



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**DELITO DE TERRORISMO EN CHILE
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

ANDRÉS BALART
NICOLÁS RUIZ TAGLE

Tesis de prueba presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Rodrigo Ríos.

Santiago, Chile

2019

La superioridad moral del Estado frente al delincuente, reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste.

Roxin

INDICE

1. Introducción.....	4
2. Capítulo I. Terrorismo.....	6
I. Sobre el Terrorismo.....	7
II. Concepto de Terrorismo	36
III. La Causa Justa.....	41
IV. Legislación Aplicable al Delito de Terrorismo.....	43
V. Constitución Política de la República.....	44
VI. Limitaciones constitucionales contra la Libertad y la prisión preventiva.....	49
VII. Sobre la Ley Antiterrorista N° 18.314, Origen de la Ley.....	59
VIII. Tratados Internacionales Sobre Terrorismo Ratificados por Chile.....	89
3. Capítulo II. Casos de Terrorismo en Chile.....	116
I. Caso Luchsinger Mackay	119
II. Caso Bomba I.	126
III. Caso Bomba II.....	139
4. Conclusión.....	144
5. Bibliografía.....	147

INTRODUCCIÓN

El objetivo de nuestro trabajo consiste principalmente en hacer un análisis sobre el delito de terrorismo, revisar en qué consiste y cuál es el tratamiento que le asigna nuestra legislación chilena y qué dice nuestro Código Penal al respecto, en cuanto a la aplicación de las penas. Además de revisar todos los tratados internacionales celebrados y ratificados por Chile en esta materia, especialmente aquellos que se encargan de resguardar los derechos de los pueblos originarios, como es el caso de los indígenas.

Para tener una idea más clara sobre el tema en comento, es necesario señalar que no pretendemos abordarlo desde el ámbito del terrorismo religioso, como sucede en países islámicos, europeos, donde su impacto ha sido catastrófico este último tiempo, sino más bien, revisar cómo ha sido su evolución y comportamiento en Chile.

Chile, afortunadamente está lejos de verse involucrados en ataques perpetrados por terroristas islámicos que proclaman una yihad a nivel mundial, sino que nuestro terrorismo es más bien político y territorial.

Es necesario señalar que el terrorismo es mucho más que una violencia política, es un acto que ataca de manera frontal a los derechos humanos, esa es la razón por la cual se merece un mayor reproche social y obviamente debe ser sancionado por todas las legislaciones a nivel mundial.

Las conductas que atacan derechos fundamentales en el contexto de un sistema democrático y respetuoso de los derechos humanos no son, por tanto, delitos políticos. El ataque a estos derechos fundamentales, desde el punto de vista jurídico, es una acción disvaliosa, tanto si se comete para subvertir el orden constitucional de un país como para preservarlo. Lo que significa que nadie puede bajo ninguna circunstancia, alegar que dicho acto delictivo o terrorista está amparado bajo una causa justa. Sostener que se atentó contra el aparataje estatal por la forma en que éste adopta sus políticas o en el caso contrario simplemente por dejar de hacer algo. En ambos casos el ordenamiento constitucional se ve afectado.

Sostener lo contrario implica que el legislador tiene la posibilidad para establecer tipos penales discriminatorios en función de determinadas ideologías (y no de conductas), cuestión esta que resulta contraria a los principios del Estado democrático.

La razón por la cual nos inclinamos por este tema obedece principalmente a los acontecimientos que hemos presenciado en las últimas décadas. El movimiento mapuche en la zona de la Araucanía ha golpeado fuertemente al gremio agrícola y forestal, mediante la perpetración de atentados, principalmente provocando incendios y destrucción de maquinarias y camiones en las empresas forestales, y lo que es peor, los ataques a iglesias, independiente el credo que allí se practique, creemos que debe ser acérrimamente reprochado por nuestra sociedad.

No tenemos que olvidar que todo esto va acompañado de su reivindicación al derecho territorial que ellos reclaman, derecho que les fue arrebatado por los agricultores de la zona. Mas adelanté analizaremos, como fue que el Estado comenzó a confiscar estos territorios para posteriormente otorgárselos a los colonos que de manera paulatina llegaron a Chile, asentándose principalmente en la zona sur

La idea principal de nuestra tesis es dividirla en dos capítulos, el Primero de ellos estará dedicado a tratar el terrorismo y a revisar la legislación aplicable a dicho ilícito, además de hacer un símil con la legislación española, con el fin de revisar como es la ley penal adolescente en dicho país. También dedicaremos un segundo capítulo a tres casos que consideramos imperativo analizar detenidamente, los casos que a nuestro juicio nos parecen bastante interesante y generará posturas diferentes a las ya revisadas por penalistas, son los que escogimos para esta memoria; Caso Luchsinger Mackay; y el Caso Bomba I y Caso Bomba II.

CAPÍTULO PRIMERO.

I. ANALISIS JURIDICO DEL TERRORISMO

El estudio del terrorismo en cuanto *fenómeno criminal* ha de enfocarse desde la Criminología y desde la Ciencia del Derecho Penal. El punto de partida lo constituye la existencia de los delitos de terrorismo como parte del orden jurídico en los diversos países. De esta forma, junto al saber normativo del Derecho penal, aparece como imprescindible el saber empírico que proporciona la Criminología, ya que la dogmática de fórmulas abstractas poco o nada puede evolucionar si no se ocupa de la realidad social a través de las diversas ciencias, y entre ellas la Criminología; y además porque, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, la necesidad de comprender si el Derecho penal consigue eficazmente las que pretende, convierte la verificación empírica de estas consecuencias en un elemento fundamental para la interpretación del conjunto normativo¹.

Diversas corrientes provenientes de la criminología, la psicología (no psicoanalítica) y de la filosofía política conservadora atribuyeron la violencia política, dentro de la cual se considera inserto el terrorismo, a patrones de conducta desplegados por determinados sujetos con una conformación peculiarmente anormal y patológica. La *Criminología Clásica* busca en las anomalías que caracterizan a los distintos comportamientos criminales una explicación psicológica de la criminalidad, partiendo de ella como un dato ontológico, preconstituido a la reacción social y al derecho penal. En el otro extremo, la *Criminología Crítica*, parte del análisis de la criminalidad relacionando la conducta desviada con las estructuras sociales².

¹ HASSEMER, W. - MUÑOZ CONDE, F. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989,p.15

² LARRAURI, E. La herencia de la criminología crítica, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1991.

Realizadas estas consideraciones generales, intentaremos realizar una exposición desde la historia acerca de la concepción criminológica de la delincuencia terrorista, comenzando por algunas tesis criminológicas que consideran que el terrorismo se yergue sobre la base de una especie de personalidad especial, hasta las que consideran los factores sociales y culturales como esenciales a toda delincuencia. Se concluirá con una toma de posición frente al fenómeno en cuestión desde el punto de vista de la criminología crítica, postura a la cual adscribimos. Finalmente nos referiremos a la insoslayable discusión acerca de la criminalidad organizada.

1. Concepción Criminológica Del Terrorismo

1.A) La Escuela Positiva (LOMBROSSO, FERRI, GARÓFALO) atribuye al delincuente ciertas características especiales, que permiten establecer algunos criterios diferenciales entre el delincuente político y el delincuente común. LOMBROSSO, primer exponente de la Escuela antropológico criminal (1876), en su obra "El delito Político", atribuyó al delincuente político ciertos rasgos epileptoides³, rasgos que – a su juicio- se encontrarían presentes en los héroes nacionales de la reunificación italiana, y en los levantamientos campesinos al sur de Italia, caso en este último en el que habría tenido grave influencia la avitaminosis crónica, producto de la pelagra.

FERRI, a diferencia de Lombroso califica al delincuente político de "pseudo criminal" pues no reconoce en él rasgos morfológicos criminaloides, y pone de manifiesto la relatividad de estas infracciones al señalar que son delitos en la medida que no convienen a los que detentan el poder en un determinado momento. Por este motivo, estima que tales delitos son artificiales y no corresponden a lo que él define como delito, esto es, "ofensas a las condiciones de moralidad media de un pueblo, en un momento dado". Su argumento más fuerte se encuentra en los móviles que impulsan el accionar político, y explica que no sólo "no son egoístas o

³ LOMBROSSO, En su obra "El delincuente en relación a la Antropología Criminal", distingue entre enfermo mental y delincuente. El "criminal nato" estaría en su concepto predeterminado al delito en base al atavismo y la degeneración, la locura moral y la epilepsia. Es susceptible de ser reconocido por una carga estigmática física, fisiológica y psíquica.

antisociales" sino que, por el contrario, "son altruistas y nobles"⁴. La diferencia sería entonces diametral entre atentado político y delito común. FERRI también hace referencia a un tipo especial de delincuencia vinculada a tendencias atávicas que expresan algún grado de retorno a la bestialidad, y delitos de carácter evolutivo en los que priman las facultades mentales (fraude y maquinaciones). Sobre esta base, como se ha señalado, se ha caracterizado al delito político como "evolutivo", en oposición a los delitos comunes, en cuanto ellos son manifestación de antisocialidad, descontrol y pasionalidad, consecuencia de una incivilización y renuencia al progreso de la humanidad.

1.b) Las teorías de orientación sociocriminogenética o sociológica criminal acentúan la importancia de los factores ambientales en el origen del comportamiento criminal y minusvaloran los elementos psicológicos y biológicos. Varias de las teorías de esta orientación se aplican a la explicación de la criminalidad como fenómeno colectivo, hecho nomotético y no del delito como hecho individual, ideográfico.

Dentro de la variedad de autores que plantean estos postulados y siguiendo la misma dirección propuesta por Ferri, encontramos a MAXWELL⁵, quien distingue entre una delincuencia retrógrada (pasión baja) y una delincuencia anterógrada. Esta última vendría a ser la antesala de nuevas formas sociales de la humanidad, pero que como no corresponden al estado actual de la evolución chocan con el medio social. Incluye dentro de esta categoría a los demócratas liberales o radicales que lucharon por el constitucionalismo clásico, y a los anarquistas y socialistas. De igual manera, propone una clasificación de los delincuentes en la que contempla al infractor político entre los delincuentes por motivos psicosociales, esto es, "delincuentes por honor o por ideología", categoría que a su vez contempla a los religiosos, políticos y sectarios.

La tendencia a concebir a la sociedad como causante de la delincuencia se va plasmando poco a poco en la historia de la criminología. Así, Gabriel

⁴ FERRI. Principios de Derecho Criminal, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933, p.568

⁵ MAXWELL, J. Le Crime et la société. Paris, Ernest Flammarion Editeur, 1920, pp.214 y ss.

TARDE, jurista y sociólogo en su obra *La Criminalidad Comparada* (1886) enfatizó el aporte de los factores sociales al delito y anticipó su “teoría de la imitación” y la existencia de un “tipo criminal”. El delito, según TARDE, es más explicable por causas sociales y psicológicas que biológicas”. El tipo criminal admitido no es sino un tipo profesional, de una especie singular en el terreno de los rasgos físicos, las capacidades, las aptitudes, nació simplemente especialmente dotado, al igual que otros nacieron con capacidades para triunfar, como jueces, militares, músicos, etc.

Siguiendo a Tarde deberíamos decir entonces que un terrorista y un infractor político han “nacido especialmente dotados” para cometer actos de terrorismo o infracciones políticas. Nos parece que esta argumentación carecería de todo sustrato material, histórico, social y económico. Las leyes de la imitación (1890) que propone este autor tampoco parecen tener una base lógica que pueda explicar cabalmente la delincuencia terrorista: No podríamos sostener seriamente que el terrorista imita a otros, y que esta imitación la hace en base a la proximidad de sus contactos con otros similares, ni que las actuaciones terroristas surjan en base a la imitación que las clases bajas aspiran y realizan en pos del estilo de vida de las clases altas. La delincuencia terrorista es algo mucho más complejo que esto.

1.C) Las teorías de orientación psicológica criminal enfatizan determinados aspectos o mecanismos psicológicos en el origen del delito, con una notoria subestimación de los aportes biológicos y criminales. Otorgan a las vivencias (o contenidos de conciencia) del sujeto cierta autonomía frente a lo somático o lo ambiental⁶.

