



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

DELITOS DE INCITACIÓN Y DE APOLOGÍA A LA VIOLENCIA EN LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO

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

Autores:

JOAQUÍN EDUARDO OLIVOS PEREDA

RICARDO ALONSO IBARRA NAVARRETE

TAMARA AMANDA PÉREZ ORTEGA

Profesora Guía:

MYRNA VILLEGAS DÍAZ

SANTIAGO, CHILE

2023

Dedicado a mi familia, especialmente a mi madre Lilian, a mi padre Eduardo y a mi compañera Montserrat, por su apoyo y contención a lo largo de mi formación. Agradecimientos a la profesora Myrna Villegas por su inspiradora vocación de servicio, acompañamiento y por sus enseñanzas en las artes del Derecho Penal.

Joaquín Olivos Pereda

Dedicado a mis hermanos, a mi madre Ana, a mi padre Ricardo y a mis abuelos Inés y José, quienes en un trabajo conjunto han hecho posible que me encuentre hoy frente a la posibilidad de presentar este trabajo.

Ricardo Ibarra Navarrete

Con especial dedicación a mis amigos, familia humana y no humana, por entregarme siempre su cariño y comprensión en este duro y largo proceso. Al abogado Nicolás Toro y los y las presas con quienes hemos trabajado por ser fuente inagotable de conocimientos, fortaleza y experiencias. Y a todas aquellas personas que a lo largo de este tiempo han confiado en mis capacidades y mi trabajo. La consecuencia de mis actos es mi permanente homenaje para aquellos que un día me acompañaron y hoy no están.

Tamara Pérez Ortega

ÍNDICE

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1. Sistematización del marco normativo del delito de incitación a la violencia contenido en el artículo 4 f) de la Ley de Seguridad del Estado (Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior). Análisis del bien jurídico protegido y naturaleza jurídica del tipo penal.	9
1. Bien jurídico protegido y naturaleza jurídica del delito de incitación a la violencia.	9
1.1. Concepto de incitación a la violencia.	10
1.2. Naturaleza jurídica del delito de incitación a la violencia.	12
1.3. Bien jurídico protegido en relación con el delito de incitación a la violencia.	12
1.4. Delito de incitación a la violencia como delito de peligro abstracto.	14
2. Estructura del tipo penal del delito de incitación a la violencia del artículo 4º, letra f) del Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior.	18
2.1. Tipo penal objetivo.	19
2.2. Tipo penal subjetivo.	20
2.3. Determinación e individualización de la pena.	21
2.4. Análisis jurisprudencial.	21
CAPÍTULO 2. Sistematización del marco normativo del delito de apología a la violencia contenido en el artículo 6 f) de la Ley de Seguridad del Estado (Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior). Análisis del bien jurídico protegido y naturaleza jurídica del tipo penal.	24
1. Bien jurídico protegido y naturaleza jurídica del delito de apología a la violencia.	24
1.1. Concepto de apología.	25
1.2. Naturaleza jurídica del delito de apología.	27
1.3. Bien jurídico protegido en relación con el delito de apología.	28
1.4. Delito de apología como delito de peligro abstracto.	32

2. Estructura del tipo penal del delito de apología del artículo 6° letra F) de la Ley de Seguridad del Estado (Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior).	38
2.1. Tipo penal objetivo.	34
2.2. Tipo penal subjetivo.	35
2.3. Determinación e individualización de la pena.	36
CAPÍTULO 3. Apología e incitación a la violencia en perspectiva crítica con la legislación chilena.	37
1. Garantía constitucional de libertad de expresión, enfrentada con la tipificación de delitos de expresión.	37
2. Delitos contra la Seguridad Interior del Estado y contra el Orden y la Seguridad Pública en el Código Penal.	44
3. Análisis de los delitos de apología e incitación en la legislación comparada.	46
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	52

RESUMEN

Este trabajo consiste en un análisis investigativo de los tipos penales contenidos en los artículos 4° letra f) y 6° letra f) de la Ley N° 12.927 de Seguridad del Estado, conocidos como incitación y apología a la violencia, con propósito de corroborar o desestimar la tesis que plantea la derogación de ambos tipos penales en virtud de su insuficiente justificación como herramienta de garantía y promoción de la paz social. En primer lugar, se realizará una exposición acerca de la sistematización normativa de dichos delitos, examinando los correspondientes bienes jurídicos protegidos y la naturaleza de los tipos penales comprendidos en la Ley de Seguridad del Estado. Posteriormente, someteremos a examen estos delitos con propósito de determinar si se cumple con la perspectiva de la legislación chilena en materia de observación de garantías constitucionales. Esta etapa contará a su vez con un ejercicio de análisis de legislación comparada, lo cual permitirá palpar de manera más clara la discusión en torno a la necesidad de contar con figuras penales de esta entidad con mérito de dar protección a determinados bienes jurídicos. Finalmente, se hará un examen crítico bajo la óptica de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado y contra el Orden y la Seguridad Pública en el Código Penal.

INTRODUCCIÓN

“No contamos en nuestro país con una legislación adecuada que reprima los delitos que tengan por objeto la destrucción o perturbación, por medio de la violencia, del orden social actual, realizados contra las instituciones básicas de la sociedad, como son la organización de la familia, la propiedad, la administración de justicia, la educación pública, (...)”¹ Aquello es lo que tuvo presente la junta de Gobierno de la República Socialista de Chile, cuando introdujo uno de los primeros antecedentes histórico normativos de la tipificación de los delitos la incitación y apología de la violencia, mediante la promulgación del Decreto Ley 50 de 1932, que sanciona los delitos cometidos contra la Seguridad Interior del Estado. El legislador consideraba que quienes propagaran o fomentaran doctrinas que considerasen la violencia, como mecanismo para destruir o perturbar instituciones básicas de la sociedad, eran enemigos de la República. Esta Ley constituye parte importante de los cimientos de las herramientas jurídicas represivas que el oficialismo utilizaría para perseguir penalmente a los opositores que expresen contenido subversivo en contra del orden público, el gobierno o sus instituciones.

Aquella norma fue derogada durante el gobierno del presidente Arturo Alessandri Palma, con la promulgación de la Ley N° 6.026 de 1937, la cual añadía una distinción normativa entre la incitación a la rebelión por medios violentos y la propagación de doctrinas que tiendan a destruir por medio de la violencia. Luego, esta sería derogada por la Ley sobre Seguridad del Estado N° 12.927, promulgada en 1958, actualizada y refundida en el año 1975, durante la dictadura cívico militar y nuestra tesis consistirá en la investigación de dos tipos penales contenidos en ella.

La Ley referida es de carácter especial y tipifica como delito conductas que atentan contra la seguridad interna del Estado, la soberanía nacional y el orden público o la normalidad de las actividades nacionales. En particular, son dos las figuras parte de su entramado normativo que llaman la atención, a saber, los delitos de incitación y apología a la violencia contenidos en los preceptos normativos del artículo 4° letra f) y del artículo 6° letra f), respectivamente. En ambos casos destaca que, en cuanto a la historia jurisprudencial, su aplicación se concentra entre los años 1975 y 1989, que corresponde al periodo en que tuvo lugar la dictadura cívico militar. Mientras que, desde la recuperación de la democracia, su aplicación es vaga.

¹ Decreto Ley 50 de 1932, del Ministerio del Interior, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN, Santiago, Chile [En línea]. [Decreto Ley-50 24-JUN-1932 MINISTERIO DEL INTERIOR - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#) [Consulta 11 de diciembre 2022]

Por otro lado, su tratamiento como figura especial por parte del legislador dista mucho de la forma en que han sido consagradas figuras similares dentro de ordenamientos jurídicos parte del derecho comparado que comparten una tradición común con nuestro sistema de derecho penal, y que, en definitiva, consagran dichos tipos penales de forma general en sus respectivos Códigos Penales.

En doctrina, se ha sostenido que ambos tipos penales tipifican conductas que generalmente serían consideradas como parte de los actos preparatorios del iter criminis², esto sería, para ambos casos, la ideación y la comunicación de una determinación a realizar una conducta catalogada como delictual. A su vez, la regla general en un sistema de derecho penal objetivo es que la mera ideación no constituye una conducta punible, donde se subsume dentro del género de ideación la propia comunicación de una intención delictiva. Es en este contexto donde se requiere de una motivación de política criminal razonablemente justificada por parte del legislador -y en congruencia con los principios de un Estado democrático de Derecho- para hacer una excepción a dicha regla general.

Atendiendo a la historia, es posible vislumbrar que, en el derecho comparado, derechos fundamentales como la libertad de expresión o pensamiento han sido efectivamente limitados a través de instituciones penales como el delito de apología o de incitación a la violencia. Sin perjuicio de ello, para su fundamentación se ha atendido a la necesidad de protección de bienes jurídicos sometidos a amenazas históricas -como lo son la dignidad de la persona humana o grupos históricamente discriminados- que para lograr cambios en la sociedad. Sin embargo, el Código Penal, en efecto, en sus títulos II y VI contempla regulación relacionada a la protección de dichos bienes jurídicos, especialmente tipificando las conductas de alzamiento y el uso de violencia, fuerza o intimidación para lograr cambios sociales. Por tanto, esta situación normativa nos hace cuestionarnos la necesidad de disponer de una doble regulación, primero de las acciones tipificadas en las normas comunes del Código Penal en sus títulos II y VI y, segundo, de la tipificación especial de delitos de expresión de los artículos 4° letra f) y 6) letra f) de la LSE.

Por tanto, nuestro objetivo es realizar un análisis de los artículos 4° f) y 6° f) del Decreto N° 890 de 1975, en sus aspectos históricos, sustantivo-penales, doctrinales, dogmáticos y jurisprudenciales, mediante el estudio de dichos aspectos de ambos tipos penales a través del método analítico exegético. De acuerdo con ello, comenzaremos con un primer capítulo que buscará analizar la sistematización del marco normativo del delito de incitación a la violencia, analizando el bien jurídico protegido, la naturaleza jurídica y la estructura del tipo penal, así mismo, el segundo capítulo abordará el mismo

² Politoff Lifschitz, S. (1999). *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración: estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*. (1era ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Pp. 28-29.

andamiaje, pero respecto del delito de apología a la violencia. Finalmente, en el tercer capítulo, examinaremos ambos tipos penales en perspectiva con la legislación chilena en materia de observación de garantías constitucionales y, para finalizar, se hará un examen crítico bajo la óptica de los delitos contra la Seguridad Interior del Estado y contra el Orden y la Seguridad Pública en el Código Penal.

CAPÍTULO 1

Sistematización del marco normativo del delito de incitación a la violencia contenido en el artículo 4° f) de la Ley de Seguridad del Estado (Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior). Análisis del bien jurídico protegido y naturaleza jurídica del tipo penal.

La finalidad del presente capítulo es presentar un análisis sistemático del marco normativo que rige el delito de incitación a la violencia contenido en el artículo 4 letra f) del Decreto 890 de 1975. Del mismo modo, nuestra misión es dar cuenta del contexto normativo en que el tipo se halla dentro del mismo cuerpo legal y demás normas externas a este que sean pertinentes para su mejor comprensión. A tales efectos, esta presentación se dividirá en dos apartados diferenciados: primero, se tratará del bien jurídico protegido y la naturaleza jurídica del delito de incitación a la violencia. Segundo, se realizará un análisis de los aspectos esenciales de la estructura típica contenida en el artículo 4 letra f) del Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior.

1. Bien jurídico protegido y naturaleza jurídica del delito de incitación a la violencia:

Para dar curso a un estudio pormenorizado de un delito determinado dentro de una realidad normativa en concreto, se vuelve menester el referirse, en primer lugar, a su bien jurídico protegido, ese elemento presente en el tipo penal cuya protección justifica y torna una necesidad la presencia del delito dentro del ordenamiento. Doctrinariamente, el bien jurídico protegido ha sido definido como “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”³. De esta manera, el bien jurídico constituye una garantía para la ciudadanía, viene a ser una limitante del ius puniendi estatal, toda vez que, para poder sancionar una conducta, es requisito apriorístico que dicha conducta típica signifique una amenaza de afectación a un bien jurídico. Por ende, no es punible una conducta por el mero arbitrio del legislador, sino que la sanción se justifica en la legítima protección de un bien jurídico determinado.

³ WELZEL, HANS. (1976) Derecho Penal alemán. Parte General, traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago, 1976., P. 15.

Antes de adentrarnos más en la materia, cabe mencionar que la naturaleza jurídica del tipo penal contenido en el artículo 4 letra f) de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado, constituye a la de una figura de peligro abstracto, esto es, que no se requiere de un peligro cierto y directo a determinado bien jurídico para contemplar la atribución de sanción penal a la conducta típica, sino más bien se entiende que -y obviando su resultado- la mera conducta típica en sí implica un peligro de afectación a dicho bien.

4

1.1 Concepto de incitación a la violencia:

La conducta típica del artículo 4 letra f) de la L.S.E., en esencia, está constituida por los verbos rectores “propagar” y “fomentar”. Actualmente, el legislador no contempla una definición de cada uno de estos términos, razón por la cual -y en virtud de la regla de interpretación contenida en el artículo 20 de nuestro Código Civil- es que se debe entender ambos verbos rectores en su sentido natural y obvio.

En este orden de ideas, es que en el caso del concepto de “propagar” debe este ser entendido como el “1. Hacer que algo se extienda o llegue a sitios distintos de aquel en que se produce.”⁵ Esto vendría a ser el sentido más natural de la palabra, sin perjuicio de que haya una acepción más propia a la histórica materialidad del delito, esta es, “2. Extender el conocimiento de algo o la afición a ello”.⁶ Recordar, que nuestro tipo penal hoy vigente es un análogo directo del artículo 1° del derogado Decreto 50 de 1932, cual tipificó la conducta de “propagar doctrinas” haciendo uso de los diversos métodos de divulgación doctrinaria, y, que sin perjuicio de que la Ley de Seguridad del Estado venga a acotar los medios de comisión del delito a través de los cuales se puede perpetrar la conducta punible, no deja de ser cierto que es una determinada acción política la que se encuentra hoy sujeta a una eventual sanción penal, manifestándose en su materialidad en propaganda política; no es la mera presencia de una idea la que llama al ordenamiento jurídico a actuar, sino que la exteriorización de esta por medio de la propaganda, es por este motivo que esta segunda acepción de “propagar” que hemos citado es la que a nosotros nos parece más pertinente asumir como referida por el tipo penal.

Por otro lado, también se presenta el concepto de “fomentar”, definido como “Excitar, promover, impulsar o proteger algo.”⁷ Bajo nuestras consideraciones, la excitación y promoción, guardarían una

⁴ Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte general*. trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, Madrid, Civitas. pp. 407. [En línea]. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf [Consulta 11 de diciembre 2022]

⁵ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/propagar>> [visitado 7 de diciembre 2022].

⁶ Ídem.

