

Cámara de Diputados

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA LA LEY Nº18.314, QUE DETERMINA LAS CONDUCTAS TERRORISTAS Y FIJA SU PENALIDAD.

BOLETÍN N° 9477-07

1. Fundamentos.- Como bien señala la doctrina "en los últimos cinco años, y sobre todo desde los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, se observa no sólo en Estados Unidos de Norteamérica, sino también en otros muchos países, una tendencia creciente hacia lo que el penalista alemán Gunter Jakobs denomina un derecho penal del enemigo"[1]. Con esto, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de *proporcionalidad*, recortando garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico.

El tratamiento legal del llamado "terrorismo", es un tema complejo desde las perspectivas de su definición, sin embargo la necesidad delimitación "como hecho social, como fenómeno humano"[2], es fundamental, tratándose de una "expresión jurídicamente nebulosa"[3], que a partir de un hecho concreto de muertes masivas e indiscriminadas crea las mas de las veces una figura que "no alcanza definición internacional y, por ende, abarca conductas de muy diferente gravedad, pero justifica medidas represivas que permiten retomar la vieja estructura inquisitorial..."[4], reclamando una legislación excepcional y legitimando guerras preventivas. En el derecho comparado las legislaciones oscilan entre criterios bastante disímiles (por no decir absurdos), así la USA *patriot Act* (2001) establece como terrorista cualquier ataque militar a las bases económicas y financieras de los Estados Unidos, sin importar su finalidad; en el caso Español, se castiga la pertenencia a una organización terrorista (Código Penal de 1995) y otros países europeos lo castigan como un ataque a los sistemas democráticos (finalidad política). En este sentido, para ciertos autores el terrorismo se puede comprender en un sentido amplio y restringido, "parcialmente se incluyen fenómenos de terrorismo de Estado; en parte se hace una demarcación de los conceptos de guerra y de crímenes de guerra, guerra civil o de guerrilla. Sin embargo, existen puntos de referencia que reclaman incluir las nuevas guerras [...] entre milicias o bandas en las

---

[1] Muñoz Conde, Francisco, *"De nuevo sobre el derecho penal del enemigo", en Contribuciones críticas al Sistema Penal de la Post Modernidad,* pág. 333, in memoriam a Eduardo Novoa Monreal, obra coordinada por Myrna Villegas, Universidad Central, 2007.

[2] López, Nicolás. El concepto de terrorismo. *¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuando el terrorismo?*, p. 53.

[3] Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*, p. 17, Ediar, 2006.

[4] Ídem. p. 63.

cuales se extiende a la población civil"[5], además, hay que considerar los elementos centrales del concepto no sin alcances problemáticos, es decir, "la violencia, el temor, las metas políticas"[6], como manifestación de un método de intimidación colectiva.

Pese a la dificultad conceptual, lo evidente es que la mayor de las veces la ley se aplicó en forma *arbitraria,* comprendiendo en la calificación cualquier acto de disidencia como "terrorista", a los molestos, a los *extraños a la comunidad,* etc., una auténtica expresión de un derecho penal de enemigo (*Feindstrafrecht*) incompatible con las garantías y derechos que la propia Constitución consagra. Así no es extraño que se considere como actos terroristas a delitos comunes –no por eso menos graves- perpetrados por grupos étnicos o grupos identificados con sus demandas (como el caso del llamado conflicto mapuche), o bien como antaño, infracciones de opinión bajo el rótulo de apología del terrorismo. Como señala Ferrajoli, "... en la segunda mitad de la década de los setenta, en el derecho penal, en el se desarrolló una legislación inflacionaria y se fueron afirmando, para combatir al terrorismo y al crimen organizado, modelos diferenciados de proceso penal y de tratamiento carcelario"[7].

