

LA TENTATIVA INIDÓNEA EN LOS DELITOS
DE TERRORISMO EN EL DERECHO PENAL CHILENO.
A PROPÓSITO DE LOS ARTEFACTOS EXPLOSIVOS E INCENDIARIOS

MYRNA VILLEGAS DÍAZ
Universidad de Chile

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. El concepto de terrorismo en la legislación internacional y en el Derecho Penal chileno. III. El iter criminis en los delitos de terrorismo.

PALABRAS CLAVE: Tentativa inidónea, terrorismo internacional, terrorismo interno, elemento objetivo, elemento subjetivo.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA¹

Los atentados de París a manos del Estado Islámico, así como el ataque respuesta de París sobre Siria (noviembre 2015), nos han dejado perplejos. Nadie dudaría que la sistematicidad de los actos y la estrategia que se observa detrás de los atentados describe un auténtico terrorismo internacional. Más aún, es posible que pudiéramos estar en presencia de crímenes contra la humanidad, pues las decapitaciones de niños cristianos en nombre del islam en Mosul (Irak, 2014) parecen más cercanas al genocidio que al terrorismo.

En nuestro país la situación es completamente distinta, no obstante lo cual, cada cierto tiempo, se aplica la ley de conductas terroristas para diversos hechos, unos acaecidos en el marco del conflicto de tierras en La Araucanía y cometidos por indígenas, y los otros en el marco de una oposición férrea al sistema político, económico y social. En esta oportunidad me referiré a estos últimos².

En los últimos años se han venido produciendo una serie de “bombazos”, más o menos un centenar de ellos, particularmente en la Región Metropolitana, acarreado la aplicación de la Ley de Conductas Terroristas. Por regla, general,

¹ Este trabajo y su ponencia han sido elaborados en el marco del proyecto Fondecyt Regular 2014 N° 1140040, titulado: “Terrorismo y democracia. Bases para un concepto jurídico de terrorismo en el Derecho Penal chileno y examen de núcleos problemáticos en su actual regulación”, del cual la autora es investigadora responsable.

² Sobre la aplicación de la ley de conductas terroristas a indígenas véase: VILLEGAS, Myrna, Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año III, N° 6 (2013), pp. 3-25.

se trata de artefactos explosivos caseros compuestos de un extintor, relleno con pólvora negra, y un temporizador electrónico o manual. En la mayoría de los casos coinciden las circunstancias de comisión: los artefactos explosivos son colocados a altas horas de la noche o de la madrugada en bancos, iglesias, postes del alumbrado público, en general sectores con escasa o nula afluencia de público a la hora en la que se colocan, no generando afectación a personas, con algunas excepciones³. Todos ellos son imputados a grupos anarquistas que se encontrarían operando en nuestro país.

Quisiera referirme a tres de ellos sobre los cuales hay pronunciamiento jurisprudencial. El primero, el del sociólogo H. Niemayer, a quien se le imputaron cuatro hechos todos relativos a fabricación y colocación de artefacto explosivo, de los cuales sólo el último fue calificado por el ente persecutor y los querellantes como delito de terrorismo⁴. Este delito fue el único en el cual se logró acreditar la participación del acusado, pero la conducta en la sentencia no fue calificada como terrorista. Este hecho consistió en la colocación de un artefacto explosivo en una sucursal del Banco BCI ubicada en avenida Macul aproximadamente a las 22 horas. El artefacto estaba compuesto de un extintor relleno con pólvora negra, con un sistema de activación eléctrica consistente en dos temporizadores mecánicos y porta lámparas, los que se activaron y detonaron en forma anticipada, causando diversos daños en el ventanal de vidrio del cajero automático que da al exterior, las puertas de acceso a la sucursal, suelo, muro y cielos de la misma. Los daños ascendieron a una suma aproximada de \$ 8.600.000. El imputado fue sorprendido por la policía cuando huía del lugar, encontrándose con un trauma acústico.

El segundo caso es el de una pareja de jóvenes (C. Verdugo e I. Silva) que fueron sorprendidos en una populosa comuna de Santiago (La Granja) por carabineros que hacían una ronda. En un control de identidad proceden a revisar las vestimentas de uno de los sujetos que no portaba su cédula y encuentran en el interior de su mochila un artefacto explosivo sin terminar consistente en un extintor que contenía pólvora negra, con dos cilindros pequeños de gas butano

³ No obstante, en a lo menos cinco oportunidades, estos artefactos explosivos han afectado la vida o integridad física de personas. En dos de los casos, de los propios autores de la colocación, causando la muerte de su autor (MORALES DUARTE, 2009), y en el otro la amputación de las manos (PITRONELLO, 2012). En los otros tres casos: en el primero, lesiones menos graves a un policía (bomba retén Las Vizcachas); en el segundo, catorce heridos, uno de ellos sufre amputación parcial de un dedo y los otros, lesiones menores (Bomba metro Escuela Militar 2014), y en el último caso, la muerte de un drogodependiente que tomó la mochila (2014). Al parecer en este último caso el artefacto no era exactamente igual a los que aquí se han descrito.

⁴ Respecto de los tres primeros hechos, colocación de bombas de similares características en otros lugares de los barrios altos de Santiago, no se logró acreditar la participación del acusado, no obstante pretender imputárseles debido a que los cuatro artefactos eran idénticos en su sistema de activación y todos contenían pólvora negra.

adheridos con una cinta de embalaje, con un sistema de activación por mecha, pero sin ella. Además, se encontró material de primeros auxilios, fósforos, encendedores y una mecha artesanal, que supuestamente sería colocada en el artefacto, activándola mecánicamente.

El Ministerio Público en su acusación sostuvo que había tentativa terrorista de colocación de artefacto explosivo o incendiario, por haberse presentado en ellos la voluntad delictiva, lo cual fue desestimado por el tribunal por cuanto si ya era complejo analizar y acreditar que quienes ponen una bomba buscan los efectos previstos en el art. 1º de la ley N° 18.314, aún en grado imperfecto de ejecución, en el caso *sub lite* era completamente imposible, pues no pudo acreditarse mediante hechos directos la conducta base (colocación de artefacto explosivo). Sólo logró probarse que los acusados portaban “un artefacto explosivo y, por separado, el elemento de activación”, conductas que no se encontraban contenidas en el N° 4 del artículo 2º de la ley N° 18.314, por lo que mal podría considerarse como terrorista el despliegue que se acreditó⁵.

Condenó a los acusados por el delito de porte ilegal de implementos de activación, partes y piezas de artefacto explosivo de conformidad con la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas (art. 14)⁶.

