno del terrorismo en el derecho inglés, es correcto afirmar que analizando este caso particular se sostiene la tesis que hemos venido explicitando en esta tesis, en relación a que el terrorismo debe ser entendido también a través de la fenomenología. En el caso inglés, el tratamiento al terrorismo data de la *Civil Authorities* de 1922, que son un cuerpo normativo que tenían por finalidad la protección de la soberanía y de actos subversivos en el marco del conflicto con Irlanda del Norte, con modificaciones, esta ley se mantuvo hasta 1973.³⁰⁸ La punibilidad de esta ley era tal que garantías fundamentales reconocidas en pactos de la época resultaban vulneradas. En efecto, el autor Carrasco Durán nos dice lo siguiente respecto de la tratativa para el terrorismo y delitos políticos, presentes en Inglaterra hasta el año 1973: “*Esta ley supuso una restricción general de derechos y una supresión de garantías judiciales, que conllevaba especialmente la autorización para proceder, igualmente sin garantías judiciales, a la detención indefinida y al interrogatorio de personas consideradas como peligro público*”.³⁰⁹

En 1973 fue aprobada la *Northern Ireland Emergency Provisions Act*, la cual, al igual que su predecesora, tenía una duración establecida que se fue alargando sostenidamente en el tiempo a través de la acción del legislador. Esta ley pierde finalmente su vigencia en el año 2000, año en el cual se aprueba la *Terrorism Act*, que significó la “*primera ley antiterrorista en el ámbito británico concebida con vocación expresa de permanencia, cuyo contenido muestra la influencia de la Human Rights Act, de 1998*”.³¹⁰ Este cambio en la normativa supuso un verdadero cambio de paradigma en el tratamiento hacia la materia, primero desde lo orgánico, ya que supuso, como bien nos dice el autor anteriormente citado, la primera ley antiterrorista británica que tenía como característica ser

³⁰⁷ 3 §2332b. *Acts of terrorism transcending national boundaries*

(a) Prohibited Acts.-

(1) Offenses.-Whoever, involving conduct transcending national boundaries and in a circumstance described in subsection (b)-

(A) kills, kidnaps, maims, commits an assault resulting in serious bodily injury, or assaults with a dangerous weapon any person within the United States; or

(B) creates a substantial risk of serious bodily injury to any other person by destroying or damaging any structure, conveyance, or other real or personal property within the United States or by attempting or conspiring to destroy or damage any structure, conveyance, or other real or personal property within the United States;

in violation of the laws of any State, or the United States, shall be punished as prescribed in subsection (c)

³⁰⁸ CARRASCO DURÁN. 2017. Op. cit., cap. 3.

³⁰⁹ Loc. cit.

³¹⁰ Loc. cit.

permanente. Esto nos decía que el legislador británico: entendía el problema del terrorismo ya no como un problema situacional, sino que desde una perspectiva orgánica. A su vez, es necesario resaltar, respecto del legislador antiterrorista del año 2000, que se avanzaba en el ámbito de derechos procesales del sujeto acusado de este tipo de delitos, ampliando, por ejemplo, la detención hasta por sólo 7 días, caso contrario a los cuerpos normativos pretéritos a esta ley.³¹¹

Con ocasión de los atentados ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, el legislador antiterrorista inglés se endureció, dictando la *Crime and Security Act*, cuerpo normativo que “en su Parte 4, previó la posibilidad de someter a detención indefinida, sin garantías judiciales, a aquellas personas no nacionales sobre las que el Ministerio de Asuntos Exteriores tuviera sospechas razonables de su conexión con el terrorismo nacional, o cuya presencia en el Reino Unido «suponga un riesgo para la seguridad nacional»”³¹² Esto, con el correr del tiempo, fue derogado en el año 2005 con la *Prevention of Terrorism Act*, la cual establece unas especie de órdenes de control hacia los individuos, consideradas como un peligro para la seguridad pública. Estas órdenes de control duraron hasta el año 2011, con la entrada en vigor de la *Terrorism Prevention and Investigation Measures*, donde se sustituyen por otras de una naturaleza similar, pero donde hay un principio de proporcionalidad y ponderación entre las medidas de seguridad y los derechos de las personas a intervenir.

3.4. Las dispares normas que rigen en los países latinoamericanos: La regulación colombiana

Al estudiar el tratamiento al fenómeno del terrorismo en Colombia, nos encontramos con una realidad jurídica donde predomina la proliferación de leyes destinadas a la tipificación de estos delitos. Haciendo una síntesis de la historia del legislador antiterrorista Colombiano, con motivo del estudio de la Ley N°975 de 2005, Ambos, Malarino y Steiner aseveran que: “Si se tiene en consideración el hecho de que, en la historia del país, para grandes hechos de violencia política y social se han aplicado de manera indiscriminada diversas legislaciones antiterroristas, podría haber sido un expediente relativamente fácil o cómodo imputar de manera también indiscriminada y abierta, en el caso de Justicia y Paz, una legislación antiterrorista”.³¹³ Dentro de los antecedentes de la evolución legislativa Colombiana en materia antiterrorista, nos encontramos con el decreto 100 de 1980, por el cual se dicta el Código Penal, el cual a su vez contenía al artículo 187, donde se

³¹¹ Además de detención por un tiempo indeterminado, el legislador de 1973 establecía que, para ciertos delitos, no se juzgaría a través del sistema de jurados, sino que a través de un órgano Sui Generis llamados *Diplock*.

³¹² CARRASCO DURÁN. 2017. Cap. 3.

³¹³ APONTE CARDONA, Alejandro. 2015. Terrorismo y crímenes internacionales en Colombia: tensiones en torno a la persecución penal nacional de crímenes internacionales. (cap. 2, pp. 113-146). En: KAI, Ambos, MALARINO, Ezequiel, y STEINER, Christian (coords.). [en línea]. Bogotá, Colombia: Unión Gráfica Ltda. Recuperado en: < https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=bb9ce34a-d4a0-2600-3bc3-510ae89ef7ab&groupId=252038 > Consultado el: 23 de agosto de 2020. P. 118.

definía al terrorismo como “*TERRORISMO. El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho*”.³¹⁴ Podemos apreciar que en esta definición de terrorismo el legislador Colombiano dejaba la figura con una ambigüedad tremenda, ya que la única finalidad era simplemente crear un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público. No hay ninguna remisión a un móvil político ni tampoco al elemento organizativo. El peligro de una legislación tan ambigua y generalista es evidente: el tipo terrorista perfectamente podía ser satisfecho con delitos comunes, sin ningún elemento subjetivo acompañado como en el caso de la LCT o de la actual normativa antiterrorista en España, luego de la modificación introducida por la ley orgánica 2/2015. Ante esta problemática, tuvo que ser modificado el Código Penal, a través del Decreto 180 de 1988. Lo que hizo el decreto individualizado fue crear tipos especiales complementarios al concepto de terrorismo otorgado por el legislador de 1980. Dentro de los tipos especiales complementarios al delito de terrorismo encontramos los siguientes: El auxilio a actividades terroristas, omisión de informes de actividades terroristas, el constreñimiento o instigación para ingresar a grupos terroristas.³¹⁵ Estos tipos creados por este Decreto fueron recogidos por el Decreto 226 de 1991, el cual fue derogado por la Ley 599 del año 2000, la cual crea el actual y vigente Código Penal Colombiano, el cual contiene el tratamiento vigente en materia antiterrorista.

En el título XII *Delitos contra la seguridad pública*, en el artículo 343 se define al terrorismo como: *TERRORISMO “o. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en [diversas penas], sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta”*. Haciendo un análisis del precepto legal en comento, es correcto sostener que hay un desarrollo más allá de lo monista que resultaban las legislaciones anteriores, se habla de *terror en la población o en un sector de ella*, aunque en cuanto a las finalidades sigue siendo abstracto, muy parecido al tenor literal de la LCT y no llegando a finalidades más detalladas tales como las que se recogen en el Código Penal Español.

³¹⁴ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). 2015. Guía para Colombia sobre el régimen jurídico contra el terrorismo y su financiación: subdivisión de prevención del terrorismo. [en línea]. Recuperado en: <
https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Colombia_Legal%20Guide/GLFTweb_Spanish.pdf >
Consultado el: 28 de agosto de 2020. P. 95.

³¹⁵ *Ibíd.*, pp. 95-96.

Haciendo un análisis de la construcción del tipo penal, es correcto señalar que según la doctrina Colombiana, el bien jurídico que se protege con la legislación antiterrorista es el de llevar una vida pacífica, tranquila y segura.³¹⁶ Que el bien jurídico sea así de abstracto y tendiente a ser objetos de amplias interpretaciones, hace que para punir los distintos tipos terroristas incluidos en el Código Penal del año 200, no se requiere de un resultado material, “*sino que basta con la realización de comportamientos que pongan en riesgo la seguridad pública*”.³¹⁷

Respecto del elemento organizativo, presente en la legislación Española, es correcto sostener que el legislador Colombiano es bastante drástico a la hora de punir este tipo de conductas, de hecho se produce un concurso efectivo con la conducta descrita en el artículo 343 del Código Penal, en un artículo para la Policía Nacional de Colombia, don Henry Torres Vásquez nos señala en relación a la tipificación del delito terrorista cometido de forma individual o colectiva que “*Así mismo, puede ser ejecutado el acto terrorista a título individual o en grupo, en este caso es probable que, se castigue además como, concierto para delinquir*”.³¹⁸

Respecto de las circunstancias para la comisión del delito terrorista en Colombia, el artículo 343 del Código Penal no exige ninguna particularidad respecto del sujeto activo (ni del pasivo), por lo que, cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo del terrorismo. Ahora bien, en relación a esto es que es menester destacar lo consagrado en el artículo 144 del Código Penal Colombiano, a saber: *ACTOS DE TERRORISMO “[Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en [diversas penas]”*. Vemos que lo que entiende el legislador antiterrorista colombiano, por actos de terrorismo (o lo que tipifica, mejor dicho, bajo esa caratula) no es una consecuencia directa del tipo penal contenido en el artículo 343 del Código Penal. En efecto este artículo 144 contiene un tipo penal que, a opinión de los autores de esta memoria, es una figura análoga diferente del terrorismo propiamente tal, que deriva del mismo al cumplir con los mismos requisitos objetivos del tipo, pero además teniendo que satisfacer un elemento subjetivo el cual es que el delito se cometa con “*ocasión o en desarrollo de un conflicto armado*”. Este artículo 144 se diferencia en cuanto a los propósitos que el legislador tuvo a la hora de su creación, como bien nos señala Henry Torres Vásquez: “*...existe el artículo 144 del Código Penal, en el que se hace alusión al acto de terrorismo; que hace parte de*

³¹⁶ Ibíd. p. 99 en relación con CRUZ BOLÍVAR, Leonardo. 2011. Delitos contra la seguridad pública. (pp. 463-512). En: VVAA. Lecciones de Derecho Penal: Parte especial. 2º ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Pp. 466 – 467.

³¹⁷ Ibíd., p. 99.

³¹⁸ TORRES VÁSQUEZ, Henry. 2009. El terrorismo en el Código Penal Colombiano. [en línea]. *Revista Logos. Ciencia y Tecnología*, 1(1): pp. 139-154. Recuperado en: < <https://www.redalyc.org/pdf/5177/517751797010.pdf> > Consultado el: 5 de septiembre de 2020. P. 149.

*los tipos penales que reciben el nombre de delitos contra personas y bienes contra el Derecho Internacional Humanitario en adelante DIH...*³¹⁹

Para finalizar este apartado, volviendo al tipo penal establecido en el artículo 343 del Código Penal, respecto de la conducta punible hay que precisar que se trata de provocar o mantener el estado de zozobra o terror en la población o en una parte de ella. En la guía para Colombia sobre el régimen jurídico contra el terrorismo y su financiación, se explicita la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sostiene respecto de la conducta prohibida lo siguiente: “*en este caso, el verbo que rige el comportamiento desplegado (...) evidentemente gravita en el sendero de la provocación // De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua “provocar” significa: “Incitar, inducir a alguien a que ejecute algo” y “Hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella”.*³²⁰ En el mismo informe de Naciones Unidas, en relación al concepto de “mantener”, se nos dice que: “*A su turno, mantener significa, en la acepción empleada por el tipo, “Conservar algo en su ser, darle vigor y permanencia”, “Proseguir en lo que se está ejecutando” o “Perseverar, no variar de estado o resolución”.*”³²¹ Importante es que el precepto legal en estudio no sólo tipifica la conducta de quien provoca el estado de zozobra o de terror en la población o en una parte de ella, sino además del que procura que este estado se mantenga en el tiempo. Es correcto señalar que el legislador antiterrorista colombiano, presente en el Código Penal del año 2000, es más severo que nuestro legislador antiterrorista presente en la LCT o que el legislador antiterrorista español, presente en el Código Penal de 1995, toda vez que, en el tipo penal, como venimos diciendo, se sancionan dos tipos de conductas diferentes.

