

EL DELITO DE INCENDIO TERRORISTA. INFORME EN DERECHO.

Antonio Bascuñan Rodríguez. Profesor de Derecho Penal Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile

Sumario.

1. Introducción.
2. Antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de los artículos 1° y 2° de la Ley 18.314.
3. La estructura de injusto del delito terrorista.
 - 3.1. Los criterios de calificación de los delitos terroristas.
 - 3.2. La finalidad de causar temor en la población o en una parte de ella.
 - 3.3. La presunción de la finalidad de causar temor.
 - 3.4. La finalidad de arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.
4. El delito de incendio terrorista.
 - 4.1. El objeto de protección.
 - 4.2. El incendio terrorista como incendio calificado.
5. Análisis de los hechos del caso.
6. Conclusiones.

1. *Introducción.*

El presente informe tiene por objeto formular una opinión acerca de si los hechos correspondientes al caso “Poluco-Pidenco” son constitutivos o no del delito de incendio terrorista establecido en el artículo 2º Nº 1 de la Ley 18.314, que “determina conductas terroristas y fija su penalidad”.

(Narración de Hechos: pendiente).

La tesis que se sostiene en este informe es que a la luz de la información disponible los hechos recién descritos no son constitutivos del delito de incendio terrorista, sin perjuicio de su calificación como delito común de incendio, conforme a las reglas del Código Penal. Este es el resultado a que se llega luego de efectuarse un análisis del tipo de injusto de este delito.

Para efectuar este análisis se hace en primer lugar una referencia a la historia fidedigna del establecimiento de las disposiciones legales pertinentes. Luego, a la luz de la información obtenida, se pasa a determinar el objeto de protección de las normas en cuestión, para así formular una reconstrucción racional del núcleo común de injusto de todos los delitos terroristas, y posteriormente del delito específico de incendio terrorista. Finalmente, se examina la calificación de los hechos del caso y se resume el planteamiento del informe en algunas conclusiones.

2. *Antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de los artículos 1º y 2º de la Ley 18.314.*

El artículo 1º de la Ley 18.314 establece lo siguiente:

“Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos del medio empleado, sea por la evidencia de que obedece a un plan

premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.

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

2.^a Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.”

El artículo 2º, por su parte, dispone en lo pertinente lo siguiente:

“Constituirán conductas terroristas, cuando reunieren algunas de las características señaladas en el artículo anterior:

1.- [...] los de incendio y estragos, reprimidos en los artículos 474, 475, 476 y 480 [del Código Penal] [...]”

La redacción actual de estas dos disposiciones, en lo que aquí interesa, fue establecida en virtud de la reforma a la Ley 18.314 introducida por la Ley 19.027, de 24 de enero de 1991. Posteriormente, por medio de la promulgación de la Ley 19.241, de 28 de agosto de 1993, se agregó un inciso final al artículo 2º, relativo al delito de secuestro cometido por una asociación ilícita terrorista.

La iniciativa para la reforma de la Ley 18.314 respondió a la necesidad de adecuar la legislación vigente al nuevo contexto normativo derivado de la modificación del artículo 5º de la Constitución, en virtud de la cual se estableció el principio de soberanía limitada y el deber del Estado de respetar promover los derechos esenciales que emanan de la persona humana garantizados por la propia Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El Mensaje del Presidente de la República con que se acompañó el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, señalaba, en efecto, que “[p]ara cumplir con el mandato del constituyente es necesario adecuar la legislación interna a lo preceptuado en la Constitución de 1980 y a

los referidos tratados internacionales”¹. Según lo indicado en el mismo Mensaje, la consecución de este objetivo exigía una precisión de los conceptos de delitos terroristas, delitos contra la seguridad del Estado y delitos militares, pues, según señalaba el Mensaje, “[s]ólo distinguiendo muy circunstanciadamente cada uno de ellos será posible resguardar eficazmente los bienes jurídicos que pretenden proteger, castigar a los culpables con penas proporcionales y juzgarlos con arreglo a un procedimiento racional y justo”².

En lo que se refiere específicamente a la Ley 18.314, el Mensaje indicaba que las principales modificaciones que se pretendía introducir a su respecto se referían al concepto de acto terrorista, respecto del cual se encontraba el “fundamento principal de las reformas”. De acuerdo a la opinión del Ejecutivo, “[l]a ley vigente [la Ley 18.314] confunde acto [sic] propiamente atentatorios contra la seguridad del Estado con conductas terroristas porque atribuye al terrorismo el carácter de una ideología”. Frente a ello, la idea que inspiraba la reforma consistía en que, “[m]ás que una ideología, el terrorismo es un método de acción criminal al cual recurren los extremismos de derecha e izquierda, los narcotraficantes, los fanáticos religiosos, los traficantes de armas, los gobiernos totalitarios y las dictaduras”. Así, continuaba el Mensaje, lo constitutivo del terrorismo “es el atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o a toda la población”³.

Esta última consideración es sumamente importante, por dos razones.

En primer lugar por el hecho de que, como el propio Mensaje lo reconocía, entendido el terrorismo como método de acción criminal, “la acción criminal pertinente ya está tipificada como delito sea en el derecho penal común o en la legislación penal”, de modo tal que “el uso del método terrorista en la comisión del delito debe castigarse con una agravación de la pena correspondiente al delito”⁴. En otros términos, el principio regulativo que subyacía al proyecto presentado por el Ejecutivo, y que se mantuvo (al menos parcialmente) a lo largo de su tramitación parlamentaria, consistía en la

¹ Historia de la Ley 19.027, Biblioteca del Congreso Nacional, 1997, pág. 1.

² Historia de la Ley 19.027, *loc. cit.*

³ Historia de la Ley 19.027, pág. 2.

⁴ Historia de la Ley 19.027, *loc. cit.*

comprensión del delito terrorista como un delito común que pasa a ser un delito-base calificado por una nueva consideración.

En segundo lugar, dicha consideración es importante por el hecho de que se sigue de ella la exclusión de la postulación de una finalidad propiamente política como elemento constitutivo del concepto de delito terrorista. Esta exclusión no es explícita en el Mensaje, pero inequívocamente subyace a la comprensión del terrorismo como un método que, en principio al menos, se concibe como operativo respecto de distintos propósitos, que no se reducen a una finalidad política. La relevancia del punto radica en que a través de esta decisión, no controvertida en el desarrollo del proceso legislativo, la regulación chilena del terrorismo se desvincula de una tendencia que a nivel comparado encuentra reconocimiento institucional y doctrinario, y que consiste, precisamente, en exigir un fin político o político-social en la configuración del delito terrorista.

Según un sector de la doctrina chilena⁵, la prescindencia de este elemento por parte del derecho chileno vigente podría explicarse como la consecuencia de un cumplimiento demasiado riguroso del mandato de incriminación que el inciso 2º del artículo 9º de la Constitución impone al legislador, bajo la consideración, que el inciso final de la misma disposición establece, de los delitos terroristas como delitos comunes, esto es, como delitos no-políticos, para todos los efectos legales. Sea o no cierto lo anterior, es en todo caso evidente que no existe una vinculación necesaria entre la exigencia de un fin de carácter político para la configuración del injusto de los delitos terroristas y la adscripción o la exclusión del estatus de privilegio que conlleva la consideración de un determinado delito como delito político⁶. Habría sido posible configurar el delito terrorista como un delito caracterizado por una significación ideológica, sin que ello lo transformara en un “delito político” en el sentido del derecho penal internacional.

Desde otro punto de vista, es importante observar que el proyecto original presentado por el Ejecutivo establecía un tipo genérico de delito terrorista. En efecto, el proyecto proponía el establecimiento del siguiente artículo 1º en la nueva Ley 18.314:

⁵ Villegas, Myrna, *Terrorismo: Un Problema de Estado*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2001, Tomo II, pág. 535.