Muchas de estas teorías consideran al delincuente como un ser “anormal”, aunque tal anormalidad desde el punto de vista empírico o valorativo no encaje precisamente entre las categorías admitidas por la Psiquiatría.

⁶ Las teorías bio-criminogenéticas y las socio-criminogenéticas, ya esbozadas, consideran el impacto que en lo psíquico producen ciertas circunstancias y miran cierto resultado psíquico como consecuencia casi forzosa de un factor cuya potencia se exagera notoriamente

Algunas de estas tesis intentan asociar al delincuente político con determinadas características especiales o patologías mentales. El terrorista sufre una alteración psíquica consistente en alguna de las entidades nosológicas clásicas, en especial la psicosis. Para otros se trataría de un “síndrome” (conjunto de síntomas que aún no adquiere la autonomía de una entidad nosológica) que se traduciría ya en una “personalidad desajustada”, ya en una “caracteropatía” o bien en una “personalidad mal estructurada”, etc.

Tampoco sus argumentos nos parecen convincentes como para explicar el tema en cuestión ya que carece de la cientificidad necesaria como para admitir una regla general. Es verdad que terroristas como Robespierre o Nechaieff según cuenta la anécdota histórica, presentaban rasgos de personalidad epileptoides, obsesivos o neuróticos. Pero también es verdad que la mayoría de los terroristas no presentan estos rasgos. Tampoco marcan una tendencia ni determinan la esencia de la violencia en el conflicto social⁷.

En el campo de investigaciones criminológicas apoyadas por la medicina, se descubre en el carácter del delincuente político ciertos elementos recurrentes. Así Ernest SEELIG⁸, en el tratamiento del delincuente por convicción, le atribuye ciertos rasgos esquizotímicos (frío, autístico, poco sociable, insensible o poco sensible), disposiciones congénitas que vendrían a formar parte del proceso de desarrollo del delito en la criminogénesis individual. Caracteriza al delincuente político como impulsivo, de rasgos esquizofrénicos marcadamente acentuados y tendencia a la agresividad. Sin embargo, hay que tener presente que su estudio se realiza en base a fichas clínicas de activistas nacionalistas negros, habiéndose comprobado que los rasgos patológicos que presentan son demostración de su situación de marginalidad más que de su actividad política. Lo que SEELIG describe, no es el perfil del delincuente político sino el perfil del marginado negro

⁷ LAQUEUR, 1983,p. 25

⁸ Seelig distingue en la criminogénesis individual un proceso de desarrollo del delito y un proceso de desencadenamiento del delito. Más ampliamente en su obra Tratado de Criminología, Trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1985.

norteamericano⁹, sin que ello signifique desmerecer su indudable aporte en relación a la problemática del delincuente por convicción.

2. Toma de posición frente a la delincuencia terrorista: La Criminología crítica y el concepto de desviación social.

Los *planteamientos macro-sociológicos* que ostenta la Criminología crítica en contraposición a los bio-psicológicos de la Criminología Clásica constituyen la clave para comprender el fenómeno del terrorismo. La relación que ella establece entre el comportamiento desviado y las estructuras sociales vino a romper con los enfoques etiológico - criminales¹⁰, y con la teoría de la Defensa Social al suponer que la ley penal no es igual para todos y que la categoría de criminal se aplica de forma independiente a la dañinidad social del delito cometido.

La criminología crítica utiliza el término *desviación*, más amplio y más limitado que la palabra delincuente. Desviación es un comportamiento no acorde con normas sociales pero no necesariamente penalizado¹¹. Las "*desviaciones sociales*" se traducen en la ruptura con los modelos normativos generales de una sociedad, que subyacen al Derecho, que son aprendidos en la vida social, que se reflejan en la dogmática penal a través del tipo. Pero el sustrato del ordenamiento jurídico viene dado por ciertas metas y valores sociales, fraguadas en torno a las condiciones socio políticas y las condiciones de vida dominantes. De ahí que lo ideológico y cultural sea inseparable de las normas jurídicas, y que el delincuente aparezca en una actitud de rebeldía - lucha política- frente a tales valoraciones, actitud que a su vez está condicionada por una multiplicidad de factores materiales objetivos y subjetivos. No puede hablarse de una malevolencia natural, sino de conductas antisociales definidas, causadas y criminalizadas culturalmente al ser contrarias a los imperativos de conducta requeridos por el orden social. En el ámbito político, si bien es indudable que

⁹ RANGUEL, Enrique; Estudios sobre la violencia, Edit. Monteavila, Caracas, 1974,p.32.

¹⁰ ⁶. La etiología criminal se orienta hacia la búsqueda de "las causas del delito"

¹¹ LARRAURI, E. 1991, XVII

la seguridad del Estado, y el orden político, son valores o bienes jurídicos que están protegidos penalmente, es también indiscutible que su estabilidad en cuanto forma de Estado o de gobierno corre siempre riesgos pues está sujeto a un cuestionamiento constante, o debería estarlo si se trata de un sistema democrático, según exponíamos en el primer capítulo.

De esta forma, la *desviación social* con respecto a estas pautas de conducta tiene un carácter eventual y contingente, generalmente la delincuencia política - contrariamente a la delincuencia terrorista- no es entendida por la sociedad como desviada, ya sea porque viene a ser la respuesta a problemas comunes como la liberación nacional, o el separatismo, ya sea porque se dan en “*una crisis en que los marcos normativo-valorativo han estallado por la presión del conflicto y la violencia*”¹².

Los postulados básicos de la criminología crítica se han vertido en diversos *principios orientadores de política criminal* que resultan de vital importancia al momento de proponer un tratamiento criminológico del terrorismo¹³.

2.a) Es imprescindible aplicar el método materialista histórico para analizar el problema de la desviación y la criminalidad y de esta forma insertarlo en el análisis de la estructura general de la sociedad. Luego, el primer objeto de estudio ha de ser la función que cumple el Estado, las leyes e instituciones legales en el mantenimiento de un sistema de producción capitalista, tema que ya se ha abordado en la primera parte de esta investigación.

Las desviaciones provenientes de los sectores dominantes, tales como la criminalidad económica, y la criminalidad organizada en general- según anunciábamos- reciben un tratamiento diferenciado en relación a las desviaciones de los sectores dominados, dentro de los cuales consideramos inserto el terrorismo insurgente o subversivo. Cuestionamos pues la

¹² FALS BORDA, Orlando. Las revoluciones inconclusas de América Latina. Ed. siglo XXI, México, 1968, p.8

¹³ En este enfoque nos hemos guiado por la metodología expuesta por BARATTA, A. "Criminología crítica y política penal alternativa" en *Politique Criminelle et Droit Pénal, Actes du Prèmier Colloque regional espagnol*, Octubre de 1977, en RIDP, N°1, 1978, pp.43 y ss. y SERRANO PIEDECASAS, J.R. El actual sistema penal y el carácter excepcional en el tratamiento jurídico del terrorismo, Tesina de licenciatura, Universidad de Salamanca, España, 1986, pp.39 y SS.

naturaleza criminológica - y por ende, el tratamiento jurídico- que se confiere al terrorismo en cuanto forma de criminalidad organizada¹⁴.

La criminalidad de los sectores sociales dominantes surge como consecuencia de la agudización de las contradicciones al interior de los procesos de acumulación y circulación de capital, y asimismo de estos procesos con el campo político. En cambio, las desviaciones que presentan los sectores dominados y que se vierten en hechos delictivos similares a los mencionados no son sino una consecuencia: *primero*, de un desajuste en las relaciones de producción, y *segundo*, un desajuste en las relaciones de distribución de la riqueza en un determinado momento¹⁵.

Al regirse el cambio de las fuerzas de trabajo por el mercado, no puede vislumbrarse posibilidad para el individuo de garantía institucional ni social de la ocupación de su fuerza de trabajo, y por tanto la marginación social aparece como efecto necesario o estructural del modo capitalista de producción¹⁶. La reacción social manifestada por el derecho penal se vierte con mayor dureza ante estos últimos: los delincuentes pertenecientes a los sectores dominados (entiéndase también marginados socialmente) son los desviados, etiquetados, estigmatizados y a ellos se les aplica ya desde la creación de los tipos penales el mayor rigor¹⁷. Esto se debe a que sus conductas delictivas atacan las relaciones de producción y de distribución capitalistas, independientemente de que asuma sus valores (caso de la delincuencia común). Por el contrario, el rigor es menor cuando se trata de criminalidad económica o delincuentes que pertenecen a los sectores socialmente dominantes.

¹⁴ Véase supra en este mismo capítulo: II. 4.- Terrorismo, ¿Crimen organizado?.

¹⁵ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1986, p.40.

¹⁶ ZOLO, 1983, pp. 97-99.

¹⁷ No puede pensarse que el fenómeno criminal, en los Estados democráticos y en los que aún están en transición, como las incipientes democracias latinoamericanas, sea el producto de un rechazo ideológico e insubordinación política de la sola clase obrera frente al modelo impuesto por la clase dominante. También gran parte de esta insubordinación viene dada por los sectores marginados económica y culturalmente. En este contexto hay que tener presente que el curso de los acontecimientos en la historia de las últimas décadas, hace imprescindible pensar también en los sectores marginados no asimilables al concepto marxista de proletariado. En este sentido se plantea Danilo Zolo (1983, p. 87-89).

Desde las teorías criminológicas del conflicto se puede reconocer el esquema político del conflicto, y advertir el proceso de criminalización como un proceso en el cual los grupos en el poder logran influir en la legislación, utilizando de esa forma las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar el comportamiento de grupos contrarios¹⁸. Los procesos de estigmatización del individuo como desviado que pueden también verificarse dentro de la reacción no institucional, pueden definirse como “aquellos procesos de atribución de status criminal que se desenvuelven mediante la actividad de las instancias oficiales del Estado (legislador, judicial, policial)”. De ahí que como señala TURK, el estudio de la criminalidad se convierta en “el estudio de las relaciones entre el *status* y los roles de la *autoridad* legal -creadora, intérprete y ejecutora de los *standars* legales del comportamiento correcto y desviado- y los *status* y *roles* de los *sujetos* -receptores u opositores, pero no autores de dichas decisiones, para los cuales el derecho es creado e interpretado o hecho valer coercitivamente”¹⁹.

La Criminología crítica expuso en sus inicios que la desviación en los sectores dominados era un acto de oposición política a los intereses de los sectores dominantes, intereses que son representados y defendidos por el derecho penal. El delito sería un acto político en cuanto refleja las contradicciones inherentes al sistema y se opone a los valores dominantes²⁰. *Pero no toda desviación, como hubo de reconocerse posteriormente es un acto de oposición política*. La década de los setenta marcó un hito. Por una parte, la existencia de un capitalismo salvaje y crisis económica que recortaron el Estado Social, y por la otra la exacerbación del terrorismo (Baader -Mainhof en Alemania, Brigadas Rojas en Italia). Esto dio margen para que pudiera hablarse de una *estrategia de la tensión* cuyo objeto era la desestabilización de los sistemas democráticos y asimismo *impedir el avance paulatino de los sectores de izquierda*²¹. Inmediatamente surgieron como respuesta las legislaciones

¹⁸ VOLD, G.B. Theoretical criminology, New York, 1958, p.202.Cit. por BARATTA, A. 1979 a), p. 10.

²⁰ LARRAURI, E. 1991, p. 113.

²¹ LARRAURI, E. 1991, p.147

antiterroristas²². Paralelamente y como resultado de las luchas sociales comenzó a acuñarse la idea de que *el derecho penal no solo protege los intereses de la clase dominante, sino que también protege intereses de los sectores dominados y que han sido obtenidos en base a este tipo de luchas.*

YOUNG elaboró la *criminología de la clase obrera* y he aquí lo que nos interesa: *no debe idealizarse y ver en todo delincuente un héroe político, así como tampoco puede reducirse a todo delincuente al lumpen.* Como expone PLATT²³, *deben condenarse los actos que dificultan la lucha de los trabajadores dividiéndolos, y deben celebrarse los que encierran una clara conciencia política.* Es necesario entonces, fijar la atención en el *contexto* y no solo en el acto delictual, antes de otorgar al acto desviado el carácter de oposición política o lucha contra el sistema. Esto permite, a juicio de YOUNG²⁴, en el mismo sentido COHEN²⁵, diferenciar entre los distintos actos desviados y condenar a determinados de ellos en base a su ilegitimidad.