IV. ANÁLISIS DE PROPUESTAS MODIFICATORIAS Y TOMA DE POSICIÓN

4. Análisis crítico de las propuestas de modificación a la normativa antiterrorista en los diversos proyectos de nuevo Código Penal

Nuestro Código Penal fue originalmente promulgado el 12 de noviembre de 1874 y entró en vigor el 1 de marzo de 1875. A la fecha, han pasado 145 años desde que empezó a regir en Chile. Por el transcurso natural del tiempo y los avances socioculturales de la Nación, no es de sorprender que un texto legal del siglo XIX no sea ideal para los nuevos tipos de relaciones que se dan en el siglo XXI, de modo que se ha planteado en doctrina la posibilidad de modernizar nuestro Código Penal. Esto no es realmente una idea novedosa, pues también durante el siglo XX se propusieron diversos proyectos de modernización del Código Penal.

³¹⁹ *Ibíd.*, p. 141.

³²⁰ UNODC. 2015. *Op.cit.*, p. 106.

³²¹ *Ibíd.*, p. 16.

Así, hubo dos intentos de modernización durante el año 1929 (uno a cargo de don Eduardo Erazo y don Rafael Fontecilla, y el otro a cargo de don Pedro Ortiz y don Ludwig von Bohlen, respectivamente), otro proyecto durante el año 1939 (a cargo de don Gustavo Labatut y don Pedro Silva), y finalmente otro proyecto, que estuvo a cargo de una comisión redactora el año 1946.³²² Ninguno de estos proyectos arribó en buen puerto, y desde esa fecha hasta la vuelta del milenio, no hubo otros intentos de modernización.

Ya habiendo transcurrido 5 años desde el comienzo de la entrada en vigor de la reforma procesal penal, se presentó un anteproyecto de Código Penal cuya redacción estuvo a cargo de la Comisión Foro Penal, la que tampoco finalizó con la derogación del Código Penal. Posteriormente, durante los años 2013, 2015 y 2018 se presentaron nuevos anteproyectos de Código Penal, de los cuales ninguno ha podido cumplir con su propósito de modernizar nuestro principal texto normativo penal.

La necesidad de modernizar nuestro Código Penal se presenta no sólo por la enorme cantidad de tiempo que ha transcurrido, sino también por la excesiva normativa satélite a dicho Código existente en Chile, relativa no sólo a aspectos sustantivos penales (como el establecimiento de diversos delitos), sino también normas relacionadas a la aplicación de la pena. Así, a modo de ejemplo, encontramos:

- El Decreto Ley N° 321 de 1925, sobre libertad condicional;
- El Decreto Ley N° 645 de 1925, sobre Registro Nacional de Condenas;
- El Decreto Ley N° 409, de 1932, sobre eliminación de antecedentes penales;
- La ley N°17.336, sobre propiedad intelectual;
- La Ley N° 18.050, que fija normas para conceder indultos particulares;
- La ley N°18.216, recientemente modificada por la Ley N°20.603, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad;
- La ley N°18.290, sobre tránsito de vehículos motorizados;
- La ley N°18.314, que tipifica conductas terroristas;

³²² Boletín Legislativo N°9.274-07. Proyecto de ley que establece un nuevo Código Penal. [en línea]. 10 de marzo de 2014. Pp. 1-159. Recuperado en: <
http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9686&tipodoc=mensaje_mocion >
Consultado el: 29 de julio de 2020. P. 1.

- La ley N° 19.039, sobre propiedad industrial;
- La ley N°19.233, sobre delitos informáticos;
- La ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;
- El Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia;
- La ley N° 20.393, que incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los casos que indica;
- La ley 20.357, sobre crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra;
- Entre otras leyes.³²³

Como podemos apreciar, existe mucha legislación penal importante ajena al Código Penal, incluyendo la mismísima LCT, que debe de todas formas ser considerada en la aplicación del sistema penal vigente. Por ello es que ha habido tantos intentos de modernizar nuestro Código Penal e incluir dentro de él todas estas normas satelitales, a modo de poder contar con un solo cuerpo normativo completo y consistente.

En atención a la lejanía cronológica entre el último anteproyecto de Código Penal del siglo XX y el primer anteproyecto del siglo XXI (léase, 59 años entre 1946 y 2005), consideramos que para efectos de esta memoria sólo es menester analizar los anteproyectos correspondientes a estas dos últimas décadas, máxime si se tiene en mente que la LCT fue promulgada y publicada el año 1984, 38 años después del último anteproyecto del siglo XX. Así, entraremos en análisis de lo estipulado en los anteproyectos de los años 2005, 2013, 2015 y 2018, contrastando la propuesta legislativa con la LCT vigente al momento de su presentación.

4.1. Del anteproyecto del año 2005

Fue durante 1999, el último año del gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, que se conformó el Foro Penal, a iniciativa de la entonces ministra de justicia Soledad Alvear. Su objetivo era funcionar como una instancia de diálogo para hacerse cargo de los aspectos penales sustantivos y relativos a la ejecución de la pena, en el contexto de la reforma procesal penal. Sin embargo, el Foro Penal sólo pudo reunirse una vez, por lo que no pudo cumplir con su propósito en ese momento.

³²³ Loc. cit.

Las discusiones fueron reactivadas en el año 2001, y con fecha 12 de junio de 2003, se conformó formalmente la “Comisión de estudio para la elaboración de un anteproyecto de Código Penal o Comisión Foro penal”, mediante Decreto N°443, cuyo objetivo fue presentar un anteproyecto, objetivo logrado en diciembre de 2005, a meses del término del mandato del presidente Lagos.³²⁴

Numerosos académicos y profesionales participaron en la redacción de este anteproyecto, entre los que destacamos como presidente del consejo directivo y coordinador del foro penal al distinguido profesor Alfredo Etcheberry, quien fue posteriormente sucedido por el profesor Enrique Cury en sus cargos. También participó el entonces diputado Juan Bustos Ramírez, el profesor Mario Garrido Montt, el profesor Luis Ortiz Quiroga, el profesor Sergio Politoff Lifschitz, y el profesor Sergio Yáñez Pérez. Por su parte, formaron la secretaría técnica de la Comisión Foro Penal los profesores Héctor Hernández Basualto, Jean Matus Acuña, y los funcionarios ministeriales Francisco Maldonado F., Fernando Londoño L. y Nelly Salvo.³²⁵

Habiendo ya entregado un contexto, entraremos a analizar en detalle los artículos del anteproyecto de Código Penal que tratan específicamente sobre los delitos de terrorismo.

El anteproyecto de Código Penal propuesto por la Comisión Foro Penal (en adelante, “**AP 2005**” o “**Anteproyecto 2005**”) ubica los delitos de terrorismo en su Libro Segundo, que trata en general sobre los tipos delictivos (en comparación al Libro Primero, que regula aspectos generales del delito y de la pena, como participación, agravantes, atenuantes, eximentes, etc.). Dentro de este Libro Segundo, los delitos terroristas se enmarcan en el Título XV, delitos contra la Seguridad Interior del Estado. Este Título XV, a su vez, se divide en 5 párrafos:

1. Alzamientos y otros delitos contra el orden constitucional de la República.
2. Delitos de terrorismo.
3. Delitos relativos a las armas de fuego controladas y otras figuras relacionadas.

Dentro del segundo párrafo mencionado encontramos, de manera obvia la tipificación del terrorismo en el anteproyecto de Código Penal del 2005. De manera concreta, su regulación se encuentra en los artículos 391 a 397.

En lo que a esta memoria atañe, no ahondaremos detalladamente la regulación del terrorismo en este anteproyecto, pues “*prácticamente reproduce la actual ley de conductas terroristas, sin*

³²⁴ MATUS, Jean Pierre. 2010. La doctrinal penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI. [en línea]. *Polít. Crim.*, 5(9): 143-206. Recuperado en: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v5n9/art04.pdf> > Consultado el: 12 de agosto de 2020. P. 189.

³²⁵ *Ibíd.*, p. 190.

considerar en profundidad sus falencias”.³²⁶ Al igual que en la LCT vigente a la fecha de presentación de este anteproyecto, el articulado sobre terrorismo cuenta con una presunción simplemente legal para poder afirmar la existencia del animus terrorista exigido típicamente, lo que choca directamente con los principios de presunción de inocencia y el principio de legalidad.³²⁷

El hecho de que se haya reproducido casi textualmente la regulación de la LCT en este anteproyecto se explica en que, en los términos del profesor Matus, secretario técnico de la Comisión Foro Penal, más que una reformulación de los valores contenidos en nuestro sistema jurídico penal, es “*concebido principalmente como una reforma y unificación técnica del Código penal de 1874 y las numerosas legislación penal extravagante*”.³²⁸

Considerando lo anterior, procederemos a revisar los siguientes anteproyectos, que contienen cambios sustantivos a la regulación presente en la LCT.

4.2. Del anteproyecto del año 2013

Con fecha 7 de enero de 2013, una nueva comisión fue formada a iniciativa del entonces presidente de la república Sebastián Piñera Echeñique. Esta comisión fue dirigida por el ministro de justicia Juan Ignacio Piña Rochefort, y tuvo como integrantes permanentes a los profesores Juan Domingo Acosta Sánchez, Antonio Bascuñán Rodríguez, Jorge Bofill Genzsch, Juan Pablo Cox Leixelard, Héctor Hernández Basualto, Francisco Maldonado Fuentes, y Alex van Weezel de la Cruz. También tuvo a distintos profesores de varias universidades entregando sus opiniones profesionales como miembros *ad honorem*, entre los que destacamos a la profesora Myrna Villegas, encargada de la redacción del articulado correspondiente a delitos de terrorismo en este anteproyecto. El anteproyecto en sí fue presentado con fecha 30 de diciembre de 2013, coincidente con la última sesión de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal, e inició sus trámites legislativos el 10 de marzo de 2014.

A diferencia del AP 2005, el Anteproyecto del año 2013 (en adelante, “**AP 2013**”) alteraba sustancialmente la regulación establecida en nuestra legislación antiterrorista. En efecto, el AP 2013 regula entre sus artículos 592 a 598 el fenómeno de terrorismo, adoptando un enfoque basado en el elemento organizacional, de modo que todo terrorismo estaría presente en la forma de una asociación criminal terrorista, y así se plasma en su artículo 592.³²⁹ La exigencia de un animus terrorista, esto

³²⁶ VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 10.

³²⁷ *Ibíd.*, p. 30.

³²⁸ MATUS. 2010. Op. cit., p. 199.

³²⁹ “Art. 592. Asociación criminal terrorista. El que tomare parte en una asociación criminal terrorista será sancionado con prisión de 3 a 9 años. La pena será de prisión de 5 a 12 años si la participación consistiere en dirigirla, coordinarla o financiarla.

es, una finalidad subjetiva del sujeto activo con miras a provocar una sensación de alarma en la población o en un grupo de ella pasa a un segundo plano. El tipo del artículo 592 se enfoca principalmente en la existencia de la organización terrorista y establece una serie de requisitos que deben cumplirse para poder hablar de asociación criminal terrorista:

1. La asociación criminal debe tener como fin o actividad permanente la comisión de ciertos tipos de delitos (como homicidios, lesiones graves, restricciones de libertad o atentados contra propiedad o infraestructura pública o privada);
2. Que para cometer esos tipos de delitos mencionados se utilicen artefactos de alto poder destructivo o armas de fuego; y
3. Que los delitos mencionados se cometan con miras a subvertir o alterar el sistema constitucional, económico o social del Estado, lo que se puede lograr de dos formas: mediante la producción de temor en la población o en parte de ella (lo que en la LCT es el animus terrorista exigido típicamente) o la imposición de condiciones a la autoridad (circunstancia que anteriormente tenía su propio espacio como animus terrorista, pero que fue desplazado a ser una de las formas en que se manifiesta esta finalidad terrorista en la LCT).