El tercer caso es el de un atentado con bomba al retén Las Vizcachas, por el cual fue detenido V. Montoya, acusado de ser el chofer del vehículo que transportó a otros dos sujetos que colocaron una bomba de similares características a las descritas, esto es, un extintor con pólvora negra, con temporizador mecánico, en la pared externa de un cuartel policial. Como consecuencia de la explosión, una dependencia que era usada como dormitorio del cuartel policial resultó con daños consistentes en fractura de la pared exterior (de material ligero), de parte del revestimiento interno de esa misma pared y del vidrio de una de las hojas de su ventana. Asimismo, y a consecuencia de la explosión, resultó con lesiones menos graves un policía que se encontraba en el interior del dormitorio afectado⁷.

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del art. 15 N° 3 del delito de colocación de artefacto explosivo del art. 2º N° 4 de la ley N° 18.314. Esta calificación fue desestimada por el tribunal y optó por considerar que los hechos colmaban las exigencias de los tipos penales de porte de artefacto explosivo de la ley N° 17.798, daños simples y lesiones menos graves. El imputado fue absuelto por falta de participación.

⁵ Sentencia 6º TOP de Santiago, de 14.06.2013, RUC: 1.200.393.089-9, RIT: 182-2013 vs. Carla Verdugo y otro. Considerando 6º.

⁶ Antes de la reforma de la ley 20.813 de 6 de febrero de 2015.

⁷ STOP Puente Alto, 15.06.2014 (1º juicio oral), RUC 1300145684-3, vs. Víctor Montoya. Considerando 11º.

La parte acusadora⁸ por regla general emplea una fórmula en este tipo de casos consistente en asociar a la postura del artefacto un objetivo concreto por parte de los autores cual sería el provocar en la población, o en una parte de ella, el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, por la naturaleza, efectos y medios empleados, satisfaciéndose a su juicio el elemento subjetivo contenido en el art. 1º de la ley N° 18.314. Alude además a los vínculos directos o indirectos entre los acusados con sujetos pertenecientes a grupos antisistémicos, anarquistas y subversivos, los que, a su vez, usarían estas acciones no sólo para provocar temor, sino asimismo para “publicitar y reivindicar sus motivaciones y aspiraciones”⁹ dando especial importancia a que el evento sea o no reivindicado por grupos anarquistas en sus páginas o sitios web¹⁰. Existe, a juicio del ente persecutor, una especie de plan diseñado por los anarquistas para atentar contra bancos, instituciones financieras, servicios públicos e iglesias, entre otros, que buscaría no sólo causar temor, sino que además manifestar su disconformidad con el orden social¹¹.

A su vez emplea un argumento de texto legal consistente en que “la ley N° 18.314 no exige que la colocación del artefacto explosivo produzca grandes estragos, tampoco exige un resultado material pues para la consumación basta el despliegue de la conducta y el objeto de causar temor a la población”, estimando concurrente esta finalidad por “la naturaleza y efectos de los medios empleados o la evidencia que da cuenta de un plan premeditado para atentar contra un grupo de personas determinado”. Añade que “los tratados internacionales y la jurisprudencia sin duda señalan que la colocación de una bomba implica una finalidad terrorista”¹².

En este trabajo se busca determinar la importancia de la idoneidad del medio empleado para fijar la tipicidad de los delitos de terrorismo, estimándose que la

⁸ Ministerio Público, Ministerio de Interior o Intendencia.

⁹ Sentencia 6º TOP de Santiago, de 14.06.2013, RUC: 1.200.393.089-9, RIT: 182-2013 vs. Carla Verdugo y otro. Considerando 1º.

¹⁰ Sentencia 6º TOP de Santiago, de 14.06.2013, RUC: 1.200.393.089-9, RIT: 182-2013 vs. Carla Verdugo y otro. Considerando 1º.

¹¹ En algunos fallos se alude a “*los hechos públicos, notorios y reiterados, principalmente en la Región Metropolitana, consistentes en la colocación de artefactos explosivos en entidades bancarias, financieras, servicios públicos e iglesias entre otros*”. Sentencia 6º TOP de Santiago, de 14.06.2013, RUC: 1.200.393.089-9, RIT: 182-2013 v/s. Carla Verdugo y otro. Considerando 1º. En otros se menciona las “*más de 100 colocaciones de artefactos explosivos con la finalidad de manifestar una disconformidad con el orden social y económico y causar temor en una parte de la población, particularmente de los dueños, trabajadores y usuarios de bancos e instituciones financieras, dada la reiteración de estas conductas*”. Sentencia 7º TOP de Santiago, de 12.07.2013, RUC: 1101243950-6, RIT: 45-2013, vs. Hans Niemayer. Considerando 2º.

¹² Sentencia 7º TOP de Santiago, de 12.07.2013, RUC: 1101243950-6, RIT 45-2013, vs. Hans Niemayer. Considerando 2º.

inidoneidad del mismo permite establecer la existencia de una tentativa inidónea no punible.

II. EL CONCEPTO DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Fijar la tipicidad de los delitos de terrorismo y una eventual tentativa inidónea en ellos requiere una previa aclaración sobre su “concepto”. Como es sabido, no existe consenso en torno al mismo, y el propio sistema jurídico internacional muestra su carácter fragmentario regulando este fenómeno en catorce convenios mundiales, todos los cuales se refieren al terrorismo internacional o transnacional. No hay un concepto claro a nivel de Naciones Unidas¹³, tampoco a nivel regional ni en Europa a través de la Decisión Marco (2002)¹⁴, ni en América Latina con la Convención Interamericana contra el Terrorismo (Barbados, junio, 2002).

Sin embargo, de su análisis es posible colegir que el terrorismo conceptualmente ha dejado de ser un simple método de acción criminal y ha pasado a concebirse como una *estrategia de dominación*. Una estrategia de violencia política ilegítima sistemática, capaz de generar un efecto comunicativo en sus destinatarios mediante el recurso a la intimidación, para alcanzar fines políticos¹⁵.

Los comunes denominadores advertidos en los conceptos de legislación internacional y regional son de carácter subjetivo y objetivo.

En su aspecto subjetivo el terrorismo se caracteriza por la presencia de tres tipos de finalidades en la conducta: política, intimidatoria y coactiva. La finalidad política se hace radicar en la pretensión del terrorismo de atentar contra la seguridad de los Estados (terrorismo internacional) o contra el orden constitucional de los Estados (terrorismo interno). En nuestra región, la Convención Interamericana contra el Terrorismo señala en forma expresa que el terrorismo es un ataque al orden constitucional interno de los Estados. De ahí que en el plano jurídico sea posible aludir al orden constitucional democrático como bien jurídico protegido en el ámbito interno. La finalidad intimidatoria se refiere a la finalidad de causar temor en la población o parte de ella, la que puede presentarse en las definiciones

¹³ A/RES/49/60 de 9.12.1994, Convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (A/RES/52/164 de 15.12.1997), Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (A/RES/59/290 de 13.04.2005), Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (A/RES/54/109 de 9.12.1999). A/RES/60/288 de 20-09-2006, A/RES/52/164.

¹⁴ Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de Europa de 13.06.2002 sobre la lucha contra el terrorismo. Ver también Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de Europa de 28.11.2008.