⁷ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/fomentar>> [visitado 7 de diciembre 2022].

similitud con el concepto de apología, el cual entendemos como la alabanza discursiva en defensa de algo. Si bien ambas conductas implican una incitación a un grupo de sujetos, sean determinados o indeterminados, la apología guarda relación con la exposición o difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, y que, en palabras de Sánchez Ostiz, citando el Código Penal Español: "sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito"⁸, mientras que el fomento, circunscrito a la promoción de determinadas "doctrinas", se relaciona con lo que vendría a ser la enseñanza de una tradición política y filosófica, que, a criterio del legislador, constituye en sí un potencial peligro contra la Seguridad Interior del Estado, peligro que es digno de tutela penal en el momento en que la idea es manifestada y exteriorizada a un tercero. De esta forma, se ha entendido que los verbos rectores en su conjunto guardan relación con el acto de profesar, propagandear o enseñar doctrinas que atenten contra la Seguridad del Estado, en tanto estas tiendan a la destrucción del orden social o las formas republicanas y democráticas de gobierno. No obstante lo anterior, durante el periodo de Dictadura Militar, como es sabido, la interpretación en cuanto a la extensión de los verbos rectores no se limitó a estos simples hechos, más bien, por medio de un ejercicio hermenéutico propio del régimen se incorporan supuestos de hecho como la tenencia de panfletos y afiches, hechos que, sin concurrencia de su difusión, eran tomados como hechos punibles al alero de la figura del artículo 4 letra f) L.S.E.⁹

Si bien dentro de este trabajo el análisis de jurisprudencia corresponde a un estudio previsto para la sección final de este, no deja de ser menos pertinente el hacer cita a esta serie de fallos, donde llama la atención la forma en que se interpretan por parte de nuestros jueces los verbos rectores del tipo penal contenido en el artículo 4° letra f) de la L.S.E., de forma tal que recuerda la antigua redacción del artículo 1° letra a) del derogado Decreto 50 de 1932, en el cual, la conducta delictiva que tipifica la propaganda política consideraba a su vez la mera tenencia de panfletos o documentos que sirvieran como medios de difusión de doctrinas que tiendan a destruir el orden social o la organización política del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, no deja de ser cierto que aún en tiempo de Régimen Militar fueron controvertidos los conceptos de propagación y fomento, un ejemplo de esto se da en el fallo de la causa ROL 21-78 caratulada "MERCADO MAEZO, MIGUEL FRANCISCO" de la Corte de Apelaciones de Santiago, donde se procesa al hechor por la infracción al artículo 4° letra f) de la L.S.E. Lo interesante es que el tribunal acoge la alegación planteada por la defensa, la cual consistía en que el delito no alcanza

⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2006). La apología del delito. Persona y derecho, 55. Servicio de publicaciones Universidad de Navarra. p.622

⁹ Causa Rol N°17-78. citado en CAMPUSANO HIDALGO, LAUTARO y OTROS, 1991, "La Jurisprudencia sobre delitos contra la Seguridad del Estado", Santiago de Chile, VICARÍA DE LA SOLIDARIDAD., Pp 37 a 39.

la fase de consumación dado a que, si bien los antecedentes dan cuenta de que efectivamente Mercado guardaba en su habitación propaganda contraria al Régimen, no se pudo constatar que efectivamente se haya logrado la distribución del material propagandístico, razón por la cual se acoge que el delito sea concebido en su fase de tentativa, reduciendo la pena impuesta al presidio de 41 días.¹⁰ Este registro da cuenta de una cierta diversificación en los criterios interpretativos respecto de los verbos rectores del tipo penal estudiado, aún en tiempos de persecución política donde la generalidad de aparato administrador de justicia buscaba interpretaciones latas de los tipos delictuales con tal de neutralizar agentes contrarios al Régimen.

1.2 Naturaleza jurídica del delito de incitación a la violencia:

Respecto de la naturaleza jurídica del tipo penal a estudiar: constituye un delito formal o de mera actividad, esto es, que la comisión del delito supone la sola realización de la conducta prohibida por la ley, con inobservancia del resultado al que con este se llegue, por tanto, su punibilidad es un fenómeno autónomo de la concreción de un daño respecto del bien jurídicamente producido.

Lo anterior, guarda relación con una segunda categoría aplicable al tipo, esta es, la de un delito de peligro abstracto. Como se ha mencionado con anterioridad, una característica general de los tipos de peligro abstracto es que no se conmina penalmente por el daño concreto y cierto que la conducta típica genera sobre un bien jurídico protegido -como sucede con los delitos de peligro concreto- sino más bien, es punible la conducta en tanto genera situaciones de riesgo para un determinado bien jurídico. A este respecto, señala Maldonado, siguiendo a Mendoza Buergo: “el peligro de lesión del bien jurídico se “estima” concurrente sobre la base de la sola realización de la conducta, siendo ya afirmado (presumido) por el propio legislador y sin que para ello se requiera de una valoración o acreditación”¹¹

Esta estructura lógica, a su vez, es homologable dentro de la Ley de Seguridad del Estado al tipo penal contenido en el artículo 6 letra f) de la L.S.E., que sanciona la conducta típica de apología, siendo este uno de los motivos de por qué, y a su tiempo, estos dos tipos penales serán estudiados en conjunto.

1.3 Bien jurídico protegido en relación con el delito de incitación a la violencia

Antiguamente, el derogado Decreto Ley 50 de 1932 del Ministerio del Interior, contemplaba un artículo que tipifica conductas similares a las que tipifica actualmente el artículo 4 letra f) de la L.S.E., esto es, la propagación de doctrinas que atenten contra el orden público (social) y las formas democráticas

¹⁰ De lo razonado por el tribunal, se da cuenta en Ibid., Pp. 41 a 42.

¹¹ MALDONADO F. FRANCISCO. (2006). Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal. Revista de estudios de la justicia, N°7, año 2006. P. 30.

de gobierno constituidas. Consta eso sí, un mayor rango de supuestos de hecho que tornan aplicable la norma, toda vez que el tenor literal de la disposición agrega a lo que comúnmente se entiende por “propagar”, acciones como la impresión, importación y mantención de documentos contenedores de material doctrinario. Estos supuestos, sin embargo, quedan en absoluta inoperancia con su derogación y reemplazo a manos de la dictación de la Ley N° 12.923 de Seguridad del Estado. Por esta vía, lo que se ve reducido en suma son los medios mediante los cuales es realizable el delito de propagación y fomento, debido a que, en su caso, sería una interpretación extra lege el subsumir la mera tenencia de contenido ideológico de doctrinas que inciten a la alteración por medio de la violencia del orden social o las forma republicanas o democráticas de gobierno, toda vez que la norma actualmente vigente es clara en señalar que es el acto de propagación de dichos materiales lo que pone en peligro dicho bien jurídico protegido, más no la mera expresión de estas ideas materializada en documentos propagandísticos que aún no han sido objetos de reproducción ante tercero. El mismo ejemplo, es aplicado con las ideas. Con todo, este problema será tratado de manera más detallada en los correspondientes apartados posteriores.

Ahora, el tipo penal contenido en la letra f) del artículo 4 forma parte de un cúmulo mayor de disposiciones dentro de la ley de seguridad del Estado, categoría de delitos que se constituyen en el artículo 4 de la ley, y que agrupados son catalogables como delitos “contra la Seguridad Interior del Estado”. En concreto, y para el caso del tipo penal que nos compete, al alero del tenor literal del artículo 4 letra f) debe interpretarse que la Seguridad Interior del Estado se verá amenazada en la medida en que se afecten “el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno” (Decreto 890).

Aparte, no está demás agregar que es esta calidad del bien jurídico protegido y la entidad que a este le atañe, lo que al parecer del legislador justifica la tipificación de conductas de manera excepcional dentro del ordenamiento jurídico; esto es, una omisión a la regla general que determina como punibles solamente conductas siempre que representen a lo menos el inicio a la ejecución del delito. En su caso, como figura de peligro abstracto, a través de este tipo penal es punible una conducta aún sin que ésta represente un peligro cierto y directo a un bien jurídico determinado. Este afán del legislador de punir de forma especialísima estas conductas (la propagación de doctrinas, incitación a la violencia, apología a métodos y doctrinas, etc.) puede traducirse como una “voluntad (...) de reprimir la exteriorización de determinadas ideas, aptas para crear un clima criminógeno”.¹² Este es un fenómeno que genera una serie de dudas respecto de qué tan dispuestos estamos como sociedad a restringir derechos y libertades

¹² POLITOFF L. SERGIO. 1999. Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración, estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. P. 39.

individuales, de interés colectivo, en pos de la protección de un bien jurídico cuya vulneración es en suma abstracto. El desarrollo de estas interrogantes será tratado en los respectivos apartados posteriores.

1.4 Delito de incitación a la violencia como delito de peligro abstracto

La “teoría del delito” se ha encargado de desarrollar los conceptos que son fundamentales a la hora de tener certeza respecto a qué entendemos como delito, y cuando estamos frente a un delito y cuando no. Existe acuerdo en la dogmática penal moderna respecto de que “toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica y culpable”¹³, de esto se desprenden tres conceptos fundamentales que determinan si la acción u omisión realizada es punible o no lo es: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Con la evolución de la teoría del delito, se han desarrollado los conceptos que constituyen el delito, así como también, se han desarrollado categorías que permiten agrupar los delitos según el tipo, de este modo encontramos los denominados “delitos de peligro” que son aquellos en que “el injusto no radica en el menoscabo de la sustancia de un bien jurídico, sino que mediante el hecho se crea, más bien, solo el peligro de una lesión”¹⁴, y entendiendo dentro de estos una especie de subcategoría en la que encontramos: delitos de peligro concreto, y delitos de peligro abstracto. Para efectos de conceptualizar esta subcategoría de delitos de peligro, nos serviremos de lo expuesto por Cecilia Sánchez, en cuanto señala que “Si bien ambos tipos requieren un desvalor de acción, en los delitos de peligro concreto, se exige un verdadero desvalor del resultado (...)” “En tanto, los delitos de peligro abstracto, sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido; es decir, se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal, basada en la consideración de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico.”¹⁵ De lo anterior podemos señalar que, en la primera de las subcategorías el tipo requiere como resultado la proximidad de una concreta lesión, mientras que en la segunda de ellas se supone un peligro, castigando la conducta “ex ante”, sin tener relevancia para el castigo de la conducta una realización “ex post”. Centrándonos en estos últimos, y siguiendo a Etcheberry, podemos definir los delitos de peligro abstracto como: “los cuales la ley sólo exige verificar la concurrencia de una determinada circunstancia

¹³ ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho penal parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2a edición. Civitas. P. 193.

¹⁴ KINHAÜSER, URS. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. Barcelona. InDret. P. 7.

¹⁵ SÁNCHEZ ROMERO, CECILIA. ROJAS CHACÓN, JOSÉ A., Derecho Penal, Aspectos Teóricos y Prácticos, San José, Costa Rica, Ministerio Público de Costa Rica, P. 92.

objetiva (generalmente, el empleo de un cierto medio), de la cual la ley presume que ha existido peligro, sin que se admita la prueba de que realmente no lo hubo”¹⁶.

Lo anterior, guarda relación con la afectación que se realiza sobre el bien jurídico protegido con la comisión del delito. En el caso de un delito de peligro concreto, se debe probar que por medio de la acción típica ha acaecido peligro cierto respecto del bien jurídico protegido, mientras que, en un delito de peligro abstracto, como bien se ha mencionado antes, el solo despliegue de la conducta sienta la presunción de afectación a la seguridad de un bien jurídico determinado por medio de la generación de un peligro respecto de él. De esta manera, podemos categorizar el tipo penal del artículo 4° letra f) L.S.E. como un delito de peligro abstracto, toda vez que señala “los que propaguen o fomenten (...) doctrinas que tiendan a (...)” no se prevé una concreción efectiva del peligro, sino que castiga el despliegue de la conducta tendiente a, una aprehensión a la conducta ex ante no siendo requerida una concreción ex post. Los delitos de peligro abstracto generan una gran problemática en la dogmática penal. Kindhäuser habla del “paradigma de la agresión” planteando el problema de legitimidad que revisten a los delitos de peligro, realiza este autor una crítica fundamental, partiendo por cuestionar cómo es que una exposición a peligro puede siquiera constituir un injusto, en esta línea señala además que: “Si el observador ha de ser omnisciente, su juicio ex ante se solapa con la constatación ex post de que se ha producido el resultado de lesión pues, para un observador omnisciente, en un mundo determinado solamente son peligrosos aquellos estados que además conducen realmente a un resultado de lesión. Bajo esta condición, el juicio de peligro sería superfluo. El injusto de peligro sería únicamente un estadio previo necesario al injusto de lesión.”¹⁷

Con este razonamiento, podemos evidenciar que si se produce efectivamente una lesión a un bien jurídico no es relevante la búsqueda de los estadios previos a esta lesión efectiva.

Continuando con el análisis del tipo penal del artículo 4° letra f) L.S.E., podemos señalar que este a su vez puede ser categorizado según las condiciones requeridas para que sea consumado su delito. En este caso, el tipo penal corresponderá a un delito de mera actividad - o formal- los cuales, siguiendo

¹⁶ ETCHEBERRY, A. 1999. Derecho Penal, Tomo Tercero, Parte Especial. 3era ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile., 64p.

¹⁷ Kindhäuser, U. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. Revista InDret. Revista para el análisis del derecho: 7-10.

a Garrido-Montt, “son aquellos que se consuman con la estricta y sola realización de la acción en que consisten o por incurrir en la omisión respectiva”¹⁸.

Respecto de su calidad como delito de mera actividad, se entiende que se constituye como tal en tanto su comisión se satisface con la mera realización de la conducta tipo, y ello implica, que por parte del intérprete se prescinde del análisis que trata los resultados de la acción u omisión. Esto se da, principalmente, en virtud de la forma en que el legislador redacta el tipo penal en cuestión. En su estructura, la sanción dispuesta para el delito de “propagación y fomento de doctrinas”, no atiende al resultado generado por el despliegue de la acción; como sí sucede con los delitos de resultado tales como el homicidio, donde se exige el resultado de muerte de la víctima para que se configure el supuesto del tipo penal del artículo 391 del Código Penal que sanciona el delito de homicidio.

En cambio, en el tipo penal contenido en el artículo 4° letra f) L.S.E., el delito se entiende consumado con el solo acto de propagación o fomento de las doctrinas descritas por la norma, sin ser determinantes para su imputación los efectos, daños o modificaciones a la realidad externa que puedan generarse por los actos de terceros motivados a su vez por la conducta típica realizada.

Lo anterior, conlleva la consecuencia práctica de imposibilitar la concurrencia de frustración en la realización del delito. Esto se debe, a que la categoría de frustración es aplicable en tanto el elemento de resultado se halla contenido en el tipo -el cual en su caso es evitado por causaciones externas a la voluntad del hechor-. Es por ello verosímil presumir que no hay cabida para la figura de frustración respecto de los delitos de mera actividad, toda vez que no existe un resultado prescrito por la norma que pueda ser eventualmente objeto de frustración.

Antes de analizar el tipo penal como delito de peligro abstracto, es importante destacar que efectivamente existe una dificultad para diferenciar los tipos penales de mera actividad de los delitos de peligro abstracto. Esto se da debido a que ambas categorías comparten, como elemento común, que la mera realización de la conducta prohibida constituye factor suficiente para la consumación del delito prescrito en el tipo.

No obstante lo anterior, concurren elementos que permiten dilucidar la diferenciación entre ambas categorías, como señala Garrido-Montt: “La diferencia está en el punto de vista que se tiene en

¹⁸ Garrido-Montt, M. (2003). Derecho Penal, Tomo Segundo, Parte General. (3era ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile., Pág. 252.

cuenta para calificarlos de tales: en los de mera actividad es la no producción de un resultado, en los otros la peligrosidad del comportamiento para un determinado bien jurídico”¹⁹.