Conforme a lo que se ha venido exponiendo en esta investigación, nos asiste la convicción de que ilegítimos pueden ser, en todo caso, los actos que representan la esencia de los valores del sistema capitalista, como el narcotráfico, la delincuencia económica, la criminalidad de los sectores dominantes en general. Pero ¿podría decirse que el terrorismo es legítimo desde este contexto? No se trata de un fenómeno natural y ahistórico, sino más bien de un fenómeno producido por los desajustes y falta de integración al interior del sistema, cuya finalidad política es indiscutible, tanto si nos referimos al terrorismo insurgente o subversivo, como al que se ampara en el Estado, el primero perseguirá un cambio radical en las estructuras sociales, el segundo perseguirá la mantención de un sistema o régimen de gobierno determinado en el que parecen fallar las bases de legitimidad.

²² Los sectores de izquierda se encontraron ante la paradoja de tener que defender el Estado de derecho y los derechos fundamentales que mermaban las legislaciones antiterroristas. PITCH, T. "Critical criminology, the construction of social problems, and the question of rape" en *International Journal of Sociology of Law*, nº13, 1985, p.37. Cit. por LARRAURI, E. 1991, p.147.

²³ PLATT, T. "Street Crime: a view from the left", en *Crime and Social Justice*, nº9, 1978, p. 31. Cfr. LARRAURI, E. 1991, pp.154-155.

²⁴ YOUNG, 1975, p.111.

²⁵ COHEN, S. "Guilt, justice and tolerance: some old concepts for a new criminology", en *Against Criminology*, 1979; p. 167; el mismo, "Symbols of trouble", en *Against Criminology*, 1980, p.165. Cit. LARRAURI, E. 1991, p.163.

El criterio para determinar qué actos son ilegítimos y cuáles no, lo vislumbró ya la criminología crítica: *el respeto a los derechos humanos fundamentales*. Este es el planteamiento que se ha sostenido al analizar las características del terrorismo en cuanto “fenómeno histórico y social”. Se reitera en su examen en cuanto “fenómeno delictivo” y lo mantendremos en el análisis sustantivo del terrorismo, como criterio de valoración del bien jurídico protegido.

La defensa de este planteamiento se apoya en la propia *clase trabajadora*. *La violación de derechos humanos la golpea, la disgrega y la confunde*. Tanto la violación proveniente –originariamente- del mismo Estado, como por parte de la insurgencia de los sectores dominados²⁶. Y por ello es que su lesión o puesta en peligro ha de ser protegida frente a los ataques que provengan tanto de la autoridad política como de organizaciones o grupos privados. Pero, como se decía, la asunción por parte del derecho penal de la protección de estos derechos humanos fundamentales no implica que éste deje de servir como instrumento para la protección (en primacía) de los intereses de los sectores dominantes. Por esto es por lo que debe rescatarse el carácter de los derechos humanos fundamentales, como elemento central en la creación de una política criminal garantista.

Desde esta perspectiva puede arribarse a lineamientos generales de una política de transformación social e institucional cuyo carácter, a decir de BARATTA²⁷, sea *radical*. Las raíces de la criminalidad se identifican antes que, en el carácter antisocial de la conciencia y la voluntad individuales, en el carácter antisocial e inhumano de la sociedad capitalista. Decía Marx: “...No deberán castigarse los crímenes en el individuo, sino destruir las raíces antisociales del crimen y dar a cada cual el margen social necesario para exteriorizar de un modo esencial su vida. Si el hombre es formado por

²⁶ Sobre el concepto de violación a los derechos humanos y su origen, Infra Cap. II, IV. El terrorismo. 1. Un intento de caracterización.

²⁷ BARATTA, A "Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la Ciencia Penal", en La Reforma del Derecho Penal II, Ed. a cargo de Santiago Mir, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1981; pp. 25- 61, esp. p.59.

las circunstancias, será necesario formar las circunstancias humanamente"²⁸.

La criminología crítica tiene como tarea la desmitificación del derecho penal para revelar a qué intereses sirve, el estudio de los órganos de control social en cuanto sustentadores de los intereses de la clase dominante, proponer nuevas definiciones de delito que protejan los intereses de las capas sociales más débiles, y vincular, teoría con práctica para sustituir el sistema capitalista. Sobre esta base propone una *Política Criminal alternativa* que desde la Prevención:

Primero, persiga un cambio de tipo estructural que permita modificar las relaciones de producción, y no consista meramente en lograr una mejor distribución de la producción social. La instauración de *garantías sociales de existencia* impeditivas de la marginación social de la fuerza de trabajo y los fenómenos de desocialización y disgregación cultural se hacen necesarias para una transformación radical de la estructura productiva. Si se quiere construir una política criminal en la perspectiva del socialismo, debe proponerse la superación del actual sistema y de las instituciones penales que le sustentan, "en la medida que éstas se fundan en la concepción cristiana de la libertad, la culpa y de la pena"²⁹. Coherentes con los lineamientos que nos inspiran en esta investigación concebimos que la raíz primera del delito, factor de desocialización del individuo se encuentra precisamente en la *carencia de un espacio social* garantizado a cada uno para el ejercicio de una libertad no formal. La socialización de los medios de producción, la superación del trabajo asalariado y la recomposición social del trabajo dividido son "los ejes de todo proyecto de transformación revolucionaria de la sociedad burguesa"³⁰, y *Segundo*, propugne el desarrollo de la organización de las capas dominadas, en la perspectiva de hacer frente- como alternativa válida- a la formación y desarrollo de subculturas criminales ligadas a la disgregación social, que en la sociedad capitalista van aparejados con los procesos de marginación de la fuerza de

²⁸ MARX, Karl; "La Sagrada Familia", cit., 1967, p.197.

²⁹ ZOLO, D. 1983, pp.106-107.

³⁰ ZOLO, D. 1983, p.108

trabajo. Como acertadamente expone Danilo ZOLO: "el principal instrumento de una política criminal del movimiento obrero es la politización y la activación revolucionaria, la organización política, el crecimiento y la consolidación de la conciencia y la solidaridad de clase"³¹. Dicho de otro modo, una ampliación de los servicios de un sistema democrático a todas las capas sociales, la concepción de libertad - participación y no meramente de libertad. De esta forma se lograría una mayor integración previniendo las desviaciones sociales como el terrorismo.

2.b) Si el carácter fragmentario del derecho penal en la selección de los bienes protegidos y de los comportamientos lesivos, tiende a ocultar que, mayoritariamente, son los intereses de la clase dominante los que se plasman en él, forzoso es concluir que los órganos del ius puniendi estatal protegen principalmente los intereses de esta clase, lo que origina una desigualdad en el Derecho Penal. Como expone BARATTA³²: "...El derecho penal tiende a privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización a los individuos pertenecientes a dichas clases y ligados funcionalmente a las exigencias de acumulación capitalista y dirige el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de las clases subalternas... no solo las normas del Derecho penal se aplican selectivamente reflejando las relaciones de desigualdad existentes, sino que el Derecho penal ejercita también una función activa de producción y reproducción de las relaciones de desigualdad".

Justamente por esta desigualdad es que los mecanismos coercitivos y la pena se aplican de manera desproporcionada a las clases sociales inferiores, ya que ellas con su actividad delictiva amenazarían los intereses de la clase dominante. Todo lo cual, a su vez, obedece a un proceso de criminalización propio del sistema capitalista, que puede ser catalogado

³¹ ZOLO, D.1983, p. 111.En este mismo sentido se había ya pronunciado Rosa de LUXEMBURGO: "...el único medio eficaz de que dispone la revolución proletaria es la adopción de medidas radicales de naturaleza política y social, la más rápida transformación de las garantías sociales de la vida de las masas y el despliegue del idealismo revolucionario que a la larga solo puede mantenerse sobre la base de una libertad política sin trabas por medio de la intensa y activa participación de las masas". LUXEMBURGO, Rosa; "La revolución Rusa", en Escritos Políticos, trad. de G. Muñoz, Barcelona, 1977, p. 589.

³² BARATTA, A. "Criminología crítica y política penal alternativa", ob. cit. 1978, pp. 46-47.

como “ético o individualizante”³³, cuyo efecto es el hacer recaer sobre factores morales y de desviación individual la responsabilidad de *males* que pertenecen a la estructura misma de la sociedad. De donde se deduce, por una parte, el carácter clasista de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por el Código Penal; y por la otra, la función burguesa de la coerción penal como mecanismo ético de culpabilización y reforzamiento ideológico del orden existente³⁴.

Sabemos que el derecho penal no defiende todos los bienes jurídicos amenazados, sino solo aquellos en los que, teóricamente, tienen igual interés todos los ciudadanos, y cuando penaliza las ofensas a los bienes esenciales lo hace de manera desigual y de modo fragmentario. Sabemos también que la estigmatización como delincuente se aplica de manera desigual a los sujetos independientemente del daño social de sus acciones y la gravedad de sus infracciones .

Ello conduce a pensar que es tarea primordial la revisión de las categorías de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal, en base a una identificación de las necesidades e intereses de la colectividad, y procederse a la inversión de su actual jerarquía caracterizada por la prevalencia de los intereses propietarios, moralizantes, y éticos. Esto pasa por *la ampliación de las zonas de protección para aquellos bienes jurídicos desatendidos por una política penal tradicional* (seguridad social, laboral, protección del medio ambiente)³⁵, esfuerzos que se han estado llevando a cabo por los sectores adscritos al Garantismo.

Si bien compartimos las críticas al derecho penal que hace el abolicionismo, entendemos, que en las actuales condiciones no puede procederse a la anulación del control social formal, sino a una política criminal intermedia

³³ El proceso de criminalización (Derecho penal Moderno) en el sistema capitalista, según ZOLO, se caracteriza por la asunción de tres técnicas: a) la tipificación de figuras abstractas mediante las cuales se definen como delito las conductas lesionadoras de bienes jurídicos y conductas violentas de la sociedad desviada (imputables a la conciencia y voluntad de personas), en contraposición a las lesiones y conductas no-antijurídicas de la sociedad no desviada. b) La utilización de la represión y sanción penales de un lado como forma de concientización al pueblo de que el delincuente tiene una conciencia y voluntad criminales, c) y de otro lado, como forma de estigmatización y marginación social a través de la reclusión y la inscripción de la condena en el registro de antecedentes. ZOLO, D.1983, pp 102-105.

³⁴ ZOLO, D.1983, pp 102-105

³⁵ SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1986, p.41- ZOLO, 1983, p.114.

que tienda a *la despenalización* o a la minimalización del derecho penal³⁶. Implica la reducción de los órganos de represión y de control que se dirigen a las clases dominadas, y la fijación de límites en principios legales (legalidad, tipicidad, irretroactividad), principios funcionales (subsidiariedad, proporcionalidad), y principios personales (responsabilidad por el hecho).

Esta despenalización ha de tener como primer objetivo la *apertura de los márgenes de aceptación social de la desviación*. Y en este sentido pensamos que constituyen supuestos fundamentales de una política criminal desde la perspectiva socialista, de un lado, la ampliación de los márgenes de aceptación social frente a los sectores marginales de la sociedad, lo que implica que el movimiento obrero debe abandonar su actitud discriminatoria frente a estos sectores. De otro lado, la ampliación de una mayor autonomía de las masas y de la libertad política.

Todo ello teniendo en cuenta que la misión inherente a la despenalización es *la defensa de los derechos humanos si es que se pretende proteger los intereses de las capas sociales más débiles*. Como expone acertadamente LARRAURI³⁷, no es el desviado el que debe cambiar o ser intervenido sino la sociedad quien debe aumentar sus cotas de tolerancia y civilidad. Una política criminal desde la perspectiva socialista debe tender hacia una mayor libertad antes que a la represividad, ha de ser socializante y no marginadora, promocional y liberadora antes que terrorista y culpabilizadora.