¹⁵ Mayor profundidad en VILLEGAS, Myrna (en prensa), Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno, en *Revista Política Criminal*, 2016.

internacionales ya sea como *modus operandi* para alcanzar una finalidad política (ONU), ya sea como fin inmediato de la actividad terrorista (normativa europea). Por último, la finalidad coactiva consiste en obligar a un gobierno u organización internacional para que haga o deje de hacer algo. Esta finalidad se contempla en forma independiente de las anteriores.

En su aspecto objetivo, el terrorismo se caracteriza, en primer lugar, por la sistematicidad en la violencia como parte de una estrategia de dominación por el temor. En segundo lugar, porque las conductas que ejecuta deben tener cierta gravedad: causar muerte, lesiones graves, daños de grandes proporciones en propiedades públicas o privadas que cumplen una función social (instalaciones de infraestructura)¹⁶. En buena parte de los instrumentos internacionales se hace referencia expresa a “violaciones graves a los derechos fundamentales”. Se exceptúa de esta regla la normativa europea comunitaria, que fomenta la punición de actos de menor gravedad (amenazas, delitos de expresión, delitos “ligados” a la actividad terrorista). En tercer lugar, la organización se yergue como elemento importante en el terrorismo, pues de otra forma la violencia no podría ser sistemática. De esto se exceptúa también la normativa europea, que contempla expresamente la posibilidad de terrorismo individual.

La legislación chilena no contempla copulativamente estas características, sino, más bien, ciertos delitos comunes o especiales a los cuales añade una característica “terrorista” de su comisión, consistente en haber cometido el delito con la finalidad de causar temor a toda la población o parte de ella de ser víctimas de delitos de la misma especie. Se trata de un elemento subjetivo que debe probarse a la hora de la comisión del mismo para poder otorgar a la conducta la calificación de terrorista. Consciente de que es algo que se encuentra en el ánimo interno del agente, la ley N° 18.314 entrega ciertos indicios objetivos que aparecen consagrados normativamente: sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea porque obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo de personas determinadas, o porque con la conducta se pretende arrancar o inhibir resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias (art. 1° ley N° 18.314).

Los tipos penales de terrorismo han sido criticados por su amplitud, especialmente en cuanto a la naturaleza de los medios empleados, lo que ha ido motivando una interpretación jurisprudencial restrictiva, especialmente respecto de sus aspectos subjetivos. En algunos fallos se observa una tendencia de la parte acusadora a darla por acreditada aludiendo a los “efectos” de alarma pública que la actividad efectivamente causó, interpretación, a mi juicio, errada porque la norma no alude al resultado de alarma pública, sino a una finalidad interna del

¹⁶ Art. 2° en relación art. 1.2 del Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas.

sujeto de intimidar. Esta interpretación ha sido sostenida porque algunos fallos han puesto especial énfasis en la imposibilidad de probar el elemento subjetivo, como sucedió en el caso Pitronello, hechos en los cuales no pudo probarse la finalidad de causar temor, sino más bien la finalidad de causar daños a un banco, en cuanto símbolo de un sistema económico y político con el cual manifestaba su disconformidad¹⁷.

En otros fallos la acusación alude a la existencia de un plan predeterminado de atentado contra una categoría de personas, como sucedió en el caso del atentado al retén Las Vizcachas, en el que se pretendió acreditar un plan del grupo “amigos de la pólvora” para atentado contra Carabineros de Chile, fundado en otros atentados acaecidos en años anteriores en la RM; sin embargo, esto no se logró demostrar¹⁸. Los tribunales orales en lo penal están exigiendo un alto estándar probatorio.

En otros varios fallos, los tribunales consideran el carácter político del terrorismo, en cuanto atentado al orden constitucional y su característica de ser una violación a los derechos humanos¹⁹. En algunos casos se apoyan en el art. 9° de la Constitución²⁰. En el fallo del caso del retén Las Vizcachas, el fundamento mismo del TOP para desestimar la calificación terrorista reside en una interpretación restrictiva del tipo penal a la luz del mandato constitucional²¹.

Por último, en gran parte de ellos se acoge la idea de que el terrorismo es organizado²² y, por ende, requiere de una estructura para poder llevar a cabo una estrategia de dominación política por medio del temor, atacando en forma sistemática los DD.HH.

Es preciso destacar que muchos fallos han considerado que el terrorismo es un atentado al orden constitucional, tanto para fundamentar la calificación terro-

¹⁷ S. 4° TOP de Santiago, 15.08.2012, RIT: O-150-2012, *vs.* Luciano Pitronello, considerando 17°. También STOP Puente Alto, 15.06.2014 (1° juicio oral), RUC 1300145684-3, *vs.* Víctor Montoya. Considerando 17°.

¹⁸ STOP Puente Alto de 02.12.2014 (2° juicio oral), RUC: 1300145684-3, RIT: 24-2014, *vs.* V. Montoya, considerando 18°.

¹⁹ S. 7° TOP de Santiago, de 12.07.2013, RUC: 1101243950-6, RIT 45-2013, *vs.* Hans Niemayer. Considerando 10°. STOP Temuco de 28-02-14, RUC: 1300014341-8, *vs.* Celestino Córdoba Tránsito. Considerando 26°.

²⁰ S. 7° TOP de Santiago, de 12.07.2013, RUC: 1101243950-6, RIT 45-2013, *vs.* Hans Niemayer. Considerando 10°.

²¹ STOP Puente Alto de 2.12.2014, RUC: 1300145684-3, RIT: 24-2014, *vs.* Víctor Montoya. Considerando 16°.

²² STOP Temuco de 28.02.14, RUC: 1300014341-8, *vs.* Celestino Córdoba Tránsito. Considerando 26°. S. 7° TOP de Santiago, de 12.07.2013, RUC: 1101243950-6, RIT 45-2013, *vs.* Hans Niemayer. Considerando 10°.

rista²³ como para excluirla²⁴. Y es un elemento al cual también se otorga mucha relevancia en el orden internacional y en gran parte de la legislación comparada, al menos en la europea.

Así las cosas, el elemento subjetivo en el terrorismo parece ser la característica central, y a él apunta la consagración normativa del mismo en el Derecho Penal chileno, pero debe procurarse una delimitación del mismo para no punir la mera intención o ideología contraria al sistema imperante. Parafraseando a Terradillos, lo reprochable en el terrorismo no es la finalidad en sí misma de destruir el orden constitucional, que es el bien jurídico colectivo que estas figuras protegen, sino los medios que emplea. El terrorismo “es ante todo uso de violencia grave con fines políticos”²⁵.

La lesividad de los medios empleados es lo que determina la presencia de otro elemento subjetivo en el terrorismo, la provocación de temor o terror en la población o parte de ella (terrorismo selectivo). La provocación del temor no deriva de los fines que persigue la actividad terrorista, como, por ejemplo, que se pretenda instaurar un Estado con otro régimen económico que favorezca a ciertos sectores o un estado totalitario, o que se quiera destruir los cimientos mismos del Estado, sino de la lesividad de los medios empleados. Los medios deben ser idóneos para causar terror y “los objetivos son relevantes hasta el punto que condicionan la valoración de los medios”²⁶.