De esta forma, en los delitos de peligro abstracto, principalmente se desprenden dos cuestiones. La primera, es que el solo despliegue de la acción consume el delito. La segunda, que el legislador de antemano atribuye a la realización de dicha conducta la generación de un peligro que amenaza a un bien jurídico determinado. Esta segunda característica constituye una suerte de objetivación del peligro descrito en la norma, toda vez que el legislador de manera implícita establece una presunción de amenaza al bien jurídico con el despliegue de la conducta tipo. Esto guarda relación con que el reproche por parte del ordenamiento jurídico no recae sobre las consecuencias de los actos del hechor, sino más bien respecto de los actos propiamente tales.

En base a lo anterior, cabe ahora preguntarse si para efectos de determinar la configuración del delito bajo el tipo penal contenido en el artículo 4 f) LSE, es necesario acreditar y probar la concurrencia de peligro -y la entidad de este- sobre el bien jurídico protegido. Para Etcheberry, “la ley presume que ha existido peligro, sin que se admita la prueba de que realmente no lo hubo”²⁰, ello sin perjuicio se torne menester la determinación de “cuál es el medio del cual la ley presume el peligro y cuyo solo empleo hace ya aplicables las penas”²¹. En el caso del delito de propagación y fomento de doctrinas descritas por el artículo 4° letra f) L.S.E., las cuales se dirigen en amenaza al orden social y las formas republicanas y democráticas de gobierno, la determinación de la suficiencia del medio para la comisión del delito se centrará en el contenido que verse dentro de dicho instrumento de propaganda. Así, el fenómeno jurídico se ve complejizado debido a que la determinación de peligrosidad de dicho contenido pasa por una evaluación netamente política, más no jurídica, toda vez que la materia sujeta a juicio es manifestada desde una dimensión ideológica y es frente a dicha dimensión ideológica donde se debe realizar un escrutinio que permita dilucidar si las doctrinas objeto de discusión y juicio por parte del juez pueden ser o no concebidas dentro de un marco de respeto a la Seguridad Interior del Estado, en sus facetas de orden social y formas republicanas y democráticas de gobierno.

La problemática presentada en el párrafo anterior deviene irremediabilmente en una mixtura de disciplinas jurídicas debido a la colisión de derechos provocada. En primer lugar, se presenta el interés del legislador de dar protección al orden social y formas republicanas y democráticas de gobierno

¹⁹ Garrido-Montt, M. (2003). Derecho Penal, Tomo Segundo, Parte General. (3era ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile., Pág. 252.

²⁰ Etcheberry, A. (1999). Derecho Penal, Tomo Tercero, Parte Especial. (3era ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile., Pág. 464

²¹ Ibid., Pág. 465

respecto del fomento y propaganda de doctrinas que contra ellas atentaren. En segundo lugar, a dicho precepto se contraponen el precepto constitucional contenido en el artículo 19 numeral 15° inciso 6 de la Constitución Política de la República, el que establece la garantía constitucional de respeto al pluralismo político. La determinación de formas ideológicas que supongan un peligro contra el orden social o las formas republicanas y democráticas de gobierno se ve constreñida por la disposición constitucional que establece un deber para el Estado de velar por un ambiente democrático, dentro del cual deben entender como ilegítimas las presunciones que ex ante, sin mediar actuar delictual, cataloguen como contrarias a derecho doctrinas o manifestaciones ideológicas determinadas.

Si bien esta última problemática es en demasía atingente al análisis del delito de incitación contenido en el artículo 4° letra f) de la L.S.E. en atención a la inminente necesidad de dilucidar en qué medida los medios empleados por el hechor son realmente satisfactorios para entender que se configura la hipótesis de propagación de “doctrinas” proscritas del ordenamiento jurídico, un análisis a mayor abundamiento de la materia corresponde al Capítulo 3 de esta tesis, el cual tratará la discusión sobre apología e incitación a la violencia en perspectiva crítica con la legislación chilena, abordando la garantía constitucional de libertad de expresión, enfrentada con la tipificación de delitos de expresión y delitos contra la Seguridad Interior del Estado y contra el orden y la seguridad pública en el Código Penal.

2. Estructura del tipo penal del delito de incitación a la violencia del artículo 4°, letra f) del Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior

A continuación, se presentará un estudio en relación con la estructura del tipo penal del delito de incitación a la violencia, cuya consagración se encuentra en el Título II, sobre los delitos contra la Seguridad Interior del Estado, artículo 4°, letra f), del Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior.

El delito de incitación a la violencia está descrito en los siguientes términos: “Cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente: los que propaguen o los que fomenten, de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno.” En el artículo que le precede, el legislador establece que este delito será castigado con presidio, relegación o extrañamiento menores en sus grados medio a máximo, sin perjuicio de las penas accesorias que correspondan según

las reglas generales del Código Penal. Además, agrega que, en tiempos de guerra, la pena será de presidio, relegación o extrañamiento mayores en cualquiera de sus grados.²²

Para estudiar los elementos de la estructura típica, se utilizará la conceptualización del tipo que ha adoptado la doctrina chilena en obras tales como "Lecciones de Derecho Penal chileno" de Politoff, Matus y Ramirez. Conforme a esto, el tipo penal comprendería un conjunto de elementos que integran la descripción legal del delito, dentro de los cuales consideramos elementos objetivos que deben verificarse en el mundo exterior, pero entendiendo a su vez, que los tipos penales no se limitan a la mera descripción objetiva de un hecho, sino que además se comprenden elementos subjetivos internos respecto del sujeto que comete aquel hecho, conforme al cual podrá ser determinado el desvalor subjetivo del hecho mismo, más allá de la infracción a la norma como tal.

2.1 Tipo penal objetivo

En cuanto a la conducta típica, se refiere a aquella que debe realizar un sujeto activo. El núcleo de la descripción normativa está constituido por los verbos rectores de "propagar" o "fomentar" por cualquier medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o la forma democrática republicana y democrática de gobierno.

No es requisito que se lleve a cabo el resultado de la destrucción o alteración del orden social o la forma republicana y democrática de Gobierno, sino que el tipo se perfecciona con la mera ejecución de la acción de alzarse contra el Gobierno constituido o provocar la guerra civil, propagando o fomentando cualquier doctrina que cumpla con la tendencia mencionada en el tipo. Así las cosas, el delito de incitación a la violencia sería un delito de mera actividad, ya que el tipo se satisface con la mera ejecución de la acción, sin que sea preciso el resultado, pues la realización de la conducta sería suficiente para causar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico. De acuerdo con ello, la estructura típica de la conducta indica que este no sería un delito de resultado cortado, toda vez que para su perfeccionamiento y satisfacción del tipo no requiere que se concrete un fin ulterior, la mera tenencia del material objeto de una eventual propagación -o mediante el cual se realizaría un fomento de las doctrinas referidas- sin que se haya ejecutado la acción, constituye en sí misma la figura típica. En razón de ello, bajo el supuesto de que efectivamente, y a raíz de la propagación de las doctrinas que se incitan y/o apologizan, se altere por la violencia el orden social, no es este resultado un factor determinante para

²² Artículo 5, Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN, Santiago, Chile.

establecer que el delito se encuentra cometido. Debiera entenderse prescindible a efectos de la configuración del delito.

Este delito, dada su naturaleza penal, es un delito común. Por tanto, la realización de la conducta típica no requiere de una cualificación especial para el autor, esto es, que cualquier persona puede ejecutar la acción descrita en el tipo. Lo anterior se verifica, en tanto el legislador indica en la descripción normativa que cometen el delito “los que”, elemento que permite establecer que el sujeto activo no está determinado. En relación con el sujeto pasivo del delito, los titulares del bien jurídico puesto en peligro son el Estado y la sociedad. Esto se fundamenta en que la norma está integrada dentro del título de delitos contra la Seguridad Interior del Estado, cuyo propósito es la sanción a quienes se alcen contra el Gobierno, realizando determinadas acciones que tiendan a la destrucción o alteración del orden social, o la forma republicana y democrática de gobierno.

El objeto material de la acción es cualquier medio mediante el cual se propague o se fomenten doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno. En lo jurisprudencial, como se verá más adelante, la tendencia es que el objeto material ha estado compuesto por elementos como documentos, panfletos, lienzos, rayados, entre otros. En la sentencia absolutoria Causa Rol 9-81 de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte indica que para la incidencia de la descripción punible del artículo 4 letra f) de la L.S.E., se debe tener en cuenta el concepto de “doctrina” emitido por la Real Academia Española, este es: “enseñanza que se da para la instrucción de alguien”.²³ Por tanto, el objeto material debe ser utilizado en función de la educación de los receptores, con la intención de instruirles en el contenido que se busca propagar o fomentar.

En cuanto a los elementos normativos del tipo, por orden social, forma republicana y democrática de Gobierno, se entienden como las instituciones sociales básicas de la sociedad, las cuales consisten en las vías constitucionales mediante la cual se organiza, delibera y convive el pueblo de Chile.

2.2 Tipo penal subjetivo

En relación con el dolo genérico de la conducta típica, el delito de incitación a la violencia se ve perfeccionado toda vez que el sujeto activo actúa conforme a la finalidad de ejecutar el verbo rector del delito, esto es, de alzarse contra el Gobierno constituido, o provocar la guerra civil, mediante la incitación de la violencia a través de las vías descritas.

²³ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. [en línea] 23ª. Ed. Madrid (2014) Actualización 2021. Recuperado en <[doctrina | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#)> Consultado el: 05 de julio de 2022.

Respecto de los elementos subjetivos del tipo, el delito de incitación a la violencia tiene como requisito el ánimo de propagar o difundir doctrinas que, por medio de la validación de la violencia, tiendan a destruir o alterar el orden social o la forma republicana y democrática de Gobierno. Es por ello por lo que el mero porte del material no satisface el tipo, pues no se verifica el ánimo de la difusión o propaganda, aun así si este contempla doctrinas que persigan el objetivo tipificado.

Lo anterior se verifica en el fallo de la Causa Rol 619-78, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso: “De acuerdo con los verbos rectores (propagar y fomentar), basta que se establezca la conducta dolosa de extender el conocimiento de doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno, o de excitar, o promover dichas ideas.”

Finalmente, según el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, en Causa Rol 42-86: “El encabezamiento del artículo 4 (L.S.E.) no es un tipo penal propio, sino un marco de referencia que permite entender el real significado de las acciones que se prohíben en las letras de dicho artículo”. Por tanto, la conducta comprendida por los verbos rectores “propagar o fomentar” doctrinas violentistas, de la letra f), sólo puede entenderse como una forma especial de alzarse, que debe ser el objetivo primordial de la conducta del hechor, o bien, pretender provocar la guerra civil.²⁴

2.2 Determinación e individualización de la pena

En relación con el delito de incitación a la violencia, contenido en el artículo 4 letra f) de la L.S.E., las penas asignadas son: (1) presidio, (2) relegación o (3) extrañamiento menores en sus grados medio a máximo, es decir, de quinientos cuarenta y un días a cinco años.

El legislador agrega que, en tiempos de guerra externa, la pena se agrava en su calidad a mayor en cualquiera de sus grados, es decir, de cinco años y un día a 20 años.

Respecto de la determinación e individualización de la pena, no existen normas especiales a considerar, por tanto, se aplican las reglas estipuladas en la Parte General del Código Penal.

²⁴ Campusano Hidalgo, L., Campusano Palma, R., González López, R., & Hurtado Neira, J. (1989). *Jurisprudencia. Delitos contra la Seguridad del Estado. Tomo I.* (1era Edición: enero 1989. ed.). Santiago, Chile: Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad. P. 285.

2.3 Análisis Jurisprudencial

A continuación, se analizará el razonamiento que nuestros tribunales han realizado en cuanto a la resolución tanto en términos de condenas, como de absoluciones, en relación con el artículo 4 letra f) de la L.S.E.

Debemos comenzar con indicar que este análisis se refiere a sentencias ubicadas en el rango comprendido entre los años 1975 a 1986, que fue el periodo con la mayor cantidad de aplicaciones de la LSE que datan en nuestra historia nacional. De todas formas, es menester esclarecer que no parece casualidad que la jurisprudencia de esta norma corresponda a tiempos en que se imponía la dictadura cívico-militar.

Así las cosas, el primer elemento que destaca en la jurisprudencia, es que no existe una unificación respecto al razonamiento efectuado por los Tribunales, toda vez que hubo distintas interpretaciones respecto de los elementos objetivos y subjetivos de la estructura típica del delito de incitación a la violencia. Aquello se demuestra en los siguientes fallos:

En la Causa Rol 19-78 de la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto de inculpados de transportar escritos con propaganda marxista para ser repartidos en la calle, la Corte razona, para emitir sentencia condenatoria, que habiéndose configurado el dolo directo de querer propagar el contenido se consumaría el delito: “Reconocer que se portaban los documentos con doctrinas que propugnan la violencia como medio para producir cambios sociales, para repartirlos o tirarlos, conlleva naturalmente la propagación de su contenido por escrito, consumando el delito.”²⁵ Por tanto, no sería necesario configurar el verbo rector de propagar la doctrina, castigándose la tentativa como un delito consumado. En relación con lo anterior, la acción se consideraría perfeccionada por el mero transporte de las doctrinas, sancionando una conducta que, a todas luces, debería establecerse como atípica por no corresponder con los verbos rectores del tipo penal.

En la Causa Rol 21-78 de la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto de inculpados de mantener en un domicilio panfletos con propaganda que incita a luchar contra la Dictadura y una máquina multi copiadora, la Corte razona, al contrario del fallo anteriormente analizado, que se constituiría el grado de tentativa, toda vez que al no haberse probado que los documentos impresos hayan salido del domicilio donde se produjeron, no se verifica que se haya consumado el delito de propagación de las

²⁵ Causa Rol N° 19-78, Corte de Apelaciones de Santiago, en Campusano Hidalgo, L., Campusano Palma, R., González López, R., & Hurtado Neira, J. (1989). *Jurisprudencia. Delitos contra la Seguridad del Estado. Tomo I.* (1era Edición: enero 1989. ed.). Santiago, Chile: Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad. Pág. 40

ideas políticas y fines sediciosos que contenían los documentos, pues sería un hecho necesario para la consumación hacer circular o propagar los documentos. Sin embargo, se da principio a la ejecución del hecho delictuoso. Ahora bien, hubo un voto con la prevención de que, al ser un delito de peligro, no es necesario que se produzca el daño efectivo al bien jurídico protegido, sino que basta su simple amenaza, por tanto, la mera impresión de folletos y la gran cantidad de aquellos, debería castigarse en grado de delito consumado.

En la Causa Rol 619-78 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, respecto de inculpados de mantener literatura marxista, panfletos, mimeógrafo, estencil y documentos con propaganda política, la Corte razonó lo siguiente para resolver sentencia absolutoria: “Si bien existen documentos destinados a la propaganda, el análisis de su contenido lleva a concluir que no existe uso o prédica de la violencia ni el propósito de alterar por ese medio el orden social o el régimen de gobierno (...) Las ideas que constituyen expresiones reivindicativas de los trabajadores, sin contenido violentista, y las que revelan un ánimo de rebeldía contra las anomalías del orden social no dignas de defensa jurídica, como por ejemplo la tortura, no tienden a subvertir el orden ni a derribar por la violencia el gobierno. Del mismo modo, estimó que la expresión “¡No al fascismo!” no constituye delito contra la seguridad del Estado, toda vez que fascismo no es un postulado del actual gobierno.”²⁶ De esta forma, el razonamiento verifica que los elementos típicos del art. 4 letra f) de la L.S.E. tienen como requisito el elemento objetivo de efectuar la propagación de la doctrina y, además, que esta tenga el propósito subjetivo de instruir formas violentas para alterar el orden social o el régimen de gobierno. La Corte agrega que la mera tenencia de literatura revolucionaria no constituye delito, a juicio de los jueces de segunda instancia, ya que la acción delictiva está constituida por las acciones destinadas a propagarla o fomentarla con fines subversivos.