En el caso chileno, por una parte la Constitución establece "de forma clara y categórica que el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos"[8] y se sostiene que estos delitos "son los más graves dentro de la legislación penal democrática"[9], como contrapartida sobre este precepto se ha señalado que se "confiere un estatus especial a los hechos constitutivos de conductas terroristas, prejuzgando su puniblidad (en términos regulativos, estableciendo un mandato de punición), y que conlleva un tratamiento más severo, que entre otras cosas conduce a la privación de la ciudadanía en caso de condena (aun cuando la pena impuesta no sea aflictiva)"[10], sentando las bases de "un modelo de derecho penal del enemigo como modelo general de ejercicio de la potestad punitiva"[11]. La situación es más compleja si consideramos las imperfecciones técnicas y el déficit de garantías ante la regulación del sistema de derechos humanos, que adolece la llamada ley "antiterrorista", cuya génesis data del año 1984, -y que obviamente nada dijo sobre el terrorismo de Estado-, sólo a modo de ejemplo esta ley contempla que: a) Cualquiera de estos delitos son sancionados con penas privativas de libertad que parten en los 5 años; b) Los cómplices son castigados igual que los autores; c) Se considera la colaboración eficaz, disminuyendo en dos grados la pena, en cualquier caso; d) El delito frustrado y el tentado

---

[5] Jorg, Hans. *Terrorismo e investigación criminológica. Un inventario,* en "Criminalidad Compleja", p. 8, Universidad de Buenos Aires – Max Planck Gesellschaft.

[6] Ídem.

[7] Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo,* Fontamara S. A., 2004: p. 218 y ss.

[8] Balmaceda, Gustavo. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial.* p. 509, Editorial Libromar, 2014.

[9] Ídem.

[10] Mañalich, Juan Pablo. *Pena y Ciudadanía*, p. 82, en Revista de Estudios de la Justicia, Nº6, 2005.

[11] ídem. p. 83.

se castigan igual que los consumados; e) La conspiración y la proposición se castigan como delitos consumados; h) Se castiga el hecho de saber o conocer los preparativos de cualquiera de los delitos y no informar a las autoridades con penas entre 41 días a 5 años; i) establece un régimen procesal diferenciado al régimen común (testigos sin rostro, escuchas telefónicas)[12]. En buena cuenta, tiene razón Zaffaroni, cuando señala que "la ley antiterrorista resulto ser una actualización normativa de la teoría de Carl Schmitt, sobre amigo y enemigo, que fundamentó la teoría política del Estado Nazi y una anticipación del derecho penal del enemigo (Freindstrafrecht), cuya formulación dogmática corresponde a Günter Jakobs. El régimen militar creaba esta legislación para negar ciertos derechos a la disidencia política. La que era considerada un enemigo y que términos normativos se expresaba con el calificativo de terrorista. El terrorista es un enemigo que esta fuera del Estado de Derecho, al tener esta ubicación deja de ser persona y de tener los derechos inherentes a tal consideración, en consecuencia el Estado puede ejercer su poder punitivo sin limitación. Es por ello que esta nueva normativa legal permitió la persecución de los que se oponían a la dictadura militar y miles de chilenos fueron encarcelados por supuestas conductas terroristas..."[13].

A partir de lo señalado en el párrafo anterior, se afirma que la actual regulación antiterrorista, "representa una de las respuestas de mayor intensidad punitiva dentro del sistema penal chileno, merece un juicio de reproche desde el ámbito de los derechos humanos, en consideración básicamente a tres razones: 1º Mantiene una deficiente definición de delito terrorista que vulnera los principios de legalidad y tipicidad; 2º En materia de garantías judiciales establece normas excepcionales que afectan el derecho al debido proceso, particularmente en materia de privación de libertad y obtención de pruebas a través de testigos; 3º En su aplicación práctica se observa un patrón de conducta que violenta el principio de igualdad y no discriminación por su invocación preferente y selectiva a grupos discriminados de la sociedad"[14]. Es necesario en este punto señalar que en Chile - sin duda- la pésima construcción de esta ley se debe a que tanto el nacimiento de ésta, como su modificación más sustancial, son reflejo de un contexto de anormalidad, sea institucional o de simple convivencia democrática. Lo cierto es que esta ley nació durante el gobierno militar bajo la excusa de reprimir el terrorismo y se adaptó a un gobierno democrático para defender el orden institucional. El problema es que el terrorismo al no ser conocido en su verdadera expresión o de una manera clara, ha provocado que la ley haya "sido utilizada alternativamente como una clara forma de intimidación y represión ante los movimientos sociales reivindicativos de grupos sociales y/o étnicos"[15].