El uso de medios idóneos para causar terror en la población o parte de ella puede dar cuerpo a la estrategia comunicacional del terrorismo en cuanto entrega un mensaje al Estado, un mensaje en el cual no sólo le disputa el monopolio de la violencia, sino que pone en duda los mecanismos de toma de decisión establecidos en ese Estado. “Ése es el orden constitucional que la organización terrorista pretende subvertir”²⁷.

²³ Así ocurrió con el voto disidente en el caso Pitronello (sentencia ya citada) y en el fallo STOP Temuco de 28.02.14, RUC: 1300014341-8, vs. Celestino Córdoba Tránsito, respecto del primer hecho imputado, esto es, el incendio al fundo Pío Seco, en donde el tribunal califica dicha conducta como terrorista (considerando 26º) sin perjuicio de absolver al imputado de ella por falta de participación. Este mismo fallo calificó como incendio común el perpetrado en el incendio al fundo Luchsinger-Mckay y condenó al imputado por el mismo.

²⁴ S. 7º TOP de Santiago, de 12.07.2013, RUC: 1101243950-6, RIT 45-2013, vs. Hans Niemayer. Considerando 10º.

²⁵ TERRADILLOS BASOCO, El Estado de derecho y el fenómeno del terrorismo, en SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; DEMETRIO, Eduardo (dirs.). *Terrorismo y Estado de derecho*, (Madrid, 2010), pp. 271-292, p. 274.

²⁶ TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., p. 275.

²⁷ CANCIO, Manuel, Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto, (Madrid, 2010), p. 184.

A los medios idóneos se añade la sistematicidad en su utilización dentro de la estrategia. Lo que genera temor es que los actos se desarrollan con tal frecuencia y a través de medios capaces de causar muerte, lesiones o grandes daños, que cualquiera puede verse expuesto, como se pudo observar en los atentados de París en 2015 y los de Bélgica en marzo de 2016. Esta sistematicidad de la estrategia es la que fundamenta la necesidad de la presencia de una organización criminal que la esté llevando a cabo.

No entraré aquí, por razones de delimitación de lo que nos convoca, en las formas que puede asumir la organización, si piramidal o mercurial (redes)²⁸. Sólo diremos que la existencia de una organización para poder materializar la estrategia es crucial, que debe contar con una dimensión y estructura suficientes como para llevar a cabo una tarea de la envergadura que se ha propuesto: afectar el monopolio de la violencia del Estado. Cancio señala explícitamente que no puede tratarse de cualquier organización, debe tener una estructura “extraordinariamente densa”²⁹. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia respecto del delito de asociación ilícita terrorista³⁰.

Respecto de la organización en redes integradas por pequeñas células, se estima que los principios de proporcionalidad y de exclusiva protección de bienes jurídicos impiden relajar el concepto de terrorismo al punto de que podamos concebir que tres personas (p. ej. dos hermanos y un primo) que se dedican durante algún tiempo a causar daños a sucursales bancarias con artefactos incendiarios o explosivos de baja intensidad, puedan ser considerados terroristas, pues ello se aleja completamente de la estrategia de dominación y de comunicación por el terror que define al terrorismo para alcanzar un fin político.

III. EL *ITER CRIMINIS* EN LOS DELITOS DE TERRORISMO

Hasta la reforma de la ley N° 20.467 de 8 de octubre de 2010, existía en la ley N° 18.314 una alteración en las reglas comunes del *iter criminis*, castigando la tentativa como delito consumado, tras esta reforma la tentativa tiende a volver a las reglas generales, pero manteniendo cierta excepcionalidad. El actual art. 7° indica que la tentativa de delitos de terrorismo se castiga con la pena correspondiente al respectivo ilícito, rebajada en uno o dos grados. Ello sin perjuicio de la alteración existente en relación a la determinación de penas en estos delitos, por cuanto el art. 3 bis dispone que para efectuar el aumento de penas correspondiente a los respectivos delitos comunes o especiales que conforman el delito base se debe

²⁸ Al respecto ver BORDAS, Julio, *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica (aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI)*, (Madrid, 2006), pp. 207 y ss.

²⁹ CANCIO, Manuel, ob. cit., p. 66.

³⁰ STOP de Temuco, 27.07.2005, vs. *Patricia Troncoso y otros*. Considerando 11°.

determinar la pena correspondiente a éste, realizar el juego compensatorio de atenuantes y agravantes, y, una vez así determinada la pena, proceder a la elevación en grados que corresponda al delito de terrorismo en cuestión. Sobre esta última pena se efectuaría la rebaja de grados que corresponda a la tentativa.

Cuando la pena está específicamente señalada en la ley N° 18.314 para una conducta que no tiene delito base (p. ej., art. 2° núm. 4) la rebaja en grados se hace directamente sobre dicha pena. La pena que el art. 3° de la ley N° 18.314 asigna a este delito es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, de no concurrir circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, la tentativa de su comisión podría en su extremo inferior llegar hasta presidio menor en su grado medio.

En el caso de los incendios, la pena es más grave, pues en la hipótesis de los artículos 474 y 475 del CP la pena que le corresponde en virtud de su calificación como terrorista puede aumentarse en uno, dos o tres grados. Así las cosas, en el caso del incendio terrorista con resultado de muerte, la pena mínima es la pena máxima (presidio perpetuo calificado)³¹. Cuando se trata de incendio terrorista en lugar habitado, la pena mínima es presidio mayor en su grado máximo³², que en grado de tentativa podría llegar a la de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años). Por último, en el caso del art. 476 del CP, según se desprende de la redacción del art. 3° inciso 1° de la ley N° 18.314, la pena comienza en el presidio mayor en su grado medio, luego, la tentativa podría castigarse, de rebajarse en dos grados, con presidio menor en su grado medio.

Como puede observarse, la punición de la tentativa de delitos de terrorismo sigue siendo severa, a pesar de la reforma. De ahí que la interpretación que de ella pueda hacerse tenga que ser particularmente restrictiva, acorde con los postulados de un Estado constitucional de derecho.

¿Cuándo se da comienzo a la ejecución en los delitos de terrorismo? Esta interrogante no tiene una respuesta única, debe verse caso a caso en función del tipo de delito de que se trate y atendiendo, en especial, al bien jurídico protegido y al momento en que consideramos que se produce la consumación.

De acuerdo a lo que sostengo, la consumación en los delitos de terrorismo se producirá cuando se compruebe al menos el resultado de peligro (concreto) para el orden constitucional democrático, para lo que hace falta la producción de los actos ejecutivos que cumplan con las características del tipo penal interpretadas según lo expuesto. Así, por ejemplo, en el caso del homicidio terrorista no basta con la muerte, sino que hace falta que se compruebe la presencia del elemento subjetivo descrito en el art. 1° de la ley N° 18.314 interpretado en forma restrictiva, por la

³¹ La pena establecida por el art. 474 inciso 1° del CP es la de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, elevada sólo en un grado se transforma en presidio perpetuo calificado.