No obstante aquello, con fecha 6 de diciembre de 1979, Luis Campusano indica que la Corte Suprema revocó la absolución antes mencionada, ratificando la sentencia condenatoria de primera instancia, esto en razón de que el cuerpo del delito se daría por acreditado sólo con el dolo de extender el conocimiento de doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno, o de excitar o promover dichas ideas, lo que ocurriría con los documentos incautados²⁷. Por tanto, la Corte razona que los verbos rectores de propagar y fomentar se

²⁶ Causa Rol N° 619-78, Corte de Apelaciones de Valparaíso, en Campusano Hidalgo, L., Campusano Palma, R., González López, R., & Hurtado Neira, J. (1989). *Jurisprudencia. Delitos contra la Seguridad del Estado. Tomo I.* (1era Edición: enero 1989. ed.). Santiago, Chile: Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad. Pág. 28.

²⁷ *Ibid.* Pág. 28.

darían por verificados, aún si haber realizado la conducta, por la mera comprobación de que había intenciones de realizarla, castigándose el delito como consumado.

En la Causa Rol 42-86 de la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto de inculpados por instalar una imprenta clandestina, en la que se imprimió material con clara orientación marxista, con objetivos de distribución y propaganda, la Corte razona al resolver sentencia absolutoria, que los elementos presentes no bastan para configurar el delito del artículo 4 letra f) de la L.S.E., toda vez que sería requisito la verificación sin género de dudas que exista la pretensión de alzarse contra el gobierno o provocar la guerra civil con los documentos impresos, centrando el dolo en el alzamiento.

CAPÍTULO 2

Sistematización del marco normativo del delito de apología contenido en el artículo 6º, letra f) de la Ley de Seguridad del Estado (Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior), análisis del bien jurídico protegido y naturaleza jurídica del tipo penal.

A modo introductorio de lo que es este segundo capítulo, y tal como en el capítulo anterior, corresponde en este hacernos cargo del análisis sistemático del marco normativo del delito de apología contenido en el artículo 6 letra f) del Decreto 890 de 1975, así como también dar una idea generalizada pero más o menos clara del contexto histórico-normativo en que se da origen al cuerpo legal referido en que se encuentra contenido el delito que se procede a desglosar. Para poder realizar un análisis acabado que nos permita aproximarnos un poco al contenido de esta norma y su funcionamiento, es menester hacer referencia a diversos conceptos que trataremos en los diversos apartados que a continuación se despliegan, como lo son el de bien jurídico protegido en la norma que se estudia, la naturaleza jurídica del delito, el tipo penal, así como también diversas acepciones que han surgido desde diversos autores en la doctrina y en la legislaciones para intentar entender el concepto en sí mismo de apología.

1. Bien Jurídico Protegido y naturaleza jurídica del delito de apología a la violencia.

Del mismo modo en que se hizo en el capítulo anterior, y tratándose ahora del delito contenido en el artículo 6 f) de la Ley 12.927 de delitos contra la seguridad del Estado, es menester para la realización de un estudio de este, así como de cualquier otro delito, referirnos al bien jurídico que busca proteger la norma, y su naturaleza jurídica.

Para hacernos cargo de este primer elemento, el bien jurídico protegido, es importante situarnos en qué parte de la norma se encuentra contenido el antes referido artículo. Dentro de la Ley 12.927, texto legal refundido en el Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior, sobre Seguridad del Estado, en su Título III señala: Delitos contra el Orden Público, y a continuación se consagra el art. 6° que indica “Cometen delitos contra el orden público”[...] letra f) Los que hagan la apología o propaganda de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas, como medios para lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales.”

Sin perjuicio de referirnos a este mismo aspecto en un apartado más adelante, podemos de una simple lectura de la norma, inferir que el bien jurídico que busca proteger es el orden público, (ya profundizaremos en estos conceptos en el apartado 1.3), esto se sostiene en base a que la norma es clara al señalar que: “cometen delitos contra el orden público”, y a continuación tipifica una serie de conductas atentatorias al mismo, es decir aquellos que hagan “X”, cometen delitos contra el orden público, y por tanto se hace una aproximación al interés de protección de la norma que se centra en este concepto, el orden público, que puede verse dañado por quienes desplieguen las conductas que la norma señala.

A su vez, y con el mismo propósito introductorio para referirnos a esto más adelante, es importante mencionar que la naturaleza jurídica del tipo penal contenido en el artículo en cuestión constituye, al igual que el artículo estudiado en el capítulo 1, a la figura de un delito de peligro abstracto, esto explicado a modo simple, quiere decir que no se requiere de una lesión directa al bien jurídico que se protege, sino que basta con el despliegue de ciertas conductas típicas que constituirían en sí mismo un peligro de afectación del bien.

1.1 Concepto de apología

Antes de entrar en un estudio más normativo respecto del tipo penal que nos encontramos analizando, es atinente enfocarnos en un aspecto más básico pero primordial para sentar las bases de un entendimiento claro y con la mayor precisión posible respecto del tema que se trate, esto es el concepto en sí mismo de apología, qué entendemos cuando se habla de apología, el tema no ha estado exento de polémicas y existen diversas acepciones que podemos considerar. Como primera acepción, el diccionario de la Real Academia Española (RAE), define a la apología como: “Discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo.”²⁸ En términos conceptuales no resulta difícil hacerse una idea de

²⁸ Real Academia De La Lengua Española: 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/apología>> [consulta: 03 octubre 2022].

qué es a lo que se refiere, incluso podemos imaginar escenarios en los cuales nosotros mismos hemos avalado o defendido, ya sea por escrito o de palabra, a una persona y/o sus conductas.

El tema se complejiza cuando este concepto lo trasladamos al ámbito que nos es relevante, el derecho penal. De manera sucinta podemos trasladar el concepto al ámbito penal definiéndolo del mismo modo en que lo hace la RAE, pero esta defensa o alabanza de alguien o algo, es referente a un delito en concreto, la comisión de este, o inclusive a quien lo comete. Sigue sonando simple, para un entendimiento meramente conceptual y lograr comprender de qué hablamos cuando se trata de apología, y particularmente de apología del delito, pero es este último en un sentido mucho más profundo el que causa tanta controversia y abre diversas interrogantes, una de ellas es ¿Puede el derecho penal tipificar la apología de delitos, y penalizar a quienes la realicen? todo parece indicar que es posible, el artículo 6 letra f) de la Ley 12.927 lo hace en los siguientes términos: “Los que hagan la apología o propaganda de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas, como medios para lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales.”

Y no sólo es nuestro ordenamiento jurídico el que hace referencia en más de alguna norma al concepto de apología. En el derecho comparado lo encontramos inmerso en distintas legislaciones, como es el caso, por ejemplo, del derecho español que en su Código Penal Español de 1995 señala en su artículo 18.1.II “La exposición ante una concurrencia de personas o cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.”²⁹. El ordenamiento jurídico español, debido a la historia de ese territorio (entiéndase regímenes dictatoriales y sublevación del mismo mediante atentados terroristas), realiza un principal énfasis en tipificar conductas terroristas y la apología que personas puedan realizar de ellas, tal es el caso de la apología que se encuentra tipificada tanto en el artículo 18 anteriormente esgrimido, como en el artículo 578 del Código Penal Español, el cual hace referencia al “Enaltecimiento o justificación” de delitos de terrorismo o de sus autores³⁰.

A este respecto hace referencia David Herrera García, señalando que no hay que confundir ambos artículos ya mencionados, ya que la apología del artículo 18.1.II trae consigo la necesidad de “la existencia de un carácter incitador para expresamente poner en peligro el bien jurídico protegido”, mientras que a la que se refiere el artículo 578, este requerimiento no está presente siendo no un delito de terrorismo como tal, sino un “delito de opinión que se relaciona con el terrorismo”, conflictuando de este modo su tipificación por el “conflicto directo que presenta este delito contra el derecho a la libertad

²⁹ ESPAÑA. Jefatura del Estado. 1995. Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, 23 de noviembre de 1995.

³⁰ Ídem.

de expresión”.³¹ También el ordenamiento jurídico peruano hace referencia a la apología, señalando expresamente en el artículo 316 del Código Penal: “El que públicamente exalta, justifica o enaltece un delito o a la persona condenada por sentencia firme como autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años.”³² Y, al igual que la legislación española, no sólo se encuentra comprendido el concepto en un solo precepto, sino que además tipifica especialmente la apología al terrorismo, en su artículo 316-A.

De estos ejemplos mencionados, y del mismo texto legal de nuestro ordenamiento jurídico, podemos evidenciar que existe un entendimiento más o menos uniforme respecto del concepto en sí mismo de apología, sin embargo, la legislación comparada difiere entre sí, y de la nuestra respecto de la tipificación de la apología, entiéndase esto último como: ¿La apología a qué, concretamente, es la que se encuentra penalizada por la ley? a este respecto nos referiremos más adelante.

1.2 Naturaleza jurídica del delito de apología.

Corresponde en este apartado, hacernos cargo de la naturaleza jurídica del delito de apología en que se centra el estudio de este capítulo, como primera característica importante a mencionar es que este, al igual que el antes estudiado delito de incitación, constituye un delito de mera actividad. Esta clasificación se hace en atención a si el tipo requiere la concurrencia de un resultado para su consumación, para efectos de la clasificación, se distingue entre delitos de resultado y delitos de mera actividad, siendo estos últimos los particularmente relevantes para estos efectos ya que es dentro de esta clasificación en que enmarcamos al delito de apología. Los delitos de mera actividad, como se ha mencionado, son aquellos que, en palabras de García Cervero: “el delito se consuma con la realización de la acción (...) u omisión (...)” y sigue: “sin que sea necesario constatar un resultado temporal y especialmente separado de la conducta”.³³ En otras palabras, los delitos de mera actividad serían aquellos “para cuya consumación basta con la realización completa de la actividad descrita en el tipo”³⁴. Esto tiene gran relevancia para determinar los presupuestos de imputación; mientras que para los delitos de resultado se exige la imputación objetiva del resultado para su consumación, ante delitos de mera actividad el presupuesto de imputación está dado por la creación de un riesgo jurídicamente relevante, el cual es asumido por el legislador al momento de desplegarse la acción descrita por el tipo.

³¹ HERRERA G., D. 2018. La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de apología del terrorismo. Trabajo de fin de grado en derecho. España, Universidad de la Laguna. 11p.

³² PERÚ. 2022. Decreto Legislativo 635, 29 de junio de 2022.

³³ GARCÍA C. P. 2012. Manual de Derecho Penal Parte General. 2da Edición. Lima. Perú. Juristas editores E.I.R.L. P. 393.

³⁴ RETTIG E.M. 2019. Derecho Penal Parte General. Teoría del delito. el delito de acción doloso e imprudente. Tomo II. 1ra Edición. Santiago. Chile. DER Ediciones Limitada. P. 148.

Es posible clasificar los tipos penales en atención a distintas consideraciones, tratándose de los delitos de mera actividad la clasificación se hace en atención a si el tipo requiere o no la concurrencia de un resultado para su consumación, y así se identifican los delitos de mera actividad y los delitos de resultado.³⁵ Otra clasificación, se hace según la intensidad del menoscabo para el bien jurídico, y dentro de ella podemos encontrar los delitos de daño o lesión, o bien, los delitos de peligro, dentro de estos últimos podemos identificar una subclasificación dentro de la cual se encuentran los delitos de peligro concreto, y los delitos de peligro abstracto³⁶, estos últimos son aquellos delitos en que la pena determinada se basa, no en la producción real de un peligro que pueda verificarse de manera ex post, sino que en la peligrosidad potencial ex ante, es decir, en la posible existencia de un peligro dado por el despliegue de la conducta típica en contra del bien jurídico tutelado.

El tema aquí abordado respecto de esta clasificación de los tipos penales, la realizamos de modo somero, solo a modo de comprender cuál es la naturaleza jurídica del delito que nos encontramos estudiando, sin perjuicio de que esta clasificación y su relación con el mismo se verá en mayor profundidad en un apartado especial más adelante.

Como ya mencionamos, en el apartado 1 en que aludimos al bien jurídico protegido del delito estudiado, este tipo penal busca resguardar el orden público, sin embargo la letra f) no señala en ningún momento que el orden público deba ser efectivamente lesionado para consumar el delito que esta letra contiene, sino que la mera alabanza a doctrinas, sistemas y métodos que propugnan el crimen y la violencia, constituye en sí misma un riesgo para el bien jurídico tutelado y por ende, la consumación del delito. Podemos, entonces, a modo de concluir este punto, que el delito de apología contenido en nuestro ordenamiento jurídico puede categorizarse como un delito de mera actividad en cuanto se consuma con la realización de la conducta que se describe en el tipo, y como un delito de peligro abstracto en función de que no se exige para su consumación la lesión efectiva del bien jurídico que se protege, sino que basta con que la acción genere una probabilidad de daño o riesgo.

1.3 Bien Jurídico protegido en relación con el delito de apología.

En el capítulo anterior, donde se estudió la relación existente entre el bien jurídico protegido referido al tipo penal contenido en el artículo 4 letra f) de la LSE, se hizo uso de una contextualización de tipo histórico para acercarnos al fundamento que vincula el delito de incitación especificado en el tipo, y el bien jurídico protegido. Dijimos, que los antecedentes más remotos con los que contamos

³⁵ RETTIG E.M. 2019. Derecho Penal Parte General. Teoría del delito. el delito de acción doloso e imprudente. Tomo II. 1ra Edición. Santiago, Chile. DER Ediciones Limitada. P. 148-149.

³⁶ Ídem. p.152-156.

respecto de tipificaciones de delitos que protegen la seguridad interior del estado, son los correspondientes al Decreto 50 del año 1932. En este, y para relevancia del tipo actualmente en estudio, se contenía en su artículo 4 letra g), un tipo penal genérico que tipifica la conducta de apología que hace referencia a la comisión de otros delitos. En su caso, la descripción del tipo puede parecer extraña o expresión de una mala técnica legislativa, ello en tanto, es poco claro en establecer si el delito referido en cuestión requiere haber sido consumado para que la acción desplegada por el apologista sea punible a la luz del tipo penal de apología, o si la acción de apología en sí se configura con la incitación a la comisión de un delito futuro, cuya consumación o tentativa se halle aún en estado de latencia.

Con todo, aparece como algo evidente que la aplicación del tipo penal antes nombrado equivale a una vulneración de derechos fundamentales amparados por el derecho internacional de los derechos humanos, tales como la libertad de expresión y pensamiento, toda vez que el tipo torna punibles la ovación o ensalzamiento de una actividad o acción delictiva, sin dar importancia a si efectivamente el referido delito ha sido cometido o si efectivamente se constata una amenaza a un bien jurídico determinado que fundamente o justifique la existencia del tipo.

No obstante lo anterior, se exhiben diferencias relevantes al hacer una contrastación entre el derogado artículo que tipifica la apología -en un sentido más bien genérico a decir verdad- respecto del actual tipo penal de apología contenido en el artículo 6 letra f) de la LSE. Como se ha hecho notar de manera evidente, el verbo rector es exactamente el mismo, sin embargo, la descripción del tipo penal establecido en la actual LSE es mucho más específico respecto a las circunstancias en que se debe desplegar la acción a efectos de ser catalogada como punible bajo el artículo 6 letra f), y con ello, da mayores luces acerca de la forma en que el legislador entiende que se puede ver amenazado el orden público, cual es el bien jurídico en cuestión protegido por el tipo penal.