En este último punto, compartimos con el profesor Bustos la afirmación en cuanto a que "esta legislación afecta el imaginario social. En efecto, no está dirigida desde esta perspectiva a hechos determinados, sino a sujetos determinados, a los terroristas, con lo

---

[12] Cf. Muñoz Conde, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal del enemigo*. Hammurabi s. r. l., 2008.

[13] Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Las adecuaciones a la ley Nº18.314, sobre conductas terroristas y el debido proceso,* en Revista Procesal Penal, Nº6 p. 620.

[14] Fries, Lorena. *Terrorismo y estándares en derechos humanos*, Seminario internacional, Santiago, 2011: p. 13-15.

[15] Dolmestch, Hugo. *Terrorismo y estándares en derechos humanos*, Seminario internacional Santiago, 2011, pág.115.

cual ya el principio básico del derecho penal como un derecho sobre hechos y no sobre autores, resulta afectado"[16]. Siguiendo esta noción, de esta manera se provoca un quiebre profundo en la vida cotidiana, "el terrorista no es simplemente un delincuente más, sino una especie diferente, revive así con fuerza el planteamiento del positivismo naturalista lombrosiano"[17].

2. Historia legislativa y derecho comparado.- Su origen en 1984 -ahorra comentarios- configura la expresión que el "terrorismo es la violencia cometida por aquellos que están en contra nuestra"; fue objeto de dos reformas significativas introducidas por las leyes núm. 19.047 y núm. 19.029, introduciendo elementos subjetivos a los tipos que en su génesis configuraban un buen ejemplo de responsabilidad objetiva, luego y con menor énfasis la más reciente el año 2010 – patrocinada por el ejecutivo-, dio lugar a la ley núm. 20.467 que en nada superó los problemas de esta legislación autoritaria. Actualmente, existen variadas propuestas legislativas, que establecen modificaciones en los contenidos de la referida ley. Sólo se incardina en la idea de la presente moción, el proyecto que deroga la ley 18.314 de noviembre de 2008 (Boletín 6.197-07), de los Diputados Asencio, Farías, Jiménez, Monsalve, Pascal y los ex Diputados Enríquez-Ominami, Escobar, Girardi y Valenzuela, que busca su derogación.

En la órbita comparada, el modelo español, recoge dentro de las diversas conceptualizaciones un *elemento normativo* significativo, que es la *pertenencia a una organización*, al actuar grupal en forma continua con la finalidad (elemento subjetivo del tipo) de producir temor en la población mediante la utilización de los medios de alto poder destructivo descritos, incardinados bajo la fórmula de la asociación ilícita terrorista. En lo atinente al terrorismo como fenómeno delictivo, ha sido definido, desde la perspectiva comparada como la "dominación por el terror a través de la ejecución de actos de violencia dirigidos a tal fin", destacando que se trata de "una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad o temor social..." (sentencia T.S. Español de 29/11/1997)[18].

En este punto, lo que interesa destacar es el concepto funcional de la asociación en el sentido de organización; "una estructura que se proyecta más allá de la comisión de unos hechos concretos"[19]. "La inclusión del elemento asociativo en el tipo se justifica en que la comisión de este tipo de actos de manera individual, no es capaz de afectar ni poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático (o la seguridad y orden público), que es en definitiva en bien jurídico

[16] Bustos, Juan. Seguridad (inseguridad) en la lucha contra el terrorismo, *passim*.

[17] Ídem.

[18] Bustos, Juan, *Obras completas*, t. III.