2.c) Retomando las ideas vertidas en los preliminares, puede observarse que, paradójicamente, en la política criminal de prevención de los sistemas neoliberales y desde la prevención especial, se esgrime la *resocialización*, cuya esencia es cuestionada sociológica y criminológicamente por lo que las desviaciones de las clases subalternas significan ante una sociedad desigual. Fuerza concluir que la verdadera reeducación del condenado no se encuentra- como lo plantea el mito burgués – en el interior de una cárcel,

³⁶ BARATTA, Alessandro - SILBERNAIG, Mario; "La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el Proceso Penal", en DP, año 8, 1985, pp.559-595, esp. p561-562, ZOLO, D. 1983, p. 114; BARATTA, A. 1978, pp. 53-55.

³⁷ LARRAURI, 1991, pp.176-179

sino que *en la toma de conciencia de su propia posición de clase y de las contradicciones de la sociedad de la que de una u otra manera forma parte.*

De ahí que sea imposible la *“resocialización” del delincuente terrorista mediante el ofrecimiento de dádivas y beneficios a cambio del arrepentimiento y colaboración* - problemática permanente en el delincuente por convicción - sino mediante *la toma de una conciencia social y política* por parte del mismo individuo, acompañada de una ampliación de los espacios de libertad civiles y políticos que le transformen en sujeto activo de las relaciones sociales. Como acertadamente afirma BARATTA:³⁸ *“La verdadera “reeducción” del condenado es aquella que transforma una reacción individual e irracional, en conciencia y acción política dentro del movimiento de la clase”.*

Una política criminal socialista de intervención en el tratamiento penal debe estar dirigida a *la socialización posible de todo tratamiento penal* lo que significa que deben *socializarse las culpas y las responsabilidades* es toda vez que reconocemos que *el origen del delito está en la estructura social imperante.* Esto reafirma la idea de la necesidad de una reducción drástica de la esfera de intervención penal. Debe, asimismo, rescatarse la idea de superación progresiva de la cárcel, socializando el control y tratamiento de la desviación criminal en su doble función de gestión social y socializadora. Una política criminal socialista conlleva el abandono progresivo del modelo de *“tratamiento institucional”* y la aceptación social en los límites de lo posible. A juicio de Danilo ZOLO, gran parte de la desviación debería ser *no tratada*, sino simplemente *tolerada* *“como señal y producto de tensiones y disfunciones sociales que no pueden encontrar soluciones en la pena (sobre todo privativa de libertad) sino únicamente en los grupos sociales en cuyo interior se manifiestan”.*

La tendencia progresiva hacia el fin de la conflictividad social producto de una transformación radical en las estructuras sociales encontraría su límite precisamente en el respeto a los derechos fundamentales. De ahí que para los casos de terrorismo no solo debe tenderse hacia una reducción

³⁸ BA ZOLO, 1983, p. 113. RATA, A. 1978, p. 52.

cuantitativa de la intervención penal - teniendo como límite el respeto a los derechos humanos- sino que a la vez *debe propiciarse un tratamiento desde el punto de vista ideológico* hacia los grupos terroristas, entendiendo este tratamiento como *discusión política*, y no la sola aplicación de la violencia institucional que es la pena privativa de libertad. *La aplicación selectiva de las sanciones penales estigmatizantes*, como dice BARATTA, y especialmente la de la cárcel, es un "momento superestructural esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad"³⁹.

Pero, en la medida que no se socialice la responsabilidad y el tratamiento penal siga siendo individual *deben respetarse las garantías del Estado de Derecho* mediante los principios de tipificación, legalidad, y derecho a la defensa. Parafraseando a ZOLO, "La represión penal, en otros términos, debe ser, mientras exista, de tipo jurídico y no genéricamente social: en formas ciertas y normativamente predeterminadas, y no espontánea; rodeada de todas las garantías del derecho... y aún de otras como la publicidad del proceso incluso en la fase instructora y el máximo de participación del control popular sobre la administración de justicia"⁴⁰. Mientras subsistan los conflictos sociales *cualquier transacción* sobre el derecho como sistema de límites y de controles frente al poder, de libertades individuales, de garantías para el disenso y la acción de los sujetos sociales equivale, como dice FERRAJOLI⁴¹ a un paso atrás.

2.d) En cuanto a la función que cumple la *opinión pública y los procesos ideológicos y psicológicos* que sirven como fundamento a la desigualdad que empíricamente tiene el Derecho penal, algo ya habíamos esbozado desde la perspectiva sociológica al caracterizar al terrorismo. Cabe destacar, en esta parte de la investigación (criminológica), que la opinión pública cumple dos tipos de funciones: por una parte, le cabe el rol de activar el proceso informal de reacción a la desviación y a la criminalidad y, por otra parte, en el sentido de comunicación política de base, es portadora de la ideología dominante,

³⁹ BARATTA, A. 1978, p.47.

⁴⁰ ZOLO; D. 1983, p. 120.

⁴¹ FERRAJOLI, L. "¿Existe una democracia representativa?", en Democracia autoritaria y capitalismo maduro, Col. El Viejo Topo, N°7, 1983, p.70.

que consolida el sistema penal, y por tanto el mito de su igualdad⁴². Por otra parte, es a nivel de la opinión pública, en su acepción psicológica social, que se han desarrollado los procesos de criminalización en los que se realizan funciones simbólicas de la pena: Una función integradora que produce un aunamiento entre aquellos que son meros espectadores ante el “enemigo común”, procurándose así una consolidación de las relaciones de poder existentes.

Además, los procesos de inducción que se realizan en la sociedad y en la opinión pública a través de los “mass media” y de la imagen de criminalidad que éstos transmiten, son frecuentemente manipulados por las fuerzas políticas interesadas en los cursos de las campañas de “ley y orden”, tan presentes en los momentos de crisis. Pero no solo mediante estas campañas, sino que su actividad es permanente en el intento de conservación del sistema de poder. Con ello, a decir de BARATTA se *oscurece la conciencia de clase y se produce una falsa representación de una solidaridad que aúne a todos los ciudadanos en la lucha contra el “enemigo común”*⁴³. La finalidad clara de tal campaña, concluye el autor "es la de sobreponer a la imagen del desacuerdo del sistema político, la imagen del terrorismo, concurriendo de tal manera a la criminalización del desacuerdo y más en general a la legitimación del abandono de garantías constitucionales y procesales existentes para la tutela del ciudadano respecto a la acción punitiva del Estado.

3. El Terrorismo como subespecie de la delincuencia por convicción.

A pesar de las diferentes opiniones criminológicas que intentan explicar la desviación terrorista, existe en todas ellas como rasgo definitorio la aceptación de que éste pertenecería a la categoría del *delincuente por convicción*, entendida ésta en sentido amplio. Un tipo criminológico genérico

⁴² HABERMAS, J. Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied, 1952, SCHMIDCHEN, C. Die Befragte Nation. Über den Einfluss der Meinungsforschung auf die Politik, Freiburg I. Br. 1959, HWNNIS, W; Meinungsforschung und repräsentative Demokratie, Recht und Staat n°200-201, Tübingen, 1957. Todos cit. por BARATTA, 1978, p.52.

⁴³ BARATTA, 1978, p. 53. En el mismo sentido, SERRANO PIEDECASAS, 1988, p. 90; el mismo Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, p.15.

cuya característica principal es la presencia de una motivación política, ética o religiosa en su actuación, capaz de incluir desde el terrorista hasta el objetor de conciencia que se niega a prestar el Servicio Social sustitutorio⁴⁴.

Delincuente por convicción aún, y no todavía delincuente por convicción política que es a lo que propiamente pertenecería el terrorista. En los capítulos anteriores nos hemos referido latamente a la evolución del Estado liberal y al delito político, y hemos visto que, las teorías subjetivas que definen el mismo prácticamente nacen cuando los Estados liberales se consolidan constitucionalmente. A partir de allí, como bien advierte BAUCELLS⁴⁵, tienden a confundirse malamente los conceptos de delincuencia política y delincuencia por convicción. Ante todo, hay que tener en claro que, una cosa es el motivo del delito, la finalidad que se persigue con el mismo, y otra cosa es el concreto motivo del delincuente. Mientras el delito político se caracteriza por la finalidad de la acción, el delincuente por convicción se caracteriza por la motivación política, religiosa o ética del autor.

Aceptemos, pues, como señala SEELIG, que el tipo criminológico in comento es aquel que actúa “por la convicción de que debe cometer el hecho de acuerdo con un orden normativo al que valora más altamente que el derecho estatal vigente”⁴⁶. De allí la importancia vital del pluralismo político y el reconocimiento a la libertad ideológica como presupuesto de un Estado democrático.

Reconocido que sea este derecho es indispensable admitir que no tiene un carácter absoluto. Se encuentra limitado por el resto del ordenamiento jurídico, especialmente por la ley penal, cuya función más significativa es la de motivación a los ciudadanos para el cumplimiento de las normas. Como decíamos al iniciar este capítulo, el delincuente por convicción no actúa motivado por el Derecho, luego, la motivación de la norma en su caso no surte efecto alguno. Ciertamente es que el delincuente común tampoco parece ser motivado por la norma desde que delinque, sin embargo, la gran diferencia

⁴⁴ BAUCELLS, Joan. La delincuencia por convicción. Edit. Tirant Lo Blanch, 2000, p. 83.

⁴⁵ BAUCELLS, J. 2000, pp. 37, 408.

⁴⁶ SEELIG, Ernest; Tratado de Criminología, Trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1985, p.169.

entre ambos es que, mientras el delincuente común “resiste la función de determinación de la norma penal,... no cuestiona su valoración”. El delincuente por convicción, al contrario, “niega ambas funciones” porque antepone su propia ideología a la escala de valores que representa el bien jurídico protegido o la norma penal⁴⁷.

El hecho de que el delincuente por convicción ponga en entredicho la legitimidad de las normas penales y que actúe motivado por un convencimiento ideológico, en principio, no priva a la conducta de su carácter antijurídico, independientemente del juicio ético que se pudiere tener en relación a la motivación, reprobable o no reprobable. Además, como se decía, esta categoría es omnicomprensiva de diversos tipos de delincuencia, desde el terrorismo que realiza acciones violentas y atentatorias contra los derechos humanos, hasta el insumiso que actúa omisivamente negándose a realizar el servicio militar y la prestación social sustitutoria.

De ahí que la problemática radique en la difícil opción entre otorgar o no un tratamiento diferenciado para este tipo de delincuencia. Si fijamos nuestra atención en la categoría omnicomprensiva de la actuación delictiva por convicción, puede decirse que, en general, las legislaciones se han caracterizado por la ausencia de tratamientos expresos para ella⁴⁸. La legislación alemana fue la primera en acuñar la expresión “delincuente por convicción” en el proyecto de CP alemán de 1922 (Proyecto Radbruch) instando por *un tratamiento punitivo privilegiado* para el autor en el que concurre “el íntimo y decisivo móvil de estar obligado al acto a causa de su convicción moral, política o religiosa”⁴⁹. Esta categoría desaparece en los Proyectos de 1927 y 1930, contemplándose solo una atenuación “por móviles respetables”, y ya en la Ley de Reforma de 1969 no existe regla especial en relación al que obra por motivos de conciencia. En otros países

⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, J. La libertad ideológica en el derecho penal, Edit. PPU, Barcelona, 1989, p. 343

⁴⁸ TAMARIT, J. 1989, p.348, y la obra de Joan BAUCCELLS, ya citada (2000)

⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASUA, L. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 4ª ed.; Edit. Losada, Buenos Aires, 1963, p. 246.

ni siquiera ha existido fórmula legal que contemple un tratamiento particular⁵⁰.