“Constituirá conducta terrorista atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas, por métodos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o toda la población.”⁷

Sin embargo, con posterioridad el Ejecutivo presentó una indicación para reemplazar dicho artículo por uno distinto, conforme al cual se consideraría conductas terroristas:

“1.º Cometer los delitos de homicidio, lesiones corporales, secuestro o sustracción de menores por métodos crueles o que produzcan un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o toda la población.

2.º Atentar contra la vida o la integridad corporal de una autoridad política, diplomática, militar o religiosa, en razón de su cargo, y con el objeto de intimidar a la población.

3.º Los que se asociaren u organizaren con el único fin de cometer los delitos tipificados en los dos números anteriores.”⁸

En lo que interesa para los efectos de este informe la modificación es también importante. En lugar de hacer referencia al bien jurídico que debía ser afectado por la conducta en cuestión, como lo hacía el artículo 1º originalmente propuesto, se opta por hacer referencia, en el N° 1 del artículo 1º, a aquellos delitos comunes cuya comisión con determinada finalidad constituye delito terrorista. Si bien a primera vista esta consideración resulta preferentemente aplicable al referido N° 1 de la referida disposición, puede hacerse extensiva a los N°s 2 y 3.

Este principio regulativo se consolidó en el desarrollo del proceso parlamentario. No obstante haber rechazado la propuesta del Ejecutivo, la Comisión de Constitución,

⁶ En este sentido, Del Barrio, Alvaro, y León, José, *Terrorismo, Ley antiterrorista y Derechos Humanos*, Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1991, pág. 174.

⁷ Historia de la Ley 19.027, pág. 3.

Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados mantuvo el mismo criterio estructural en la articulación de su propuesta de tipificación de los delitos terroristas.

Es importante asimismo destacar otro aspecto de la modificación introducida por el Ejecutivo. Se trata del establecimiento, en el N° 3, de la punibilidad autónoma de la organización con fines terroristas, figura a partir de la cual surgiría, en el transcurso del proceso legislativo, el delito de organización ilícita terrorista. El establecimiento de un delito autónomo de organización terrorista produce un efecto sumamente relevante en la reconstrucción de los demás delitos tipificados en la Ley 18.314. Este efecto consiste en la exclusión de la posibilidad de incluir la exigencia de una organización de personas como elemento típico común a todos los delitos terroristas, lo cual da cuenta de otra desviación de la regulación chilena respecto de las directrices postuladas, fundamentalmente de *lege ferenda*, por un sector de la doctrina⁹.

Como ya se señaló, la propuesta del Ejecutivo, fue rechazada en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, siendo propuesto como disposición, en cambio, la siguiente:

“Constituirán conductas terroristas los delitos enumerados en el artículo 1° a), cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

1a. Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella, el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra un grupo o categoría determinado de personas.

2a. Que el delito se cometa usando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos, que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado tales como artificios explosivos, infecciosos u otros que puedan ocasionar estragos o extender sus efectos a un grupo determinado de personas, particularmente si éstas son ajenas a

⁸ Historia de la Ley 19.027, pág. 22.

los móviles del delito, tanto si dichos medios se emplean efectivamente o si se intimida verosimilmente con su uso.

3a. Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.”¹⁰

Respecto de las innovaciones introducidas por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en lo que aquí interesa, destaca la inclusión de dos criterios alternativos a la finalidad de producir temor en la población para la calificación de un delito como terrorista, a saber, el uso de medios particularmente lesivos o riesgosos y la finalidad de arrancar resoluciones de o imponer exigencias a la autoridad. La primera de estas dos circunstancias, sin embargo, sería posteriormente excluida como criterio de calificación, al menos como criterio autónomo. Este punto será examinado más adelante.

Debe señalarse, además, que la Comisión introdujo, en el nuevo artículo 2º propuesto, otros delitos y conductas cuya comisión o ejecución en alguna de las formas indicadas en el artículo 1º constituiría delito terrorista, entre ellos, los delitos de incendio y de estragos. Con esta inclusión, entre otras, fue aprobado el proyecto que posteriormente daría lugar a la nueva Ley 18.314.

3. *La estructura de injusto de los delitos terroristas.*

La consideración de una conducta como delito terrorista implica la aplicabilidad a su respecto de una serie de consecuencias que constituyen excepciones a las reglas generales del derecho penal y del derecho procesal chilenos, excepciones que en general son constitutivas de un tratamiento agravatorio.

Desde ya, la propia Constitución dispone algunas de las medidas constitutivas de este tratamiento comparativamente agravatorio. En efecto, el inciso 3º del artículo 9º de la Constitución establece que los delitos terroristas, esto es, los delitos tipificados por ley de quórum calificado en cumplimiento del mandato de incriminación que el inciso 2º de la misma disposición constitucional impone al legislador, serán considerados como delitos comunes y no como delitos políticos para todos los efectos legales, lo cual deriva en la

⁹ Vid. Del Barrio y León, *op. cit.*, pág. 196-197; Villegas, *op. cit.*, Tomo II, pág. 620-622.

inaplicabilidad a su respecto del estatus de privilegio que, fundamentalmente en el contexto del Derecho Internacional, se atribuye a los delitos políticos. En el mismo inciso 3º del artículo 9º, la Constitución establece, por otra parte, la inaplicabilidad del indulto particular en relación con los condenados por delito terrorista, salvo en caso de que el indulto tenga por objeto la conmutación de la pena de muerte por la de presidio perpetuo. Debe señalarse, además, que el inciso 2º del artículo 9º de la Constitución establece un catálogo de penas accesorias a las penas asignadas a cada delito terrorista en particular.

También en el contexto de la regulación constitucional, se dispone que el procesamiento y la condena de una persona por delito terrorista traen aparejadas consecuencias relativas al goce del derecho de sufragio y de la calidad de ciudadano, respectivamente. En efecto, el artículo 16 Nº 3 de la Constitución prescribe que el derecho de sufragio se suspende por el hecho del procesamiento por delito que la ley califique como conducta terrorista (aun en la hipótesis que no tuviera asignada pena aflictiva). Y el artículo 17 Nº 3 establece la pérdida de la calidad de ciudadano por el hecho de la condena por delito constitutivo de conducta terrorista.

En el contexto de la regulación constitucional, respecto de la procedencia de la libertad provisional en tanto derecho o facultad del detenido o preso, también se contempla un estatuto de excepción. El artículo 19 Nº 7, letra e), inciso 2º establece una serie de restricciones para la concesión de la libertad provisional respecto de personas procesadas por delitos terroristas, entre las cuales figuran la consulta como trámite obligatorio a falta de apelación en contra de la resolución que la conceda en primera instancia, la exigencia de que la apelación o consulta sea conocida por el tribunal superior integrado exclusivamente por miembros titulares y la exigencia de que su concesión sea acordada por unanimidad.

En el nivel de regulación legal, se establece un régimen de determinación de la pena que, en términos generales, tratándose de delitos terroristas a los cuales subyace un delito común como delito base, consiste un aumento de la pena correspondiente a éste. El artículo 3º de la Ley 18.314 dispone, para tales supuestos, el aumento en uno, dos o tres grados de la pena establecida en el Código Penal (o en la Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado, tratándose de las conductas tipificadas en el artículo 2º Nº 3 de la Ley 18.314). También en cuanto a la determinación legal de la pena, el artículo 7º, inciso

¹⁰ Historia de la Ley 19.027, pág. 31-32.

1º, de la misma ley dispone la aplicación de la pena mínima asignada al delito (terrorista) consumado para los casos de tentativa de delito terrorista, lo cual constituye otra excepción, dado que la regla general en materia de penalidad de la tentativa está constituida por la disminución en uno (delito frustrado) o en dos grados (tentativa en sentido estricto) de la pena asignada al respectivo delito consumado, según lo dispuesto en el artículo 7º del Código Penal.