³² La pena establecida en el art. 475 CP es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado, pudiendo, en caso de ser calificada como terrorista, agravarse en uno o dos grados.

vía de la descripción constitucional y/o la de los elementos que se desprenden de los tratados internacionales y que fueron reseñados, interpretación que ha sido paulatinamente acogida por nuestros tribunales.

Tratándose de la colocación de artefactos explosivos o incendiarios del art. 2° núm. 4 de la ley N° 18.314³³, y en la hipótesis que aquí se sostiene, en todos los casos anotados existiría una tentativa inidónea de comisión de delitos de terrorismo, por inidoneidad del medio empleado, por cuanto éste no tendría aptitud para consumar el acto típico. Ello sin perjuicio de la calificación que mereciere el hecho como delito común o especial (ley N° 17.798) y su correspondiente grado de desarrollo. En este sentido, y sin decirlo o advertirlo, parecen haberse pronunciado los fallos de los casos anotados al aludir, entre otros, a la inidoneidad del medio para dar por configurada la finalidad terrorista.

Así, en el caso de H. Niemayer, en el fallo del TOP confirmado por la Corte Suprema se aludió a un artefacto de bajo poder destructivo, que, de acuerdo a la prueba pericial rendida, ni siquiera cabía dentro del concepto de “bomba”³⁴. Esto dentro de una argumentación que acoge la interpretación “constitucional” de terrorismo, para identificar al orden constitucional democrático como BJP, y adhiere a las tesis de necesidad de una organización terrorista para poder afirmar que se estaría en presencia de un delito de terrorismo, aun cuando no se exige en el tipo legal³⁵. La existencia de dicha organización no fue acreditada, ni menos la relación del acusado con alguna de dicha naturaleza, a pesar de haberse encontrado en su poder algún material alusivo a la ideología anarquista y a la fabricación de artefactos caseros, pues entendió el tribunal que ello no era suficiente prueba de

³³ Art. 2° núm. 4. “Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos”.

³⁴ Para probar el “temor justificado” de ser víctima de delitos de la misma especie, el tribunal entiende que es necesario: 1. “Considerar la naturaleza del medio utilizado para cometer el ilícito”: Circunstancia no acreditada en el caso puesto que las detonaciones se produjeron con “un artefacto explosivo de fabricación casera, con un bajo poder destructivo”. Para determinar el “bajo poder destructivo” y los daños consideró los dichos de los testigos, de un perito que corroboró que la sustancia explosiva “sólo era pólvora negra”, “considerada como un bajo explosivo” y del personal del GOPE a cargo que consideró que “[los artefactos caseros] no pueden denominarse bombas, ya que esa designación corresponde sólo a los aparatos de fabricación industrial”. “[E]l temor (...) debe ser “justificado”, es decir debe haber razones convincentes para que la persona estime que podrían verse directamente afectadas por una situación o delito similar”, lo que no se acreditó, ya que a juicio del tribunal “el temor o alarma que pudieron sentir los vecinos, es el sentimiento normal frente a cualquier acto delictivo común (...) y no deriva de una estrategia de violación que atente contra los derechos humanos”. S. 7° TOP de Santiago, de 12.07.2013, RUC 1101243950-6, RIT 45-2013, vs. Hans Niemayer. Considerando 10°.

³⁵ S. 7° TOP de Santiago, de 12.07.2013, RUC: 1101243950-6, RIT 45-2013, vs. Hans Niemayer. Considerando 10°.

que la conducta obedecía a un plan premeditado de atentarse contra una categoría de personas³⁶.

Una interpretación jurisprudencial similar en relación a la idoneidad del medio ya había sido sostenida en el fallo sobre el caso de Luciano Pitronello³⁷, a pesar de que éste resultó con la amputación de sus manos, pues consideró, para ponderar si se probaba o no la finalidad de causar temor, la hora a la que había sido puesto el artefacto, el tiempo máximo de detonación de la misma (una hora según se acreditó), el hecho de que no se encontraba personal trabajando en la sucursal del banco a esas horas de la noche, la inexistencia de cajero automático u otros servicios automatizados que hicieran probable la concurrencia de público a ella a esas horas. Todo lo cual llevó al tribunal a concluir que *“la naturaleza y efectos del medio empleado no permite tener por acreditada la finalidad de causar temor, que demanda la disposición en comento, sino sólo la intención de causar daños a la señalada entidad [...]”*.

Y en una frase no menos importante, el Tribunal indica que *“el peligro de generar un resultado más gravoso que el que se ha denunciado en estrados, tampoco muta por sí solo el carácter de la conducta [...]”*.

En el caso de C. Verdugo e I. Silva, como ya se indicó al inicio, el tribunal desestima la calificación por no haberse acreditado que se hubiera dado inicio a la ejecución del delito de terrorismo, ni la del delito base por “medios directos”; recordemos que el artefacto estaba sin armar y cada uno llevaba una parte.

³⁶ *“Aun cuando puede estimarse que la reunión de todo este material, alguno de ellos de carácter abiertamente insurreccional, habría demostrado que el acusado adhería a alguna ideología de carácter anarquista, el Tribunal tuvo presente que, como se adelantó, que los diversos documentos encontrados en el computador que ocupaba en su lugar de trabajo el acusado, no le pueden ser atribuidos de manera inequívoca y en consecuencia tampoco la creación de los documentos individualizados por los peritos [...] El insuficiente material encontrado en el computador del trabajo del acusado, unido al hecho de que el acusado fue absuelto de los tres primeros delitos que se le imputaban, impide tener por establecida la existencia de un plan premeditado de atentarse contra un grupo determinado de personas”*. Sentencia 7° TOP de Santiago, de 12.07.2013, RUC: 1101243950-6, RIT 45-2013, vs. Hans Niemayer. Considerando 10°.

³⁷ *“[...] Estos sentenciadores concluyen que las propiedades y lo que deriva del uso del medio empleado no permite estimar, en este caso, que su uso haya tenido como finalidad ‘producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie’ ya que el artefacto en cuestión es uno único, que contenía menos de un kilo de pólvora, con fuerza para desplazar evidencias –consistentes en trozos pequeños de cables, lata y otras partículas del aparato– en un rango no superior a los 8,20 metros; cuyo estallido proyectó sangre del acusado a una altura inferior a 80 cm desde el suelo en el punto de detonación, que quebró los cristales de las puertas de acceso al banco, pero sólo trizó los situados inmediatamente a continuación de éstas, daños todos que fueron calificados como estéticos por el encargado de su reparación; y que –aspecto no menos relevante– no provocó la muerte de quien tenía el artefacto en sus manos al momento de la detonación [...]”*. S. 4° TOP de Santiago, 15-08-2012, RIT O-150-2012, vs. Luciano Pitronello. Considerando 17°.