De este modo, la figura del terrorista individual desaparece en el contexto del AP 2013, dando paso a la penalización de las personas que participen en la asociación terrorista, sea como miembros (3 a 9 años) o como directivos (5 a 12 años). Resulta interesante destacar que la asociación criminal terrorista cuenta con su propia pena dentro del AP 2013, distinta a la que corresponde por los delitos cometidos gracias a la asociación criminal terrorista. Esto implica una adopción total de un modelo objetivo de tratamiento jurídico-penal de terrorismo, en cuanto el aspecto terrorista que se sanciona es la participación dentro de una asociación criminal con fines terroristas, pero, a diferencia de la LCT, no se alteran las reglas de determinación de la pena de los delitos cometidos con ocasión de la asociación, es decir, no agrava en uno, dos o tres grados las penas establecidas para los delitos mencionados. Lo que el AP 2013 hace, en cambio, es establecer una regla especial sobre concurso de delitos en su artículo 597³³⁰. Esto tiene especial relevancia penológica pues, de no incluirse esta norma, podría llegarse a la conclusión que entre los delitos cometidos por la asociación terrorista y

Es asociación criminal terrorista toda asociación delictiva que tiene como su fin o actividad permanente la comisión de homicidios, lesiones graves, privaciones de libertad, sustracción de menores, incendios, estrago u otros atentados contra la propiedad o infraestructura pública o privada, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1° se usare en su comisión artefactos o medios de considerable poder destructivo o lesivo, o armas de fuego, y

2° se los cometiere con el propósito de subvertir o alterar gravemente el sistema constitucional, económico o social del Estado, ya sea mediante la provocación de temor en un sector de la población o la imposición de condiciones a la autoridad.”

³³⁰ “Art. 597. Concurso. Lo dispuesto en los artículos precedentes se entiende sin perjuicio de la pena aplicable a los miembros de la asociación por los demás delitos en cuya comisión intervinieren.”

el delito de asociación terrorista en sí habría un concurso medial, lo que finalmente reduciría considerablemente la pena a ejecutarse en caso de condena.

Por otro lado, como contracara a la exigencia del elemento organizacional como parte del tipo, es que se produce un problema al tener en consideración el principio *non bis in ídem*, en cuanto, como explica la profesora Villegas, “*la organización revestiría un doble carácter: de un lado elemento de lo injusto común a todo tipo penal de terrorismo, y a su vez elemento de lo injusto del tipo específico de asociación ilícita.*”³³¹

Más allá de las dudas que puedan surgir del hecho de que el AP 2013 sancione la mera pertenencia a una asociación ilícita terrorista (como, por ejemplo, la cuestionable idoneidad de la mera pertenencia (o “militancia pasiva”) a esta asociación para atacar contra el bien jurídico protegido³³²), la introducción tipológica del elemento organizativo en desmedro del factor psicológico implica una mayor facilidad en su aplicación, pues este elemento subjetivo que es sumamente difícil de probar pasa a segundo plano, al poder suplirse con una alternativa considerablemente más fácil de probar, que es la de imponer condiciones a la autoridad.

Respecto del delito de financiamiento de terrorismo, que nuestra LCT contempla en su artículo 8°, el AP 2013 reduce considerablemente la pena aplicable por este delito. En la LCT, el financiamiento del terrorismo puede sancionarse con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de 541 días a 10 años, mientras que en el AP 2013 se sanciona de 1 a 5 años de presidio o reclusión. Este cambio se ajusta a las críticas hacia la LCT sobre la proporcionalidad de la pena del delito de financiamiento de terrorismo, pues se aplicaba la misma pena tanto a quien aporta directamente al financiamiento como a quien lo hace indirectamente. La profesora Villegas, como autora de la propuesta de delitos de terrorismo del AP 2013, señala que “*no es posible castigar la colaboración que no se traduce en un acto delictivo concreto. El sujeto que pertenece a una organización terrorista es castigado por el delito concreto cometido (tentado o consumado), y el que colabora allegando fondos a dicha organización, sería castigado en la medida en que la organización terrorista haya puesto en marcha su plan, como partícipe*”³³³, de modo que no basta el mero aporte para poder sancionarlo. A su vez, en el contexto de las dificultades que presenta la penalización autónoma del delito de financiamiento terrorista, dentro de su propuesta la profesora no incorpora autónomamente este delito, pues considera que la participación en caso de los actos de colaboración, como la situación del financiamiento del terrorismo, “*pueden quedar comprendidos a título de autoría o participación en el concreto delito de que se trate, de conformidad con las reglas generales de participación previstas en el Código Penal.*”³³⁴ A pesar de la

³³¹ VILLEGAS. 2013. Op. cit., p. 39

³³² *Ibíd.*, p. 36

³³³ *Ibíd.*, pp. 42-43

³³⁴ *Ibíd.*, p. 42

recomendación de la profesora Villegas, el AP 2013 incluye también la figura del delito de financiamiento de terrorismo, aunque, como señalamos *supra*, la pena es considerablemente inferior en su máximo.

Finalmente, en cuanto al desistimiento del delito terrorista, vale la pena hacer la comparación con la LCT vigente, que regula esta materia en su artículo 9°. En este aspecto, nuestra legislación actual contempla una exención de la pena a la persona que, antes de cometerse el delito, “revele a la autoridad su plan y las circunstancias del mismo”, o, en el caso de que hayan dos o más sujetos activos, la exención de responsabilidad penal debe ser en las mismas circunstancias, pero además debe concurrir el hecho de que “por su conducta se consiga efectivamente impedir la consumación del hecho o si la autoridad ha logrado igual propósito como consecuencia de las informaciones o datos revelados por quien se ha desistido”. Como recordaremos de lo visto *supra*, este segundo inciso, interpretado a contrario sensu, nos permite afirmar que la noción de terrorismo individual está reconocida en la LCT, pues de lo contrario este segundo inciso sería innecesario. El hecho de que también agregue más requisitos para otorgar la exención penal en caso de existir dos o más sujetos activos esclarece esto. Por su parte, el AP 2013 parte de la base, como hemos visto, de que el delito terrorista debe necesariamente contar con una organización detrás, por lo que las normas sobre desistimiento eficaz también hacen expresa referencia a este elemento organizacional³³⁵. Teniendo en mente aquello, la forma en que se entrega este “beneficio” de delación compensada en el AP 2013 resulta ser, a lo menos, controversial, puesto que, como afirma la profesora Myrna Villegas, “*Resulta contradictorio asimismo que se establezca una rebaja de la pena para quien informa a la autoridad acerca de la comisión de delitos en los cuales no hubiere tomado parte, y no en relación al delito en el que sí hubiere participado. Se rompe con ello la relación necesaria que ha de existir entre el delito y la pena*”³³⁶. Por otro lado, entregar el beneficio de delación compensada en la forma que lo hace el AP 2013 puede terminar siendo detrimental a la persecución del esclarecimiento de los hechos dentro del proceso, pues el delator no es precisamente un buscador de la verdad, sino un sujeto sumamente parcial que no puede asegurar lo veraz de sus declaraciones, en el sentido de que puede terminar incriminando a personas ajenas a la organización terrorista con el fin de poder salvarse. En atención a lo expuesto, la profesora Villegas finaliza señalando que la introducción de normas de beneficio o de premio dentro del título de asociaciones terroristas no es necesario ni aconsejable, pues “*de*

³³⁵ “Art. 594. Colaboración con la justicia. Las penas señaladas en los artículos anteriores serán impuestas estimándose la concurrencia de una atenuante muy calificada respecto del miembro que:

1° antes de ejecutarse alguno de los delitos que constituyen el fin o la actividad de la asociación, revele a la autoridad la existencia de la asociación, sus planes y propósitos o la identidad de sus miembros, de modo que a juicio del tribunal la autoridad haya estado en condiciones de impedir la ejecución de esos delitos o disolver la asociación;

2° sin haber intervenido en la comisión de los delitos que constituyen el fin o la actividad de la asociación, o corresponden a los medios de que ella se vale, revele a la autoridad la existencia de la asociación, sus planes y propósitos o la identidad de sus miembros de tal modo que, a juicio del tribunal, la autoridad haya estado en condiciones de disolverla;

Fuera de los casos anteriores, el tribunal podrá estimar la concurrencia de una atenuante calificada respecto de aquel de los miembros de la asociación que revele la información a que se refiere este artículo o que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados, permitiendo la identificación de sus responsables.

³³⁶ VILLEGAS. 2013. Op. cit., p. 52

*premiar al sujeto que decide abandonar la actividad delictiva o quiere prevenir un acto de terrorismo, resultan suficientes las normas de la parte general*³³⁷.

En síntesis, el AP 2013 entrega una posición más moderna y conforme con el ámbito del derecho comparado, al incluir como elemento del tipo el factor organizacional dentro del delito terrorista, pero se cae en cuanto establece penas por la asociación ilícita terrorista en sí y luego para el delito terrorista, lo que genera problemas en cuanto podría infringir el principio *non bis in ídem*. Por otro lado, las normas de financiamiento de terrorismo y de arrepentimiento de tentativa también presentan sus propias baterías de problemas que fueron analizados. En general, es un anteproyecto que moderniza y adecúa nuestra legislación antiterrorista, pero sus propios problemas no lo hacen ideal para ser el producto final del avance de la doctrina y la jurisprudencia sobre terrorismo.

Más allá de todo lo comentado, es importante resaltar que este anteproyecto fue retirado de los trámites legislativos en marzo de 2014, días después de que el presidente Piñera dejara su cargo y asumiera la presidenta Bachelet.

4.3. Del anteproyecto del año 2015

Durante el primer año del segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, se conformó una nueva comisión para la reforma del Código Penal. Esta comisión se conformó en septiembre de 2014 y sesionó entre octubre de 2014 hasta abril de 2015. La comisión estuvo conformada por los profesores Héctor Hernández (presidente de la comisión, y también ex participante de las comisiones anteriores de reforma), Juan Pablo Mañalich, Luis Ortiz Quiroga, Juando Domingo Acosta, Jaime Couso, y Javier Wilenmann (secretario técnico de la comisión).

El enfoque de esta comisión fue similar al de las anteriores: realizar una revisión integral del sistema jurídico penal chileno, considerando tanto el Código Penal como las múltiples leyes que establecen tipos penales, como las que ya revisamos *supra*. El trabajo de esta comisión, a su vez, es fuertemente influenciado por lo presentado por la CFP como por el AP 2013³³⁸, como revisaremos.

En el Anteproyecto del año 2015 (en adelante, “**AP 2015**”) la regulación del fenómeno terrorista se encuentra en el Libro II, título XIV, en el párrafo sobre asociación delictiva y terrorismo.

³³⁷ *Ibíd.*, p. 53.

³³⁸ El presidente de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal del año 2015, Héctor Hernández, señala que “*el anteproyecto que hoy se entrega es el fruto del trabajo de esta Comisión y que ha tenido especialmente en cuenta la experiencia de la comisión del Código Penal del año 2013, que culminó con el ‘Anteproyecto de Código Penal 2013’ y la que tuvo lugar el año 2005.*” MINISTERIO DE JUSTICIA. 2015. Ministra Javiera Blanco recibió el anteproyecto de nuevo Código Penal que será ingresado al parlamento este segundo semestre. [en línea]. Santiago, Chile: Ministerio de Justicia. Recuperado en: < <https://www.minjusticia.gob.cl/ministra-javiera-blanco-recibio-el-anteproyecto-de-nuevo-codigo-penal-que-sera-ingresado-al-parlamento-este-segundo-semestre/> > Consultado el: 30 de agosto de 2020.

A diferencia del AP 2013, este anteproyecto ubica al terrorismo en el mismo párrafo que las asociaciones delictivas, dejando en claro inmediatamente que no existe terrorismo sin un elemento de organización detrás. La redacción sobre asociación terrorista es bastante parecida, sin embargo, el AP 2015 tiene una amplitud mayor que el AP 2013, pues no exige los requisitos copulativos vistos *supra*. En cambio, el AP 2015 establece que será asociación terrorista “*toda asociación delictiva que tenga entre sus fines la perpetración de homicidios, lesiones graves, privaciones de libertad, incendios, estrago u otros atentados contra la propiedad o infraestructura pública o privada con función pública, delito ambiental, con el propósito de socavar o destruir el orden institucional democrático, o de someter o desmoralizar a la población infundiendo temor generalizado*”. Como es posible apreciar en base a la lectura del artículo, se incluyen ciertas hipótesis nunca antes contempladas para el fenómeno terrorista, como incluir un aspecto medioambiental en los delitos que pueden cometerse con ocasión de la asociación terrorista.

Así, nuevamente se adopta una estructura de finalidades alternativas en vez de copulativas, lo que facilita enormemente la labor por parte de los órganos persecutores, pues es menos lo que tienen que probar. Por otra parte, el AP 2015 establece que las penas de la asociación ilícita será impuestas a quien “*activamente integrare una asociación terrorista*”, lo que evita los problemas respecto a la idoneidad de penar la “*militancia pasiva*”, mientras que, en general, atenúa las penas por asociación terrorista (la pena por participar de la asociación terrorista sería de 3 a 7 años; en caso de haber dirigido, coordinado o financiado la asociación terrorista, la pena pasa a ser de 4 a 9 años).

Respecto a la colaboración con la justicia, se sigue la misma fórmula del AP 2013, con las mismas falencias que presenta dicho sistema. Lo mismo sucede respecto de las normas sobre financiamiento del terrorismo, comiso y concurso, las que se mantienen sin mayores modificaciones. Sobre este último, destacamos nuevamente que la redacción permite imponer la pena por asociación terrorista en forma conjunta con las penas propias de los delitos cometidos con ocasión de la organización terrorista, lo que impide que se absorba la pena de la asociación ilícita terrorista a la del delito cometido con ocasión de ella mediante concurso medial.