Desde el punto de vista de la dogmática penal la atención debe fijarse en la decisión tomada racionalmente por el autor, de atentar contra bienes jurídicos fundamentales, decisión que orientará la acción en un determinado sentido. La “convicción” más allá de los móviles del delito trasciende a las instituciones mismas de la teoría del delito que dicen relación con la culpabilidad (existencia de causales de justificación). Esta idea, empero, no resulta sustentable tratándose de este tipo especial de delincuente por convicción que es el delincuente terrorista y su tratamiento jurídico se caracteriza por la presencia de una legislación excepcional, en la que se combina un tratamiento punitivo agravatorio con una estrategia especial de atenuación de la pena para el arrepentido.

¿Por qué esta diferencia de trato si en el delincuente terrorista existe también una convicción política más vinculante que la norma jurídica?

El hecho de que en la delincuencia por convicción exista una especie de “supra derecho” al cual deben mayor obediencia que a la norma jurídica, no puede servir como argumento de legitimación de la violencia cuando se atenta contra principios básicos que se encuentran garantizados constitucionalmente. La libertad de conciencia, libertad ideológica, se encuentra garantizada constitucionalmente en el art. 19 n°6 de la CPRCH y en el art. 16 de la CE. En ambos textos legales se erige como común denominador la exigencia de que las manifestaciones que se deriven del ejercicio de este derecho no deben oponerse al mantenimiento del orden público protegido por la ley. Esto implica el respeto a ciertos principios que se erigen como fundamento del orden político y de la paz social en Chile y España.

Primero, el principio de la dignidad humana (art. 1 CPRCH y art. 10.1 CE) se presenta como límite al ejercicio de la libertad de convicción o de conciencia. De esta forma, las actuaciones que se deriven del ejercicio de esta libertad

⁵⁰ TAMARIT, J. 1989, pp.351 y ss.

no pueden significar una violación a la dignidad humana. Esto es lo que ocurre precisamente en el terrorismo: utiliza al individuo como un instrumento, transgrediendo los principios de autonomía y humanidad⁵¹.

Segundo, el terrorismo no respeta el principio de universalidad porque acepta o legitima la utilización del terror para conseguir sus finalidades, empero, deslegitima las actuaciones de quienes ejercen el mismo terror contra ellos. No aceptan su máxima como universal: su violencia es legítima, en cambio, la que el Estado ejerce contra ellos siempre- desde su punto de vista- es ilegítima. En términos simples: ellos pueden aplicar el terror, pero no quieren que el terror se aplique contra ellos⁵².

La pregunta es hasta qué punto es conveniente establecer un tratamiento diferenciado para este tipo de delincuencia. Para algunos, como BOCKELMANN⁵³, la excepcionalidad en el trato igualitario que debe tener el derecho penal implica realizar una diferencia arbitraria e injusta tratándose de los delitos comunes con finalidades políticas, ya que si el elemento decisorio en la atenuación de la pena está en la conciencia subjetiva de cada individuo, tendríamos que aceptar “como resoluciones fundadas en principios morales también las opciones más miserables”. Por otra parte, se corre el riesgo de manipulación política por parte de los detentadores del poder, si el privilegio se destina solo a aquellos que actúan por convicciones que se encuentran acordes con la escala de valores sociales. Para otros, la solución pasa desde el plano sustantivo penal, por aceptar la existencia de una causa de justificación, y otros sitúan el problema en el ámbito de la culpabilidad.

Pensamos, siguiendo a BAUCELLS⁵⁴, que la valoración jurídica de la actuación del autor por conciencia, como sería el caso de quien se niega a realizar el servicio militar y la Prestación Social Sustitutoria, no puede

⁵¹ BAUCELLS, J. 2000, pp.214-215.

⁵² BAUCELLS, J. “Terrorismo, delincuencia por convicción y derecho penal simbólico”, ponencia en El derecho penal ante el terrorismo, VII Congreso de alumnos de derecho, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla La Mancha, 7 al 9 nov. 2000. Sin publicar.

⁵³ BOCKELMANN, P. “Zur Problematik der Sonderbehandlung von überzeugungsbrecher”, en Festschrift für Hans Welzel, Berlin, 1974. Cit. por TAMARIT, J. 1989, pp.388 y ss.

⁵⁴ BAUCELLS, J. 2000, pp.219-220. En el mismo sentido, en su ponencia “Terrorismo, delincuencia por convicción y derecho penal simbólico”, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, U. de Castilla La Mancha, nov. 2000.

equipararse a la actuación del delincuente terrorista. Y ello porque en el terrorismo el ejercicio del derecho a la libertad ideológica se realiza con pleno uso de cauces violentos, que atentan contra la dignidad humana, por lo que no puede ofrecerse a su respecto una solución en el ámbito de lo injusto que se ampare en una causal de justificación.

Por ejemplo, si fijamos nuestra atención en Latinoamérica y en el derecho interno chileno, veremos que ocurre algo similar. El art. 19 n°7 de la CE restringe la libertad personal y la seguridad individual autorizando la ampliación de la detención para los casos de terrorismo (art.- 19, n°7, c); establece una norma simbólica regulando la concesión de libertad provisional, simbólica porque la Ley 18.314, sobre conductas terroristas, prohíbe este derecho a los procesados; faculta asimismo las entradas y registros domiciliarios, entre otras medidas de excepción.

1. e. En suma, se ha ido produciendo una especie de "*cultura de la emergencia*" en defensa del orden constitucional y democrático, cuya función última es legitimar el régimen político. La emergencia ha cumplido el papel de ordenar nuevamente los elementos del control social penal y se le concibe como un conjunto de reacciones ante un fenómeno que encuentran en él su sentido y razón⁵⁵. Con ella el derecho penal garantista se ha visto seriamente erosionado toda vez que se produce una inversión de valores en la escala política. De lo que se trata es de defender "el orden y seguridad públicas" corriendo el riesgo de que las legislaciones antiterroristas sean despojadas de una sujeción al control y garantías de un Estado de Derecho. Esto no es una respuesta político criminal a un fenómeno cuya esencia es política y social. No es una respuesta político criminal la existencia de la "excepción" inserta en la ley penal sustancial y formal ordinario (caso español). La disminución de la violencia en este país en ciertas épocas no se ha debido precisamente a una reforma penal, sino a una *negociación política*, sin que por ello deba desconocerse la labor del jurista en pro de la protección de bienes jurídicos fundamentales.

⁵⁵ BARATTA, A.-SILBERNAIG, M. "La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el Proceso Penal", en DP, año 8, 1985, cit. pp.559-560

Y no es una respuesta político criminal una *ley especial* tipificadora de los delitos de terrorismo en Chile, a un fenómeno que, según se ha demostrado, se encuentra en franca decadencia. Nos referimos con ello a la violencia política desplegada por algunos sectores de izquierda que es calificada como violencia terrorista. Más bien pareciera que se trata de una *respuesta legislativa coyuntural* y casuística, en defensa de una democracia asentada sobre un Estado de derecho que aún conserva ciertos rasgos de autoritarismo. Nos preguntamos si esta respuesta sería la misma cuando la violencia proviniera, en un futuro, de otros sectores del ámbito político, dentro de los cuales no solo pueden incluirse los sectores de la derecha, con el surgimiento o renacimiento de grupos paramilitares, sino también sectores que provengan de los mismos aparatos del Estado, con conocimiento o no del gobierno de turno.

El Gobierno chileno, en 1990, recién iniciada la transición democrática, realizó una serie de reformas al conjunto de textos legales que se aplicaban a los procesados y condenados por delitos relacionados con finalidades políticas (Leyes orgánicas constitucionales N°s 12.927 sobre Seguridad del Estado, 17.798 sobre control de armas, y 18.314 sobre conductas terroristas), todo ello a través de las leyes 19.047 y 19.027 de enero de 1991, y si bien los esfuerzos estuvieron destinados a “garantizar en mejor forma los derechos de las personas”, ellos no resultaron suficientes, a nuestro juicio, por dos razones: *Primera*, porque los militares han participado en el proceso de transición democrática a objeto de proteger sus intereses, de manera tal que se ha obstaculizado el tránsito a una democracia como la que, en teoría, se pretende. *Segunda*, porque los criterios político criminales a seguir en materia de terrorismo y que se manifestaron en la discusión previa a la aprobación de la ley, no se corresponden propiamente con los ideales en un sistema democrático. Estos criterios son⁵⁶:

⁵⁶ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (CCLJ) en Historia de la Ley 19.027 (D. Oficial 24 enero de 1991), modifica la ley 18.314 sobre conducta terrorista y su penalidad. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Stgo. Chile, 1997, p.17.

“una legislación adecuada, que permita efectivamente a los jueces contribuir, a través de una penalidad proporcional, servir a una acción que la sociedad toma para defenderse de él”.

“un régimen de reclusión especial que, garantizando los derechos humanos de los presos, permita tomar los resguardos necesarios para la sociedad. Las personas que usan métodos terroristas, no pueden permanecer en presidios comunes”.

“debe disponerse de una organización para combatirlo, con recursos, medios y conocimientos especializados para combatir a quienes lo utilizan”

El primero de estos criterios es el fundamento de la mantención de una ley penal especial, que consagra la “excepcionalidad jurídica”. El segundo de estos criterios es el fundamento de la creación de la Cárcel de Alta Seguridad en 1994. El tercer criterio es el fundamento de la creación de la Oficina de Seguridad del Gobierno, que veremos a continuación.

Además de estos criterios políticos criminales, que son la base para el tratamiento jurídico que se da al terrorismo en Chile, decíamos que este tratamiento también ha tenido un carácter casuístico y coyuntural. Prueba de ello son las modificaciones legislativas efectuadas durante 1998 especialmente en materia penitenciaria⁵⁷ y proyectos de reforma de ley que se originaron en un hecho puntual.

A raíz de la espectacular fuga de cuatro prisioneros, militantes del FPMR, ocurrida a fines de diciembre de 1996 en la Cárcel de Máxima Seguridad, ya comentada, surgió en enero de 1997 un proyecto de ley de modificación a la Ley antiterrorista. En el mensaje presidencial (22 de enero de 1997) se contempla como fundamento: *La necesidad de mejorar la capacidad operativa de los organismos policiales en el combate contra el terrorismo*⁵⁸

En él se entregaban mayores atribuciones a la autoridad policial y a la autoridad administrativa penitenciaria, en materias de control y vigilancia no solo de las personas procesadas por delitos de terrorismo y similares, sino

⁵⁷ Último Reglamento Penitenciario, DS 518 de 21 de agosto de 1998

⁵⁸ Boletín 1976-07 de 8 de agosto de 1997, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, pp. 15-22

también a los condenados y otras personas relacionadas con ellos, extralimitándose en la facultad constitucional de suspensión de garantías fundamentales. Introducía también importantes modificaciones en materia de medidas premiales (arrepentimiento eficaz), y consagraba nuevas figuras, como el *Agente encubierto*⁵⁹.

Es necesario precisar que el hecho puntual de la fuga de prisioneros en la historia penitenciaria y política de Chile no constituía en caso alguno una manifestación de la existencia de un clima terrorista, ni siquiera una evidencia de una rearticulación en la vía armada, por lo que la pretendida modificación a la ley 18.314 no podía tener por fundamento la existencia de un contexto de violencia terrorista que justificara un aumento de la coerción penal. Es probable que esto hubiese sido tomado en consideración para retirar el proyecto de ley el 18 de agosto de ese mismo año (1997).

1. f. Las políticas en materia de seguridad ciudadana que se han implementado, al alero de la cultura de la “emergencia”, especialmente en lo referente a las restricciones en la libertad personal y la seguridad individual, constituyen un punto que exceden los límites de esta investigación, y sobre el cual existe ya producción científica relativamente abundante, al menos en el caso español⁶⁰. Sin embargo, no podemos soslayar el referirnos someramente a las políticas que en esta materia se ha tratado de implementar en Chile. Especialmente cuando nos encontramos con situaciones en que se pone en entredicho el carácter democrático de los sistemas y planes que se pretenden:

En forma paralela al proyecto de ley de enero de 1997, coincidiendo asimismo con la fuga de prisioneros, fue despachado por la Comisión de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados un proyecto de ley tendiente a

⁵⁹ La “legalización” de la figura del agente encubierto que se pretendía, parece corresponderse con un hecho aún no esclarecido, que causó conmoción y alertó a la oposición política: una presunta connivencia de funcionarios públicos, pertenecientes a organismos relacionados con la seguridad interior del Estado, en un traslado de armas clandestinas en la capital con el objeto de detener e incriminar a militantes inactivos o desvinculados del MIR, hecho ocurrido durante el primer gobierno de transición. Supra, Cap. II, II. La violencia política, 4.6. Chile, y Boletín 1976-07, Instituto Libertad y Desarrollo 8 de agosto de 1997, Santiago de Chile, p. 19.