Sin embargo, otros elementos pueden añadirse. Por ejemplo, en el caso del retén Las Vizcachas, junto a hacer referencia a la baja capacidad destructiva del artefacto, realiza una interpretación de la normativa antiterrorista acorde con el Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, convenio suscrito y ratificado por Chile. Y, en ese entendido, sostiene que, si bien el artefacto fue puesto en una instalación pública y causó lesiones a un policía, no se cumple con lo preceptuado en dicho convenio para satisfacer la calificación del hecho como terrorista. Esto porque el art. 1º de dicho Convenio exige para dicha calificación que la bomba o el artefacto mortífero obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte, graves lesiones corporales (y en este caso eran lesiones menos graves) o grandes daños materiales (que tampoco se cumplía en el caso)³⁸.

La idoneidad del medio también ha estado referida en la jurisprudencia relativa al delito de incendio terrorista. En el caso Luchsinger-Mackay, habiéndose imputado al acusado un incendio terrorista con resultado de muerte, el fallo del TOP, confirmado por la Corte Suprema respecto de este hecho, afirmó que el incendio en sí mismo no es susceptible de ser calificado como un medio idóneo para dar por probada la finalidad terrorista de causar temor en la población, pues el medio empleado no tenía ninguna característica distinta a la del delito base, esto es, prender fuego³⁹.

El principio de legalidad impide que se consideren como actos ejecutivos acciones que, aunque idóneas y encaminadas claramente a la consumación del delito, no constituyen propiamente un principio de ejecución del tipo legal⁴⁰.

³⁸ El art. 1º del Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas señala que se entiende por “artefacto explosivo u otro artefacto mortífero:

a) Un arma o artefacto explosivo o incendiario que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte, graves lesiones corporales o grandes daños materiales; o

b) El arma o artefacto que obedezca al propósito de causar o pueda causar la muerte o graves lesiones corporales o grandes daños materiales mediante la emisión, la propagación o el impacto de productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico o sustancias similares o radiaciones o material radiactivo”.

³⁹ “[...] el tribunal no ha arribado a la convicción de que la finalidad señalada en el artículo 1º de la ley N° 18.314, en el caso concreto puedan evidenciarse por la naturaleza y efectos de los medios empleados, ya que si bien, el acto resultó ser uno de trascendencia no se aprecia que los medios empleados posean una característica especial, por el contrario, el medio comisivo para el delito de incendio base, es el común a dicha figura penal, vale decir prender fuego a algo. Lo mismo sostenemos respecto de los efectos, ellos han sido los propios del fuego, vale decir, la destrucción de los bienes siniestrados. O lo que es lo mismo, sostenemos que en sí mismo el delito de incendio es uno particularmente dañino, pero no por aquello es un delito terrorista per se” STOP Temuco de 28-02-14, RUC: 1300014341-8, vs. Celestino Córdoba Tránsito. Considerando 26º.

⁴⁰ MERA, Jorge. Comentario artículo 7º, en HERNÁNDEZ, Héctor; COUSO, Jaime; Código Penal Comentado (Santiago, 2011), pp. 140-165, p. 145.

La tentativa, sabemos, exige que se dé comienzo a la ejecución por medios directos, lo que implica que los hechos deben ser idóneos para consumir el acto típico considerando las circunstancias objetivas y reales, no las hipotéticas que hubiesen podido tener lugar en otro contexto⁴¹, pues “con una actividad inapta para producir el tipo no brota en el mundo objetivo una desobediencia a las normas ni pone en peligro el bien jurídico protegido”⁴².

Los hechos para ser idóneos, tienen que estar encaminados “objetivamente” a la consumación del delito, y no “subjétivamente”⁴³. Quien pretende destruir el orden constitucional mediante la colocación de bombas caseras hechas con extintores y pólvora negra, o a través de incendios, no realiza un hecho “objetivamente” dirigido a consumir un atentado terrorista, pues falta no sólo la idoneidad del medio para crear un riesgo para el orden constitucional, sino además la idoneidad del mismo para causar terror.

Incluso más, cuando el atentado se produce en propiedades particulares que no cumplen una función social, nos encontramos además ante una inidoneidad en el objeto, pues si relacionamos la ley N° 18.314 con el Convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, observaremos que éste es restrictivo en su mandato de tipificación de tales conductas, exigiendo que la colocación del artefacto explosivo se haga en lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, una red de transporte público o una instalación de infraestructura, con el propósito de causar muerte o graves lesiones corporales, o de causar una destrucción significativa de ese lugar que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico⁴⁴.

Si bien dicho convenio es específico para los atentados cometidos con bombas, nada obsta a aplicar esta misma interpretación restrictiva a su respecto, pues si el legislador internacional ha querido limitar la calificación terrorista para un medio catastrófico como una bomba u otro dispositivo letal, con mayor razón debería serlo respecto de un incendio, para el cual basta con encender un fósforo.

En la doctrina comparada se alude a la inidoneidad de la tentativa en delitos de terrorismo incluso en aquellos casos en los que “a causa de un error o fallo circunstancial, habría tenido éxito en otras circunstancias”. Así, por ejemplo,

⁴¹ MERA, Jorge, ob. cit., p. 159. También POLITTOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia; *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª Edición, (Santiago, 2014), p. 359, NOVOA MONREAL, Eduardo; *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo II, 3ª edición, (2010), p. 128.

⁴² NOVOA MONREAL, p. 119. En similar sentido, POLITTOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia, ob. cit., p. 377.

⁴³ MERA, Jorge, ob. cit., p. 159.

⁴⁴ Art. 2º, Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas.

“el arma del terrorista de comprobada eficacia letal se encasquilla cuando está a un palmo de la nuca de la víctima, que salva su vida de milagro; se comprueba que ello se debió a una circunstancia del arma ya concurrente desde el inicio de la tentativa”⁴⁵. Esto sin perjuicio de que la conducta *ex ante* pudiera haber sido peligrosa. En efecto, si el arma no se hubiese encasquillado por un defecto técnico, la consumación se habría producido. Pero en el caso que nos ocupa, la ejecución comienza cuando ya era imposible la consumación, porque el arma jamás podría haberse disparado por estar encasquillada desde el principio⁴⁶.

Algo similar ocurre cuando se intenta cometer un delito de terrorismo con una bomba de bajo poder destructivo, o mediante un incendio, pues si bien éste es en sí mismo un medio peligroso, no por ello va a transformar a la conducta en terrorista⁴⁷. Luego, en los casos que se comentan estaríamos en presencia de una tentativa terrorista inidónea de colocación de artefactos explosivos.