Debe destacarse otra excepción en cuanto a la penalidad de las conductas terroristas. El mismo artículo 7º establece en su inciso 2º que “[l]a amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los mencionados delitos, será castigada como tentativa del mismo”. Esto significa que una conducta que bajo la regulación general del Código sería considerada como delito de amenazas condicionales graves (artículo 296 N° 1 o N° 2), supuesta la imposición de una condición bajo la amenaza formulada, o como delito de amenazas simples (artículo 296 N° 3), resulta equiparada, al menos desde el punto de vista de la pena aplicable, a la tentativa del delito con cuya ejecución se amenaza, a la cual, a su vez, también corresponde un tratamiento excepcional, según ya se indicó.

Esta breve enunciación de algunas de las consecuencias agravatorias que implica la calificación de un delito como terrorista demuestra la importancia, en atención a esas consecuencias, del análisis de la estructura de injusto de los delitos terroristas, precisamente porque en su estructura de injusto debería encontrarse alguna base para la justificación de su estatuto de excepción. De lo contrario, la regulación se enfrentaría a una objeción de legitimación en función de la prohibición de exceso que deriva del principio de proporcionalidad. En otras palabras, la gravedad de las consecuencias derivadas de la calificación de un delito común como delito terrorista requiere que esa calificación revista el carácter de un razón de peso para fundamentar una mayor gravedad proporcional del hecho en relación con el hecho meramente constitutivo del delito común.

La sujeción al principio de proporcionalidad impone en este ámbito una exigencia de interpretación restrictiva. La satisfacción de esta exigencia es particularmente importante tratándose de la regulación establecida por la Ley 19.207. Como ya se ha dicho, esta reforma prescindió de dos rasgos relevantes en la caracterización del delito terrorista, a saber, la connotación ideológica y la condición organizada de su comisión. A la luz de los antecedentes ofrecidos por la historia fidedigna de su establecimiento, es

evidente que esta prescindencia no tuvo por finalidad atenuar la gravedad del delito terrorista, ni menos aún disminuir su especificidad como delito calificado. Por tal razón, es evidente que las nuevas circunstancias calificantes deben ser interpretadas en un sentido tal que compensen la prescindencia de esas otras características, expresando de modo inequívoco que la gravedad del comportamiento terrorista se mantiene o incluso se refuerza con la redefinición introducida por la reforma legal.

3.2. *Los criterios de calificación de delitos terroristas.*

Como se expuso arriba, el principio regulativo de la legislación actualmente vigente consiste en estructurar los delitos terroristas sobre la base de una calificación de determinados delitos comunes en tanto de delitos base, en función de su comisión con una determinada finalidad. Esto es plenamente predicable de la regla del N° 1 y de la regla del N° 5 (asociación ilícita terrorista) del artículo 2°, no así de las reglas de los N°s 2, 3 y 4. Ello, porque en estos últimos numerandos, la referencia no corresponde, en estricto rigor, a delitos establecidos en el Código Penal o en otro cuerpo legal, sino a conductas lesivas o potencialmente lesivas para determinados intereses, formalizados como objetos de protección, las cuales, en tanto sean ejecutadas con alguna de las dos finalidades expresadas en el artículo 1°, también constituyen delitos terroristas.

Es posible sostener, no obstante, que en muchas de las hipótesis concebibles, las conductas descritas en los N°s 2, 3 y 4 del artículo 2° sí serían típicas en el sentido de una o más disposiciones del Código Penal o de leyes especiales. Considérese, por ejemplo, las conductas descritas en el N° 2: “[a]poderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público o en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes”. En varios supuestos plausibles, la ejecución de alguna de estas conductas podría implicar la realización del tipo de un delito contra la propiedad (eventualmente el tipo del hurto o el tipo de daños) o del tipo del delito de lesiones en grado de tentativa o de delito frustrado. En todo caso, dado que el objeto de este informe está constituido por la determinación de las exigencias típicas del delito de incendio terrorista, el análisis puede circunscribirse, a primera vista al menos, al ámbito del N° 1 del artículo 2 de la Ley 18.314.

Como ya se indicó, según el criterio expresado en el texto legal, la calificación de un delito como terrorista presupone su comisión con determinada finalidad. Esta finalidad es alternativa, pudiendo consistir o en “la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie” (artículo 1º, circunstancia 1ª) o en la finalidad de “arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias” (artículo 1º, circunstancia 2ª).

Respecto del primer criterio alternativo de calificación es necesario realizar algunas precisiones adicionales.

Según el propio tenor literal de la disposición, no es suficiente la concurrencia de la sola finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella para que el delito común en cuestión pueda calificarse de terrorista. La misma disposición establece, en efecto, dos criterios de concreción que operan como modos de cualificación de dicha finalidad. Según dispone el artículo 1º, circunstancia 1ª, de la Ley 18. 314, el delito en cuestión debe cometerse con la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella, “sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas”. La importancia de esta cualificación radica en que ella introduce una dimensión objetiva en la configuración de la finalidad, que en tanto finalidad, en principio, constituye un elemento eminentemente subjetivo, más allá de cuál sea su estructura, cuestión que será examinada más adelante.

Lo que debe analizarse ahora son las consecuencias de la comprensión de los delitos terroristas como delitos calificados para la identificación del objeto de protección de las normas que subyacen a la regulación de la Ley 18.314.

Suele plantearse una consideración de la protección punitiva subyacente a la regulación de los delitos terroristas como una protección de carácter dual, en el sentido de que el objeto de protección sería doble. En un primer nivel se desplegaría la protección de determinados intereses individuales, mientras que en un segundo nivel, la protección de determinados intereses supraindividuales o colectivos. La fundamentación de esta tesis se construye a partir de la comprensión de los delitos terroristas como delitos comunes (enumerados en el artículo 2º de la Ley 18.314) cuyo disvalor de injusto se incrementa en función de la finalidad específica que concurre en su comisión. Así, en

su dimensión de delitos comunes, el objeto de protección estaría constituido por uno o más intereses individuales. Y en su dimensión de delitos calificados, a la protección de aquellos intereses individuales se agregaría la protección de algunos intereses supraindividuales o colectivos cuya afectación se vincularía a la concurrencia de aquella circunstancia que da lugar a la calificación del delito, o sea, por la finalidad específica en su comisión. Estos intereses colectivos corresponderían, en principio, a la seguridad pública y/o el orden público y, según algunos, también a la organización del Estado democrático de Derecho¹¹ o al ordenamiento constitucional democrático¹². Es innegable, en todo caso, que la plausibilidad de la consideración de estos últimos intereses colectivos como objeto de protección de la regulación de los delitos terroristas disminuye notablemente en la medida en que se constata la falta de relevancia de la finalidad política o político-social y la falta de relevancia de la organización de personas como elementos constitutivos del concepto de delito terrorista, como es el caso bajo la regulación chilena.

Esta distinción entre dos niveles de protección deriva, además, en una distinción relativa a la configuración de la víctima en los delitos terroristas. Así, resulta posible considerar como víctimas del delito terrorista tanto a las denominadas “víctimas de la agresión”, que son los sujetos cuyos intereses individuales son directamente afectados (lesionados o puestos en peligro) por la conducta delictiva, como a las denominadas “víctimas de la intimidación”, es decir, aquellos sujetos que padecen las consecuencias del efecto perturbador que se atribuye al delito en cuestión y que justifica su calificación como terrorista, y que pueden incluso identificarse con la sociedad en su conjunto. Y en tanto se considera también el orden constitucional democrático como objeto de protección, se podría postular aun al propio Estado como víctima del delito terrorista¹³. La tendencia dominante, en todo caso, está constituida por la consideración de un “sujeto pasivo indiferenciado” como paradigma de víctima en el contexto de los delitos terroristas. El déficit categorial que se advierte en relación con este punto, sin embargo, sólo puede conducir a una posición de escepticismo en cuanto al rendimiento dogmático de estas aproximaciones victimológicas.

¹¹ Del Barrio y León, *op. cit.*, pág. 201.

¹² Villegas, *op. cit.*, pág. 609 y ss.

¹³ Villegas, *op. cit.*, pág. 642-643.