⁶⁰ ZÚÑIGA, L. Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público. Edit. PPU, 1993. También, DEL ROSAL BLASCO, B. “De la Constitución a la Ley de Seguridad ciudadana: Reflexiones sobre tres lustros de Política criminal oficial”, en CPC nº 53, 1994, pp. 593-611.

la creación de un Sistema Nacional de Inteligencia, *el Anteproyecto de Ley de Bases Generales de los Servicios de Inteligencia*

Como se ha indicado, los servicios de seguridad e inteligencia en Chile durante la dictadura militar (DINA y posteriormente CNI) dependían directamente de las Fuerzas Armadas. Con posterioridad a la caída de la dictadura, el gobierno de la transición democrática transformó este carácter traspasando esta dependencia al Poder Ejecutivo. Así en 1991 por Decreto N°363 se creó el *Consejo Coordinador de Seguridad Pública*, dependiente del Ejecutivo (Presidente de la República) que a través del Ministerio del Interior tenía por misión "asesorar y proponer medidas relativas a la planificación estratégica y coordinación de las políticas de seguridad pública vinculadas al *ámbito terrorista*, que realizan dentro de sus competencias institucionales, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones" (n° 1).

En 1992 por DS N°4 de 20 de enero⁶¹ fue modificada esta normativa ampliándose la competencia de este Consejo de asesoramiento de las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, ya no referidas exclusivamente al ámbito de las conductas terroristas sino a todo lo que dijera relación con materias de seguridad ciudadana.

Se encomienda asimismo a este organismo la labor de "*reunir información*" para la elaboración de políticas y planes y la adopción de medidas destinadas "al resguardo del orden público, la seguridad pública y la tranquilidad ciudadana" (n°1). Con ello se estaba dando paso a la posibilidad de coordinar un sistema de vigilancia, dirigido especialmente la oposición política, violenta y no violenta. Fue por la Ley 19.212 de 30 de abril de 1993 creadora de la *Dirección de Seguridad Pública e Informaciones*, que comenzó a dotarse de mayores atribuciones al Ejecutivo en esta materia. Este organismo depende directamente del Ministerio del Interior y tiene por finalidad la coordinación de los organismos de seguridad pública.

Con posterioridad, y probablemente también a raíz de los sucesos en la Cárcel de Alta Seguridad, el Ejecutivo se apresuró en enviar un proyecto de

⁶¹ Diario Oficial de la República de Chile, 20 de enero 1992.

ley destinado a coordinar *ya a nivel nacional*, un Sistema de Inteligencia. Parece ser que en ese momento se consideraba que la Oficina de Seguridad del Gobierno carecía de las atribuciones legales suficientes como para obtener información y realizar de manera eficiente su labor de inteligencia⁶²

Es verdad que el Estado está legitimado para ejercer el *ius puniendi* con la finalidad de proteger a los ciudadanos de conductas delictuales. Pero también es cierto que, con la promulgación de leyes criminógenas, el *ius puniendi* estatal en lugar de tener un carácter jurídico pasa a tener un carácter directamente político. Con este tipo de legislaciones la *razón jurídica* es eliminada y sustituida por la *razón de Estado*, en cuyo seno se alberga el autoritarismo. Como advierte TERRADILLOS⁶³ *la razón del Estado* en virtud de la cual el fin puede justificar los medios, "principio finalista informado por la indiferencia de los medios, mientras que el Estado de Derecho se distingue por la indiferencia de los fines y la firme salvaguardia de los medios"⁶⁴.

Luego, desde la óptica del Estado de Derecho lo importante son los medios que se utilicen para combatir una u otra forma de criminalidad. Por tanto, es inconcebible que en un Estado Democrático se adopte una ley penal basada en la "ideología de la seguridad" a partir de la cual, el fin de protección de la seguridad del aparato estatal, ya no de los ciudadanos, se convierta en lo primordial. Se pierde "la oportunidad de fijar definitivamente los límites recíprocos de la lucha antiterrorista y de los derechos fundamentales, lo que hubiera permitido no solo clarificar el debate teórico sobre la emergencia y su papel en el actual Estado de Derecho, sino también, lo que es más importante, proporcionar pautas claras a la Administración de Justicia y Policial en su lucha contra el terrorismo"⁶⁵.

En este proyecto de ley que pretendía crear el citado Sistema Nacional de Inteligencia se observa un fortalecimiento extremo del Poder Ejecutivo, en materias tan delicadas como son los derechos fundamentales consagrados

⁶² GUTIÉRREZ GÁLVEZ, Hugo; "Comentarios sobre dos propuestas legislativas: creación de un sistema nacional de inteligencia y modificación de la ley antiterrorista", Santiago de Chile, Septiembre de 1997. Documento de circulación privada.

⁶³ TERRADILLOS, J.1988, p.45.

⁶⁴ FERRAJOLI, L. "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", en DDPP, 1984; pp.273 y288

en la Constitución. Los sistemas de vigilancia e información tienden a un recorte de garantías de los ciudadanos, y tal como se ha venido manifestando, este control se ejerce con mayor dureza en aquellos sectores marginados de la vida política y social.

La Constitución Política ha de ser interpretada restrictivamente, y si bien consagra la posibilidad de limitar o restringir los derechos fundamentales bajo determinados supuestos (vr.gr. art. 19 n°7, casos de terrorismo, y art. 19 n° 5), ello no significa que pueda ampliarse el control social formal de manera indiscriminada: "sospechas fundadas o peligro para la seguridad de una persona, autoridad, grupo de personas, instituciones del Estado, o la seguridad pública en general"⁶⁵ Dentro de esta amplitud de supuestos cualquier persona puede verse afectada por estos métodos y técnicas intrusivas.

Ejemplifica muy bien esta situación LAMARCA cuando señala, refiriéndose al art. 55.2 de la CP Española: "La suspensión es aplicable a "personas determinadas", como no podía ser de otro modo, pero sólo en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. ¿Quiere ello decir que, por ejemplo, se puede intervenir la correspondencia de todos los vecinos de una casa porque se sospeche que en la misma habita un elemento terrorista? Esta pregunta y otras análogas deben en principio responderse negativamente. No cabe la aplicación indiscriminada de las medidas del art. 55.2, por más que efectivamente la policía esté investigando la actuación de bandas armadas y no delitos de robo o estafa"⁶⁶

Por ello es que resulta paradójico que, por una parte el artículo 3º del Ante Proyecto indicaba que los servicios de inteligencia en su accionar deben sujetarse a la Constitución y a las leyes, y que por otra parte se dijera que "en los casos en que el método o técnica a emplear afectare derechos constitucionalmente garantizados, el Ministro del Interior deberá, dentro de 48 hrs., comunicarlo por escrito al Ministro de la Corte Suprema". (Art. 27).

⁶⁵ Art. 21 del anteproyecto de ley que creaba el Sistema nacional de Inteligencia.

⁶⁶ LAMARCA, C. 1985, p.392

Esto significaría dotar a la Constitución de un carácter meramente programático, pues no existe, un control judicial *ex ante* de estas conductas, sino *ex post*, cuando el derecho fundamental ya ha sido violentado, y para aplicar sanciones. No existe una política preventiva de protección a los derechos fundamentales. Se "protegen" cuando ya han sido mermados.

Las pretendidas modificaciones desencadenaron una crítica profunda por parte de los defensores de derechos humanos: "Parece que el objetivo central del proyecto ha sido legitimar y legalizar métodos y formas de acción represivas... métodos represivos que permitan asegurar la subsistencia del régimen neoliberal ante cualquiera de los embates que la coyuntura puede presentar en el futuro o en lo inmediato. Al mismo tiempo, la legalización de tales métodos legitima, a posteriori, el uso que de ellos hizo la dictadura militar, y el que hizo también la llamada Oficina, comprobándose aquí la efectividad de denuncia de ilegalidad del accionar de la oficina que recién ahora se pretende legalizar"⁶⁷

En síntesis, en lugar de contribuirse a un mayor respeto a los derechos humanos dejando atrás la excepcionalidad, lo que se hace es reforzarla, aumentarla y dotarla de un carácter que poco o nada tiene que ver con la real solución al problema de la violencia política. Las legislaciones especiales que se mantienen en Chile violentan el sistema democrático que se ha tratado de construir a partir de 1990. Como bien lo expresa JOSE GALIANO: "Son cuerpos legales sesgados por una intencionalidad ideológica, o por las circunstancias propias de un estado de exacerbación social o político que, por lo mismo, rigen y no están inspirados en el respeto y protección de los derechos humanos de la sociedad. Ni de las personas. En un orden democrático consolidado esas leyes deberán derogarse"⁶⁸.

⁶⁷ VARGAS, Ramón; "Servicios de inteligencia y derechos humanos", en Rev. Alternativa, Año 2 N°3, Publicación del Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz, enero-febrero-marzo 1997, Santiago de Chile.

⁶⁸ GALIANO H., José; Derechos Humanos. Teoría, historia, vigencia y legislación, Tomo II, Ed. LOM, Santiago de Chile, 1996, p.201. En contra DOMÍNGUEZ, H. quien justifica la utilización de la excepcionalidad jurídica en defensa del orden. El terrorismo en el Estado de Derecho. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985 y GUTIÉRREZ SAHAMOD, Luis; La política del Estado frente al terrorismo: La legislación antiterrorista y sus modificaciones. Cuad. del CED n°14, Octubre 1991, Santiago, Chile. Este autor sostiene la necesidad de crear una normativa especial "porque el terrorismo se distingue no por ser un acto violento, aislado u ocasional, sino porque es fruto de actos planificados en forma

Antes de avanzar al tema siguiente, en el cual abarcaremos el concepto de “terrorismo” propiamente tal, y después de haber recogido bastante información sobre el las teorías que se refieren a la génesis de este término, consideramos al igual que Gustav Radbruch, en su apunte denominado “Delincuente por Convicción”, cuando señala que *los límites del concepto de delincuente por convicción derivan del requisito de que exista una convicción, a saber, la persuasión de un deber que, por cierto, opere como motivo preponderante. La convicción de mantenerse firme y triunfar ante el embate de juicios tradicionales de valor y preceptos jurídicos, no es asunto de un arbitrio frívolo, sino sólo materia de trabajo serio y un carácter tenaz. La opinión caída de cualquiera parte, nunca puesta a prueba en sí, una opinión que, sometida a seria y rigurosa contraposición con otra, se confunde, se desmiente, abjura de sus resultados y huye de sus consecuencias, no es una convicción.*

La validez de un deber impuesto por el Derecho, enfrentado a la convicción de un derecho moral, no puede hallar consideración jurídica; ésta es procedente sólo cuando la contraposición es de un deber con otro deber. Y la convicción del deber tiene que ser el móvil preponderante —no el único, ya que el hombre es una amalgama muy heterogénea como para obedecer jamás a un solo motivo, aunque sí el decisivo entre los motivos del egoísmo y la vanidad, que inevitablemente tienden a añadirse a los afanes más nobles, ya maculándolos, ya fortaleciéndolos—. Además de ello, se debe sopesar hasta qué punto habría que abstraer en general ciertos tipos delictivos, sobre todo el asesinato, a la nueva disposición⁶⁹

sistemática por una organización que a través de medios violentos busca causar un daño a la vida, a la integridad personal y a la libertad con fines político sociales... la importancia del fenómeno y sus consecuencias ha obligado a los Estados a dictar normas especiales que permitan evitar, prevenir y sancionar el delito terrorista con mayor eficacia" (p.1). Añade el autor, en este trabajo, que en tal sentido es necesario definir el delito terrorista en la legislación chilena, a objeto de evitar que conductas que no tengan el carácter de terroristas sean sancionadas bajo este título. Aún cuando sostiene la necesidad de establecer una legislación especial, el autor es absolutamente crítico respecto de ciertas instituciones que considera atentatorias contra los derechos humanos. Vrg. La ampliación del plazo de detención.