En general, la regulación del AP 2015 respecto del terrorismo no difiere mucho de la propuesta por el AP 2013, siendo la principal diferencia la definición que se entrega de asociación terrorista, la que, como vimos, es más amplia y más fácil de aplicar en el AP 2015 que en el AP 2013. Lo malo de este parecido entre ambos anteproyectos es que se replican los problemas que presenta el AP 2013 sin entregar mayores soluciones.

4.4. Del anteproyecto del año 2018

Con fecha 17 de octubre de 2018, se hace una nueva entrega de una propuesta de Anteproyecto de Código Penal (en adelante, “AP 2018”). Esta nueva propuesta fue redactada por los profesores Juan Domingo Acosta, Antonio Bascuñán, Jorge Bofill, Jaime Couso, Juan Pablo Cox, Héctor Hernández Basualto, Francisco Maldonado Fuentes, Alex van Weezel, y Javier Wilenmann. El proyecto propuesto se presenta como una evolución de lo ya propuesto por la CFP y lo que aparece en los AP 2013 y AP 2015, siendo un perfeccionamiento de la labor hecha por las anteriores comisiones.

En lo que a esta memoria se atañe, las normas relativas al terrorismo se encuentran en el Título XV del Libro II, referente a delitos contra la seguridad pública. Nuevamente el terrorismo se regula en atención al elemento organizativo, pues la forma básica de presentación del delito terrorista se da en la forma de asociación terrorista. En efecto, el párrafo §4 del mencionado Título XV contiene 2 artículos (553 y 554), regulados separadamente de los delitos de asociación delictiva (a diferencia del AP 2015), posiblemente para evitar la dilución del peso político del terrorismo como fenómeno.³³⁹

En lo sustantivo, el artículo 553 regula la asociación terrorista y el artículo 554 regula el financiamiento al terrorismo. La redacción de la asociación terrorista en este anteproyecto es más deficiente, pues vuelve a sancionar a quien “*tomare parte en una asociación*”, en vez de la fórmula a la que llegó el AP 2015, que penaba a quien “*activamente integrare una asociación*”. Nuevamente se incurre en la problemática de sancionar la militancia pasiva, pues como hizo notar la profesora Villegas en el AP 2013, suscita la duda sobre la idoneidad de castigar dicha militancia, en cuanto la frase “*el que tomare parte*” es peligrosamente amplia. Como bien se destaca en las observaciones de la Universidad Católica al AP 2018, “*puede incluir muchos hechos, desde asistir a una reunión a tener panfletos*”, y se recomienda que se sancione al que “*directamente tomare parte*” o “*el que tome parte de forma sustantiva*”.³⁴⁰ Por otra parte, al igual que el AP 2015 y a diferencia del AP 2013, este anteproyecto prescinde de la exigencia tipológica de realizarse con medios o artefactos de considerable poder destructivo o armas de fuego, lo que amplía la posibilidad de aplicación del tipo, pero en caso alguno llega a ser tan amplio como lo era el tipo del AP 2015, que incluía varias otras hipótesis.

³³⁹ COX, Juan Pablo. 2018. Minuta para el análisis del Título XV del Libro Segundo (delitos contra la seguridad pública), arts. 576-606. [en línea]. Santiago, Chile: Ministerio de Justicia. Recuperado en: < <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Cox-Juan-Pablo-Delitos-contra-la-seguridad-p%C3%BAblica.pdf> > Consultado el: 2 de septiembre de 2020. P. 25.

³⁴⁰ UNIVERSIDAD CATÓLICA. 2018. Observaciones al Anteproyecto de Código Penal 2018. [en línea]. Recuperado en: < https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UC_Observaciones1_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf > Consultado el: 5 de septiembre de 2020. P. 7.

Respecto de la pena a aplicar, la regla general aplica la misma pena que la del AP 2015, pero el supuesto agravado por la fundación o contribución a la fundación de la asociación se sanciona de manera ligeramente más gravosa, pasando de un rango entre 4 a 9 años, a uno entre 5 a 10 años. En ambos casos, sea la regla general o sea el supuesto agravado, también se agrega la posibilidad de sancionar con multa.

Sobre el ilícito de financiamiento de terrorismo, se sigue lo sugerido por el AP 2015, sin introducir mayores modificaciones aparte de las estilísticas.

A diferencia del AP 2015 y del AP 2013, la regulación del comiso, de la colaboración con la justicia y el concurso se hace en el párrafo sobre asociación delictiva, a modo de aplicar esas normas al terrorismo como normas generales al versar también sobre un tipo de delito de organización. Eso permite un menor número en el articulado, al no tener que regular separadamente temas tan relacionados entre sí.

En otra arista, hay que destacar que se pone nuevamente en mesa la presencia de un elemento fuertemente subjetivo dentro de la regulación del terrorismo. Como podemos apreciar de la redacción del inciso 2° del artículo 593³⁴¹, se establece que se sanciona cuando los delitos enumerados se sancionan “cuando fueren *ejecutados para subvertir o alterar gravemente el sistema constitucional, económico o social del Estado* mediante el sometimiento o desmoralización de la población, infundiendo temor generalizado o mediante la imposición de condiciones a la autoridad”. Es decir, detrás de la comisión de los delitos considerados como terroristas por haber sido cometidos con ocasión de la organización terrorista, debe existir la concurrencia de dos requisitos:

1. Deben ser ejecutados para subvertir o alterar gravemente el sistema constitucional, económico o social del Estado;
2. Mediante el sometimiento o desmoralización de la población, infundiendo temor generalizado o mediante la imposición de condiciones a la autoridad.

Si bien no es tan restringido como en el AP 2013, sí tiene varias limitaciones a su aplicación, pues hay un elemento subjetivo adicional sumamente importante: la intención de subvertir o alterar gravemente el sistema constitucional, económico o social del Estado. Es parecido al *animus* terrorista presente en nuestra actual LCT, pero apunta a otra arista de la criminalidad terrorista. El verdadero símil al *animus* terrorista de la LCT se da en el segundo de estos requisitos, pero no es un elemento

³⁴¹ Art. 593, inc. 2°, Anteproyecto 2018: “Se entenderá por asociación criminal terrorista toda asociación delictiva que tuviere entre sus fines la perpetración de hechos previstos en los artículos 211, 220 incisos segundo y tercero, 241, 243, 301, 302, 487, 501, 513, 540 o 543 cuando fueren ejecutados para subvertir o alterar gravemente el sistema constitucional, económico o social del Estado mediante el sometimiento o desmoralización de la población, infundiendo temor generalizado o mediante la imposición de condiciones a la autoridad.”

subjetivo adicional realmente, pues el enfoque no se da en la intención de causar temor generalizado, sino en el efecto objetivo de causar dicho temor generalizado, lo que no depende de la postura psicológica de los autores.

Finalmente, nos parece importante destacar una de las observaciones hecha por la Universidad de Chile al AP 2018, en donde sugieren añadir un inciso final al artículo 593: “*En ningún caso será constitutiva de asociación criminal terrorista una organización que persiguiere una reivindicación territorial cuya legitimidad fuere reconocida por el derecho internacional.*”³⁴² Esto hace clara referencia al movimiento de reivindicación territorial mapuche en el sur de nuestro país, el que, como hemos visto, se encuentra legitimado en el derecho internacional y ante los órganos jurisdiccionales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideramos que la incorporación de este inciso es sumamente importante, pues evitaría la aplicación de la normativa antiterrorista al pueblo mapuche. Como hemos revisado, la gran enorme mayoría de los casos en que se ha aplicado la LCT en Chile desde la reforma procesal penal ha sido en contra de comuneros mapuche, principalmente por las enormes ventajas procesales que entrega tanto la LCT como nuestra CPR al investigar delitos de índole terrorista. Al excluir los movimientos de reivindicación territorial, se lograría evitar el trato discriminatorio contra los pueblos originarios en Chile en la investigación de delitos que deberían siempre ser considerados como comunes, y no terroristas.

A modo de síntesis, la regulación del terrorismo en el AP 2018 es la mejor dentro de todos los anteproyectos. Si bien se presenta nuevamente el problema de la militancia pasiva y se termina adoptando un modelo de tratamiento jurídico-penal mixto u objetivo-subjetivo (Vid. *supra*) que presenta sus propias dificultades, está la ventaja de regularse el terrorismo como un delito de organización, y el hecho de contar con una regulación más escueta, ajustada a los parámetros del derecho penal común, alejándose de la concepción de derecho penal del enemigo o de excepción. En el capítulo siguiente, abordaremos el problema con nuestras propuestas de lege ferenda, decantándonos por alguno de los anteproyectos y ajustándolo a lo que creemos sería la mejor forma de regular el terrorismo en Chile.

³⁴² UNIVERSIDAD DE CHILE. 2018. Observaciones al Anteproyecto de Código Penal 2018. [en línea]. Recuperado en: < https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UChile_Informe_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf > Consultado el: 5 de septiembre de 2020. P. 18.

5. Toma de posición y propuesta de *lege ferenda*

5.1. Crítica a la mantención de la sanción a los militantes pasivos en los Anteproyectos de 2013 y 2018, y de la delación compensada en todos los proyectos revisados, y cómo el modelo presentado por el Anteproyecto de 2018 opera en mayor armonía con un modelo de respeto a las garantías fundamentales y a los DD.HH., aun cuando mantiene falencias.

Dentro de los anteproyectos revisados, podemos afirmar que el AP 2018 es el más adecuado de todos los anteproyectos, aunque no es perfecto pues sigue contando con ciertas falencias. Las razones para afirmar ello son, resumidamente, las que siguen:

- El AP 2005 reproduce casi idénticamente la LCT vigente al momento de su propuesta, incluyendo la muy criticada presunción simplemente legal del animus terrorista. Siendo que la LCT por sí cuenta con diversos problemas, no parece razonable que el AP 2005 pueda ser considerado como un proyecto sustitutivo viable, al menos en cuanto al fenómeno del terrorismo se refiere.
- El AP 2013 presenta grandes cambios sustantivos, como la exigencia de un elemento organizativo al formular el delito terrorista como uno de organización (asociación delictiva terrorista). Por otra parte, existen problemas en cuanto se sanciona separadamente la asociación ilícita terrorista y la conducta cometida con ocasión de la organización, lo que suscita dudas sobre el respeto al principio *non bis in ídem*, de la misma forma en que se generan problemas por la presencia de militantes pasivos. El AP 2013 también introduce diversos requisitos para poder afirmar que existe un delito terrorista, lo que termina haciendo más difícil su aplicación. Finalmente, respecto a la colaboración con la justicia, se generan problemas al momento de establecer exenciones, tanto por la exención misma como por delatar delitos en los que no ha participado el delator, problema que la profesora Villegas analiza: el delator no necesariamente quiere buscar la verdad ni contribuir a ella, sino que busca obtener un beneficio procesal importante.
- El AP 2015 presenta una mayor amplitud en cuanto a los supuestos que pueden ser considerados como delitos terroristas. Este anteproyecto considera diversas situaciones que, cometidas con ocasión de la organización terrorista, se tendrán por delitos terroristas, innovando en ciertos aspectos como los delitos ambientales. Por otra parte, también soluciona el problema de la militancia pasiva, al exigir típicamente que se participe activamente de la organización para ser penado por delito terrorista. Sin embargo, replica los problemas presentes en el AP 2013 en las normas de desistimiento eficaz del delito y

colaboración con la justicia, al establecer beneficios al delator que no necesariamente ha participado del delito.

- El AP 2018, como adelantamos, presenta la mejor postura legislativa ante el fenómeno terrorista, pero también tiene sus falencias. En general, y al igual que los otros anteproyectos de la década, establece la figura terrorista dentro de los delitos de organización, adoptando un modelo objetivo. Una falencia que se encuentra ahí es nuevamente la de la militancia pasiva, que había sido superada por el AP 2015. Sin embargo, no es un modelo puramente objetivo, pues también se presenta un elemento subjetivo adicional al dolo común, que es la intención de subvertir o alterar gravemente el sistema constitucional, económico o social del Estado. A diferencia del animus terrorista de la LCT, este elemento subjetivo es de mayor facilidad probatoria, pues, como hemos revisado, la violencia en el terrorismo tiene tintes políticos que pueden ayudar a probar la intención establecida detrás. Si bien el temor generalizado producido en la población pareciera ser el mismo animus terrorista de la LCT, es bastante distinto, pues en el AP 2018 se enfoca en la consecuencia objetiva de haber causado dicho temor, en vez de la *intención* de querer causarlo. Por otra parte, como había sido recomendado con ahínco anteriormente, la regulación terrorista se entrega a las normas de derecho penal común, fijándose reglas comunes de aplicación a todos los delitos de organización en el AP 2018: asociación delictiva, asociación criminal, y asociación terrorista. Si bien las normas de comiso y colaboración con la justicia son virtualmente iguales a las presentes en el AP 2015 (con sus propias falencias), no quita que sea un paso hacia adelante que ya no se regule extensamente respecto del terrorismo siendo que gran parte de su regulación ya se resuelve por el derecho penal común.