A saber, la ley es clara en establecer que el objeto de la acción apologética debe ser correspondido como alabanza a una “doctrina”, “sistema” o “método” que propugna el crimen. En dicho sentido, si se contrastan las descripciones de ambas normas, se puede dar cuenta de una constricción de los supuestos de hecho que dan lugar a la satisfacción del tipo en relación con la descripción brindada por el artículo 4 letra f) de la LSE. Ello se da principalmente porque el verbo rector en la norma del año 1932 es usado de manera genérica, no siendo requerido para su satisfacción el despliegue de la acción dentro de un contexto político en particular. En el caso del artículo 6 letra f), la ley es más precisa y restringe la acción típica a los casos en que esta sea una alabanza a doctrinas, sistemas o métodos, por tanto, la mera apología a delitos cometidos o por cometer -ya sean de índole común tipificados dentro

del propio código penal o en su caso, delitos especiales tipificados por leyes especiales- no debieran entenderse como constitutivos de apología o propaganda a la luz del artículo 6 letra f).

Ahora bien, otra comparativa de la cual cabe dar cuenta es la que relaciona al artículo 6 letra f) con su símil, el artículo 4 letra f), también de la LSE. En su caso, el artículo 4 letra f se refiere a la propagación de “doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social o la forma republicana y democrática de gobierno”, mientras que la descripción del tipo contenido en el artículo 6 letra f) no se reduce tipificar la apología a doctrinas, sino que las circunstancias que configuran el ilícito penal también dicen relación con la apología a “métodos” y “sistemas”. La presencia de estos dos elementos marca una diferencia entre ambos tipos penales, toda vez que extienden el rango de acciones categorizables como típicas a la luz del artículo 6 letra f), abarcando una mayor cantidad de supuestos de hechos abordables por la norma.

Lo anterior, puede guardar relación con la especificidad del bien jurídico protegido. Como se vio en el capítulo anterior, el bien jurídico tutelado por el artículo 4 letra f) es la Seguridad Interior del Estado, en cambio, el artículo 6 letra f) se encuentra dentro del cúmulo de delitos que protegen el Orden Público. Parte de la doctrina, ha entendido que la apología “constituye un acto que pone en peligro dicho bien jurídico (Seguridad Interior del Estado)”³⁷, atendiendo a que para poder lograr violentamente las reformas o cambios indicados por la ley, ya como una suerte de relación de necesidad fenoménica, se debe naturalmente generar una “alteración al régimen político vigente”, siendo este el fin perseguido por la conducta que a su vez constituye una afectación a la seguridad interior del Estado.

Consideramos que esta concepción es errada, toda vez que se le atribuye a la acción delictiva una entidad no requerida por la ley, a saber: a fin de conquistar reformas o cambios dentro del propio ordenamiento institucional -sea esto por medio de métodos o prácticas que apliquen la violencia directa o no- en principio no es necesario cometer una afectación al funcionamiento y estructuración de un determinado gobierno constituido. A nuestro parecer, la reforma o cambio cuya persecución es descrita en el artículo 6 letra f), tal como cualquier cambio o reforma impulsado y amparado dentro de una constitución con pretensión democrática, en teoría, puede operar bajo exactamente las mismas categorías, principios y presupuestos subyacentes de dicho orden o forma de gobierno vigente -en el caso de una democracia liberal son característicos el respeto a la propiedad privada, separación de poderes del Estado o la plena vigencia del respeto y promoción a los derechos humanos- razón por la cual se

³⁷ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C. Estudio de los Delitos Atentatorios de la Ley de Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes penales especiales. 1970. Santiago. Chile Editorial Jurídica de Chile. P.21.

podría concretar la implementación de la reforma sin desmoronar posteriormente el natural desarrollo y funcionamiento de un gobierno históricamente determinado.

En suma, el tipo se haya abierto a que lo perseguido no sea necesariamente una desestabilización del gobierno vigente que atente en consecuencia contra la seguridad interior del Estado, sino más bien que ese propio gobierno vigente satisfaga una pretensión postulada por quien despliega la acción apologética de doctrinas o métodos que propugnan la violencia como una herramienta legítima. En este sentido, la ley es clara al hablar de reformas en un sentido genérico, sin vincularlas con algún bien superior de tipo alguno como en su caso sí lo hace el artículo 4 letra f), al referirse directamente a las “formas republicanas y democráticas de gobierno” como objeto de protección referido por la descripción del tipo penal.

Ahora, para ahondar un poco más en el concepto de “orden público” como un bien jurídico protegido: en la dogmática penal, el bien jurídico ha sido definido como “un bien vital de la comunidad o el individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”³⁸, a este respecto, señala Etcheberry “el legislador considera dañosa una conducta cuando viola un interés (...)”, y sigue, “El bien pasa a ser llamado bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso para el legislador”³⁹, de lo anterior podemos entonces tener una aproximación a lo que son los bienes jurídicos y cuál es el trasfondo que hace que el legislador busque su protección mediante tipos penales establecidos en el ordenamiento jurídico.

Específicamente, el legislador no ha definido el concepto de orden público, por lo tanto, es una discusión aún abierta y que no ha sido resuelta por el legislador, ni por la doctrina. Por parte de esta última, son propuestas diversas acepciones de qué es lo que se entiende cuando se habla de orden público, inclusive llegando a diferenciarse conceptualmente según el área de que se trate (entiéndase área como áreas del derecho, ya sea penal, constitucional, económico, entre otras). Varios autores han intentado construir una definición para este concepto tan presente en diversas normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin lograr unificar para el mismo siquiera una definición que permita tener una claridad y certeza respecto de a qué se refiere el legislador cuando habla de orden público y la importancia que se le da para constituirse como un bien jurídico protegido.

³⁸ WELZEL, H. 1976. Derecho Penal alemán. Parte General, traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez. En: GARRIDO Montt. M. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2010. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 63 p.

³⁹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, L.A. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 1998. Av. Ricardo Lyon 946, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 29p.

Por lo bajo, en sede civil, Luis Claro Solar lo sindicó como “el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y el movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado o capacidad de las personas. En este sentido, orden público equivale a orden social.”⁴⁰ En la misma línea, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga señalan: “Orden público es el conjunto de normas y principios jurídicos que tienden a resguardar primordialmente los intereses generales de una sociedad determinada en un momento histórico de su existencia. El respeto de esas normas y principios resulta indispensable para mantener la organización de dicha sociedad, el buen funcionamiento de las instituciones básicas que la configuran.”⁴¹

De lo anterior, es importante destacar dos conceptos relevantes, cuáles son los de “orden social” y “momento histórico”. Aglutinando estos dos elementos, es evidenciable que el orden público es el equivalente al orden social, y que este orden social del que se habla estará determinado por el momento histórico que atraviese el territorio del que se trate. Esto último, particularmente, genera un problema aún mayor para determinar qué es ese orden público al que nos referimos, ya que, dependiendo de la configuración del momento histórico y las circunstancias de una realidad social determinada, pueden modificar sustancialmente la idea preconcebida que se tenga del concepto establecido ex ante por el legislador.

A juicio de los profesores González, Mera y Vargas, esta caracterización previa es agrupable dentro de la categoría dentro de lo que es la “observación o respeto de las reglas elementales de la organización social, esto es, las normas fundamentales del Estado”⁴². De esta forma, dicha ideación que parte del estudio de las instituciones fundamentales de la vida social en comunidad y funcionamiento de los órganos burocráticos, permite dilucidar una noción en sentido lato de lo que sería el concepto de orden público, asociado con el cumplimiento, en dicho contexto, de los roles delimitados dentro de un estado de derecho para los ciudadanos y los órganos del Estado. En cambio, en sede penal, el objeto es más bien restringido, como señalan los profesores, se ha de hacer uso de una “acepción vinculada en forma directa a la estabilidad política”⁴³. De esta forma, como veremos posteriormente, el concepto de orden público se vincula directamente con el de seguridad del estado, la diferencia radicaría en la entidad que ostenta cada una de ellas, siendo el concepto de orden público desplazado a un nivel inferior respecto del de seguridad estatal, en cuanto a la gravedad que implica su afectación, es así como en definitiva se

⁴⁰ Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. Tomo XI. 1937. N.º 893. Santiago. Chile. P. 285.

⁴¹ VODANOVIC HAKLICKA A. Curso de Derecho Civil. Tomo I. Vol. I. Santiago, Chile 1961. P. 159

⁴² GONZÁLEZ MORALES F., MERA FIGUEROA J. Y VARGAS VIANCOS J.E. Protección Democrática en la Ley de Seguridad del Estado. 1991. Santiago, Chile. Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano. P. 231

⁴³ Ídem.

representa doctrinariamente el concepto de orden público como sinónimo de “tranquilidad pública”, dejando los atentados de mayor entidad que dicen relación la seguridad estatal vinculadas a la afectación que atacaría a las bases de la sociedad democrática y el funcionamiento de los órganos democráticos de gobierno -en un sentido lato-.

1.4 Delito de Apología como delito de peligro abstracto

Anteriormente, cuando estudiamos el delito de incitación a la violencia contenido en el artículo 4 letra f) de la LSE, señalamos que el delito en cuestión correspondía a un delito de peligro. Tal como su símil, el delito de apología contenido en el artículo 6 letra f) de la LSE constituye un delito de peligro.

Una particularidad característica de este tipo de delitos es que la descripción del tipo no requiere para su satisfacción una afectación cierta al bien jurídico protegido, sino más bien, es la puesta en peligro de este bien el factor determinante en la configuración del tipo penal respectivo, en este caso, el tipo penal “apología a la violencia” descrito en el artículo 6 letra f).

Por lo demás, el tipo apologético, al igual que el delito de incitación a la violencia, es catalogable como un delito de peligro abstracto, y como ya señalamos más arriba en este mismo capítulo, también cabe dentro de aquellos conocidos como “delitos de mera actividad”, y que son aquellos en los cuales “el motivo de la ilicitud se basa en la peligrosidad inherente de la conducta típica sin que sea necesaria la verificación (...) de la producción de un peligro concreto para el bien jurídico”⁴⁴. Esto último tiene una implicancia relevante, y es que se ha entendido que para su imputabilidad, el legislador presume de manera ex ante que la conducta aludida constituye un peligro para el bien jurídico en particular, por lo tanto, y a diferencia de los delitos de peligro concreto, no se requiere probar que el bien jurídico tutelado ha sido expuesto a un peligro cierto, sino que el mero despliegue de la acción satisface este presupuesto.

Anteriormente, al tratar el delito de incitación a la violencia como un delito de peligro abstracto y de mera actividad, evidenciamos una dificultad para poder hacer patente una distinción entre ambas categorías penales. En su momento, esta dificultad fue superada sin mayores observaciones aludiendo a los elementos esenciales de cada categoría; dijimos que en el caso de un delito de mera actividad, el solo despliegue de la acción equivale presupuesto suficiente para la punibilidad de la acción, en cambio tratándose de un delito de peligro abstracto, el fundamento de la punibilidad de la acción bajo un determinado tipo penal radica y se justifica en la peligrosidad inherente que implica esta acción.

⁴⁴ RETTIG E.M. 2019. Derecho Penal Parte General. Teoría del delito. el delito de acción doloso e imprudente. Tomo II. 1ra Edición. Santiago. Chile. DER Ediciones Limitada. P. 153.

Respecto a la apología como delito de peligro abstracto, cabe preguntarse, si esta “presunción de ilicitud” establecida por el legislador acepta prueba en contrario, esto es, la refutación del clima de peligro al que se ve expuesto el bien jurídico “orden público”, por medio del ensalzamiento del actuar delictivo en un contexto político determinado. La razón de tal, es que al no estar expresamente consagrada por el legislador, esta presunción no tendría siquiera la entidad de una presunción legal, más allá de su validez como construcción dogmática.

2. Estructura del tipo penal del delito de apología del artículo 6º, letra f) de la Ley de Seguridad del Estado (Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior)

A continuación, se presentará un estudio en relación con la estructura del tipo penal del delito de apología a la violencia, cuya consagración se encuentra en el Título III, sobre los delitos contra el orden público, artículo 6º, letra f), del Decreto 890 de 1975 del Ministerio del Interior.

Según versa la norma, cometen delito contra el orden público: “Los que hagan la apología o propaganda de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas, como medios para lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales”. A primera vista, se destaca la mayor amplitud de este tipo penal respecto de lo normado en el artículo 4º letra f), toda vez que este no sólo hace alusión a doctrinas, sino también a sistemas y métodos y que, también, se refiere a cambios o reformas políticas, económicas o sociales, no limitándose a alteraciones al orden social o las formas de gobierno, como versa la tipificación ya vista de la incitación a la violencia.

2.1 Tipo penal objetivo

En cuanto a la conducta típica, el núcleo de la descripción normativa está constituido por el verbo rector de “hacer” apología o propaganda, lo cual se materializa en que el sujeto activo de curso a la propagación de doctrinas, sistemas o métodos, cuyo contenido ampare la violencia en cualquiera de sus formas para alcanzar el fin contemplado en el tipo penal, esto es, enseñanzas que se dan para instruir ideologías o sistemas de ideas que hagan defensa o alabanza de la violencia como medio, conjuntos de ideas o formas de proceder orientadas al uso medial de la violencia para conseguir cambios o reformas políticas, económicas o sociales.

No es requisito que se lleve a cabo el resultado de generar el resultado descrito, sino que el tipo se perfecciona con la mera ejecución de la conducta de hacer apología o propaganda de doctrinas, sistemas o métodos. Así las cosas, el delito de apología a la violencia sería un delito de mera actividad, ya que el tipo se satisface con la mera ejecución de la conducta, sin que sea preciso el resultado, pues su

realización sería suficiente para causar la puesta en peligro del bien jurídico del orden público, en tanto delito de peligro abstracto. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Temuco, en observancia de los principios constitucionales que se relacionan con el Derecho Penal, ha resuelto que es necesario que esté asentada la existencia de la probabilidad de que se produzca un peligro concreto con una lesión efectiva al bien jurídico: “la amenaza de la pena, la impone el legislador fundado en cierta experiencia en cuanto a que la conducta en cuestión, ha conducido generalmente a una lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos, siendo este el motivo por el cual tal conducta se prohíbe.”⁴⁵

Al igual que lo analizado respecto del delito de incitación a la violencia, este delito, dada su naturaleza, también corresponde a un delito común. Por tanto, la realización de la conducta típica no requiere de una cualificación especial para el autor, esto es, que cualquier persona puede ejecutar la acción descrita en el tipo. Lo anterior se verifica, en tanto el legislador indica en la descripción normativa que cometen el delito “los que”, elemento que permite establecer que el sujeto activo no está determinado. En relación con el sujeto pasivo del delito, los titulares del bien jurídico puesto en peligro es la sociedad toda. Esto se fundamenta en que la norma está integrada dentro del título de delitos contra el orden público, cuyo propósito es la sanción a quienes generen cambios o reformas políticas, económicas o sociales mediante la apología o propaganda de la violencia como método.