Si bien esta explicación dualista resulta a primera vista plausible, no es del todo satisfactoria bajo esta formulación. En primer término, porque es problemático sostener que todos los delitos indicados en el N° 1 del artículo 2° constituyen atentados contra bienes jurídicos individuales. Es cierto, por ejemplo, que puede interpretarse los delitos de los artículos 313 d), 315 y 316 del Código Penal como delitos que no afectan la salud pública (pese al encabezado del § 14 del Título VI del Libro II del Código Penal, que regula los “Crímenes y simples delitos contra la salud pública”) sino la salud de cada uno de los habitantes o de un número indefinido de ellos¹⁴. Sin embargo, es discutible que aun bajo tal interpretación el objeto de protección en tales delitos corresponda, efectivamente, a intereses individuales. Parecería que se trata, más bien, de condiciones generales de seguridad que constituyen un presupuesto de la protección de la salud individual.

De todos modos, incluso concediendo que se trate, en todos los casos, de intereses individuales, no puede obviarse el hecho de que el modo específico en que se produce la afectación del respectivo interés no es uniforme en todos los delitos del artículo 2° N° 1. Respecto del homicidio, las lesiones y el secuestro, por ejemplo, su estructura típica corresponde inequívocamente a la de los delitos de lesión. Esto no resulta predicable de los demás delitos enunciados en la disposición, cuya estructura típica corresponde, en cambio, a la de delitos de peligro (siempre bajo el supuesto de que el objeto de protección respectivo esté constituido por uno o más intereses individuales). Esto es así aun respecto de los delitos de incendio y de estragos, sobre los cuales se tratará más adelante.

Por otra parte, la explicación de la protección subyacente a las normas punitivas que establecen los delitos terroristas como una protección dual resulta insuficiente en la medida en que no se hace explícita la relación específica que se establece en los dos niveles de protección. Esta relación consiste en que la afectación de los intereses correspondientes al nivel de los delitos comunes eventualmente calificables como terroristas (en virtud de la concurrencia de la finalidad exigida por el tipo del delito terrorista) constituye un presupuesto de la eventual afectación de los intereses correspondientes al nivel de los delitos terroristas como delitos calificados. En otros términos, la articulación de la protección dual no se produce en función de una simple

¹⁴ Así, Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág.

adición de objetos de protección de diversa clase, sino que se produce en función de la estructuración de un vínculo de implicación entre la protección de los intereses correspondientes al primer nivel y la protección de los intereses correspondientes al segundo nivel. Esto significa que el segundo nivel es más que un mero nivel ulterior de protección. El segundo nivel de protección es un meta-nivel de protección, en el sentido de que la afectación de los intereses cuya protección se dispone en este segundo nivel presupone la afectación de los intereses cuya protección se dispone en el primer nivel. Y sólo una determinada afectación (ya sea como lesión o puesta en peligro), no cualquiera, de los intereses que constituyen el objeto de protección del primer nivel puede dar lugar a la afectación de los intereses que constituyen el objeto de protección en el segundo nivel.

De esto podría inferirse la conclusión provisoria de que la afectación de los intereses protegidos por las normas subyacentes a los delitos comunes eventualmente calificables como terroristas es una condición necesaria, pero no suficiente, de la afectación de los intereses protegidos por las normas subyacentes a los delitos (ya calificados como) terroristas.

La afectación de la seguridad pública (y, eventualmente, del ordenamiento constitucional democrático) presupone, por ende, una afectación cualificada de aquellos intereses protegidos por la regulación de los delitos comunes como delitos base susceptibles de ser calificados, precisamente en virtud de esa cualificación, como delitos terroristas. Bajo la regulación de la Ley 18.314, esa cualificación se expresa en la exigencia de la comisión de delitos con una determinada finalidad específica. De ahí que esta finalidad deba ser objeto de análisis a continuación.

3.2. *La finalidad de causar temor en la población o en una parte de ella como elemento subjetivo del tipo.*

La relevancia que la regulación de la Ley 18.314 atribuye a la concurrencia de la finalidad alternativa señalada en el artículo 1º es máxima, en la medida en que constituye el factor que determina la calificación de los delitos (y de las conductas) indicados en el artículo 2º como delitos terroristas, con las graves consecuencias que ello implica tanto

desde el punto de vista de su penalidad, como desde el punto de vista de su tratamiento procesal.

La finalidad de producir un temor en la población o en una parte de ella constituye un elemento subjetivo del tipo de los delitos terroristas. Sin embargo, y como se señaló arriba, la propia regulación introduce una vía de concreción a partir de la cual es posible atribuir una dimensión objetiva a la configuración de este elemento típico. Esta vía de concreción está constituida por la referencia legal a la naturaleza y efectos de los medios de comisión del delito o a la evidencia de un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas como circunstancias a través de las cuales se materialice la intención del agente de producir el temor.

En principio, este elemento subjetivo corresponde en su estructura a una tendencia interna trascendente, lo cual implica considerar a los delitos calificados como terroristas en virtud de su concurrencia como delitos de intención, los cuales pueden ser definidos como aquellos en que “la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo”¹⁵. Dentro de los delitos de intención o de tendencia interna trascendente, se distingue, a su vez, entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados de dos actos, según si el resultado adicional debe producirlo la propia conducta típica o si debe producirlo una segunda conducta ulterior, respectivamente.

Lo que singulariza a la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella es el hecho de que el autor pretende, a través de su conducta, producir aquel estado de cosas (el temor), sin que su efectiva producción sea, empero, condición necesaria para la consumación. Así, el delito terrorista cometido con esta finalidad constituye un delito de resultado cortado. Esto no implica que, como pretende sostener alguna doctrina, “bast[e] para la configuración del tipo la presencia en el autor de la intención o propósito, independientemente de que objetivamente se realice la conducta”¹⁶. Pues para la configuración del tipo se requiere la realización de la conducta típica, que en los casos que aquí interesan corresponde a un delito común como delito base. Por lo demás, no debe olvidarse que, en todo caso, la consumación corresponde a un momento formal, cuya determinación constituye una cuestión de técnica legislativa a

¹⁵ Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997, § 10, núm. 84.

¹⁶ Villegas, *op. cit.*, pág. 667.

la cual subyace una decisión de política criminal, sin que pueda equipararse analíticamente a la noción de lesión de un bien jurídico.

La afirmación anterior, sin embargo, no obsta a que en la reconstrucción racional de la estructura de injusto de los delitos terroristas pueda formularse alguna exigencia típica adicional, incluso referida a la dimensión objetiva de la conducta, siempre que existan razones que lo justifiquen. Se trata, entonces, de la posibilidad de fundamentar una exigencia de aptitud *ex ante* de la conducta respecto de la producción de aquel estado de cosas cuya verificación trasciende a la consumación del delito, y que en este ámbito corresponde a la producción de temor en la población en una parte de ella.

En este sentido, existe un antecedente de la historia del establecimiento del nuevo artículo 1º de la Ley 18.314 que debe ser considerado. En el primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, se señala que en la primera propuesta formulada por dicha Comisión, se establecía tres criterios alternativos para la calificación de una conducta como terrorista. Uno de estos criterios consistía en la circunstancia de

“[q]ue el delito se cometa usando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos, que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado tales como artificios explosivos, infecciosos u otros que puedan ocasionar estragos o extender sus efectos a un grupo determinado de personas, particularmente si éstas son ajenas a los móviles del delito, tanto si dichos medios se emplean efectivamente o si se intimida verosimilmente con su uso”.

La exclusión posterior de este criterio de calificación podría inducir a sostener que la ley aprobada, en definitiva, prescindió de la consideración de la naturaleza de los medios o métodos empleados en la comisión del delito o en la ejecución de la conducta como elemento objetivamente relevante para la tipicidad del delito terrorista. Esto, sin embargo, debe ser puesto en entredicho. En el contexto del debate parlamentario, se objetó la inclusión de este criterio para la atribución del carácter de terrorista a un delito o una conducta determinada. Sin embargo, el fundamento de la exclusión no radicó, según sus defensores, en una negación de la necesidad de que los medios o métodos

empleados en la comisión de delitos terroristas tuviesen que ser perversos, crueles, bárbaros o alevosos, etc., sino en la consideración de que esa sola circunstancia no basta para la atribución de la calidad de delito terrorista.