Así, como hemos visto, el AP 2018 nos entrega una gran propuesta, pero que no deja de ser perfectible. En efecto, y como propondremos *infra*, una combinación de la redacción de los distintos anteproyectos apunta hacia una mejor solución y una más adecuada forma de enfrentarse al delito terrorista que la LCT vigente.

5.2. Propuestas de lege ferenda

Nos parece propicio concluir con este trabajo memorial realizando lo que sería una propuesta propia de *lege ferenda* para la normativa antiterrorista en nuestro derecho interno. Nuestra propuesta de *lege ferenda* girará en torno a tres ejes que nos parecen los más relevantes a modificar, en el actual tratamiento antiterrorista en nuestro ordenamiento jurídico: 1) la codificación; 2) las finalidades del delito terrorista; y 3) la necesidad del reconocimiento explícito del elemento organizativo del mismo delito.

En el ámbito estructural de la tratativa antiterrorista, se hace menester seguir con el ejemplo proveniente del derecho comparado, en lo relativo a la necesidad de codificar la legislación de la materia. No hay un motivo claro que ha tenido el legislador penal para seguir manteniendo una ley especial en esta materia como lo es la LCT, y no dedicar un capítulo al tratamiento del delito terrorista en el Código Penal. Este cambio en la estructuración del delito terrorista no afectaría su tratamiento, de hecho, y profundizando en esto, perfectamente se podría seguir con lo que hemos llamado en esta memoria, el criterio de *especialización* que sigue la LCT, esto es, tener un delito común como sustrato al que se le agrega el elemento subjetivo, el cual viene a ser la finalidad perseguida por el legislador antiterrorista, la intención de crear terror en la población o en una parte de ella. La idea de modernizar nuestro Código Penal, como lo tratamos en el capítulo pretérito, no es para nada nueva en nuestra doctrina, y una de las principales razones para materializar esta idea es, propender a aunar la no poco extensa legislación satélite que se encuentra repartida en leyes de carácter especial, tales como la LCT, objeto de estudio de esta memoria. Dentro de las ventajas que encontramos en la unificación de la legislación satélite o legislación especial dentro de un nuevo Código Penal encontramos algunas como la seguridad que se da tener integradas dentro de un Código la ley antiterrorista, esto ya que la LCT responde a un trabajo legislativo de larga data donde ha trabajado más de un legislador, no necesariamente consistentes entre sí, y por la naturaleza misma de los hechos constitutivos de delito de la materia en estudio. Se hace latente la necesidad de codificación, tanto para el imputado por el delito terrorista como para la víctima en un sentido amplio de este tipo de delitos. Otra ventaja importante que encontramos en la codificación de la LCT es que se da una unidad en la materia. En la misma Ley N° 18.314, se hacen remisiones a otros cuerpos normativos tales como el Código Penal, en la configuración del delito terrorista. Otra ventaja es que agrupar las normas relativas al terrorismo dentro de nuestro Código Penal también les otorgaría más legitimidad a dichas normas, pues se encontrarían finalmente dentro de un marco de derecho penal común en vez de permanecer, como en su origen, dentro del derecho penal excepcional o del enemigo. Finalmente, nos parece que no es baladí mencionar que, a través de la codificación, la que sería en el fondo una modificación de la LCT actual, se podrían perfeccionar las disposiciones legales que tratan la materia. Es a través del acto de la reforma que se modulan, corrigen y perfeccionan las leyes, cosa que es de suma importancia para nuestro caso.

Relativo a la finalidad que se persigue el delito terrorista tipificado en el artículo primero de la LCT, concluimos que 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”* resulta vaga y peligrosamente amplia por la extrema ambigüedad del legislador, lo que trae consigo dos grandes problemas:

- El primero, en cuanto a la prueba del delito terrorista con un elemento subjetivo tan difícil de demostrar, lo que se traduce en la práctica en la proliferación de sentencias absolutorias

sobre imputados por esta clase de delitos al no poder producirse la prueba idónea respecto de la existencia del elemento subjetivo en comento.

- La segunda problemática es, a nuestro juicio, el espectro de delitos que pueden satisfacer el tipo penal. En la LCT, como venimos diciendo, el delito terrorista se configura a través de un delito común que sirve de sustrato, unido a este elemento subjetivo, el cual es la finalidad que el legislador le apareja al mismo delito. Al ser una finalidad tan abstracta, es fácil para el órgano acusador, el Ministerio Público, incluir en la formalización de la investigación hechos constitutivos de delito que se ajusten al delito común, pero afirmando que se trata de delitos terroristas, a modo de poder aplicar las ventajas procesales amplias que le entrega nuestra CPR (específicamente la detención ampliada de 10 días, art. 19 N°7 lit. c). Como sabemos, en virtud del artículo 259 inc. final de nuestro Código Procesal Penal, la congruencia entre la formalización de la investigación y la acusación debe darse entre los hechos y las personas determinadas, mas no entre la calificación jurídica que se le asigna a los hechos. De este modo, el Ministerio Público puede formalizar por hechos calificados por la ley como terroristas para obtener dichas ventajas procesales y dejar de lado dicha calificación jurídica al momento de acusar, utilizando la legislación antiterrorista sólo como una herramienta que otorga ventajas procesales, en vez de buscar la sanción de delitos terroristas.

Para dar solución a esta problemática, dada por la finalidad tan abstracta en el delito terrorista, es que planteamos la necesidad del legislador de establecer finalidades más específicas para el mismo delito, como lo hizo el legislador español con la Ley Orgánica Constitucional 2/2015, donde a las dos finalidades presentes en el delito terrorista en el artículo 573 del Código Penal hasta la fecha (la de “Subvertir el orden constitucional” y la de “Alterar gravemente la paz pública”), se le agregan dos más, a saber: “Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional” y “Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”. Con esto, se crea una situación más idónea con relación a la carga probatoria que tenga el Ministerio Público a la hora de probar la configuración del delito terrorista, pues hay finalidades (elementos subjetivos en última cuenta) más concretos y, por tanto, con una factibilidad mayor de ser probados. Estas finalidades las tenemos que tener como marco referencial y no necesariamente deben ser exactamente replicadas en una codificación del delito terrorista. En este trabajo memorial, y por el respeto a las diferentes instituciones, nos parece apresurado y caer en reflexiones extralimitantes las de siquiera enunciar cuáles podrían ser las nuevas finalidades del delito terrorista, en atención a las particularidades que tiene el fenómeno terrorista en nuestro país.

Lo que sí, queremos dejar patente la idea de la necesidad inmediata de concretar distintas hipótesis de finalidades del delito terrorista, al configurar estas el elemento subjetivo a probar. Lo

anterior sumado a que se podría producir un estado de abuso en las acusaciones de delitos que se asemeje al delito terrorista, pero que en lo concreto no cumplan con el tipo, volviendo a caer en el mismo problema. Como señalamos, siendo ventajas procesales para el órgano acusador, siendo unas verdaderas limitaciones para los derechos del imputado, la formalización por la comisión de un delito terrorista y la no congruencia, a la postre, con la acusación que presenta el Ministerio Público, deja en claro que la LCT sirve más como una ventaja procesal al Ministerio Público (al tener mayores libertades) que como legislación sustantiva. Paradójicamente, incluso de existir congruencia entre la formalización y la acusación en cuanto a la calificación jurídica de los hechos, estas mismas acusaciones tendrán una dificultad probatoria enorme por las dificultades impuestas por la LCT. De todas formas, es una situación que atenta con la correcta aplicación de la ley antiterrorista y que podría provocar la indefensión del imputado, o al menos la propicia.

Otro particular importante es el relativo al elemento organizacional del delito terrorista, no reconocido en nuestra LCT, pero sí tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia. Parece innegable a estas alturas que el delito terrorista tiene una finalidad política, y es en ese sentido que, para la realización de este, se hace menester la participación de un grupo organizado, que tenga además ideales de carácter político. La profesora Villegas ya nos decía *supra* lo necesario de este factor de la siguiente manera: “...Una estrategia como la descrita, con sus objetivos – insisto solo puede ser llevada a cabo por una organización terrorista, es decir, es el elemento organizativo el que confiere al terrorismo el carácter de estrategia, sin perjuicio de que no pueda ser considerado como una forma de criminalidad organizada y sometida a su mismo tratamiento jurídico...”.³⁴³ La naturaleza jurídica del delito terrorista no puede ser la de un delito individual, sino que se trata, a nuestro juicio, de un delito colectivo. El hecho de que la LCT permite la existencia de terrorismo como delito de carácter individual nos parece errado, y es trabajo de nuestro legislador corregir esta situación. Sin ir más lejos, nuestra Excelentísima Corte Suprema, conociendo de un recurso de nulidad, con fecha 29 de marzo de 2018, ROL N° 5397/2018, nos dice respecto del elemento de asociación delictiva, en su considerando décimo cuarto N°4 que “Otro tanto ocurre para el tribunal, en lo referido a la exigencia del elemento organizativo como estructurante del ilícito en cuestión, a la luz de lo que señala la ley, en razón de la tipificación autónoma de la figura de asociación ilícita terrorista, citando en apoyo de esta conclusión, antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.467”.³⁴⁴ Es propio para nosotros sostener, en este apartado de *lege ferenda*, que la comprensión del delito terrorista debe hacerse, como hemos venido repitiendo desde la fenomenología, y no sólo a través de la hermenéutica como tal parece lo viene haciendo nuestro legislador, ni tampoco buscando la ontología del fenómeno terrorista. Es en ese sentido que, viendo

³⁴³ VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 15. Vid: cit. N°63.

³⁴⁴ CORTE SUPREMA. Rol N°5397/2018 en su libro de reforma. Caratulado: “ARMANDO PATRICIO GALAZ LOPEZ C/ ENRIQUE ALFONSO GUZMAN AMADEO (JUAN FLORES RIQUELME)”. CITA 68.

cómo se realiza el delito terrorista y cuáles son las finalidades que puede tener, nos encontramos inequívocamente con la presencia de un elemento organizativo. Esto se debe a la causa-efecto que se produce entre el fin del delito, el cual es eminentemente político, y el medio para llegar a esto, el cual es uno caracterizado por la organización delictiva.

Teniendo en mente todo lo expuesto anteriormente, proponemos la siguiente redacción de las normas de delito terrorista, inspirada principalmente por los Anteproyectos de 2015 y 2018, y también incluyendo una de las observaciones hecha por la Universidad de Chile al AP 2018:

“Art. X. Asociación terrorista. Quien activamente integrare una asociación terrorista será sancionado con prisión de X a Y años y multa. Esta pena será de Z a XX años y multa, si la participación de dicho integrante hubiere consistido en dirigir o fundar la asociación terrorista.

Se entenderá por asociación terrorista toda asociación delictiva que tuviere entre sus objetivos la perpetración de homicidios; lesiones graves; privaciones de libertad; delitos ambientales; apoderamiento o atentados contra medios de transportes públicos en servicio, sean de carga o pasajeros; corte de suministros esenciales para la población; incendios; estragos; y otros atentados contra la propiedad o infraestructura pública o privada con función pública, siempre que se lleven a cabo con el propósito de subvertir, alterar o socavar el sistema institucional, económico o social del Estado, mediante la imposición de condiciones a la autoridad o cuando, por los efectos de las conductas realizadas, se produzca la alteración de la paz pública o la propagación de un temor generalizado en la población de ser víctimas de delitos de la misma especie.

En caso alguno será constitutivo de asociación terrorista una organización que persiguere una reivindicación territorial cuya legitimidad se encuentre reconocida por el derecho internacional.

La pena a aplicarse por la asociación terrorista se aplicará en forma conjunta con aquellas aplicables por la intervención de sus miembros en hechos delictivos perpetrados como parte de la actividad de la asociación”

Esta redacción incluye dentro de los elementos del tipo la necesidad de contar con una organización detrás, adoptando en parte un modelo objetivo. En el entendido de que se sanciona la asociación terrorista, se incurre nuevamente en el problema de la militancia pasiva, pero, siguiendo la solución entregada por el AP 2015, se señala que la participación en la asociación debe ser activa y no pasiva. Se sugiere agravar las penas para quienes posean la calidad de líderes o fundadores, para lograr mayor disuasión.

Por otra parte, se sigue la tendencia de sancionar la organización delictiva en sí y acumular las penas mediante concurso respecto de los delitos cometidos con ocasión de la asociación delictiva.