No obstante, hay casos que podrían plantear dudas, como el atentado en el metro Escuela Militar, que terminó con catorce heridos, siendo la lesión más grave la amputación parcial del dedo de una mano de una persona, y el bombazo ocurrido en septiembre de 2014 en el barrio Yungay de Santiago, donde murió un sujeto al recoger una mochila que contenía una bomba y manipularla. Según la escasa información que de este último se tiene, al parecer el artefacto explosivo usado no era similar a los de los casos anotados, ni tampoco al de las bombas del metro Escuela Militar y Los Dominicos. Los peritajes del Laboratorio de Criminalística de Carabineros y PDI a cámaras de seguridad del lugar revelan que la mochila fue dejada por dos sujetos en la puerta de las dependencias de un recinto de Gendarmería, la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, luego otro sujeto que iba pasando la habría recogido y caminó alrededor de tres cuadras con ella, para alejarse del lugar. Una vez lejos, abrió la mochila y comenzó a sacar su contenido, momento en el cual el artefacto explotó⁴⁸.

Es posible que pudiese discutirse la punibilidad de estas conductas a título de terrorismo, sin perjuicio de que pudiese calificarse la conducta como un homicidio consumado mediante artefacto explosivo o un concurso entre un homicidio consumado y la colocación de artefacto explosivo a que se refiere el art. 14 D de la

⁴⁵ MIR PUIG, S., Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el Código Penal, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC.03-06 (2001). Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc>.

⁴⁶ MIR PUIG, S., ob. cit.

⁴⁷ Considérese, además, que ambos delitos encuentran suficiente y severa regulación en el Derecho Penal común. El primero mediante el art. 14 d) de la ley 17.798, que regula el tipo penal de colocación de artefactos explosivos; el segundo mediante los arts. 474, 475 y 476 del Código Penal.

⁴⁸ Ver <https://www.youtube.com/watch?v=N5YGQqHZVGU>.

ley N° 17.798⁴⁹, pues el resultado de muerte parece jugar a favor de su punición a título de terrorismo. Es un argumento comúnmente empleado para diferenciar en una conducta como las descritas entre delito común o especial y delito de terrorismo, el que ella cause o pueda causar muerte o afectación grave a bienes jurídicos como la integridad física y la libertad. Sin perjuicio de estar de acuerdo con esta interpretación restrictiva, no es éste el elemento definitorio en el terrorismo, pues la afectación de la vida de una o más personas no implica *per se* un ataque al orden constitucional o a la seguridad del Estado, como parece afirmar el TOP de Temuco en el fallo que resuelve el caso del incendio al fundo Pío Seco, que se investiga conjuntamente con el del incendio a Luchsinger-Mackay⁵⁰. Pues, de

⁴⁹ Artículo 14 D. “El que colocare, enviare, activare, arrojare, detonare, disparare o hiciere explosionar bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos en, desde o hacia la vía pública, edificios públicos o de libre acceso al público, o dentro de o en contra de medios de transporte público, instalaciones sanitarias, de almacenamiento o transporte de combustibles, de instalaciones de distribución o generación de energía eléctrica, portuarias, aeronáuticas o ferroviarias, incluyendo las de trenes subterráneos, u otros lugares u objetos semejantes, será sancionado con presidio mayor en su grado medio. La misma pena se impondrá al que enviare cartas o encomiendas explosivas, químicas, incendiarias, tóxicas, corrosivas o infecciosas de cualquier tipo. Si las conductas descritas en el inciso precedente se realizaren en, desde o hacia lugares u objetos distintos de los allí señalados, la pena será presidio mayor en su grado mínimo. Ejecutándose las conductas descritas en los incisos anteriores con artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo, en el caso del inciso primero, y de presidio menor en su grado medio, en el del inciso segundo”.

⁵⁰ “[...] *el actual artículo 1° de la ley del ramo, requiere para de configurar el ilícito terrorista que la intención del agente haya estado orientada, respecto de determinados delitos –los del artículo 2°–, a producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie [...] en consecuencia, para que el ilícito se configure debe demostrarse en juicio, más allá de toda duda razonable, que el agente tuvo como finalidad aquella; juzgamos que para el caso, no existe prueba que de dicho elemento subjetivo del tipo. Por un lado, porque como se dirá a propósito de autoría, la demostración del concierto necesario para hacer operativa la figura establecida en el numeral 3° del artículo 15, se ha construido sobre base indiciaria que entendemos nos permite situar al acusado a poca distancia de la residencia afectada (la necesaria para ser transfixiado por un proyectil 7.65 mm o en palabra del señor Villegas a no más de 40 metros de tirador), pero no determinar actividades concretas de su quehacer delictivo. En otra arista, la presencia de un segundo sujeto en las inmediaciones y existencia de una grabación de auxilio de una de la víctimas, en la que se consigna la existencia de más de una persona atacándolo, sumados a otras probanzas que se explicitaran en lo sucesivo, nos conduce a la convicción de que el hecho se cometió entre varias personas y que no existe otra explicación lógica para la presencia del encausado al interior del predio afectado que no sea que, este compartía el designio criminal de los hechores materiales. Empero, sostener respecto de estos que con su accionar inequívocamente buscaban causar temor en la población o una parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie, nos parece una pretensión fáctica que no puede ser cubierta a partir de la prueba indiciaria mencionada”.* Temuco de 28-02-14, RUC: 1300014341-8, vs. Celestino Córdoba Tránsito. Considerando 42°).

ser así, tendrían que calificarse como terroristas todos los homicidios cometidos mediante fuego que están ocurriendo en la zona norte y centro del país a manos de pandillas rivales o de narcotraficantes⁵¹.

Nuevamente aquí debe acudirse a la interpretación restrictiva sobre la tipicidad de los delitos de terrorismo, que nos obliga a dar por acreditada la finalidad de causar temor, no por cualquier medio, sino sólo por aquellos que sean estimables como idóneos para causarlo, de acuerdo con el Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas. Pareciera ser que, en el caso de Escuela Militar, dados los resultados producidos, no se podría sostener la punibilidad a título de terrorismo; más complejo es en el caso del joven fallecido en el barrio Yungay.

Pero ¿podríamos estar en presencia de una tentativa inidónea relativa de terrorismo, punible⁵², toda vez que el artefacto fue colocado en una dependencia pública (sede de funcionarios de Gendarmería) y era idóneo, tan idóneo que causó la muerte de un transeúnte?

Siguiendo a Novoa Monreal, me parece que distinguir entre tentativa inidónea absoluta no punible y tentativa inidónea relativa punible carece de sentido, al menos respecto de los delitos *in comento*. Esto porque si el medio o el objeto no son idóneos para marcar la desobediencia a la norma, no estamos ante una verdadera tentativa, sino, como señala Novoa, ante una “mera infracción delictuosa manifestada en forma irrealizable”⁵³. La norma desobedecida en este caso es aquella que protege el orden constitucional democrático castigando la colocación de bombas con la finalidad de causar el temor en la población o parte de ella de ser víctima de delito de la misma especie, sea por la naturaleza y efecto de los medios empleados, por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría de personas o porque se pretende arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias. Dejando fuera estos dos últimos indicios, centrémonos en el medio empleado.