A este respecto, ha de considerarse el debate que tuvo lugar en la tramitación del proyecto en la Cámara de Diputados a propósito de la indicación que el Ejecutivo presentara recogiendo la propuesta de regulación presentada por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la misma Cámara. El diputado Alberto Espina argumentó en contra de la indicación presentada por el Ejecutivo, precisamente porque ésta dejaba de lado este criterio de calificación adicional propuesto por la Comisión. El diputado Espina sostuvo que “la definición del Ejecutivo, en este sentido, adolece de una seria deficiencia, por cuanto no establece con toda claridad -como sí lo hacía la propuesta inicial de la Comisión- que un delito determinado, por el solo hecho de producir o de poder producir daño indiscriminado, se transforme en un delito terrorista”¹⁷. Frente a esta objeción, el diputado Gutemberg Martínez esgrimió dos argumentos en defensa de la indicación propuesta por el Ejecutivo. El primero consistió en sostener que no sería correcto afirmar que todo delito cometido con métodos crueles es necesariamente un delito terrorista. El segundo argumento es más importante para lo que aquí interesa. Según el diputado Martínez, la figura del daño indiscriminado “está contemplada, en lo que corresponde, en la expresión “medios empleados, sea por su naturaleza y efectos”. Es decir, el daño indiscriminado que tiene su origen en artificios explosivos e incendiarios o en medios tóxicos, corrosivos o infecciosos, que son los del tipo que pueden generar estragos o daños indiscriminados, están, a mi juicio, contenidos en el concepto aquí planteado”¹⁸. Debe destacarse que tras la intervención del diputado Martínez se clausuró el debate y se procedió a la votación de la disposición del N° 1 del artículo 1° de la propuesta del Ejecutivo, disposición que fue aprobada.

Según se desprende de la discusión parlamentaria, la utilización de métodos de esa naturaleza podría entenderse implicada en la descripción de la conducta dirigida a causar temor en la población o en una parte de ella. En otros términos, bajo esta representación legislativa, la utilización de medios o métodos capaces de producir daños indiscriminados sería condición necesaria, pero no suficiente, para la calificación de un delito como terrorista.

¹⁷ Historia de la Ley 19.027, pág. 78.

Este antecedente podría servir de premisa para la formulación interpretativa de una exigencia de aptitud o idoneidad intensificada de la conducta en cuestión, en función del modo y de los medios de comisión del delito, para producir el estado de temor (justificado) de la población o de parte de ella (de ser víctima de delitos de la misma especie) que en el nivel del tenor literal de la disposición sólo parece relevante desde el punto de vista de la subjetividad del agente, como elemento común del tipo de los delitos terroristas (o, al menos, de los delitos calificados como terroristas en virtud del artículo 1°, circunstancia 1ª, de la Ley 18.314). Esta tesis volverá a ser planteada en el contexto del análisis de la presunción de la finalidad de producir temor en la población establecida en el artículo 1°, circunstancia 1ª, inciso 2°.

El segundo criterio alternativo de concreción de la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie está constituido la referencia a “la evidencia de que [el delito] obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo de determinado de personas”. El establecimiento de este criterio expresa una decisión de política criminal orientada a la criminalización de lo que se conoce como terrorismo selectivo, esto es, aquella manifestación del terrorista caracterizada por la selección de determinados sujetos como objeto de la acción a través de la cual se pretende la creación de un estado de temor generalizado.

La dificultad que plantea la interpretación de esta parte de la disposición consiste en la necesidad de una determinación del vínculo que debe existir entre la finalidad del agente de producir el temor y la evidencia de la existencia de un plan de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas. Esto, porque la evidencia de la existencia de tal plan debe ser en algún sentido imputable al autor del delito, por exigencia del principio de culpabilidad. La imputación subjetiva al agente parecería ser una condición irrenunciable. La pregunta se dirige, entonces, a la posibilidad de construir, además, una exigencia de imputación objetiva, esto es, una exigencia de que la evidencia de un plan de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas derive de la propia conducta cuya punibilidad como delito terrorista se examina. De ser correcta, esta exigencia podría concretarse en una cualificación de la conducta típica como una

¹⁸ Historia de la Ley 19.027, pág. 80.

conducta tal que su realización no resultaría plausible sin la existencia de un plan (atribuible subjetivamente a sus ejecutores) dirigido a atentarse contra una categoría o grupo determinado de personas. Luego, una conducta que no satisficiera esta condición no sería punible, al menos a título de delito terrorista.

3.3. *La presunción de la finalidad de producir temor en la población.*

La posibilidad de derivar una exigencia de adecuación objetiva de la conducta para producir temor en la población como elemento típico de los delitos terroristas a partir de la referencia legal a una tendencia subjetiva del agente se vuelve aún más justificable en tanto se atiende a la función que desempeña la presunción de la finalidad de producir temor en la población establecida en el artículo 1º, circunstancia 1ª, inciso 2º, de la Ley 18.314. En dicho inciso se dispone lo siguiente:

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

En principio, puede sostenerse que la regla examinada establece una presunción simplemente legal (pues se contempla la cláusula “salvo que conste lo contrario”) de que en el agente concurre la finalidad exigida como elemento subjetivo del tipo para que pueda imputarse la comisión de un delito terrorista. La justificación de la presunción se encontraría, bajo esta interpretación, en la dificultad probatoria que supone la determinación de la finalidad exigida por la ley para la calificación de terrorista del delito base cometido (o de la conducta ejecutada) por el agente. Concurriendo las circunstancias que operan como premisa de la presunción, la finalidad de producir temor en la población se entiende probada, salvo, ciertamente, que conste lo contrario.

Sin embargo, el establecimiento de la presunción también podría entenderse desde otro punto de vista, a saber, en el sentido de una confirmación del hecho de que a la regulación subyace una exigencia de la adecuación objetiva de las conductas subsumibles en los tipos de delitos terroristas para la producción de temor en la población. Desde esta perspectiva, la presunción podría explicarse como una declaración legislativa de que, cometiéndose el delito en la forma descrita en la disposición, el agente (y cualquier sujeto en su lugar) no puede sino pretender producir temor en la población, precisamente por la aptitud de su conducta para generar ese temor. Satisfecha esta exigencia, la calificación (y, por consiguiente, el tratamiento agravatorio que ésta conlleva) del delito como terrorista se encontraría justificada.

Es particularmente importante constatar que el presupuesto de la aplicabilidad de la presunción está constituido por la comisión del delito a través de determinados medios. La enumeración que la disposición efectúa no parece ser taxativa, puesto que contiene una referencia genérica a “otros [medios] que pudieren ocasionar grandes estragos”. Esta referencia hace posible la inferencia de que el principio regulativo subyacente consiste en una exigencia de cualificación de los medios comisivos. Esta exigencia de cualificación se concreta en la exigencia de que se trate de medios de comisión (estén o no específicamente enunciados) que sean potencialmente idóneos para ocasionar grandes estragos. Problema distinto es que la referencia genérica a otros medios igualmente idóneos en tal sentido constituya una infracción al mandato de determinación que deriva del principio de legalidad, a partir de lo cual podría plantearse la (in)constitucionalidad de la disposición. Lo que se intenta poner de manifiesto es que la exigencia de medios cualificados parece ser el criterio de determinación de la aptitud de la conducta para la producción del temor que debe ser imputada como intención al agente. Esta consideración es importante para el análisis del delito de incendio terrorista, en la medida en que se advierte que uno de los medios cuya utilización en la comisión de los delitos y en la ejecución de las conductas enumerados en el artículo 2º posibilita la aplicación de la presunción son los “artificios incendiarios”. La cuestión de la interpretación de esta expresión será planteada más adelante.