El objeto material de la conducta es cualquier medio mediante el cual se haga la apología o la propaganda de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas como medios para lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales. Al respecto, es importante destacar que, como describe Carlos Kunsemüller Loebenfelder: “La Ley no se ha encargado de señalar los medios por los cuales aquellas deben hacerse, razón la cual debe entenderse la disposición en sentido amplio, vale decir, la apología o propaganda pueden hacerse por cualquier medio, siempre y cuando se refieran a las doctrinas, sistemas o métodos que la ley señala.”⁴⁶

En cuanto a los elementos normativos del tipo, por cambios o reformas políticas, sociales y económicas, se entienden aquellas que realizan los representantes políticos de la sociedad, mediante las formas estipuladas en la Ley, es decir, aquellos cambios legales que pueden realizar el presidente de la República y las cámaras del Congreso.

2.2 Tipo penal subjetivo

⁴⁵ Causa rol Reforma Procesal Penal 386-2017, Corte de Apelaciones de Temuco, referida en causa Rol Reforma Procesal Penal 407-2017, Corte de Apelaciones de Temuco. Pág. 5.

⁴⁶ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C. Estudio de los Delitos Atentatorios de la Ley de Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes penales especiales. 1970. Santiago. Chile Editorial Jurídica de Chile. P.21.

Respecto al dolo genérico de la conducta típica, el delito de apología a la violencia se ve satisfecho cuando el sujeto activo actúa conforme a la finalidad de ejecutar el verbo rector del delito, es decir, de hacer la apología o la propagación de las doctrinas, sistemas o métodos descritos.

En relación con los elementos subjetivos del tipo, el ánimo del sujeto, al realizar la conducta típica, es de lograr reformas políticas de forma violenta. Por tanto, la conducta típica debe tener su horizonte en el ánimo de lograr que dichos representantes, a través de acciones violentas que les presionen, en efecto, realicen los cambios legales que el sujeto activo busca.

2.3 Determinación e individualización de la pena.

En un ordenamiento jurídico como el que nos rige, es de suma relevancia el tema de la determinación e individualización de la pena que se encuentra asociada a cada delito, la claridad respecto de esta presupone que la sanción que se designa e impone a cada conducta típica particularmente considerada sea racional, proporcional y adecuada para cada caso.

Tratándose de la apología, así como para la determinación de la pena de cualquier tipo penal, es importante identificar cuál es la pena asociada a la conducta típica, antijurídica y culpable, en este caso, el artículo 7 de la Ley de Seguridad del Estado señala que el castigo para el delito que se contempla en la letra f), entre otros, será la pena de: 1) presidio, 2) relegación, o 3) extrañamiento, menores en sus grados medio a máximo, en suma, el delito de apología contemplado en la letra f) del artículo 6 de la Ley de Seguridad del Estado, tiene la misma pena asignada que el delito de incitación a la violencia contenido en el artículo 4 f), visto anteriormente en el capítulo 1, y esto, conforme señala el cuadro de extensión de penas temporales, se traduce en una pena de quinientos cuarenta y un días a cinco años.

El legislador agrega que, si estos delitos se ejecutaren en tiempo de guerra, serán sancionados con las mismas penas antes señaladas pero mayores en su grado medio, lo que se traduce en penas de diez años y un día a quince años.

Así como sucede con el delito de incitación a la violencia antes visto, respecto de la determinación e individualización de la pena, no existen normas especiales que deban considerarse, por lo tanto, se aplican las normas de la Parte General del Código Penal.

CAPÍTULO 3

Apología e incitación a la violencia en perspectiva crítica con la legislación chilena.

1. Garantía constitucional de libertad de expresión, enfrentada con la tipificación de delitos de expresión.

La Constitución Política de la República establece a lo largo de los 26 numerales de su artículo 19, la serie de derechos -no taxativos- inherentes a cada persona humana como individuo, los cuales son reconocidos, asegurados y garantizados por este mismo cuerpo legal. En el tema en particular que será objeto de análisis y discusión a lo largo de este capítulo, nos centraremos en un análisis del derecho constitucional consagrado en el artículo 19 n ° 12 de la CPR. Este, es el derecho a la libertad de pensamiento, también denominado así por la forma en que se exterioriza el libre pensar, “libertad de expresión”; entendiendo la expresión de opinión como un atributo propio del libre pensar, el cual subyace su característica capacidad de reproducirse a sí mismo.

Consagra el antes mencionado numeral que “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (...)”. Además, este derecho asegurado por la Constitución, lo podemos encontrar en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala expresamente que: “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)” y sigue: “ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. De dicha redacción, se reconoce un interés por la Convención en no escatimar protección en la garantía a las modalidades de ejercicio que puede suponer el ejercicio del derecho de libre pensamiento, de esta forma, se da protección en concreto a una variedad de procedimientos que mediarían entre la idea abstracta de “expresión” y su efectiva objetivación con el medio.

Se hace patente, entonces, que la libertad de expresión es un derecho fundamental de suma relevancia para las democracias modernas. No es menor que la Relatoría para la libertad de expresión, creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de estimular de manera preferente la conciencia por el pleno respeto a la libertad de expresión, haya nacido de la Cumbre de las Américas, celebrada precisamente en Santiago de Chile, y que al ser recogida la entidad del derecho de libre expresión, cuenta con protección tanto de rangos constitucional como internacional; ello en sede de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No obstante lo anterior, y sin perjuicio de establecer esta normativa que garantiza su protección y promoción, nada dice respecto de qué es lo que efectivamente se entiende por la voz “libertad de expresión”; para estos efectos es útil acudir a la

doctrina, quienes han planteado diversas acepciones que nos permiten dilucidar este concepto y saber qué es lo que realmente buscan resguardar las normas antes referidas.

A este respecto, hay autores que consideran una teoría dual de la libertad expresión, basándose en que esta se compone de dos derechos fundamentales, estos son la libertad de opinión y la libertad de información⁴⁷, esto incluso es posible de vislumbrar a la luz de lo anteriormente expuesto, principalmente en lo que atañe a lo establecido en el artículo 13 de la Convención. A su vez, esta estructura analítica presentada que nos permitiría interpretar de mejor manera la conceptualización de la libertad de expresión, si bien es enunciada como la dualidad de derechos de información y expresión, puede ser descompuesta a su vez en subcategorías, de esta forma, el derecho de opinión ha de considerarse constituido por dos fases, una primera interna y otra segunda externa; a saber, el derecho de libertad de expresión en una primera fase implicaría el derecho ideológico a formarse una opinión propia y ejercer la capacidad de crítica -algo similar a la actividad cognoscitiva Kantiana- y en una segunda fase de carácter externa, el derecho de libre pensamiento se manifestaría como el derecho a desplegar y manifestar de manera libre una opinión propiamente formada. En la primera parte de nuestro trabajo profundizamos más en este aspecto del derecho de expresión, el cual a priori sería el aspecto del derecho de expresión que se vería afectado de manera más inmediata por las tipologías penales constitutivas de lo que conocemos como los delitos de expresión⁴⁸.

Del mismo modo, esta tríada se complementa con el derecho a recibir información veraz, derecho que garantiza una condición previa necesaria para poder hacer del derecho a formación ideológica un ejercicio inmediato de la libertad de pensamiento de un individuo, esto es, no mediado por el condicionamiento arbitrario de terceros en lo que respecta al acceso a la información.

Luego, otra parte de la doctrina considera la existencia de tres elementos que componen este concepto de la “libertad de expresión”, dentro de los cuales la “libertad de conciencia” debe ser entendida como un estadio básico previo a la formación de la propia libertad de expresión, entendiendo este como el derecho a no ser discriminado por las creencias o ideas que se adopten, toda vez que para poder expresar o difundir ideas, es necesario primeramente pensarlas y haberlas formado en el fuero interno de cada individuo⁴⁹.

Al alero de lo que estipula nuestro ordenamiento jurídico en la norma constitucional del art. 19 n°12, podemos evidenciar una mejor adaptación por parte de la denominada teoría dual a efectos de una lograr

⁴⁷ ACUÑA, CARLOS LÓPEZ. 2017. La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Universidad Complutense de Madrid. P. 51

⁴⁸ CARRERA SERRA, LUÍS. 1996. Régimen Jurídico de la Información. Barcelona. Editorial Ariel P. 31

⁴⁹ LÓPEZ SAAVEDRA, MODESTO. 1987. La libertad de expresión en el Estado de derecho: entre la utopía y la realidad. Barcelona. Editorial Ariel. P. 18

una correcta interpretación de la disposición, ello en tanto se consideran unificadamente libertad de opinión, entendiéndose esta como la libertad de pensamiento debido a que “opinión” es, según lo define la RAE, un juicio o valoración que se forma una persona respecto de algo o alguien.

De lo anterior, y, por consiguiente, podemos concluir que lo que se busca proteger con la consagración y reconocimiento de este derecho es la libertad de las personas para adoptar ideas que nos lleven a la formación de un pensamiento respecto a tal o cual cosa, y además la libertad de poder expresar por cualquier medio estos pensamientos.

Ahora bien, toca ocuparnos del tema central que importa este apartado, esto es la cuestión no pacífica acerca de cómo la tipificación de lo que se ha denominado “delitos de expresión”, conlleva, en la práctica, la limitación del derecho constitucional anteriormente conceptualizado como libertad de expresión. Nos referimos a esto como un tema no pacífico, ya que doctrinariamente se han dado diversas discusiones al respecto de qué tan legítimo es la limitación de un derecho de tal relevancia como el que se trata; y junto con ello la subsecuente afectación de este con el fin de proteger ciertos bienes jurídicos de compleja determinación. En dicho sentido, señala Mera, que “es sabido que los derechos humanos (...), no son absolutos y pueden, por ende, ser objeto de limitaciones legítimas a su ejercicio en virtud de diversas consideraciones establecidas por la ley”⁵⁰, este es el caso de la libertad de expresión, esto queda de manifiesto en el ya antes citado artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto establece la posibilidad de existencia de responsabilidades ulteriores fijadas por ley y que sean necesarias para asegurar: “(b) la protección de la seguridad nacional, el orden público (...)”. Pareciera entonces, que no hay nada ilegítimo respecto de la tipificación de conductas que deriven en una limitación práctica al ejercicio de esta libertad, mientras estas se justifiquen en la protección de bienes jurídicos tales como lo son la seguridad nacional o el orden público, cuales son precisamente los bienes jurídicos referidos en los capítulos anteriores a propósito de los análisis de tipos penales en la Ley de Seguridad del Estado, en cuanto estos son los bienes jurídicos objetos de protección por parte de los tipos de incitación y apología establecidos en los artículos 4 letra f) y 6 letra f) de la LSE.

Sin embargo -como ya hemos visto- el problema radica en que la manera en que se encuentran tipificadas estas conductas, a saber, tanto la redacción propia de nuestra legislación como la que tradicionalmente se ha dado de los tipos apologéticos y de incitación en otras legislaciones, los convierte en delitos de peligro abstracto no suponiendo para su configuración una efectiva lesión al bien jurídico que se busca proteger, sino más bien el propio riesgo generado es constitutivo de una sanción penal,

⁵⁰ GONZÁLEZ MORALES, FELIPE; MERA FIGUEROA, JORGE; VARGAS VIVANCOS, JUAN ENRIQUE. 1991 Protección democrática de la seguridad del Estado, estados de excepción y derecho penal político. Santiago. Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Programa de Derechos Humanos. P. Introducción.

razón por la cual la intensidad del reproche a la conducta adquiere una entidad que, a nuestro parecer, en principio debiera ser objeto de cuestionamiento.

A propósito de lo anterior, resulta relevante lo expresado por el Tribunal Constitucional en el considerando décimo quinto en causa rol 739-2007. En este fallo, el tribunal resuelve el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 292 CP -delito de asociación ilícita, caracterizado como delito de peligro abstracto- formulado por parte de la defensa de Harmut Wilhelm Hopp Miottel, en relación con la causa rol N° 2182-98 (ex Colonia Dignidad) seguida en contra de Paul Schaefer Schneider y otros. En su quinto considerando, se señala por parte de la magistratura que las limitaciones que impone el derecho penal a los derechos esenciales -en este caso, derecho a la libertad de asociación- derivan de la necesidad de proteger bienes jurídicos trascendentes y no para castigar la mera desobediencia, esto en concordancia con el principio de lesividad. Además, concluye que, el objetivo (la protección del bien jurídico, y más concretamente para estos efectos, la forma republicana de gobierno que señala el art. 4 f), o el orden público al cual se refiere el art. 6 f) de la Ley de Seguridad del Estado), se logra “estimando como un elemento del tipo su peligrosidad concreta, y por ende dicha circunstancia debe ser acreditada”⁵¹. Fluye de esta interpretación, que en la armonización de un derecho fundamental -como la libertad de expresión o de asociación- con un tipo penal que afecta directamente el ejercicio de éste, lo que corresponde por parte de la judicatura es hacer una interpretación restrictiva del tipo, de forma tal, que la vulneración del derecho fundamental ostente la menor entidad posible.

En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español en su Sentencia 493/2018, el cual falla el recurso de casación presentado en contra de la resolución dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Cuarta, de fecha 29 de marzo de 2017, a nombre de la imputada Cassandra Vera, quien fuera en primera instancia sentenciada como autora del delito contenido en el artículo 578 del Código Penal Español -esto es delito de enaltecimiento al terrorismo, es un símil de la figura apologética presente en nuestra Ley de Seguridad del Estado- en atención a los hechos constitutivos de delito, los cuales consistieron en hacer burla a través de la red social Twitter del ataque terrorista sufrido por el Almirante Carrero Blanco, quien termina ejecutado posterior explosión del vehículo donde este se encontraba.

A este respecto, el tribunal se pronuncia absolviendo a la acusada en su STS 95/2019 del 26 de febrero del 2018. De los considerandos hay uno en particular que nos parece de relevancia y gran aporte en la discusión, en donde el tribunal recoge la interpretación que previamente elaborada por el Tribunal

⁵¹ Causa Rol N° 739-2017, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia, Considerando Décimo Octavo.

Constitucional Español en su sentencia 112/2016 del 6 de junio 5². En esta, se establece como un presupuesto para la aplicación del tipo penal de enaltecimiento al terrorismo, el que haya concurrido una afectación directa al bien jurídico protegido, esto significa, que la acción incitadora debe generar una situación de riesgo para las personas o el ejercicio de sus libertades o derechos fundamentales, es así como el TC Español y el TS Español han venido entendiendo desde el año 2016 que se debe interpretar el tipo penal de enaltecimiento con tal de compatibilizar su aplicación con el respeto a la garantía constitucional al derecho fundamental de libertad de expresión.

El elemento interesante de esta interpretación es que finalmente para volver aplicable un tipo cuya naturaleza jurídica es la de un delito de peligro abstracto, se debe alterar interpretativamente su naturaleza con tal de legitimar una restricción al derecho fundamental de libertad de expresión. Lo anterior, en el entendido de que al momento de exigir la creación de una situación de peligro determinada en contra de estos bienes jurídicos -dignidad de las personas y de la vida- el tipo penal deja de ser de peligro abstracto y toma la forma de lo que dogmáticamente se conoce como un delito de peligro concreto. Pareciera ser entonces, que bajo la forma de un delito de peligro abstracto, se torna un desafío demasiado grande para el legislador el poder compatibilizar el ejercicio pleno de derechos fundamentales con una limitación a este a su vez determinada por supuestos de hechos más bien abiertos, donde la restricción del propio derecho fundamental eventualmente podría ser restringido de manera meramente preventiva en atención a una presunción de peligro establecida por el legislador.