También se adopta un catálogo amplio de delitos, incluyendo delitos “modernos”, como los ambientales. También se incluyen otros tipos de conductas por el carácter nocivo que tienen en la sociedad cuando se realizan organizadamente, pues pueden causar algunos de los efectos que se mencionan más adelante, incluyendo así conductas como el corte de suministros esenciales o el apoderamiento de transportes públicos.

Empero, no basta con cometer alguno de los delitos contemplados en ese amplio catálogo. Se incluye también un elemento subjetivo, consistente en la intención de subvertir, alterar o socavar el sistema constitucional, económico o social del Estado. Sin embargo, a diferencia de nuestra LCT vigente, este elemento subjetivo consiste en hechos de mayor facilidad probatoria que la disposición psicológica de los sujetos activos a causar temor en la población, ya que, como hemos explicado, el carácter político de las asociaciones terroristas hace más fácil probar la intención de atacar el sistema estatal imperante en sus distintas vertientes (institucional, económico o social).

La presencia del temor generalizado no deja de estar presente en esta redacción, pero ya no ocupa el sitio de una intención a causar temor como elemento subjetivo, sino que se le observa como un resultado del actuar de la asociación terrorista, de la misma forma que se considera la alteración de la paz pública. La imposición de condiciones a la autoridad es más un medio que un efecto del fenómeno terrorista, por lo que se incluye en la redacción de esa forma.

Como adelantamos, incluimos dentro de la redacción de nuestra propuesta de *lege ferenda* una de las observaciones hecha por la Universidad de Chile al Anteproyecto de 2018, que es la de excluir de la aplicación de la norma las asociaciones que se organicen en base a una reivindicación territorial amparada por el derecho internacional. Esto indudablemente se incluye para evitar la aplicación de la normativa terrorista al pueblo mapuche y a otros pueblos originarios, receptores históricos de la aplicación de esta normativa desde la entrada en vigor de la reforma procesal penal.

Finalmente, se incluye dentro del artículo la mención específica de la determinación de la pena en caso de asociación terrorista, para evitar la elusión de la pena vía concurso medial, como fue revisado *supra*. Si bien sigue presente el problema de la posible transgresión al principio *non bis in idem* por sancionar separadamente la asociación ilícita y los delitos cometidos con ocasión de ella, consideramos que al sancionarse a quienes participen *activamente* en la asociación terrorista, esto permite distinguir claramente los hechos a castigarse: por un lado se sancionaría el hecho de participar activamente de la asociación terrorista (siendo terrorista la asociación que cumpla con todos los requisitos nombrados), y por otra parte se sancionarían los delitos cometidos con ocasión de la organización, que son hechos en los cuales no necesariamente participan todos los miembros de la asociación. Así, un factor de criminalidad estaría en la participación activa de la asociación terrorista, por sí sancionable, y por otro lado estaría la sanción a los integrantes de dicha asociación

que hayan participado en la comisión de los delitos enunciados; ambos siendo dos hechos distintos. Creemos que esa solución otorga un mayor respeto al principio *non bis in ídem*.

Ésta es la redacción que proponemos como adecuación tanto a estándares internacionales como a la doctrina nacional. A modo de síntesis, ofrecemos un pequeño esquema sobre cómo operaría esta propuesta:

1. Debe existir una asociación. Esto impide la figura del terrorista individual.
2. Sólo los miembros activos, entre ellos el o los dirigentes y/o fundadores, serán castigables por la asociación. Esto impide el castigo a la militancia pasiva y opera como elemento disuasivo para quienes planeen formar una asociación terrorista.
3. La asociación debe tener por objetivo la comisión de alguno de los delitos enumerados. El catálogo enunciado, si bien es amplio, es de carácter taxativo, para evitar la aplicación de las penas antiterroristas en otros delitos comunes.
4. La comisión de dichos delitos debe obedecer al propósito de subvertir, alterar o socavar el sistema institucional, económico o social del Estado. Éste es el elemento que transforma a la asociación delictiva común a una asociación terrorista, es el elemento subjetivo necesario para poder afirmar la presencia del fenómeno terrorista.
5. El propósito antes descrito de la asociación terrorista debe constar mediante la imposición de condiciones a la autoridad o en el efecto de alterar gravemente la paz pública o provocar un temor generalizado en la población de ser víctimas de delitos de la misma especie.

V. CONCLUSIONES

Conceptualizar al terrorismo es un desafío sumamente oneroso por la diversidad de factores que intervienen en la secuencia de elementos que lo configuran, de modo que abocarse por entero a ese desafío, si bien es importante, no lo es más que profundizar en el tratamiento que se le da a este, como un verdadero fenómeno del derecho criminal.

A nuestro parecer, siguiendo tanto las referencias de la doctrina nacional como de la historia y evolución en el tratamiento en el derecho comparado, nos parece propio hablar del terrorismo visto como ya señalábamos en la introducción de esta memoria, como un fenómeno que se debe estudiar tanto desde la hermenéutica como por la fenomenología. Es en relación a esto último que podemos seguir un patrón de conducta en el legislador nacional, como también en el derecho comparado: legislar sobre terrorismo en función de la contingencia social.

En nuestro país, la LCT se dicta en plena época de dictadura militar, con un gobierno que carecía de legitimidad al no estar amparado en los pilares del Estado de Derecho como lo son las elecciones democráticas. Esto provocó que, al hacerle frente a grupos subversivos contrarios a la situación política del país, tuviera el ejecutivo que dictar una ley en su extremo punitiva y necesitada de variadas reformas para lograr su perfeccionamiento. Dentro de las reformas más trascendentes a la LCT, nos parece menester destacar la que se efectúa con motivo de la ley N°20.467, que elimina la presunción del “animus terrorista” cuando el delito se perpetraba “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”³⁴⁵, acentuando aún más el elemento subjetivo y abriendo una brecha en la onerosidad de la carga probatoria del delito terrorista que se le asignaba a los imputados.

En el derecho comparado, si bien hay un trato disímil al terrorismo, y es difícil abarcar todos los particulares, hay un par de aspectos que recogemos de forma íntegra en este trabajo. Como lo es, por ejemplo, que el trato diferente [al terrorismo] responde a lo que venimos sosteniendo, el terrorismo debe ser definido a través de la fenomenología (y no solo la hermenéutica). Los fenómenos sociales, que van modulando al legislador antiterrorista, son muy diferentes en la realidad jurídica de los diferentes Estados, esto se traduce en el trato disímil al fenómeno en cuestión. Las legislaciones más duras contra el fenómeno en estudio podríamos sostener que son pertenecientes a los Estados que más han sufrido con el mismo. Tenemos el caso de Estados Unidos como el caso más significativo, y con el contexto coyuntural de septiembre de 2001, cambió de manera drástica el tratamiento en la materia. Para la Unión Europea, los cambios fueron más graduales, pero no menos importantes. Esto, pensamos nosotros, responde a que los hechos constitutivos de delitos terroristas en el viejo continente son de un volumen cuantitativo mayor. Podríamos decir que el legislador terrorista comunitario no tiene un solo gran antecedente coyuntural, sino que tiene de estos por racimo, en una menor escala de intensidad. Siguiendo con un ejemplo particular dentro de la Unión Europea, tenemos el caso de España, donde luego de la reforma de la LOC 2/2015, el delito terrorista tiene un elemento estructural u organizativo y otro teleológico. Respecto del elemento teleológico, es propio señalar que para el Código Penal de 1995 se exige que el delito terrorista persiga una determinada finalidad, que, como veníamos diciendo, luego de la reforma de la ley orgánica 2/2015 pueden ser subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional y provocar terror en la población o en una parte de ella. El legislador español, al igual que el nacional, sigue la forma de poner un delito como base

³⁴⁵ Artículo 1° inciso 1° numeral 2° parte II, de la Ley que determina Conductas Terroristas y fija su penalidad, versión vigente entre el 14 de noviembre de 2005 hasta el 7 de octubre de 2010.

y agregarle un elemento subjetivo, el cual es una de las cuatro finalidades establecidas en el artículo 573 del Código Penal. La gran diferencia es que no es una gran finalidad, sino que como decimos, son cuatro por lo que, se contrarresta la *vaguedad* y la amplitud del elemento subjetivo.

Nuestra ley N°18.314 tiene como antecedentes directos la Ley de Seguridad del Estado (LST), que vienen a tener una relación de género-especie en función de los bienes jurídicos que protegen, y las finalidades que tuvo el legislador para con ambas. La LCT viene a llenar un fenómeno que no se cubría con la LSE, el terrorismo. El legislador de 1984, impulsado por la necesidad de controlar a la población civil opuesta al gobierno de facto que se instaura rompiendo el marco constitucional en 1973, crea esta ley que, a través de la evolución legislativa, contempla en la actualidad el delito terrorista de la siguiente manera: en la LCT, el delito terrorista se configura con un delito de base o sustrato presente en la legislación penal común de nuestro Código Penal, mencionados en el artículo 2° de la LCT a través de un catálogo taxativo. A este sustrato debe adicionarse un elemento subjetivo, el cual es la finalidad perseguida por el o los sujetos activos del delito, la cual se encuentra presente en el artículo primero: “...*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 imponer exigencias*”. Esta configuración del delito terrorista presente en la LCT, ha traído aparejado consigo variadas críticas provenientes de la doctrina. Una de ellas es en lo relativo a la falta de remisiones al elemento organizacional presente en los delitos de esta índole en función de su finalidad.³⁴⁶ Otra de las críticas ha sido en relación la difícil carga probatoria a la que se enfrenta el Ministerio Público, o el querellante en su defecto, para demostrar la configuración del delito terrorista, debido a la excesiva onerosidad y complejidad de probar este elemento subjetivo, cayendo en la *psicologización* de la prueba al recaer el objeto de la misma en el fuero interno del imputado por la comisión de este delito. Esto se produce según nos dice nuestra doctrina, por la *vaguedad* del elemento subjetivo que le da forma al delito terrorista. Lo que parece plausible es delimitar la finalidad perseguida por el delito terrorista de forma más concreta, a través de propósitos claros tales como: subversión al orden público, ataque a la institucionalidad o incluso, alteraciones en el orden democrático.³⁴⁷ Esta dificultad probatoria no sólo es reconocida por nuestra doctrina, sino que, además, por la jurisprudencia, como aparece de manifiesto en la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, individualizada con el Rol N° 2384-2012, del 19 de noviembre de 2012, vs. Luciano Pitronello. En dicho caso, en el vigésimo primer considerando la Corte nos señala lo siguiente: “*no logró comprobarse la concurrencia de los datos que hagan posible dar por cierta la concurrencia del elemento subjetivo del tipo que define para este caso la aplicación*

³⁴⁶ VILLEGAS. 2006. Op. cit., p. 15.

³⁴⁷ HERNÁNDEZ. 2010. Op. cit., p. 58.

del artículo 2 N° 4 de la Ley 18.314, esto es, que la parte acusadora no demostró que la finalidad del imputado fuera la de producir en la población o en una parte de la el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, fundándose para ello en que ni la naturaleza del artefacto utilizado, ni las circunstancias de su utilización y ni los efectos obtenidos hacen factible arribar a esa conclusión fáctica". Se hace evidente decir que la acusación del Ministerio Público para los autos anteriores no se pudo materializar en una sentencia condenatoria por la dificultad probatoria que tenía el órgano acusador, rechazándose el recurso interpuesto por el Ministerio Público.