No se puede, sin atentarse contra el principio de *non bis in idem*, considerar la bomba como elemento del tipo (art. 2° N° 4) y a la vez como elemento de la presunción de derecho contenida en el art. 1° inciso 1° de la ley N° 18.314. Así lo ha corroborado la jurisprudencia⁵⁴.

⁵¹ Ver por ejemplo las siguientes noticias aparecidas en medios de comunicación: <http://www.chilevision.cl/noticias/chvnoticias/reportaje-a-fondo/los-chubis-vs-los-barzas-la-guerra-que-viven-los-vecinos-de-la-villa-parinacota-en-quilicura/2015-01-14/214718.html>, <http://www.publimetro.cl/nota/cronica/asaltantes-quemaron-vivo-a-cajero-en-servipag-de-hualpen/xIQogD!9qOLoVY5VZf2/>.

⁵² Sosteniendo la punibilidad de la tentativa inidónea CURY, E., *Tentativa y delito frustrado (el proceso ejecutivo del delito)*, (Santiago, 1977), pp. 149 y ss.

⁵³ NOVOA MONREAL, ob. cit., p. 130.

⁵⁴ “[...] considera este tribunal que el sólo hecho de usarse un artefacto explosivo en la comisión del hecho, no permite dar cuenta de ese criterio de concreción de elemento subjetivo del delito terrorista

Por otra parte, aun cuando pudiésemos apreciar una inidoneidad relativa, esto es, cuando con leves variaciones de las circunstancias el medio pudo ser apto para la consumación del delito, y la opinión común aprecie en ellos un peligro grave para el bien jurídico protegido⁵⁵, y por ello, por razones de política criminal pudiere ser aconsejable su punición a título de terrorismo, me parece que, a pesar de la muerte, no hay cercanía de peligro para el orden constitucional en hechos como los que se han descrito, por lo que nunca podría haberse producido la consumación de un delito de terrorismo. Nunca podría haberse fijado la tipicidad del mismo, que es la base para examinar una tentativa.

En este sentido los tribunales orales en lo penal han sido claros al señalar que el empleo de una bomba no es *per se* una conducta terrorista, a pesar de causar lesiones, como sucedió en el caso Pitronello y en el del retén Las Vizcachas⁵⁶. Por lo demás, si de acudir a razones político-criminales se trata, para fundamentar una grave punición, la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, es suficiente, especialmente para casos futuros, pues la colocación de artefactos explosivos tiene una alta pena, la que debe imponerse forzosamente en concurso real con el concreto delito que a través de ellos se cometa. Así, por ejemplo, ya no podrá invocarse la existencia de concursos aparentes o mediales que se puedan resolver a través de la consunción cuando se comete un delito, ej. daños, lesiones o muerte con un arma o artefacto explosivo. Por expresa disposición de la ley N° 17.798 debe castigarse en base al principio de acumulación material de penas. A ello se suma la alteración

planteado por los persecutores, ya que, por el contrario, significaría sostener que el artículo 1° de la ley N° 18.314, ya estaría contenido en la propia descripción de la conducta del artículo 2° numeral 4° de la misma ley, lo que supondría una infracción al principio del non bis in idem, toda vez que se estaría valorando doblemente un mismo un hecho, primero para encuadrarlo dentro de la conducta típica señalada en el artículo 2° N° 4, y, luego, para la calificación de delito terrorista dada la concurrencia de su elemento subjetivo, conforme a la exigencia del artículo 1°. [...] Por tanto, el Tribunal entiende que la sola calidad de artefacto explosivo no importa de por sí una particular naturaleza asociada a la producción de temor en la población o en parte de ella". STOP Puente Alto de 2.12.2014, RUC: 1300145684-3, RIT: 24-2014, vs. V. Montoya, considerando 16°.

⁵⁵ NOVOA MONREAL, op. cit., pp. 130-131.

⁵⁶ En el polémico caso de Luciano Pitronello, a quien le explota el artefacto explosivo en las manos, causando la amputación parcial de ellas, el TOP dejó claro que el empleo de una bomba no es siempre propio de los delitos terroristas, de lo contrario la referencia del art. 2° N° 4 al art. 1° de la ley N° 18.314 sería innecesaria. 4° TOP de Santiago, 15-08-2012, RIT: O-150-2012, vs. Luciano Pitronello. Considerando 17°. En el caso del retén Las Vizcachas indicó: "*claramente no cualquier tipo de artefacto explosivo, en cuanto a la intensidad de sus efectos, permitiría configurarlo como un medio cuya naturaleza y efectos permita alcanzar la finalidad que exige la primera parte del artículo 1° de la ley 18.314. Por lo demás, si fuera indiferente que el artefacto explosivo tenga un alto o bajo poder destructivo, estaríamos ante un doble conflicto: con el principio de tipicidad, y ante un efecto criminógeno favorable al uso de medios extremadamente dañinos". STOP Puente Alto de 2.12.2014, RUC 1300145684-3, RIT 24-2014, vs. V. Montoya. Considerando 16°.*

a las reglas ordinarias para la determinación de la pena, pues de acuerdo al art. 17 de dicha ley, el juez debe prescindir de las reglas rescritas en los arts. 65 a 69 del CP, y fijar a su arbitrio la pena a imponer dentro del rango de pena que para el delito se impone, considerando especialmente la extensión del mal causado.

Además, se restringe la posibilidad de suspender condicionalmente el procedimiento y se impide la aplicación de penas sustitutivas.

En suma, en los casos anotados, sin perjuicio de la calificación que a título de delito común o especial merecieren las conductas, estamos en presencia de una tentativa inidónea de delito de terrorismo; sin embargo, esta aseveración no puede establecerse como regla general, pues la situación no puede apreciarse en abstracto, sino caso a caso y según las particularidades de cada uno, considerando especialmente que al menos dos de los casos reseñados no han sido del todo investigados.

BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO, Manuel, Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto (Madrid, 2010).
- MERA, Jorge. Comentario artículo 7º, en HERNÁNDEZ, Héctor; COUSO, Jaime, Código Penal Comentado (Santiago, 2011).
- MIR PUIG, S., Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el Código Penal, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 03-06 (2001).
- NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal chileno. Parte General, Tomo II, 3ª edición, (Santiago, 2010).
- POLITTOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General, 2ª Edición, (Santiago, 2014).
- TERRADILLOS BASOCO, El Estado de derecho y el fenómeno del terrorismo, en SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, DEMETRIO, Eduardo (dirs.), *Terrorismo y Estado de derecho* (Madrid, 2010).
- VILLEGAS, Myrna, Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año III, N° 6 (2013).
- VILLEGAS, Myrna, Contribuciones para un concepto de terrorismo en el Derecho Penal chileno, en *Revista Política Criminal*, 2016.