Con todo, parece interesante que la forma de compatibilizar esta restricción de la libertad de expresión por parte de los Tribunales Españoles se haga en función de la garantía a otros derechos fundamentales o del ejercicio de estos, de los cuales son igualmente otros ciudadanos los que de manera inmediata se ven cobijados por esta tutela. Este fenómeno llama la atención porque en los casos de los delitos de expresión -ambos de peligro abstracto- contenidos en los artículos 4 letra f) y 6 letra f) de la LSE, los bienes jurídicos protegidos no son el honor a las víctimas de terrorismo o la vida de la persona humana, sino más bien, bienes jurídicos colectivos en suma abstractos, de carácter histórico y ajeno a la inherencia de la persona humana como ser, como lo pueden ser la seguridad interior del estado o el orden público. De esta forma, en el evento de tener que restringir la aplicación de ambos tipos, con tal de compatibilizar ésta con el resguardo al derecho fundamental de libertad de expresión, parece a lo menos

⁵² El TS español se pronunció en la sentencia N° 95/2018 del 26 de febrero de 2018 señalando que «la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores»

problemático, en atención a la experiencia comparada antes descrita, que no tengamos un factor de determinación en función del cual podamos delimitar de manera legítima el grado de restricción al cual podemos someter el derecho fundamental con tal de aplicar un tipo penal que en sí no busca brindar protección o garantía a un bien jurídico del mismo orden, esto es, protección al derecho de la vida o del honor de las personas, sino más bien dar protección a bienes jurídicos que son más bien meras conceptualizaciones abstractas, cuya esencia se ve condicionada por la intelectualidad de la época, a la vez que su determinación, en razón de su carácter histórico, no da garantías de estabilidad ni univocidad con el desarrollo y pasar del tiempo.

Luego, de retorno a sede nacional, los derechos establecidos en el art. 19 n°12 que consagra la libertad de emitir opinión y de informar, se hallan en choque directo con el art. 4 letra f) LSE en cuanto éste señala: “los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social”, esto en consideración de que no es la incitación en sí misma la que debe ser violenta, sino que la doctrina que se propaga o publicita lo propone, no quien incita, sino la doctrina que se incita, poner especial énfasis en esto. En relación con la estructura anteriormente planteada, que da cuenta de una posibilidad de aplicabilidad para un tipo penal de extremo cuidado, se presenta la situación de que en cuanto al tipo del artículo 4 letra f), el legislador no vuelve punible una incitación con objetivos violentos, sino que el punto es más grave aún, ya que el factor de ilicitud clave que contiene la descripción del tipo se encuentra relacionada con la fase más interna de lo que se puede entender como derecho a libertad de expresión, esto es su fase ideológica. El problema luego recaería, en que el tipo vuelve punible una conducta no en función de la peligrosidad o riesgo que genera respecto de un grupo de personas -como entiende el TS español que debiera ser en tanto tipo apto dentro de un régimen democrático moderno- sino más bien, a priori pareciera ser que lo punible más que la violencia incitada, es la violencia contenida y característica de las doctrinas anteriormente enunciadas.

A su vez, también se halla una eventual colisión de derechos con el art. 6 letra f) LSE en cuanto este señala que cometerá delitos contra el orden público, “aquellos que hagan apología o propaganda de doctrinas sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas como medio para lograr cambios o reformas políticas, económicas o sociales”. Sobre ello, es menester hacer hincapié en la misma consideración que se hace respecto del tipo penal de incitación contenido en el artículo 4 letra f) LSE; deriva de la redacción del artículo, que no es la apología en sí misma la que debe ser violenta para la configuración del ilícito, ni la persona que la realiza debe apologizar con violencia en sus dichos, sino más bien se considera como punible el hecho de apologizar o propagar doctrinas que contemplen la violencia, en sí mismas, como medio para conseguir reformas o cambios sociales, algo así como la utilización de la “violencia política” con tales fines bien determinados. Esto presentaría un

problema aún más grande, puesto que la pena vendría a operar como una herramienta de proscripción del debate público de ideas y postulados políticos aún antes de que se presente una lesión en contra del bien jurídico protegido.

Por lo demás, si bien es establecido el verbo rector “apologizar”, no es claro por parte del legislador si para la configuración del ilícito basta con la mera alabanza al delito apologizado, o bien, si se requiere a su vez una actividad dolosa consistente en incitar al resto de la población a la comisión de dicho delito; ello en tanto a través de este ensalzamiento, propio de la acción apologética, se concretaría la exposición del bien jurídico protegido a un riesgo o peligro determinado. En sede comparada, si bien la profesora Cuerda Arnau ha trabajado bien esta diferenciación y las implicancias en cuanto a las tratativas del tipo importen⁵³, mientras que en la jurisprudencia Española parece más claro que la conducta apologética debe poner en riesgo un bien jurídico determinado, de entidad similar a la de un derecho fundamental del cual es titular la persona humana y que por ende requiere a su vez de un elemento incitador puesto que la sola justificación de una praxis no puede constituir delito⁵⁴⁵⁵, a nuestro tiempo, en nuestra legislación nacional no parece del todo inverosímil que el mero despliegue de la alabanza de doctrinas que hayan estado asociadas a praxis cercanas a la violencia política sea constitutivo del delito contenido en el artículo 6 letra f). Con todo, es una discusión respecto del rango de acción del tipo penal que no puede darse por cerrada aún.

Ahora, si bien los derechos humanos admiten limitaciones en su ejercicio, la misma norma del art. 13 de la Convención así lo expresa en cuanto establece la posibilidad de la existencia de responsabilidades ulteriores fijadas por ley y que sean necesarias para asegurar: b) la protección de la seguridad nacional, el orden público (...). Pareciera a simple vista que, debido a lo aquí expuesto, los artículos en cuestión no constituyen una vulneración del derecho consagrado tanto a nivel constitucional como a nivel internacional, ya que precisamente son estos bienes jurídicos los que se buscan proteger mediante la tipificación de las conductas ya analizadas, la seguridad interior del Estado por una parte, y el orden público por otra.

Sin embargo, como hemos visto en los capítulos anteriores, la redacción empleada para la tipificación de los delitos no se hace clara ni efectiva la lesión del bien jurídico de la cual se busca proteger, esto considerando que nos encontramos frente a delitos de peligro abstracto. En relación con ello, es relevante el planteamiento consignado por el Tribunal Constitucional en el considerando décimo quinto de su sentencia rol N° 739-2007 -sentencia analizada previamente- en la cual señala que las

⁵³ ARNAU, MARIA LUISA CUERDA. 2020. Terrorismo y Libertades Políticas. Castellón. Universidad Jaume I. P. 56.

⁵⁴ STS 95/2018, 26 de Febrero de 2018

⁵⁵ STC 112/2016, de 20 de junio DE 2016

limitaciones que impone el derecho penal a los derechos esenciales derivan de la necesidad de proteger bienes jurídicos trascendentes y no para castigar la mera desobediencia⁵⁶, esto en concordancia con el principio de lesividad. Además, concluye que el objetivo -la protección del bien jurídico ya sea el orden democrático constitucional que se señala en el art. 4 f), y el orden público referido en el art. 6 f) de la LSE- se logra, “estimando como un elemento del tipo su peligrosidad concreta, y por ende dicha circunstancia debe ser acreditada” (considerando décimo octavo). Resulta relevante, además, la cita que realiza el TC en este mismo considerando, del estudioso de Derecho Penal Jorge Mera quien señala “la solución está en conciliar la garantía constitucional referida con los delitos de peligro abstracto, lo que supone reinterpretación de estos últimos, en el sentido de atribuirles el carácter de delitos de peligro concreto”⁵⁷.

La anterior interpretación se halla en consonancia con la interpretación que el Tribunal Constitucional Español hace respecto del tipo contenido en el artículo 578 del CP Español en su sentencia 112/2016 del 26 de febrero, la cual fue estudiada anteriormente. En dicha instancia, el tribunal también hace manifiesta, tal vez de manera un poco más indirecta, la necesidad de interpretar el tipo de forma restrictiva, aún sin cuidado de que ello implique modificar su naturaleza jurídica; ello en razón a que para que la aplicación del delito sea practicable, se requeriría de una compatibilidad con el derecho a libertad de expresión y -tanto en el caso chileno como el español- se ha entendido que en concreto ello se da cuando se entiende que el delito es configurado al afectarse o poniendo en riesgo de manera cierta a un bien jurídico determinado. La diferencia radicaría fundamentalmente en que nuestra legislación este bien jurídico sometido a situación de riesgo corresponde a una abstracción doctrinaria llamado orden público, en cambio, la entidad que adquiere el bien jurídico protegido en la legislación española hacienda a un nivel más trascendental, puesto que se trata de derechos de las cuales son titulares los propios ciudadanos, amparados en su calidad de personas humanas.

2. Delitos contra la Seguridad Interior del Estado y contra el Orden y la Seguridad Pública en el Código Penal.

El código penal chileno contempla, en su libro segundo, normas que protegen el bien jurídico de la seguridad interior del Estado desde sus artículos 121 hasta el 136. En lo particular, nos interesa analizar el artículo 126, el cual penaliza el delito conocido como sublevación. Este está definido de la siguiente manera: “Los que se alzaren públicamente con el propósito de impedir la promulgación o la ejecución

⁵⁶ Causa Rol N° 739-2017, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia, Considerando Décimo Quinto.

⁵⁷ FIGUEROA MERA, JORGE. 1996. Sistema jurídico y Derechos Humanos, cuadernos de análisis jurídicos. Santiago, Universidad Diego Portales. P. 410

de las leyes, la libre celebración de una elección popular, de coartar el ejercicio de sus atribuciones o la ejecución de sus providencias a cualquiera de los Poderes Constitucionales, de arrancarles resoluciones por medio de la fuerza o de ejercer actos de odio o de venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o de sus agentes o en las pertenencias del Estado o de alguna corporación pública, sufrirán la pena de reclusión menor o bien la de confinamiento menor o de extrañamiento menor en cualesquiera de sus grados.”

Este delito es uno de carácter común, cuyo núcleo normativo tiene su cimiento en la conducta típica de alzarse públicamente, limitándose según el objetivo de esta tesis, para conseguir cambios en la sociedad mediante el uso de fuerza contra el Estado, en otras palabras, empleando violencia para conseguir actos judiciales o decisiones de gobierno que se traduzcan en cambios políticos, económicos o sociales. Esto último se desprende de la interpretación lógica del concepto de “arrancar”, el cual, definido por la Real Academia Española, se define como “conseguir algo de alguien con violencia”⁵⁸ en su 4º acepción.

A primera vista podemos observar características comunes con la tipificación de los delitos de incitación y apología de la violencia, en los términos de la forma en que se vulnera el bien jurídico protegido y lo sustantivo de este. Dado que uno de los horizontes de esta norma es penalizar la conducta típica de arrancar resoluciones a las autoridades del Estado por medio de la fuerza, es que su aplicación converge con los objetivos de lo regulado en Ley de Seguridad del Estado, ya que, según razona Tribunal de Juicio oral en Lo Penal de Temuco, en autos rol 038-2017, sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco en la cual se absuelve a Salvador Henry Penchulef Sepúlveda, a quien se le imputaba por parte del Ministerio Público los delitos de incitación y apología contenidos en los artículos 6 letras c) y f) de la Ley 12.927, respectivamente, y del delito de amenazas contenido en el artículo 296 N°3 del Código Penal: “no basta que la afectación sea un peligro abstracto sino que tenga éste en cuanto a la proporcionalidad de una amenaza esta sea cierta de que pudiese ponerse en peligro el orden público vigente y que pueda perseguir un cambio político, social o económico establecidos en la letra f) del artículo 6 de la Ley.”⁵⁹

Por tanto, el delito de apología a la violencia, en los términos de generar un riesgo real de conseguir cambios o reformas políticas, económicas o sociales, a través de la apología de doctrinas, sistemas o métodos que propugnan el uso de violencia, converge en que, para vulnerar el bien jurídico que protege la LSE en el artículo 6 letra f), no basta con la propagación de las formas violentas de

⁵⁸ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es/arrancar> [consulta: 04 noviembre 2022].

⁵⁹ Causa Rol N° 038-2017, Tribunal en Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Sentencia, Considerando séptimo, Pp 24 y 25.

conseguir los cambios, sino que se debe poder lograr el objetivo y, en lo sustantivo, la conducta típica del artículo 126 del CP, busca sancionar específicamente el uso de la fuerza para conseguir cambios en la sociedad.

Si consideramos los delitos de incitación y apología a la violencia como delitos de expresión, es decir, de peligro abstracto, estos no pueden aplicarse, dado que este tipo de delitos serían incompatibles con la constitucionalidad y, por otro lado, si se considera la real capacidad de infligir un daño real a los bienes jurídicos protegidos, entonces basta la aplicación del artículo 126 del código penal para sancionar el uso de la fuerza para conseguir cambios sociales. Por tanto, se puede concluir que lo normado en los artículos 4 f) y 6 f) de la LSE constituye una doble regulación en lo práctico y, una herramienta para sancionar la libertad de expresión en lo teórico.

Por otro lado, la penalidad regulada en la LSE, respecto de delitos de incitación y apología a la violencia, es más elevada, ya que contempla presidio, relegación o extrañamiento menores en sus grados medio a máximo, mientras que, en cuanto al artículo 126 del Código Penal, se sanciona con reclusión, confinamiento o extrañamiento menores, en cualquiera de sus grados.

3. Análisis de los delitos de apología e incitación en la legislación comparada

Por último, para tratar todos los aspectos que plantemos en este tercer capítulo, toca hacernos cargo del ámbito internacional, y es que como hemos podido vislumbrar, a lo largo de este trabajo, los delitos de apología e incitación no solo podemos encontrarlos en la legislación nacional, sino que, en otros ordenamientos jurídicos del mundo, también se han tipificado conductas apologistas y/o incitadoras. Haciendo una enumeración no taxativa, y en atención a que nos referiremos a ellas más adelante, en Latinoamérica encontramos el caso de Perú, Bolivia y Uruguay, mientras que en Europa está el caso de España y Alemania.

Como ya se ha visto, nuestro ordenamiento jurídico tipifica las conductas de apologizar e incitar para dar protección al bien jurídico que hemos identificado a la luz de lo dispuesto por la norma como “el orden público”, en el caso de la apología del art. 6 letra f), y aún más amplio “el orden social o las formas republicanas o democráticas de gobierno” en la incitación del artículo 4 f), vimos también lo problemático de establecer como bienes jurídicos protegidos conceptos tan amplios e indeterminados que no cuentan con una conceptualización uniforme en la doctrina, en el derecho comparado existen también regulaciones en ese sentido. Tal es el caso de Perú que tipifica genéricamente la apología al delito en su artículo 316 del Código Penal del Perú, estableciendo: “El que públicamente exalta, justifica o enaltece un delito o a la persona condenada por sentencia firme como autor o partícipe, será reprimido

con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años”, y pone especial énfasis en la apología al terrorismo, señalándola en el artículo 316-A de su Código Penal, y estableciendo sanciones para cuando el enaltecimiento, justificación o exaltación se realiza respecto de delitos terroristas. O bien, España que la tipifica genéricamente, en su artículo 18.1.II que señala “Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.”, se contempla además en el artículo 578 del mismo cuerpo legal dentro de la sección 2a “De los delitos de terrorismo”, cuando el enaltecimiento se realice respecto de delitos terroristas, como es posible observar, ambas legislaciones regulan genéricamente la apología, pero ponen una especial consideración en aquella apología al terrorismo, esto viene dado por todo un contexto histórico - social de estos países, en que la respuesta de ciertos grupos organizados a los regímenes dictatoriales fueron principalmente los atentados terroristas (como fue el caso de ETA en España, y Sendero Luminoso en Perú), y en atención a esto, es que difieren con nuestra normativa cuando se plantea la interrogante de ¿la apología a qué particularmente se encuentra penalizada por la ley?, en las dos situaciones antes referidas, la sanción es al enaltecimiento de la comisión de delitos terroristas, o de quien es el autor de aquellos delitos terroristas, a pesar de seguir utilizando conceptos muy amplios respecto de la conducta típica sancionada, en Chile, el enaltecimiento que se castiga, sigue siendo mucho menos delimitado e incluso aún más genérico, ya que la norma habla del enaltecimiento de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen y la violencia, como medios para conseguir cambios sociales, aquí no hay un reproche a la comisión de un delito en particular, tampoco de una persona en particular, sino más bien se sanciona la promoción de pensamientos, o ideologías, configurándose así como un delito con un carácter netamente político.