⁶⁹ RADBRUCH, Gustav. El delincuente por convicción. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-r4, p. r4:1 -r4:5. Traducción y notas de Guzmán Dalbora, José Luis. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r4.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-r4 (2005), 9 oct]

II. CONCEPTO DE TERROSIMO

Aun cuando el terrorismo ha estado siempre presente en la historia de la humanidad, hoy adquiere especial relevancia por los medios que puede emplear, sean estos catastróficos o de consecuencias que nos parecen imaginables. De allí la especial atención que debe prestar el Derecho, a esta nueva forma de ilícito.

Es un tema de estudio para el derecho penal, el terrorismo resulta de especial relevancia, sin embargo, el terrorismo requiere, ante todo soluciones políticas y sociales. El terrorismo es pues, un problema de Estado y para el Estado, y es éste quien debe tomar todas las medidas necesarias para hacerle frente.

Un problema de Estado porque al encontrarse en disonancia con los principios democráticos que inspiran al Estado de Derecho se convierte en objeto de control social, entendiendo por tales aquellos que “tienen como propósito fundamental evitar la disidencia y la desviación de grupos con respecto al resto de la comunidad”⁷⁰

Lo primero que debemos mencionar es que no se trata de un tema recientemente nuevo. Delitos de similar naturaleza han estado desde siempre en el Derecho Penal, solo recordemos los delitos contra la seguridad interior del Estado que dispone el Código penal chileno. Pero este delito ha ido ganando terreno últimamente en nuestro país, principalmente en la Zona de la Araucanía, debido a la proclamación y derechos a las tierras por parte de las comunidades mapuches.

No pretendemos sostener que los mapuches son terroristas, pero si es evidente que situaciones que revisten esa connotación están sucediendo con mayor aumento desde el año 1997. No solo hemos presenciado actos

⁷⁰ JAIME-JIMÉNEZ, Oscar. “Control social y violencia colectiva: un estudio comparado de la respuesta policial al terrorismo en sociedades industriales avanzadas”, en Rev. Sistema, N°134/1996, pp. 95-108, esp. p.95.

terroristas en la zona sur, sino también la colocación de artefactos explosivos en las estaciones de metro los Dominicos y en el subcentro de Escuela Militar. Recordemos el caso bomba II del año 2014, donde sí se aplicó la Ley Antiterrorista.

Pues bien, como abordar este delito no es una cuestión sencilla, recordemos lo que decía Francesco Carrara, en su obra Programa de Derecho Criminal, él señalaba que no se iba a ocupar de estos delitos de carácter político, pues no podían comprenderse en su Derecho Penal, basado en los principios iluministas. Porque sostenía que en el campo de los delitos contra la seguridad del Estado no existe el Derecho Penal, no hay en ellos ni delito ni pena sino una guerra y una defensa directa. Según Carrara, la razón jurídica es reemplazada por el derecho de la guerra y por lo que el derecho penal no tenía nada más que hacer⁷¹.

No estamos de acuerdo con lo que sostiene Carrara, ya que al sostener una aberración como esta, generaría un clima de inseguridad jurídica para nuestras instituciones. Por lo demás, el desarrollo del Derecho Penal Internacional y todas las normas que en este sentido se han dictado, como por ejemplo las Convenciones de Ginebra, El Estatuto de Roma para instaurar una Corte Penal Internacional, es una manifestación que el Derecho si tiene bastante que agregar al respecto en la forma de lidiar con este tema. Además, números tratados existen que tienen por objeto hacerse cargo de este tema, de los cuales Chile ha firmado y ratificado 12 de 13.

Puesto que el concepto de terrorismo cumple múltiples funciones, la mejor manera de pensar en el terrorismo es concibiéndolo no como un delito sino como una dimensión diferente del delito, una versión agrandada y más peligrosa del delito, una clase de súper-delito que incorpora algunas de las características de La guerra. Existen al menos diez factores primarios que recaen sobre el terrorismo: la violencia; la intención requerida; la naturaleza

⁷¹ Carrara, Francesco, Programa de Derecho criminal. Parte General (traducción de Ortega Torres, José y Guerrero, Jorge, Bogotá, Temis, 1985) IX, § 3939, pp. 525-526, a los enemigos hay que tratarlos con la fuerza del poder político, con toda la carga de arbitrariedad que ello pudiera significar; Etcheberry, Alfredo, Derecho penal (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), IV, pp. 97-98, estima razonable la postura de Carrara, pues según su parecer no hay un bien jurídico que proteger. Por tanto, lo único que justifica la incriminación de estos delitos es la defensa social, el pretender vivir pacíficamente.

de las víctimas; la conexión del delincuente con el Estado; la justicia y el motivo de su causa; el nivel de la organización; el elemento teatral; y, la ausencia de remordimiento. Sin embargo, de estas variables no se puede derivar una definición simple (ni siquiera una compleja) de terrorismo. La razón es que no todos los factores se presentan al mismo tiempo.

Sin embargo, una de las grandes dificultades a la que se enfrenta el Derecho en general y no sólo penal, es cómo distinguir cuándo se está frente a grupos que merecen la calificación de terroristas y cuándo no. En efecto, se pueden presentar consideraciones de orden político que empujen a un Estado a estimar como terrorista a un movimiento, en circunstancias que para otros Estados éste no es más que un grupo que lucha contra un Estado opresor.

En Chile sucede que es difícil actuar frente a movimientos insurgentes o más bien antisociales. Por ejemplo, las acciones llevadas a cabo por la Coordinadora Arauco Malleco, por sus simpatizantes es bien visto, pero no por el grueso de la sociedad, que condena acérrimamente esos actos. Los grupos insurgentes han existido siempre, basta considerar los movimientos independistas. Asimismo, los llamados movimientos de liberación nacional, a los que se puede reconocer como sujetos de Derecho internacional, también generan fuertes controversias⁷². De hecho, ya es complejo aplicar la Ley Antiterrorista a ciertos casos de violencia en la Araucanía.

Por Lo tanto, la manera de pensar en el terrorismo es estar consciente de todos los factores relevantes, pero no esperar que todos se presenten en un caso particular. Los casos específicos de terrorismo están relacionados de la manera en que los miembros de una familia están relacionados. La mayoría, pero no todos, pueden tener la misma forma de los ojos. Otros pueden tener en común la forma de la nariz o el color del pelo; otros tantos pueden ser altos o bajos. Se debe intentar ilustrar una serie de conjuntos superpuestos en la cual ningún conjunto se cruza con los otros. Esta es la manera en que operan nuestras intuiciones sobre el terrorismo.

⁷² Carta de las Naciones Unidas consagra el principio de libre determinación de los pueblos o la Convención de Ginebra cuando se refiere a los conflictos armados internos. Véase: Cassese, Antonio, *Diritto Internazionale* (Bologna, Il Mulino, 2006), pp. 127 ss

Un concepto como tal no existe, sino más bien definiciones que enumeran ciertos caracteres y de las cuales se puede comprender el verdadero significado del término, ya que no existe una Convención Internacional que defina de forma precisa los elementos que debe contener dicho ilícito. Nuestra Constitución Política de la República en el artículo 9 señala que el terrorismo en cualquiera de sus formas es por esencia contrario a los derechos humanos.

Fletcher defiende un modelo de conceptualización pluridimensional, que descansa en la enunciación de ocho variables que serían globalmente características de lo que entendemos por “terrorismo” desde el punto de vista de nuestras correspondientes prácticas de criminalización y persecución, más sin que cualquiera de ellas necesite ser pertinente en todas y cada uno de los contextos de uso de esa misma expresión⁷³.

Las ocho variables identificadas por Fletcher se dejan expresa a través de los siguientes ocho indicadores:

- 1) El uso de la violencia;
- 2) Una cierta intencionalidad específica;
- 3) Una cierta condición de las víctimas;
- 4) Un cierto estatus de los hechores;
- 5) La invocación de una “causa justa”;
- 6) La existencia de una organización;
- 7) Una cierta teatralidad;
- 8) La inexistencia de remordimiento.

De acuerdo a lo que señala Fletcher, creemos que de los conceptos revisados es el mejor concepto jurídico-penal de terrorismo, más que un concepto como tal, lo que él hace es señalar las características que componen este término. Para el propósito de esta memoria analizaremos

⁷³ El indefinible concepto de terrorismo, George, P Fletcher

dos de ellos, que a juicio de nosotros nos parece de enorme importancia y es la invocación de una causa justa y la existencia de una organización.

No pretendemos abarcar mucho ya que es un tema de política criminal muy extenso y dadas las circunstancias, queremos enfocarnos principalmente en la causa justa y la existencia de una organización, ya que es la misma motivación que ha llevado a grupos terroristas islámicos a iniciar esta Yihad a nivel mundial, con el fin de establecer un califato islámico en todo el mundo y el establecimiento de su ley islámica o Sharia.

Si bien lo que sucede en la Araucanía está lejos de compararse, ellos también sostienen que su causa justa que los motiva es la recuperación de sus terrenos, independización del Estado de Chile y además lograr un reconocimiento que según ellos jamás se les ha otorgado.

El terrorismo y la justificación de la causa o causa justa como ellos la llaman, es justicia. Como sabemos la justicia es algo completamente subjetivo, va a depender de cada uno, lo que para mí sea un acto injusto puede que para la otra persona sea justicia propiamente tal. Por ejemplo, si le preguntamos a los terroristas del ISIS, ETA, y tantos otros grupos lo más probable es que contesten todos que sus medios están justificados porque el fin que buscan es justo, como por ejemplo la defensa de la religión, territorios, anhelos independentistas y valores morales, en el caso de los mapuches la independencia frente a un estado opresor, que sería el Estado Chileno para ellos.

Como señalábamos al comienzo, la finalidad de la actividad terrorista tiene un carácter político, no obstante, ser el terrorismo una consecuencia de un problema del sistema social, ello no nos puede llevar a justificar su actuar. No podemos caer en una justificación.

Hemos podido constatar que la actividad terrorista vulnera valores y derechos fundamentales protegidos por la sociedad y el Estado, parece ser que debe exigirse una reacción enérgica del ordenamiento penal dada la dimensión “antisocial” que implica el ataque a bienes e intereses esencialmente relevante para la comunidad.

A continuación, abordaremos dos caracteres del terrorismo; Causa justa

III. Causa Justa

Como mencionábamos anteriormente, a juicio de Fletcher, no existe un concepto propiamente tal del Terrorismo, pero si podemos encontrar ciertos elementos que ayudarían a su comprensión. Dentro de estos caracteres, nos encontramos con la “causa justa” o “causa justificada”. Elemento al cual nos gustaría referimos especialmente.

Para ciertos grupos antisociales, anarquistas o simplemente terroristas, es normal querer justificar sus acciones violentas como la respuesta necesaria a una supuesta violencia estructural ejercida por el Estado. A su juicio, la violencia de Estado sería la violencia originaria, verdadera culpable de la situación conflictiva.

Justificar un atentado contra el Estado, Iglesias, la vida, la seguridad y la libertad de las personas, de forma alevosa e indiscriminada, con el fin de llegar a imponer su proyecto político, ideologías, rechazo al sistema, mediante sus actos criminales, es condenable. El terrorismo no niega que sus actividades sean violentas y que están cargadas de consecuencias lamentables, pero las justifica como necesarias en virtud de la supuesta grandeza del fin perseguido. Es una explicación ideológica de la violencia criminal en el peor sentido de la palabra.

El terrorismo persigue la extensión del terror para producir una situación de debilidad del orden político legítimo, que le permita imponer sus criterios por la fuerza, a costa del atropello de los derechos humanos más elementales, como son el derecho a la vida y a la libertad.