Nos lleva a concluir lo anterior la primacía irrefutable del elemento subjetivo en la configuración del delito terrorista en la LCT, lo que hace que, al ser este caracterizado por una *vaguedad* bastante amplia y una dirección hacia una finalidad política, al menos en lo explícito de la ley, inexistente o neutra, lo hace muy difícil de probar, por lo que la aplicación del tipo penal en cuestión es de tremenda complejidad para los tribunales de justicia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ANTOLISEI, Francesco. 1960. Manual de Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires, Argentina: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. 603p.
- APONTE CARDONA, Alejandro. 2015. Terrorismo y crímenes internacionales en Colombia: tensiones en torno a la persecución penal nacional de crímenes internacionales. (cap. 2, pp. 113-146). En: KAI, Ambos, MALARINO, Ezequiel, y STEINER, Christian (coords.). [en línea]. Bogotá, Colombia: Unión Gráfica Ltda. Recuperado en: < https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=bb9ce34a-d4a0-2600-3bc3-510ae89ef7ab&groupId=252038 > Consultado el: 23 de agosto de 2020.
- ASUA BATARRITA, Adela. 2002. Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad: fines políticos últimos y fines de terror instrumental. (cap. 2, pp. 41-86). En: ECHANO, J. (coord.). Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón. [en línea]. Bilbao, España: Universidad de Deusto. Recuperado en: < <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/09/4conceptojuridicodeterrorismo11.adelaasua.pdf> > Consultado el: 30 de abril de 2020.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo. 2014. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. 1º ed. Santiago, Chile: Librotecna. 731p.
- BARRIENTOS RAMÍREZ, Franklin. 2008. La política antiterrorista de Estados Unidos. [en línea]. *Revista política y estrategia*, (110): 27-68. Recuperado en: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5622194> > Consultado el: 1 de septiembre de 2020.
- BENÍTEZ, Rafael. 2003. Un nuevo convenio anti-terrorista para Europa. [en línea]. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (7): 1-28. Recuperado en: < <http://www.reei.org/index.php/revista/num7/articulos/nuevo-convenio-anti-terrorista-para-europa> > Consultado el: 29 de agosto de 2020.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. 1986. Los terrorismos en el País Vasco y en España. *Cuadernos de política criminal*, (28): 5-36.
- BERRÍOS, Gonzalo. 2012. Los adolescentes mapuche y las reformas a la Ley No. 18.314 sobre conductas terroristas. [en línea]. *Anuario de Derechos Humanos*, (8): 147-154. Recuperado en: < <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/141200/Los-adolescentes-mapuche-y-las-reformas-a-la-Ley-18314-sobre-Conductas-Terroristas.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Consultado el: 25 de abril de 2020.
- BUENO ARÚS, Francisco. 2009. Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes. Valencia, España: Tirant lo Blanch. 174p.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. 2010. Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto. Madrid, España: Reus. 328p.

- CÁPITA, Mario. 2007. El concepto jurídico de terrorismo: los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, un análisis doctrinal y jurisprudencial: especial referencia al terrorismo individual. Tesis doctoral. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid. 331p.
- CARRASCO ANDRINO, María del Mar. 2002. Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria. Granada, España: Ed. Comares. 194p.
- CARRASCO DURÁN, Manuel. 2017. Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos, en perspectiva comparada. [en línea]. *Revista de derecho constitucional europeo*, (27). Recuperado en: < http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/01_CARRASCO.htm > Consultado el: 27 de septiembre.
- CARRERAS GARCÍA, Sara. 2017. Evolución de la legislación antiterrorista: especial consideración de un caso de enaltecimiento. Trabajo de fin de grado en Derecho. Pamplona, España: Facultad de ciencias jurídicas de la Universidad Pública de Navarra. 66p.
- CARRILLO FLORES, Antonio. 1979. El asilo político en México. [en línea]. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (11): 27-38. Recuperado en: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/10815/9889> > Consultado el 22 de abril de 2020.
- CORTÉS MORALES, Julio. 2019. Legislación antiterrorista en Chile: diagnóstico y propuestas de modificación. [en línea]. *Serie Policy Papers* (3): 1-25. Recuperado en: < https://www.ciir.cl/ciir_2019/wp-content/uploads/2019/01/policy-paper-UPP-n%C2%BA3-2019-.pdf > Consultado el 12 de abril de 2020.
- COX, Juan Pablo. 2015. La estructura –¿triádica?– del injusto terrorista. A la vez, bases para una evaluación comparativa de la regulación legal y de las propuestas legislativas. *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, 42(3): pp. 205-220.
- _____. 2018. Minuta para el análisis del Título XV del Libro Segundo (delitos contra la seguridad pública), arts. 576-606. [en línea]. Santiago, Chile: Ministerio de Justicia. Recuperado en: < <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Cox-Juan-Pablo-Delitos-contra-la-seguridad-p%C3%BAblica.pdf> > Consultado el: 2 de septiembre de 2020.
- CURY URZÚA, Enrique. 2005. Derecho Penal: Parte General. Santiago, Chile: Ed. Universidad Católica de Chile. 813p.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis. 2006. La lógica del terrorismo. Madrid, España: Alianza Editorial. 408p.
- DE LA TORRE REYES, Carlos. 1954. El Delito Político; su contenido jurídico y proyecciones sociales. Quito, Ecuador: Editorial La Unión C. A. 756p.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique. 2006. La normativización del tipo objetivo y subjetivo. (pt. 4, cap. 13, pp. 567-584). En: GARCÍA, Sergio (coord.) e ISLAS DE GONZÁLEZ, Olga (coord.). Panorama internacional sobre justicia penal: política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. [en línea]. Ciudad de México, México:

Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado en: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/29.pdf> > Consultado el: 7 de mayo de 2020.

EBILE NSFEUM, Joaquín. 1985. El delito de terrorismo: su concepto. Madrid, España: Ed. Montecorvo. 159p.

ESPINOZA RAMOS, Álvaro. 2018. Razones dogmáticas que justifican y solucionan la controversia sobre la punibilidad del “cómplice” interesado en el delito de tráfico de influencias. [en línea]. *Vox Juris*, 36(2): 121-137. Recuperado en: < <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1310/pdf10> > Consultado el: 10 de junio de 2020.

ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. Derecho Penal: Parte General. Tomo I, 3ª ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile. 461p.

_____. 1999. Derecho Penal: Parte General. Tomo II, 3º ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile. 269p.

FERNÁNDEZ SOLDEVILLA, Gaizka. 2014, jul-dic. El simple arte de amtar: orígenes de la violencia terrorista en el País Vasco. *Historia y política*, (32): 271-298.

FERRAJOLI, Luigi. 1992, mar-jun. Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. [en línea] *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, 4(5): 2-8. Recuperado en: < <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r16993.pdf> > Consultado el: 1 de abril de 2020.

GARRIDO MONTT, Mario. 2001. Derecho Penal: Parte General. Tomo I, 2ª. ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile. 404p.

_____. 2003. Derecho Penal: Parte General. Tomo II, 3º ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile. 369p.

GONZÁLEZ, Felipe. 2000, oct. Leyes de desacato y libertad de expresión. *Revista Cuadernos de Análisis Jurídicos* (10): 219-264. (Serie publicaciones especiales)

GREIFF, Gustavo de. 2005. Terrorismo y seguridad nacional. El derecho internacional que hereda el siglo XXI. (cap. 6, pp. 137-159). En: MÉNDEZ SILVA (coord.). Derecho y seguridad internacional: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. [en línea]. Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado en: < <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10559> > Consultado el: 4 de abril de 2020.

HERNÁNDEZ, Héctor. 2011. Alcances de la ley N°18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad. (pt. 4, pp. 53-60). En: CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informes en derecho: doctrina procesal penal 2010. [en línea]. Santiago, Chile: Ed. Atenas. Recuperado en: < <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/86f83c3415c972c838f5a2884e630b66.pdf> > Consultado el: 1 de junio de 2020.

- HUNEEUS, Carlos. 2009. La guerra fría chilena: Gabriel González Videla y la ley maldita. Santiago, Chile: Random House Mondadori. 404p.
- KINDHÄUSER, Urs. 2008. El tipo subjetivo en la construcción del delito. [en línea]. *Revista para el análisis del Derecho*, (4): 1-35. Recuperado en: < https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/579_es.pdf > Consultado el: 8 de mayo de 2020.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen. 1985. Tratamiento jurídico del terrorismo. Madrid, España: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. 520p.
- _____. 1993. Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo). [en línea]. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 46(2): 535-560. Recuperado en: < <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5218> > Consultado el: 26 de mayo de 2020.
- _____. 2007. Internacionalización del Derecho Penal y principio de legalidad: el caso Scilingo. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal penal y penitenciario*, (34): 69-77.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen y MIRA BENAVENT, Javier. 2013. Noción de terrorismo y clases: evolución legislativa y político-criminal. (cap. 3, pp. 39-100). En: JUANATEY DORADO, Carmen (Dir.) y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina (coord.). El nuevo panorama del terrorismo en España: perspectiva penal, penitenciaria y social. Alicante, España: Universidad de Alicante / Universitat d'Alacant. 196p.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona. 2008. Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites en su punición en un Estado democrático. Tesis doctoral. Universidad Pompeu Fabra. 492p.
- LOZANO MANEIRO, Amparo. 1998. La autoría y la participación en el delito: Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano desde la perspectiva de un Derecho común europeo. Tesis doctoral. Madrid, España: Facultad de Derecho Universidad Complutense. 467p.
- MAÑALICH, Juan Pablo. 2015. El terrorismo ante el derecho penal: la propuesta legislativa del gobierno como retroceso. (pt. 1, cap. 6: pp. 154-171). En: COUSO, Javier (Dir.). Anuario de Derecho Público. [en línea]. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales. Recuperado en: < <https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/Anuario-Derecho-Publico-2015.pdf> > Consultado el: 2 de mayo de 2020.
- _____. 2017. Terrorismo y organización. [en línea]. *Revista Ius et Praxis*, 23(1): 367-418. Recuperado en: < <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/821/475> > Consultado el: 28 de abril de 2020.
- MARÍN MARTÍNEZ, Magdalena. 2010. Terrorismo y derechos humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa: ¿marcos de referencia mundial? [en línea]. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, (1): 395-426. Recuperado en: < <https://core.ac.uk/download/pdf/162560773.pdf> > Consultado el: 25 de agosto de 2020.

- MATUS, Jean Pierre. 2010. La doctrinal penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI. [en línea]. *Polít. Crim.*, 5(9): 143-206. Recuperado en: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v5n9/art04.pdf> > Consultado el: 12 de agosto de 2020.
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías y WILLIAMS, Guido. 2018. Evolución de la legislación antiterrorista: Chile y España. [en línea]. Valparaíso, Chile: Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Recuperado en: < https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24964/1/FINAL_Evolucion_de_la_legislacion_antiterrorista_Chile_y_Espana.pdf > Consultado el: 5 de agosto de 2020. 19p.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. 2010. Derecho Penal: Parte general. 8º edición. Valencia, España: Tirant lo Blanch. 647p.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. 1985. Curso de derecho penal chileno: parte general. Tomo II, 2º ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile. 565p.
- NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. 2009. Un análisis abstracto del Derecho Penal del enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario. [en línea]. *Polít. Crim.*, 4(8): 383-407. Recuperado en < https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000200003 > Consultado el 4 de octubre de 2020.
- PEIDRO CID, Vanesa. 2005. La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea: evolución reciente. [en línea]. *Revista de estudios internacionales de la Universidad de Chile*, (151): 5-21. Recuperado en: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1376212> > Consultado el: 27 de agosto de 2020.
- PEREIRA, Antonio Carlos. 2003. Sistema político y constitucional de Alemania, Una introducción. Santiago de Compostela, Tórculo Edición. 135p.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. 2004. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial. 2º edición. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile. 689p.
- RICHARDS, Chet. 2007. Neither shall the sword: conflicto in the years ahead. Washington D.C., Estados Unidos: Center for Defense Information. 94p.
- SERRANO FIGUEROA, Rafael. 2003. El terrorismo y el derecho internacional. [en línea]. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (3): 353-373. Recuperado en: < <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/65/98> > Consultado el: 29 de mayo de 2020.
- TORNOS, Joaquín. 1983, ene.-dic. La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional. [en línea]. *Revista de administración pública* (100-102): 471-507. Recuperado en: < <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=100&IDA=23354> > Consultado el: 25 de mayo de 2020.
- TORRES VÁSQUEZ, Henry. 2009. El terrorismo en el Código Penal Colombiano. [en línea]. *Revista Logos, Ciencia y Tecnología*, 1(1): pp. 139-154. Recuperado en: <

<https://www.redalyc.org/pdf/5177/517751797010.pdf> > Consultado el: 5 de septiembre de 2020.

TORTOSA BLASCO, José María. 2008. Estados Unidos y su “guerra contra el terrorismo”: continuidad o cambio. (pp. 255-269). En: MESA, Manuela (coord.). Escenarios de crisis: fracturas y pugnas en el sistema internacional. [en línea]. Barcelona, España: Ed. Icaria. Recuperado en: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2787623.pdf> > Consultado el: 3 de septiembre de 2020.

VALLES CAVIA, José Antonio. 2017. El concepto de acto terrorista y el comportamiento de fuerzas armadas durante un conflicto armado: comentario de la sentencia TJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, asunto C-158/14. [en línea]. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (57): 689-707. Recuperado en: < <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.57.09> > Consultado el: 2 de septiembre de 2020.

VILLEGAS, Myrna. 2003. Convención Interamericana contra el Terrorismo: entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos. [en línea]. *Derechos y Humanidades*, (9): 175-201. Recuperado en: < <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/21936/23256> > Consultado el: 30 de mayo de 2020.

_____. 2006. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. [en línea]. *Polít. Crim.*, 1(2): 1-31. Recuperado en: < http://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_3_2.pdf > Consultado el: 5 de mayo de 2020.

_____. 2016. Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno. [en línea]. *Polít. Crim.*, 11(21): 140-172. Recuperado en: < https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100006 > Consultado el: 25 de abril de 2020.