[19] cf. Cancio Melia, Manuel *"El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español"*, pág. 150. Revista de Estudios de la Justicia, Núm. 12, 2010.

colectivo que legitima la existencia de este tipo de legislación. La incorporación del elemento asociativo o estructural en los tipos penales de terrorismo encuentra abierta aceptación tanto en la legislación comparada",[20] como en la doctrina (comparada y chilena).

Sin perjuicio del elemento organizativo, como rasgo característico de este tipo de criminalidad, podemos decir que destacan, además una serie de notas propias del fenómeno terrorista que pueden servir para su conceptuación jurídica. Así, por ejemplo, unos señalan, desde el punto de vista sociológico, que se trata de una modalidad de delincuencia *violenta*; y, finalmente, la mayoría está de acuerdo en exigir un elemento teleológico o *finalidad política,* consistente en un afán por desestabilizar el sistema democrático y las bases sobre el que éste se asienta[21]. En este último punto nos parece necesario señalar que no se debe confundir el delito político con el delito terrorista ya que, si bien se ha pretendido de algún modo vincular el delito terrorista al delito político, como una subespecie de éste, de todos modos lo que se hace predominar es el aspecto caracterológico del sujeto. Es decir, "mientras en el delito político, la motivación de cambio político social le confiere un carácter altruista o utópico al autor, en cambio el apelativo terrorista es todo lo contrario y por eso aunque se hagan muchos esfuerzos conceptuales por ligar a uno con el otro, ello resulta una tarea imposible, desde el momento que surge una legislación antiterrorista, lo que queda en el imaginario social es el terror del terrorista"[22].

De lo señalado se desprende que la seguridad no es posible concebirla de manera aislada, ya que, como lo señala Bustos, "no es un concepto que se baste así mismo, sino que está en referencia a otro". Añade el autor que desde el nacimiento del Estado moderno los autores han ligado seguridad a libertad, ya sea en las Constituciones como en los Códigos penales, seguridad y libertad han sido un binomio inseparable. Llegado a este punto, surge una cuestión no menos problemática, y es la de resolver cómo brindar seguridad a la ciudadanía a través del Derecho penal, sin que ello suponga poner en entredicho el basamento axiológico sobre el cual se asienta el Derecho Penal Democrático. De momento, es claro que varios de los principios básicos que se esperan imperen en un Estado democrático, como ya se ha afirmado varias veces, no son respetados, alzaprimándose en la comunidad la idea de una inseguridad que no es tal, y generando en la opinión pública una tergiversación en cuanto a delitos cometidos por agrupaciones de personas que nada tienen que ver con el terrorismo y en donde se menoscaban los derechos humanos más básicos, basta solamente mencionar como esta normativa atenta contra la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y el debido proceso consagrada como garantías

---

[20] Legislación española desde la Ley 82/1978 hasta el CP de 1995 , Terrorism Act 2000, 2003, 2005 en Gran Bretaña , Anti Terror Gesetz de 1976 hasta StGB (incorporó asociación ilícita terrorista.art. 129 a) , (Ley Reale de 22-5-1975 en adelante (Italia)., Ley nº 86-1.020 de 9-9-1986, aunque también contempla la posibilidad de terrorismo individual , Usa Patriot Act de EE.UU. (sept. 2001).

[21] Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, pág.904, Ed. Tirant lo Blanch, 2004

[22] ob cit. Bustos

fundamentales en la Constitución de la República y como lo ha declarado recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. Ideas matrices. Es en este contexto, es que el presente proyecto plantea la derogación de este cuerpo normativo, atendido su evidente carácter de emergencia (el contexto histórico es decisivo), como asimismo su intrínseca estructura lesiva de las garantías de un debido proceso, así como el escaso respaldo en los principio orientadores de un derecho penal democrático, lo que sumado a su déficit técnico legislativo, hacen improcedente su pervivencia en el ordenamiento jurídico. Por otro lado, cabe tener presente, las dificultades prácticas de esta norma en la jurisprudencia los que han demostrado el déficit de la actual regulación en especial sus exigencias subjetivas.