Esta comprensión del fundamento de la presunción produce algunas consecuencias en el contexto de su aplicación. Esto, porque aquello que es objeto de presunción es la finalidad de producir temor de volver a ser víctima de la misma especie “en la población en general”. No obstante, la finalidad que según artículo 1º, circunstancia

1ª, da lugar a la calificación del delito como terrorista puede también orientarse a la producción de temor en sólo una parte de la población. Bajo una interpretación objetivista de la presunción, no obstante, sería metodológicamente incorrecto establecer, primero, que la conducta de que se trate fue ejecutada con la finalidad de producir temor en una parte de la población para sostener, después, la inaplicabilidad de la presunción dado que ésta sólo se refiere a la finalidad de producir temor en la población en general. Lo correcto sería, en cambio, determinar si concurre o no el presupuesto fáctico de la presunción, de modo tal que en caso de ser afirmativa la respuesta no pudiera sino entenderse que el delito ha sido cometido con la finalidad de producir temor en la población en general. Ciertamente, en la medida en que constara lo contrario, la presunción sería inaplicable, pues se trata de una presunción simplemente legal (y una prohibición de derecho estaría proscrita por el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución).

La pregunta que se suscita, entonces, apunta a si la constancia de la finalidad restringida (producir temor en una parte de la población) implica o no, analíticamente, la exclusión de la finalidad amplia (producir temor en toda la población). La respuesta debe venir dada por la forma en que se interprete el término “finalidad”. Si se lo equiparse al dolo directo de primer grado, en principio habría que afirmar la incompatibilidad de la concurrencia de la primera finalidad con la de la segunda. Si se lo equiparase al dolo directo de segundo grado (dolo de las consecuencias necesarias) podría afirmarse la compatibilidad.

Mucho más importante que lo anterior, en todo caso, es destacar que la formulación de la exigencia de una cualificación de los medios comisivos como presupuesto de la presunción ha tenido acogida jurisprudencial. En un fallo de primera instancia pronunciado por una Ministro en Visita de la Corte de Apelaciones de Santiago y que fuera confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago como tribunal *ad quem*, se sostuvo que la configuración de la presunción requería que se trate de “armas de gran poder destructivo, sin que pueda denominarse como tales, algunas de fabricación casera, escopetas recortadas, revólveres, pistolas u otras armas cortas”¹⁹. Esto da cuenta de la tendencia potencialmente restrictiva de los medios comisivos (cuya utilización posibilita la

aplicación de la presunción) que subyace a la comprensión de la presunción como expresión de una exigencia de cualificación.

3.4. *La calificación por la finalidad de arrancar resoluciones de o imponer exigencias a la autoridad como elemento subjetivo del tipo.*

Este es el segundo criterio alternativo de calificación, establecido en el artículo 1º, circunstancia 2ª, de la Ley 18.314. Este criterio no se encontraba establecido en el proyecto del Ejecutivo, siendo introducido en virtud de una indicación presentada por un grupo de diputados, bajo la justificación de tratarse de un elemento reconocido tanto en la doctrina como en el derecho comparado²⁰. Sin embargo, su inclusión como criterio de calificación autónomo, en el sentido de que posibilita la imputación a título de delito terrorista respecto de conductas a las cuales no sea atribuible, ni objetiva ni subjetivamente, la producción de un estado de temor y, por ende, una afectación de la seguridad pública, no deja de ser controvertible desde el punto de vista de la política jurídica. De ahí que de *lege ferenda* su vigencia sea examinada críticamente²¹.

Al igual que la finalidad de la circunstancia 1ª del artículo 1º, se trata de un elemento subjetivo del tipo, que parecería corresponderse con la estructura de una tendencia interna trascendente. Sin embargo, en de los delitos que son calificados de terroristas en función de la concurrencia de esta finalidad, la estructura típica derivada de la exigencia de esta tendencia interna trascendente no es la de un delito de resultado cortado sino la de un delito mutilado de dos actos. Esto se funda en la propia significación de la finalidad de arrancar resoluciones de la autoridad o de imponerle exigencias, que por definición supone la intención de ejecutar un segundo acto para la producción del estado de cosas que se atribuye a la subjetividad del agente. Ciertamente, en todo caso, por tratarse de una tendencia interna trascendente (que, por tanto, no forma parte del dolo) no se requiere la ejecución del segundo acto para la realización del tipo, esto es, para la consumación del delito.

¹⁹ Vid. “Contra Paula Carrasco y otros”, Rol N° 49.595-91 (primera instancia), N° de ingreso 40-561-92 (Corte de Apelaciones de Santiago), considerandos 10, 11 y 12.

²⁰ Historia de la Ley 19.027, pág. 56.

²¹ Vid. Villegas, *op. cit.*, pág. 679-680.

Bajo esta explicación, la existencia de esta hipótesis de tipicidad a título de delitos terroristas se muestra como un adelantamiento de la punibilidad (o al menos, de la punibilidad calificada que subyace a la regulación de los delitos terroristas) que resulta sumamente difícil de justificar. Debe tenerse presente que lo que esta hipótesis posibilita es la imputación de responsabilidad penal a título de delito terrorista por la comisión de un delito (que en tanto tal sería punible) o por la ejecución de una conducta eventualmente atípica de aquellos indicados en el artículo 2°, que bajo la representación del agente se encuentra en una relación de medio a fin respecto de la eventual exigencia (futura) de una o más condiciones a la autoridad. La explicación del fin de protección de la norma podría encontrarse en que la autoridad, en tal situación, probablemente se hallaría en una posición de debilidad por la posibilidad de que a un eventual rechazo de la o las condiciones impuestas siguiera la comisión de nuevos delitos o la ejecución de nuevas conductas de aquellos indicados en el artículo 2°. Luego, se trataría de un curso de acción que, de realizarse completamente (lo cual no es necesario, porque la finalidad es sólo una tendencia interna trascendente), constituiría un caso de ejercicio de amenaza coercitiva en la forma de *vis compulsiva conminatoria*. Esto supone calificar como delito terrorista una tentativa (inacabada) de delito de amenazas condicionales por la sola consideración de que el destinatario de la amenaza (aun no formulada) es la autoridad.

Lo anterior revela la trascendencia de la interpretación del término “autoridad” en el contexto de la disposición. Desde ya, puede excluirse a toda persona u organización de personas que no constituya o no se desempeñe en un órgano del Estado.

A diferencia de lo que ocurre con la finalidad de producir temor, respecto de la finalidad de arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias la regulación no compensa la dificultad probatoria con el establecimiento de una presunción. De ahí que su operatividad como criterio de calificación resulte comparativamente menor.

3.5. *Excurso: la organización terrorista como presupuesto típico de los delitos terroristas.*

Arriba se hizo referencia a la exclusión que bajo la regulación de la Ley 18.314 se establecía respecto del elemento de organización de personas como exigencia típica de los delitos terroristas, fundamentalmente en razón de la tipificación autónoma de la figura

de asociación ilícita terrorista. También se indicó cómo, de este modo, la regulación chilena prescinde de uno de los factores que más consenso genera para la elaboración de un concepto de delito terrorista a nivel comparado²².

Es importante precisar que una eventual exigencia de una organización de personas como presupuesto de la imputación por delitos terroristas no supondría configurar esa imputación como una imputación colectiva. No se trataría de la articulación de una imputación de responsabilidad a la organización, sino de la articulación de la exigencia de una actuación en el contexto de una organización como presupuesto de la imputación individual.