Distinto es el caso que se da en los ordenamientos jurídicos de países como Alemania que tipifica el “Volksverhetzung” u “odio popular” en el artículo 130 del Código Penal Alemán, que consagra como ilícita la incitación - como protección al orden público -, cuando esta se realiza en contra de las personas debido a su raza, etnia, religión, entre otras. O el caso de Bolivia, que en su artículo 281 septies del Código Penal Boliviano establece penas para quien difunda o incite al racismo o la discriminación. Si bien, en estos casos los verbos rectores siguen siendo los mismos presentes en nuestra normativa, y también en la peruana y española, el sentido de las normas extraídas del tenor literal de las mismas es completamente distinto. Por último, haremos referencia al caso de Uruguay, quien tipifica la incitación en el artículo 149 bis del Código Penal Uruguayo, estableciendo penas para quienes incitaren al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas. Este tipo de consagraciones se da en el marco de los crecientes discursos de odio que han sido una problemática en todo el mundo, bien afirma a este respecto

Teruel Lozano: “el discurso de odio está de moda”⁶⁰, esto resulta un tema preocupante, sobre todo en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y ha sido el principal motor para la regulación penal de aquellas conductas que puedan resultar en afectaciones de derechos para determinados grupos de personas. Ya veíamos en el apartado 1 de este capítulo, el conflicto que se da entre la garantía fundamental de la libertad de expresión, y la tipificación de los que se denominan como “delitos de expresión”, el conflicto está dado por la legitimación de limitar ciertos derechos con el fin de proteger otros, o inclusive más que limitarlos, derechamente reprimirlos al no permitir su ejercicio.

La normativa internacional en materias de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha buscado la forma de hacerse cargo de este conflicto en que vemos enfrentado el ejercicio libre y pleno de ciertos derechos fundamentales, de este modo, se ha establecido que los derechos fundamentales no son absolutos y admiten limitaciones cuando estas se encuentran fundadas en ciertos criterios, así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (en adelante “El Pacto”) en su artículo 19.3 establece los criterios que debe cumplir cualquier tipo de limitación al ejercicio del derecho que establece el mismo artículo en su N°2, “la libertad de expresión”, estos criterios a considerar para establecer limitaciones son: primero, el principio de legalidad, sólo podrá limitarse el ejercicio de este derecho mediante restricciones establecidas por ley; segundo, cuando la limitación se oriente en asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; tercero, cuando se restrinja con la finalidad de proteger la seguridad nacional, el orden público, o la salud o moral públicas. En ese sentido como ya revisamos con anterioridad, pareciera lógica la norma limitante del derecho de libertad de expresión que se contiene en los artículos 4 f) y 6 f) de la Ley 19.927 en función de la protección del orden público, o inclusive la seguridad nacional, sin embargo como se concluyó estos tipos penales limitarían el pleno ejercicio de la libertad de expresión de un modo no concordante con lo permitido por la normativa internacional, al ser delitos de peligro abstracto nada asegura que el despliegue de la conducta típica suponga una efectiva lesión a los bienes jurídicos que se busca proteger limitando el derecho fundamental antes referido, no justificándose de esta forma la restricción que realiza la norma. No es así el caso de los llamados “delitos de odio”, cabe destacar que si bien “no existe un consenso terminológico ni conceptual acerca de esta clase de ilícitos”⁶¹, se entiende por estos aquellos que se encuentran motivados por sentimientos de odio hacia una persona o un determinado grupo de ellas en atención a su origen, raza, etnia, religión, expresión de género, género, sexo, entre otros factores

⁶⁰ TERUEL LOZANO, G. 2017. Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial. España. Revista de estudios jurídicos N°17. Segunda época. p.2.

⁶¹ CÁMARA ARROYO, S. 2017. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. Universidad Nacional de Educación a Distancia. p.146.

discriminatorios. Siguiendo lo planteado por Cámara Arroyo, y en atención a este conflicto entre la tipificación de la incitación al odio y la libertad de expresión, claro está que no es posible castigar los sentimientos de odio, ni la libre opinión “odiosa” respecto de ciertas cosas que no nos parecen, sin embargo esto es dable mientras “no se conculquen los derechos y libertades de terceros (...)”, es por ello que señala que: “(...) la dicción más correcta para esta clase de tipos penales tal vez sería la de delitos ideológicamente condicionados, motivados por la intolerancia o, simplemente, delitos de discriminación.”⁶²

En atención a la protección internacional que se le da a los derechos fundamentales, y dentro de ellos el derecho a la igualdad en el goce y ejercicio de sus derechos, sin distinciones de tipo discriminatorias, es que el Pacto “obliga a los estados miembro, a prohibir la conducta de incitación al odio, pero no hace obligatoria su criminalización”⁶³, esto explica porque en Latinoamérica son pocas las legislaciones que tipifican la incitación al odio, pero la proliferación de este tipo de atentados en contra de las personas motivados muchas veces por discursos incitadores a la discriminación a ciertos grupos en razón de distintas características que denotan en su calidad de personas, tornan la legislación en estas materias un hecho cada vez más necesario. Casos como el de Daniel Zamudio en Chile⁶⁴, son una clara muestra de la necesidad de dar una respuesta normativa a estos hechos, la Ley 20.609 resulta un avance para reprimir las discriminaciones arbitrarias, sin embargo cabe la pregunta ¿podrían estos hechos evitarse con una legislación que castigue los discursos de odios de manera ex ante, y preventiva de la comisión de delitos aún más graves motivados por estos discursos?, tal parece que la respuesta es sí, si el legislador ha admitido limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión de forma incongruente con la normativa internacional, queda de manifiesto que es posible limitarla considerando los estándares internacionales y en función de la protección de las personas.

⁶² Ídem. p.152-153

⁶³ BCN. 2018. Delito de incitación al odio o violencia. Legislación nacional, internacional y extranjera. [En línea]. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=71064> p.4. [Consulta 11 de diciembre 2022]

⁶⁴ Daniel Zamudio, joven homosexual asesinado por un grupo con motivaciones neonazis en Chile, año 2012.

CONCLUSIONES

La presente investigación ha constituido un análisis de los tipos penales contenidos en los artículos 4° letra f) y 6° letra f) de la ley N° 12.927 de seguridad del estado, aportando insumos relevantes para la discusión jurídica en relación a la tipificación de los delitos de incitación y apología a la violencia.

A modo de conclusión, consideramos que la mera expresión de doctrinas que promuevan el uso de la violencia como herramienta válida para lograr el alzamiento contra el gobierno o la guerra civil, o bien, la apología de estas doctrinas, sistemas o métodos para materializar cambios en la sociedad mediante la violencia, no son conductas lo suficientemente peligrosas para los bienes jurídicos de la Seguridad Interior del Estado y el Orden Público, no estando justificada su regulación en una ley especial, siendo las normas comunes del Código Penal efectivas por sí mismas para proteger dichos bienes jurídicos. Aquello verificado en que, para poder aplicarse una pena por la ejecución de los delitos referidos, debe haber una posibilidad real de afectar el bien jurídico, ya que los delitos de peligro abstracto infringen los derechos constitucionales, así mismo, el Código Penal Chileno, en efecto, ya regula la lesión de dichos bienes jurídicos.

Con todo, a propósito de los elementos interpretativos de carácter histórico que hemos recopilado con fin de desarrollar este trabajo, hemos podido dar cuenta de que la calidad de los presentes tipos penales sometidos a examen no es sino la de herramientas penales de carácter y propósito netamente político, las cuales legitiman una restricción de derechos fundamentales cuyo ejercicio pleno es inherente, necesariamente, a la convivencia en una vida democrática ideal. Una convivencia democrática en la cual no se hallen ideas proscritas de antemano y sea una realidad la anhelada pluralidad política que cobije un ambiente propicio para la discusión de todos los temas que sean de interés del público; sean estos relacionados con la crítica a los fundamentos mismos bajo los cuales se rige nuestra democracia, o relativos a la problemática de qué métodos son válidos para direccionar en la práctica la propia reformulación de esta.

Por todo lo anterior, concluimos que la tipificación de los delitos contenidos en los arts. 4 f) y 6 f) de la Ley de Seguridad del Estado, sólo responde a motivaciones legislativas criminalizadoras y represivas, que decantan en una afectación al libre ejercicio de la libertad de expresión en todos sus sentidos, entiéndase estos como la libertad de pensamiento y la libertad de opinión, no siendo esto coincidente con una sociedad democrática con miras en la protección de los derechos humanos y el libre ejercicio de los mismos. La diversidad de pensamientos e ideas sobre la estructura de la sociedad son pilares fundamentales para la construcción en conjunto y con participación de todos y todas de la misma, y las posturas críticas que diversas personas o grupos de personas puedan tener respecto de ella, no deben

ser interpretadas como un atentado en contra de la seguridad nacional, el orden público o la democracia en sí misma, sino más bien como contribuciones a un mayor desarrollo y evolución de ella, que permitan avanzar hacia sociedades que se construyan sobre la base de opiniones diversas siempre que ellas se hagan teniendo en consideración el respeto por los derechos de los y las otras que viven en sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acuña, Carlos López. (2017). La evolución de la libertad de expresión y el derecho a la información en la España constitucional. Universidad Complutense de Madrid.
2. Alessandri, Rodríguez, A. (1937) Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. Tomo XI. N.º 893. Santiago. Chile.
3. Alonso Rimo, A. (2010). Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales. Revista de Derecho Penal y Criminología (3era Época, N.º 4), 13 - 80.
4. Arnau, Maria Luisa Cuerda. (2020). Terrorismo y Libertades Políticas. Castellón. Universidad Jaume I.
5. Carrera Serra, Luís. (1996). Régimen Jurídico de la Información. Barcelona. Editorial Ariel.
6. Cámara Arroyo, S. (2017). El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
7. Campusano Hidalgo, L., Campusano Palma, R., González López, R., & Hurtado Neira, J. (1989). Jurisprudencia. Delitos contra la Seguridad del Estado. Tomo I. (1era Edición: enero 1989. ed.). Santiago, Chile: Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad.
8. Campusano Hidalgo, L., Campusano Palma, R., González López, R., & Hurtado Neira, J. (1990). Jurisprudencia. Delitos contra la Seguridad del Estado. Tomo II. Consejos de Guerra. (Julio 1990 1era ed., Vol. I). Santiago, Chile: Arzobispado de Santiago. Vicaría de la Solidaridad.
9. Campusano Hidalgo, L., Campusano Palma, R., González López, R., Hurtado Neira, J., & Salas Cerda, E. (1991). Jurisprudencia. Delitos contra la Seguridad del Estado. Tomo III. Consejos de Guerra. (diciembre 1991 1era ed., Vol. 3). Santiago, Chile: Arzobispado de Santiago. Vicaría de la Solidaridad.
10. Cavada Herrera, J. P. (2018). Delito de incitación al odio o violencia. Legislación nacional, internacional y extranjera. Obtenido de BCN: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=71064>

11. Cury Urzúa, E. (2005). Derecho Penal. Parte General. (Octava Edición ampliada, septiembre 2005, 2.000 ejs ed.). Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
12. Decreto 890 de 1975, Ministerio del Interior, Fija texto actualizado y refundido de la Ley 12.927, Sobre Seguridad del Estado. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN, Santiago, Chile [En línea]. [Decreto-890 26-AGO-1975 MINISTERIO DEL INTERIOR - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#) [Consulta 25 de abril 2022]
13. Decreto Ley 50 de 1932, Ministerio del Interior, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN, Santiago, Chile [En línea]. [Decreto Ley-50 24-JUN-1932 MINISTERIO DEL INTERIOR - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#) [Consulta 11 de diciembre 2022]
14. Etcheberry, A. (1999). Derecho Penal, Tomo Tercero, Parte Especial. 3era ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
15. Etcheberry Orthusteguy, L.A. (1998) Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Av. Ricardo Lyon 946, Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile.
16. Figueroa Mera, Jorge. (1996). Sistema jurídico y Derechos Humanos, cuadernos de análisis jurídicos. Santiago, Universidad Diego Portales.
17. García C. P. (2012). Manual de Derecho Penal Parte General. 2da Edición. Lima. Perú. Juristas editores E.I.R.L.
18. Garrido-Montt, M. (2003). Derecho Penal, Tomo Segundo, Parte General. (3era ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
19. González Morales, Felipe; Mera Figueroa, Jorge; Vargas Vivancos, Juan Enrique. (1991). Protección democrática de la seguridad del Estado, estados de excepción y derecho penal político. Santiago. Universidad Academia de Humanismo Cristiano. Programa de Derechos Humanos. P. Introducción.
20. Herrera García, D. (2017). La delimitación del bien jurídico protegido en el delito de apología del terrorismo. San Cristóbal de La Laguna, España: Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna.

21. Kindhäuser, Urs. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. Barcelona. InDret.
22. Künsemüller Loebenfelder, C. (1970) Estudio de los Delitos Atentatorios de la Ley de Seguridad Interior del Estado contenidos en leyes penales especiales. Santiago. Chile Editorial Jurídica de Chile.
23. López Saavedra, Modesto. (1987). La libertad de expresión en el Estado de derecho: entre la utopía y la realidad. Barcelona. Editorial Ariel.
24. Maldonado F. Francisco. (2006). Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal. Revista de estudios de la justicia, N°7, año 2006. Página 30.
25. Politoff Lifschitz, S. (1999). Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración: estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado. (1era ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
26. Sánchez-Ostiz, P. (2006). "La apología del delito". Persona y Derecho (55). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
27. Sánchez Romero, Cecilia. Rojas Chacón, José A., (2009) Derecho Penal, Aspectos Teóricos y Prácticos, San José, Costa Rica, Ministerio Público de Costa Rica.
28. Rettig E.M. (2019). Derecho Penal Parte General. Teoría del delito. el delito de acción doloso e imprudente. Tomo II. 1ra Edición. Santiago. Chile. DER Ediciones Limitada.
29. Roxin, Claus. (1997). Derecho penal parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2a edición. Civitas.
30. Teruel Lozano, G. (Julio de 2018). Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo. Revista para el análisis del Derecho.
31. Teruel Lozano, G. M. (2017). Discursos extremos y libertad de expresión: Un análisis Jurisprudencial. Revista de Estudios Jurídicos. Segunda Época, N° 17.

32. Urviola Ipanaqué, C. J. (2018). El delito de apología al terrorismo frente a los derechos de la libertad de conciencia y de expresión en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte 2017. Lima, Perú: Escuela Profesional de Derecho, Universidad César Vallejo.
33. Vodanovic Haklicka A. (1961) Curso de Derecho Civil. Tomo I. Vol. I. Santiago, Chile.
34. Welzel, Hans. (1976) Derecho Penal Alemán. Parte General, traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago, 1976.