Por otro lado, de lo expuesto surge una segunda cuestión que es determinar en qué casos ciertas conductas que atenten contra bienes jurídicos relevantes, pueden significar la concurrencia de las circunstancias modificativas de responsabilidad, las que suponen la concurrencia de un accidente accesorio a los elementos del delito. En general, las circunstancias agravantes tienen variados fundamentos, empero, lo fundamental para la determinación de la agravación es el mayor injusto del caso en cuestión, y su mayor culpabilidad (reprochabilidad). En otras palabras, la primera supone un incremento de la gravedad objetiva del hecho, o un mayor reproche al autor, lo que conduce al profesor MUÑOZ CONDE a distinguir entre circunstancias objetivas y subjetivas, aunque reconoce que "tal diferenciación no siempre es nítida desde el momento en que algunas circunstancias que contienen un mayor desvalor objetivo son interpretadas en ocasiones como acogedoras de un especial carácter del autor o bien incluyen un mayor reproche"[23].

En este sentido, se propone una agravante genérica de utilización de medios catastróficos que puedan afectar la salud e integridad de las personas, las que pese a ser actualmente una "enumeración de los medios catastróficos meramente ejemplar"[24], y que la razón de ser de la agravante reside en el peligro común para la seguridad general que proyecta el empleo de medios catastróficos. Se busca en el presente proyecto una especificación en relación de los medios y el lugar de su utilización. Por otro lado, se incorpora como agravante específica, para la afectación de la libertad, la integridad corporal y la vida de las personas consistente en la comisión

[23] Muñoz Conde. Francisco, ob. cit. p. 487, en igual sentido Cury, ob. cit. p. 499, para quién las hay que responden a consideraciones político criminales.

[24] Mera, Jorge. *Código Penal Comentado. Parte General Doctrina y Jurisprudencia*. Jaime Couso, Héctor Hernández (directores), Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, 2011.

de estos delitos en el contexto de una organización, las que reflejan un mayor plus de injusto que justifica la agravación y aprehende de mejor manera la fenomenología de estas manifestaciones complejas de criminalidad.

Es sobre la base de estos antecedentes que venimos en proponer el siguiente:

Proyecto de ley.

Art. 1º.- Deróguese la ley Núm. 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad.

Art. 2º.- Para modificar el Código Penal en el siguiente sentido:

1) Para incorporar en la circunstancia 3ª del artículo 12 el siguiente inciso segundo:

"Sin perjuicio del inciso precedente, será circunstancia agravante, ejecutar el delito en lugares de uso público, redes de transporte público o instalaciones de infraestructura, entendiéndose por estas últimas toda propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público tales como, abastecimiento de aguas, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones, y que pudieren afectar la vida o la integridad corporal de las personas".

2) Para incorporar en el párrafo 3º, del título III sobre crímenes y simples delitos contra los derechos garantidos por la constitución, del Libro Segundo del Código Penal, el siguiente artículo 142 ter:

"**Art. 142 ter.** Será circunstancia agravante la comisión de los delitos a que se refieren los tres artículos anteriores, la realización como integrante de una asociación de personas, con una estructura orgánica, reglas propias y disciplina que produzcan el efecto de generar entre sus miembros, vínculos estables o permanentes".

3)Para incorporar en el párrafo 5º, del título VIII sobre crímenes y simples delitos contra las personas, del Libro Segundo del Código Penal, el siguiente artículo 410 bis nuevo:

"**Art. 410 bis.** Será circunstancia agravante la comisión de delitos como integrante de una asociación de personas, con una estructura orgánica, reglas propias y disciplina que produzcan el efecto de generar entre sus miembros, vínculos estables o permanentes".

4) Para sustituir en el art. 411 bis la expresión "anterior" por el guarismo "410".

MARCELO SCHILLING
Diputado de la República