En todo caso, parecería que, en principio, los delitos establecidos en la Ley 18.314 son susceptibles de ser cometidos de manera individual sin que se requiera una organización de personas, salvo, ciertamente, tratándose del delito de asociación ilícita terrorista. Sin embargo, en la jurisprudencia parecería tener alguna acogida una tesis distinta. En fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago en el “caso Edwards”, se procedió a formular una definición del concepto de delito terrorista, del siguiente tenor:

“[C]onstituyen delitos terroristas los actos de violencia armada contra la vida, la salud, la libertad de las personas señaladas en la ley, que ejecutados de un modo sistemático y planificados [sic], tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático; o sea, violencia organizada con fines políticos sociales [...]”²³

La referencia a la ejecución de modo sistemático y planificado, así como la definición sintética del delito terrorista como violencia organizada, reflejan la idea de una organización como elemento constitutivo del delito terrorista. No obstante, si se toma en cuenta que la misma definición también alude, y con la misma liviandad, a la finalidad

²² En el contexto de la dogmática española, en este sentido, Lamarca, Carmen, *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, Madrid, 1993, pág. 551.

²³ Gaceta Jurídica N° 149, 1992, pág. 91 (considerando 5°).

política como elemento del delito terrorista, ha de concluirse que el esfuerzo emprendido por la Corte carece del rigor suficiente como para justificar una consideración seria.

4. *El delito de incendio terrorista.*

De acuerdo con lo establecido en el N° 1 del artículo 2° de la Ley 18.314, entre aquellos delitos cuya comisión en las circunstancias descritas en el artículo 1° produce su calificación como delito terrorista se encuentra el delito de incendio, específicamente, las hipótesis típicas establecidas en los artículos 474, 475 y 476 del Código Penal. Luego, en principio puede afirmarse que la realización de alguna de tales hipótesis típicas del delito de incendio con la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella (orientada según alguno de los dos criterios de concreción alternativos: por la naturaleza o efectos de los medios o por la evidencia de la existencia de un plan premeditado) o con la finalidad de arrancar resoluciones de o imponer exigencias a la autoridad, es constitutiva del delito de incendio terrorista.

La verificación de esta afirmación supone, en primer término, una referencia al problema del objeto de protección en el delito de incendio común y en el delito de incendio terrorista y, en segundo término, un examen de las consecuencias de la comprensión de los delitos terroristas como delitos calificados para la determinación de la posibilidad de la formulación de una exigencia cualificada en cuanto al modo de comisión del delito de incendio para su consideración como delito terrorista.

4.1. *El objeto de protección en el delito de incendio común y el objeto de protección en el delito de incendio terrorista.*

Según lo sostenido arriba, la estructuración del objeto de protección de las normas subyacentes a la regulación de los delitos terroristas puede construirse a partir de una distinción entre dos niveles de protección. En principio, el primer nivel de protección tendría como objeto de referencia a uno o más intereses individuales (y, eventualmente, algunas condiciones de seguridad en tanto presupuesto de la tutela de esos intereses individuales) susceptibles de ser lesionados o puestos en peligro por la comisión del

delito base o la ejecución de la conducta eventualmente calificable como terrorista en tanto se verifique el supuesto de algún criterio de calificación. En términos generales, en la doctrina chilena se sostiene que tales intereses individuales, de *lege ferenda* al menos, no podría ser otros que la vida, la integridad corporal o la salud y la libertad de las personas²⁴. Esta tesis podría dar lugar a un rechazo de la inclusión de los delitos de incendio y estragos en el catálogo de delitos calificables como terroristas, en el entendido de que el bien jurídico protegido por las normas subyacentes a los tipos de estos delitos fuese la propiedad. Esta premisa, sin embargo, sería incorrecta.

Ciertamente, existe un argumento importante para postular que el objeto de protección en los delitos de incendio y estragos es la propiedad. Este argumento atiende a la sistematización legal establecida en el Código Penal. En efecto, ambos delitos se encuentran regulados en el § 9 del Título IX del Código, el cual se refiere a los “crímenes y simples delitos contra la propiedad”.

Este argumento, no obstante, dista de ser concluyente, no sólo porque en general la sistematización del Código carece de un peso específico suficiente para ello (y desde luego su desconocimiento no constituye *per se* una infracción al principio de legalidad), sino también porque existe una razón dogmática que conduce a la necesidad de excluir la afectación de la propiedad como fundamento de la antijuridicidad material de los delitos de incendio y estragos. Esta razón dogmática consiste en que, según lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 482 del Código Penal, el incendio o estrago de cosa propia es punible. Señala la disposición referida que “[e]l culpable de incendio o estragos no se eximirá de las penas de los artículos anteriores, aunque para cometer el delito hubiera incendiado o destruido bienes de su pertenencia”. Si bien la referencia legal se concentra en el objeto de la acción (la cosa incendiada o destruida), de esta referencia se desprende necesariamente que la protección de la propiedad no puede ser el fundamento de la punición de los delitos de incendio y estragos, puesto que por definición el atentado contra cosa propia no puede constituir un delito contra la propiedad, pues la destrucción de cosa propia no es sino manifestación de la facultad de disposición implicada en el derecho de dominio, de modo tal que un atentado contra cosa propia, en cuanto tal, configura un supuesto de ejercicio y no de lesión del contenido fáctico de poder

²⁴ Del Barrio y León, *op. cit.*, pág. 200; Villegas, *op. cit.*, pág. 613.

correlativo a la posición jurídico-formal de propietario, o sea, de la propiedad en tanto objeto de protección jurídico-penal.

Luego, debe entenderse que el fundamento de la punibilidad del incendio y de los estragos no se vincula, en términos de la constitución de su núcleo de injusto, a la protección de la propiedad, sino a la protección de los miembros de la comunidad frente al peligro que implica para las personas y (eventualmente) para la propiedad un incendio o un daño cometido a través de medios catastróficos (estragos)²⁵. De esto resulta, además, la imposibilidad de postular la reconstrucción de un sub-sistema del sistema de los delitos contra la propiedad (a saber, el subsistema de los delitos de pura expropiación, contrapuestos a los delitos de expropiación con apropiación correlativa) en que se comprendiera tanto al delito de daños como al de incendio y al de estragos, precisamente porque sólo el primero se corresponde (siempre) con una situación de afectación de la propiedad.

4.2. *El incendio terrorista como incendio calificado.*

Según el principio general de la regulación, el delito de incendio puede calificarse de terrorista cuando, tratándose de la realización de las hipótesis a que se refiere el N° 1 del artículo 2° de la Ley 18.314, se comete en alguna de las dos formas que establece el artículo 1°. Por lo tanto, la calificación del incendio como terrorista depende de que en el agente concorra alguna de las dos finalidades que, en tanto elementos subjetivos del tipo, fundamentan, desde el punto de vista de la regulación, la punibilidad vinculada a la protección de los intereses colectivos constitutivos del meta-nivel de protección.

En virtud de lo anterior, para la calificación de un incendio como delito terrorista se requiere la satisfacción de la exigencia de una de las dos finalidades específicas que enuncia el artículo 1°. En una primera aproximación entonces, el problema se traduce en la forma de verificar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, supuesto que la realización de la hipótesis típica del delito de incendio base no presente complejidad

²⁵ De ahí que Villegas sostenga que el déficit de legitimación que afecta a la punibilidad como delito terrorista de determinados atentados contra la propiedad no concorra tratándose del incendio y los estragos bajo la regulación chilena, pues “en ellos al menos puede advertirse un peligro para las personas” (Villegas, *op. cit.*, pág. 614).

específica. En consecuencia, la cuestión más relevante y que justifica una consideración particular está constituida por la determinación de las exigencias implicadas en la aplicación de la presunción de la finalidad de producir temor en la población en general en función de los medios de comisión del delito. La dificultad del punto radica en que uno de los medios designados en la disposición que establece la presunción está constituido por los artificios incendiarios.

La pregunta que se suscita se refiere a la interpretación de la expresión “artificios incendiarios”. En este contexto, surge la tensión que necesariamente existe entre la posibilidad de una definición puramente funcional, conforme a la cual se entendiera que es artificio incendiario todo aquel objeto idóneo para producir un incendio, y la necesidad de una restricción semántica que sea consistente con la exigencia de una cualificación de los medios comisivos que justifica la presunción de la finalidad de producir temor en la población, en los términos arriba expuestos.