_____. 2016. El terrorismo en la Constitución chilena. [en línea]. *Revista de Derecho*, 29(2): 295-319. Recuperado en: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v29n2/art14.pdf> > Consultado el: 3 de junio de 2020.

_____. 2018. Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016). [en línea]. *Polít. Crim.*, 13(25). Recuperado en: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politerim/v13n25/0718-3399-politerim-13-25-00501.pdf> > Consultado el: 17 de abril de 2012.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Norín Catrimán y otros Vs. Chile, de 29 de mayo 2014. Párrafos 98-99, 168-174, y 211-230. Ver en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Consultado el 28 de mayo de 2020.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimanca y otros vs Chile. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de mayo de 2014. p. 1.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Goiburú y otros, Paraguay, de 22 de septiembre de 2006, considerando 66°, pp. 52-53. Ver en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Consultado el 28 de mayo de 2020.

Sentencia de la Corte Suprema de Chile, Rol: 6247-2014. vs. C. Córdova, de 12 de mayo de 2014. Considerando 21°.

Sentencia de la Corte Suprema. Rol 5397-2018. Armando Patricio Galaz López C/ Enrique Alfonso Guzmán Amadeo (Juan Flores Riquelme), de 13 de junio de 2018. Ver en: <https://es.scribd.com/document/454890728/Causa-n%C2%BA-5397-2018-Nulidad-Resolucion-n%C2%BA-42-de-Corte-Suprema-Sala-Segunda-Penal-de-13-de-Junio-de-2018-vLex>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.

Sentencia de Ministro en Visita Extraordinaria Milton Juica. Rol 118-284., Rol 118-284, vs. Michea Muñoz, J. y otros, de 31 de marzo de 1994.

Sentencia del 15° Juzgado del Crimen de Santiago, Rol 89.049. vs. Hidalgo Barrientos, de 31 de mayo 1993. Considerando 4°.

Sentencia del 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC: 0700277303-6, RIT: 138-2011. vs. Fuentes Aliaga, G.y otros, de 13 de julio de 2012. Considerando 17°.

Sentencia del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC: 1101243950-6, RIT 45-2013, v/s Hans Niemayer, de 12 de julio de 2013.

Sentencia del Juzgado de Garantía de Temuco. R.U.C.: 0900697670-8 R.I.T.: 5748 - 2009 v/s Castro Antipán, R, de 14 septiembre de 2012.

Sentencia del Juzgado de Garantía de Victoria. RIT 1134-2009/ RUC 0900969218-2. vs Castro Antipán, R. (Caso Peaje Quino), de 22 octubre de 2010; Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 842-2010; Corte Suprema de la República de Chile. Rol 141-11.

Sentencia del Ministro en Visita Extraordinaria Jorge Zepeda. Rol 71.093-2001, vs. Guardia, L. y López Candía, H., de 23 de septiembre de 2002. Considerando 6°.

Sentencia del Ministro en Visita Extraordinaria Juan Araya. Rol 3.557-1992. vs. Muñoz Hoffman, de 28 de enero de 1993, Considerando 2°. Ver en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politerim/v13n25/0718-3399-politerim-13-25-00501.pdf>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. C-158/14, A y otros. de 14 de marzo de 2017. EU:C: 2017:202.

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto. RUC: 1300145684-3, RIT: 24-2014. vs. Montoya. de 15 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. RIT 080-2004, RUC 0200142499-0, de 27 de julio de 2005. vs. Troncoso Robles, P. y otros, considerando 11°.

Sentencia del Tribunal Unipersonal de Excepción del ministro Alfredo Pfeiffer Richter Ministro Instructor, Rol 39.800-9, vs. Hernández Norambuena y otra. Chile, 27 de enero de 1994.

LEYES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Anteproyecto de Código Penal 2005. [en línea]. Recuperado en: < <http://www.icpenales.cl/website/www.icpenales.cl/uploads/pdf/anteproyecto-foro-penal.pdf> > Consultado el: 15 de agosto de 2020.

Anteproyecto de Código Penal 2013. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Penal-2013.pdf> > Consultado el: 20 de agosto de 2020.

Anteproyecto de Código Penal 2015. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto-de-Codigo-Penal-2015.pdf> > Consultado el: 26 de agosto de 2020.

Anteproyecto de Código Penal 2018. [en línea]. Recuperado en: < http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto_de_C%C3%B3digo_Penal_2018.pdf > Consultado el: 1 de septiembre de 2020.

Boletín Legislativo N°9.274-07. Proyecto de ley que establece un nuevo Código Penal. [en línea]. 10 de marzo de 2014. Pp. 1-159. Recuperado en: < http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9686&tipodoc=mensaje_mocion > Consultado el: 29 de julio de 2020.

Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea del 13 de junio de 2002. Sobre la lucha contra el terrorismo. [Publicada en: Diario Oficial el 13 de junio de 2002]. Recuperado en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0475.>> Consultado el 24 de septiembre de 2020.

Decisión Marco 2008/919/jai del Consejo de la Unión Europea del 28 de noviembre de 2008. Sobre delitos de terrorismo y penas asociadas, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. [Publicada en: Diario Oficial el 28 de noviembre de 2008]. Recuperado en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133168.>> Consultado el 24 de septiembre de 2020.

Declaración general. Sobre los artículos 13 a 19 del Acta Única Europea. [Publicado en: BOE N°158. 3 de julio de 1987]. Ver en: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a519205f-924a-4978-96a2-b9af8a598b85.0005.02/DOC_1&format=PDF.> Consultado el 24 de septiembre de 2020.

Decreto con Fuerza de Ley N°143. [en línea]. 5 de mayo de 1937. Santiago, Chile: 6 de mayo de 1937. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=4781> > Consultado el: 8 de abril de 2020.

- Decreto N°100. Constitución Política de la República de Chile. [en línea]. 17 de septiembre de 2005. Santiago, Chile: 22 de septiembre de 2005. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> > Consultado el 6 de abril de 2020.
- Decreto N°2561. Código Penal. [en línea]. 12 de noviembre de 1874. Santiago, Chile: 12 de noviembre de 1874. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984> > Consultado el 4 de abril de 2020.
- Historia de la Ley N°18.314. Mensaje del 2 de enero de 1984. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29731> > Consultado el: 7 de abril de 2020.
- Historia de la Ley N°18.937. Mensaje del 25 de octubre de 1989. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7350/> > Consultado el: 20 de abril de 2020.
- Historia de la Ley N°19.027. Mensaje del 11 de marzo de 1990. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7203/> > Consultado el: 21 de abril de 2020.
- Historia de la Ley N°19.241. Primer trámite constitucional: cámara de diputados. Informe Comisión constitucional, sesión 76, legislatura 323. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7038/> > Consultado el: 18 de abril de 2020.
- Historia de la Ley N°20.467. Mensaje del 12 de septiembre de 2010. [en línea]. Recuperado en < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1017644> > Consultado el: 21 de abril de 2020.
- Ley N°12.927. Seguridad Interior del Estado. [en línea]. 2 de agosto de 1958. Santiago, Chile: 6 de agosto de 1958. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=27292> > Consultado el: 12 de abril de 2020.
- Ley N°18.314. Determina conductas terroristas y fija su penalidad. [en línea]. 16 de mayo de 1984. Santiago, Chile: 17 de mayo de 1984. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29731> > Consultado el: 4 de abril de 2020.
- Ley N°18.314. Determina conductas terroristas y fija su penalidad, versión vigente entre el 14 de noviembre hasta el 7 de octubre de 2010. [en línea]. 16 de mayo de 1984. Santiago, Chile: 17 de mayo de 1984. Recuperado en: < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731&idVersion=2005-11-14> > Consultado el: 2 de mayo de 2020.
- Ley N°18.937. Modifica Ley N°18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad. [en línea]. 12 de febrero de 1990. Santiago, Chile: 22 de febrero de 1990. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30307> > Consultado el: 15 de abril de 2020.
- Ley N°19.241. Modifica artículos que indica del Código Penal y de la Ley N°18.314. [en línea]. 23 de agosto de 1993. Santiago, Chile: 28 de agosto de 1993. Recuperado en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30608> > Consultado el: 18 de abril de 2020.

- Ley N°19.696. Establece Código Procesal Penal. [en línea]. 29 de septiembre del 2000. Santiago, Chile: 12 de octubre de 2020. Recuperado en: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>> Consultado el: 25 de mayo de 2020.
- Ley N°20.467. Modifica disposiciones de la Ley N°18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad. [en línea]. 5 de octubre de 2010. Santiago, Chile: 8 de octubre de 2010. Recuperado en: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1017644>> Consultado el: 22 de abril de 2020.
- Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Exposición de motivos. [Publicado en: BOE de 16 de junio de 1998]. Vigencia desde 17 de junio de 1998. Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a519205f-924a-4978-96a2-b9af8a598b85.0005.02/DOC_1&format=PDF> Consultado el 24 de septiembre de 2020.
- Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. [Publicado en: BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015]. Recuperado en: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/549721-lo-3-2015-de-30-mar-control-doe-la-actividad-economico-financiera-de-los-partidos.html>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Título II, De las medidas. [Publicado en BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000]. Vigencia desde 13 de enero de 2001. Revisión vigente desde 29 de diciembre de 2012. Recuperado en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641#:~:text=Declaraci%C3%B3n%20general,-.1.,o%20las%20leyes%20penales%20especiales>>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.
- Serie de sesiones de alto nivel de la Comisión de Estupefacientes: Declaración Política principios rectores de la reducción de la demanda de drogas y medidas de fomento de la cooperación internacional en la lucha contra el problema mundial de las drogas. (52º, 11-12 marzo de 2009, Viena, Austria). [en línea]. Organización de Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos: ONU. Recuperado en: <https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_52/Political-Declaration2009_V0984966_S.pdf> Consultado el: 20 de abril de 2020.
- Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos. [Publicado en: Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas 2 de octubre de 1997]. Recuperado en: <<https://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf>>. Consultado el 24 de septiembre de 2020.
- Tratado de Maastricht de la Unión Europea (TJUE). [Publicado en: Diario Oficial C 325, del 26 de octubre de 2012. p. 93.

SITIOS WEB

- BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Ley de seguridad del Estado y ley antiterrorista. *Diario Concepción*. [en línea] 19 de octubre de 2017. Recuperado en: < <https://www.diarioconcepcion.cl/carta-al-director/2017/10/19/ley-de-seguridad-del-estado-y-ley-antiterrorista.html> > Consultado el 8 de abril de 2020.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. 2015. Pacto antiterrorista: por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco. *ElDiario.es* [en línea]. 11 de febrero de 2015. Recuperado en: < https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/pacto-antiterrorista-pendiente-deslizante-barranco_129_4377320.html > Consultado el: 2 de septiembre de 2020.
- DE LA CUESTA, José Luis. Legislación antiterrorista en España. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/CLC+64+esp.pdf> > Consultado el: 22 de agosto de 2020.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. 2015. Ministra Javiera Blanco recibió el anteproyecto de nuevo Código Penal que será ingresado al parlamento este segundo semestre. [en línea]. Santiago, Chile: Ministerio de Justicia. Recuperado en: < <https://www.minjusticia.gob.cl/ministra-javiera-blanco-recibio-el-anteproyecto-de-nuevo-codigo-penal-que-sera-ingresado-al-parlamento-este-segundo-semestre/> > Consultado el: 30 de agosto de 2020.
- STATISTA. 2012. El turismo en el mundo. [en línea]. Recuperado en: < <https://es.statista.com/temas/3612/el-turismo-en-el-mundo/#:~:text=En%202018%2C%20seg%C3%BAAn%20datos%20de,parte%20de%20la%20poblaci%C3%B3n%20mundial.> > Consultado el: 29 de agosto de 2020.
- TODO POR HACER. 2011. Un breve análisis de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010. [en línea]. Recuperado en < <https://www.todoporhacer.org/un-breve-analisis-de-la-reforma-del-codigo-penal-por-la-ley-organica-52010/> > Consultado el: 26 de agosto 2020.
- UNIVERSIDAD CATÓLICA. 2018. Observaciones al Anteproyecto de Código Penal 2018. [en línea]. Recuperado en: < https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UC_Observaciones1_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf > Consultado el: 5 de septiembre de 2020.
- UNIVERSIDAD DE CHILE. 2018. Observaciones al Anteproyecto de Código Penal 2018. [en línea]. Recuperado en: < https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/UChile_Informe_AnteproyectoCodigoPenal2018.pdf > Consultado el: 5 de septiembre de 2020.
- VILLEGAS, Myrna. 2013. Propuesta Anteproyecto de Código Penal chileno: delitos de terrorismo. [en línea]. Recuperado en: < <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Villegas-D%C3%ADaz-Myrna-Delitos-de-Terrorismo.pdf> > Consultado el: 10 de abril de 2020.