Respecto del delito de incendio terrorista, ha de defenderse una interpretación de “artefactos incendiarios” que exprese una restricción de su definición puramente funcional, pues de lo contrario la aplicación de la presunción se volvería circular. Si, en el contexto del análisis de la tipicidad del incendio terrorista, por artefacto incendiario se entendiera cualquier elemento cuya utilización posibilite la producción de un incendio, y ello bastase para la aplicación de la presunción, resultaría que todo incendio, necesariamente, sería constitutivo de delito terrorista, pues todo incendio supone, necesariamente, la utilización de un elemento idóneo para producir un incendio. Bajo esta interpretación funcional, la aplicación de la presunción y, por ende, la determinación de la concurrencia de la finalidad que justifica la imputación a título de delito terrorista, sería tautológica. Y debe rechazarse la posibilidad de que una tautología fundamente la aplicación de un estatuto tan lesivo como es el estatuto de los delitos terroristas. Tal aplicación constituiría una infracción inadmisibles de la prohibición de exceso impuesta por el principio de proporcionalidad como estándar de legitimación del *ius puniendi*.

Si lo anterior es correcto, la calificación de un incendio como delito terrorista por la vía de la presunción de la finalidad de producir temor en la población, requiere que en la ejecución del incendio se constate la utilización de elementos que sean susceptibles de ser considerados medios de comisión cualificados. La no concurrencia de medios de comisión cualificados debe conducir, por ende, a la inaplicabilidad de la presunción de la

finalidad en cuestión y, en esa medida, al rechazo de la calificación del incendio como delito terrorista.

5. *Análisis de los hechos del caso en relación con el tipo del delito de incendio terrorista*

Lo que corresponde ahora es la determinación de la tipicidad o la atipicidad de las conductas correspondientes a la relación de los hechos del caso “Poluco y Pidenco” en el sentido del delito de incendio de terrorista. Debe precisarse que, según lo sostenido por el Ministerio Público, la hipótesis específica de incendio terrorista cuya realización se imputa es la del artículo 476 N° 3 del Código Penal (“[e]l que incendiare bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos”), en relación con los artículos 1° y 2° de la Ley 18.314. Para los efectos de este informe, se asumirá como hipótesis de trabajo la tipicidad de las conductas analizadas en el sentido del delito de incendio en tanto delito base. El análisis se concentrará, por lo tanto, en la determinación de su punibilidad como incendio terrorista.

Según la acusación formulada y formalizada por el Ministerio Público, la calificación del incendio en cuestión como terrorista se fundaría “en que se da a [sic] su especie ambos presupuestos exigidos por Artículo 1 N° 1 en referencia esto es por la naturaleza y efectos de los medios empleados tanto por la evidencia de que los hechos obedecen a un plan premeditado para atentar con [sic] un grupo determinado de personas” (foja 5).

En opinión de la Fiscal, la concurrencia de primera circunstancia del artículo primero se basaría, primero, en la supuesta utilización de “tres botellas de material plástico con resto combustible en su interior la [sic] que eran utilizada [sic] como medio para acelerar la combustión” (foja 5). Según la Fiscal, ésta y las demás circunstancias del caso habrían producido “un fundado temor de la víctima de este delito de volver ser [sic] objeto del delito de la misma especie especialmente con un sector determinado de la población como son las Empresas Forestales y agricultores continuamente afectados” (fojas 5 y 6).

Partiendo por esto último, debe negarse la relevancia típica del temor efectivamente padecido por la supuesta víctima del delito. Esta afirmación no es sino la

consecuencia directa de la consideración de la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella, en tanto elemento del tipo, como una tendencia interna trascendente. Lo que se requiere, en cambio, es la atribución al agente de una determinada finalidad, vinculada, en lo que aquí respecta, a la naturaleza y efectos de los medios empleados. Como se trata del delito de incendio terrorista, la posibilidad de fundamentar la concurrencia de esa finalidad a partir de la supuesta constatación de la utilización de determinados medios supone que éstos exhiben alguna cualidad que exceda de su mera funcionalidad para producir un incendio, pues de lo contrario, y como se sostuvo arriba, habría que calificar todo incendio como terrorista, ya que en su comisión siempre tendría lugar la utilización de “artificios incendiarios”. Ese no puede ser el caso tratándose de algunas botellas plásticas que contengan combustible. Por ende, debe rechazarse la posibilidad de calificar como terrorista las conductas examinadas, al menos sobre la base de los antecedentes examinados, en virtud de la concurrencia de la finalidad de producir temor en la población en atención a la naturaleza y efectos de los medios empleados.

El Ministerio Público sostiene, no obstante, que en el caso también se encontraría satisfecha la segunda vía alternativa de concreción de la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella, esto es, en atención a la evidencia de la existencia de un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas. Según la Fiscal, la existencia de un plan premeditado de atentar contra las empresas forestales y los agricultores en tanto categoría o grupo determinado de personas se fundaría en que “[e]l fundo Poluco Pidenco que ya hemos señalado de propiedad de la Forestal Mininco ha sido objeto de diversos tipos de delitos en el último tiempo, como incendio de carácter intencional, tantos [sic] en sus bosques como campamentos, hurtos y daños los que se investigan por el Ministerio Público lo que hace un total entre el año 2001 y 2002 aproximadamente 12 delitos en el solo Fundo Poluco Pidenco”, a lo cual se sumaría el hecho de que “la propietaria del fundo Poluco Pidenco, la Forestal Mininco S.A. ha sido víctima de diversos ilícitos, robos, hurtos amenazas en contra de sus trabajadores”, todo lo cual en el contexto de que en la región existiría “una serie de denuncias en investigaciones algunas judicializadas realizada [sic] por el Ministerio Público por delitos de similares características” (foja 6).

Ninguna de estas consideraciones resulta pertinente para justificar la atribución de la finalidad exigida por el tipo del incendio terrorista a los supuestos agentes de las

conductas cuya subsunción en el tipo se examina. Para que pueda atribuirse la finalidad de producir temor en la población o en una parte de ella por la evidencia de un plan premeditado de atentar contra una categoría de personas, se requiere que de la propia realización de la o las acciones constitutivas supuestamente de delito se desprenda la existencia de ese plan premeditado, de modo que no pueda menos que considerarse que en los agentes concurre la finalidad en cuestión. Luego, las circunstancias sobre la base de las cuales se constata la existencia del plan tienen que ser, en algún sentido relevante, imputables a los sujetos cuyas conductas se analizan desde el punto de vista de su tipicidad como delito terrorista. Esta es una exigencia que no deriva sólo de la propia regulación sino también de una mínima observancia del principio de culpabilidad. Bajo el principio de culpabilidad como estándar de legitimación, no resulta posible considerar el contexto espacio-temporal en que tiene lugar un comportamiento para la imputación de responsabilidad penal por ese comportamiento en la medida en que el contexto no resulta en modo alguno atribuible a ese comportamiento. En esto consiste la exigencia de culpabilidad por el hecho.

Ninguna de las circunstancias esgrimidas por la Fiscal y que supuestamente conducirían a la conclusión de la existencia de un plan se plantea en términos tales que presente alguna conexión con las conductas de los imputados, de modo que a partir de ellas pudiese fundamentarse la vinculación de estas conductas con un supuesto plan premeditado del cual se derivara como consecuencia necesaria la atribución de la finalidad exigida por el tipo. Por ende, debe rechazarse la posibilidad de la calificación del (supuesto) incendio como delito terrorista por esta vía.

Debe señalarse, finalmente, que de los antecedentes del caso no se desprende base alguna para la eventual atribución, a los agentes de los comportamientos examinados, de la finalidad de arrancar decisiones de la autoridad o imponerle exigencias. De hecho, lo único que se consigna es una declaración del tribunal (a fojas 29) en el sentido que, supuesta la concurrencia de una finalidad de imponer exigencias, el destinatario de tales exigencias sería una persona particular y no “la autoridad”. Por lo mismo, ha de concluirse que a través de esta vía tampoco se satisface las exigencias para la configuración típica del delito de incendio terrorista.