Pero que nos decía Kant al respecto, la verdad que no nos da muchos ejemplos de lo que es justo en sí mismo, salvo dar muerte al homicida bajo

la regla “ojo por ojo, diente por diente”, según el Talión, pues en tal caso «no existe ningún otro subrogado para la satisfacción de la justicia»⁷⁴ .

Este punto de partida kantiano es una base filosófica que bien puede permitir a los grupos de familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, celebrar la muerte de los victimarios en prisión y oponerse a que sean indultados aun cuando se encuentren privados de razón o con una enfermedad terminal.

Y si se considera verdadero que en el límite del argumento, cuando se debe decidir entre una cosa u otra, el imperativo categórico de hacer justicia, esto es, imponer una pena, se sobrepone a toda consideración humana, de política criminal o, incluso, de garantías constitucionales (que Kant desconocía en su concepto moderno).

Amparar la causa justa, mediante el uso de violencia desproporcional, no se condicen con el respeto a la vida de las personas, y por lo tanto está lejos de ser aceptada por la sociedad.

IV. La legislación aplicable al terrorismo

Antes de comenzar a analizar nuestra Carta Fundamental no podemos olvidar, que es de notorio conocimiento el hecho de que el terrorismo es un delito que afecta varios bienes jurídicos como la vida o la libertad, o sea, es pluriofensivo, por lo tanto, para que la normativa aplicable a él sea justa, debe contener uno de los principios rectores en materia penal como es el principio de legalidad. El principio de legalidad, que se traduce en las máximas *nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin ley) y *nullum poena sine lege* (no hay pena sin ley), es un principio que tiene sus raíces en el

⁷⁴ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*. Vol.6, Akademieausgabe (1797), <http://www.korpora.org/kant/aa06>, 333

derecho penal doméstico. El principio de legalidad penal es uno de los rasgos claves de la determinación de un Estado de Derecho y éste a su vez tiene en su seno, como elemento constitutivo, la *restricción del poder estatal* en protección de los ciudadanos mediante el Derecho mismo.

Tenemos que analizar los cuerpos legales que tratan esta materia, para ello comenzaremos con la Constitución Política, la Ley Antiterrorista N° 18.314, y por último, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que versen sobre terrorismo.

V. Constitución Política de la Republica

En su versión original, la primera norma que hacía referencia al terrorismo era el artículo 8° que regulaba la apología del terrorismo y demonizaba a cierto tipo de infractores. En su virtud fue requerido de inconstitucionalidad don Clodomiro Almeyda Medina, ex-Presidente del Partido Socialista de Chile. La Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 46 de 21 de diciembre de 1987, da cuenta del requerimiento formulado por el Ministerio del Interior, en el que se hacía una aplicación directa de la norma constitucional a una persona solicitando *se declare la responsabilidad de José Clodomiro Almeyda Medina por "haber incurrido en actos que propagan doctrinas que propugnan la violencia como también en actos que propagan doctrinas que propugnan una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario, e igualmente en actos destinados a propagar doctrinas fundadas en la lucha de clases" aplicándosele las sanciones constitucionales y legales correspondientes*⁷⁵.

Los documentos según los cuales se habría realizado la apología al terrorismo y que motivaron el requerimiento eran, entre otros, una invitación hecha por el requerido al XXIV Congreso General del Partido Socialista de

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 46 de 21 de diciembre de 1987.

Chile, más una noticia del diario *El Mercurio*, y dos entrevistas realizadas en las revistas *APSI* y *Qué Pasa*⁷⁶.

El requerido alegó, entre otros, la incompatibilidad del art. 8° con la libertad de pensamiento y el derecho a participar en la vida ciudadana de su país consagrado en los arts. 18 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los arts. 18 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Tribunal Constitucional afirmó explícitamente la prevalencia del orden jurídico interno por sobre las normas de tratados internacionales, declarando además que la finalidad del artículo 8° era *proteger la democracia y preservar los valores básicos en que se funda la institucionalidad*, por lo que este *no vulnera normas internacionales, ya que estas no deben interpretarse en el sentido de conferir derechos a personas o grupos de personas para realizar actos tendientes a destruir los valores aludidos*⁷⁷.

El requerido alegó también una contradicción entre el art. 8° y el art. 5 incisos 2 de la propia Constitución. El Tribunal Constitucional declaró que ella era inexistente, toda vez que los valores proclamados en las bases de la institucionalidad eran *inamovibles*, y que *todo acto que propenda a la destrucción de estos principios, en el hecho atenta contra la dignidad del ser o contra los derechos que emanan de la naturaleza humana, contra la familia o contra el orden jurídico democrático*⁷⁸. Y en su concepto, el marxismo destruía tales valores. Así, acogió el requerimiento, aunque con tres votos disidentes, y declaró que el requerido era responsable de haber infringido el inciso primero del artículo 8° de la Constitución. Esta norma fue derogada posteriormente por la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825 de 17 agosto de 1989. Sin embargo, subsiste el art. 9 que tiene su mismo fundamento ideológico⁷⁹.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 46 de 21 de diciembre de 1987.

⁷⁷ Rev. derecho (Valdivia) vol.29 no.2 Valdivia dic. 2016, Tribunal Constitucional. Sentencia de 22-06-1987, rol N° 46-87, párrafos 27 y 29 de consideraciones de fondo.

⁷⁸ *Íbid.* párrafo 38 de consideraciones de fondo.

⁷⁹ Rev. derecho (Valdivia) vol.29 no.2 Valdivia dic. 2016, Votos de mayoría: Ministros Sres. José María Eyzaguirre, Enrique Ortúzar E., Marcos Aburto O. y Eduardo Urzúa M. Votos disidentes: Ministros Sres. Eugenio Valenzuela S., Julio Philippi I., y Luis Maldonado B.

Artículo 9 de la Constitución contiene cuatro importantes consideraciones:

- a) Esboza un concepto al declarar que el terrorismo "es esencialmente contrario a los derechos humanos".
- b) Ordena al legislador regular las conductas terroristas mediante una ley de quórum calificado.
- c) Establece penas accesorias de inhabilitación especial para el condenado por delitos de terrorismo, por un plazo de 15 años. Tales inhabilitaciones son impedimentos para el ejercicio de cargos o funciones públicas, sean o no de elección popular, ser rector o director de un establecimiento de educación, o para ejercer en ellos labores de enseñanza, explotar un medio de comunicación social o ser director, administrador o desempeñar funciones de difusión de información. También para ser dirigente de organizaciones políticas, educacionales, vecinales, gremiales, estudiantiles, profesionales, empresariales o sindicales.
- d) Considera explícitamente al terrorismo como delito común para todos los efectos legales, privándole del privilegio extraditorio y de la posibilidad de indulto.

Luego en el Capítulo II, acerca de nacionalidad y ciudadanía, mediante los arts. 16 y 17 se establecen la suspensión y privación de derechos políticos. En el art 16 N° 2 se suspende el derecho a sufragio para el acusado de delitos de terrorismo, y el art 17 N° 3 priva de la ciudadanía por condena por delitos de terrorismo.

Del conjunto de los artículos 9, 16 y 17 puede deducirse que el pronunciamiento que la Constitución hace respecto del terrorismo implica el reconocimiento de su carácter político, pero, como veremos, en una determinada dirección. Desde el punto de vista normativo, el artículo 9° es un mandato de punición⁸⁰, cuya justificación política se encontraría en la

⁸⁰ BCN. *Historia de la Ley N 20.050...*, de 26 de agosto 2005, p. 160.

declaración de ser este "esencialmente contrario a los derechos humanos", lo que no deja de ser mera retórica constitucional, pensando en el terrorismo de Estado. Complementando esta afirmación, y yendo al origen del art. 9, la contradicción con los derechos humanos no parece apuntar al sentido clásico de las mismas (violaciones masivas y sistemáticas de derechos por parte del Estado a ciudadanos), sino más bien al atentado contra el sistema establecido, pues de otra forma no se explica el tipo de sanciones accesorias que la norma establece, todas estas se refieren a la posibilidad de participar en la vida política, económica y social, así como las suspensiones de derechos políticos⁸¹.

Pero no se trata de cualquier sistema establecido, sino el sistema incorporado por la dictadura militar. Entonces, más que retórica constitucional, hay una falacia argumentativa, pues quien designa al terrorismo como contrario a los derechos humanos es el poder constituyente de un Estado que tuvo a su cargo una estrategia masiva y sistemática de violación a los mismos, que es el auténtico sentido a las violaciones a derechos humanos que podría encontrarse en el terrorismo⁸².

A mayor abundamiento, el mandato del artículo 9 no protege al ciudadano frente al Estado, sino al revés, protege al Estado del que se transforma en terrorista. Es "un mandato de la Constitución al Estado para ejercer esa potestad" compeliéndolo a punir⁸³. No es un simple mandato de criminalización del terrorismo, sino de tipificación.

Esto porque en sintonía con la norma antecesora (art. 8), el art. 9 tuvo por fin confrontar a la disidencia política, espíritu que desgraciadamente todavía parece resonar en algunas posturas parlamentarias e interpretaciones judiciales. Esa podría ser una explicación acerca del porqué la ley de conductas terroristas en nuestro país se ha aplicado en la última década a la

⁸¹ Rev. derecho (Valdivia) vol.29 no.2 Valdivia dic. 2016

⁸² Así se viene afirmando desde la década del 70, en una ardua polémica. Por todos, David, E. "Le terrorisme en droit international", en *Actes du colloque Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*, Editorial de l'Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 1974, pp. 103-173, p. 110

⁸³ Opinión de Bascuñán Rodríguez, en *Historia de la Ley N° 20.050...*, p. 161

criminalidad de indígenas y personas que están en contra de los sistemas estatales.

En la región de La Araucanía y en el marco del conflicto territorial, la aplicación de la ley de conductas terroristas y su invocación por parte del órgano persecutor se fundamenta en que la finalidad de quienes cometen ciertos delitos (p.ej. incendios de fundos) es la de causar temor en una parte de la población (empresas forestales, particulares no indígenas o descendientes de colonos), en aplicación de las normas pertinentes del Código Penal en relación con el art. 1 de la Ley 18.314. No obstante, esta no se aplica a otras conductas que también persiguen causar temor a la población como los casos cada vez más reiterados de narcotraficantes y pandillas que incendian la casa de sus rivales o incluso los queman vivos⁸⁴.

En este punto cabe precisar que, si bien no existe un concepto unívoco de terrorismo, doctrinariamente es posible identificar a lo menos tres elementos en él: teleológico (finalidad política: socavar o destruir el sistema democrático), estructural (organización terrorista que lleva a cabo una estrategia de dominación por el terror) e instrumental (medios idóneos para provocar terror). Ninguno de ellos se recoge en la actual Ley 18.314, la que construye los tipos penales a partir de un elemento subjetivo consistente en la finalidad interna del sujeto al momento de cometer la conducta, de causar temor a la población o un sector de ella (arts. 1 y 2 Ley 18.314)⁸⁵.

En el caso de los grupos antisistémicos, y tratándose de la colocación de artefactos explosivos o incendiarios, si un sujeto relacionado con grupos

⁸⁴ Ver Villegas, M. "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, núm. 6, 2013, pp. 3-25, p.14. Un hecho dramático y que puede ser observado vivamente por el lector, se da en un reportaje de uno de los programas más populares de la televisión chilena "En su propia trampa" (Canal 13). Dos periodistas al interior de una casa de una familia en una populosa comuna de Santiago, graban en vivo un ataque por parte de una pandilla a la casa sabiendo que estaba la familia dentro incluidos niños. Atacan primero con armas de fuego y luego mediante incendio que alcanza también a edificios contiguos, afectando a veinte familias. La familia atacada refiere que uno de sus integrantes fue asesinado y quemado en semanas anteriores, y que sus rivales, en son de burla, se refieren a él como "el ceniza". Disponible en: <http://www.13.cl/programas/en-su-propia-trampa-15/capitulos/en-su-propia-trampa-capitulo-13> (consulta: 20-01-2016).

⁸⁵ Rev. derecho (Valdivia) vol.29 no.2 Valdivia dic. 2016, El terrorismo en la Constitución chilena, *Terrorism in the Chilean Constitution*, Myrna Villegas Díaz. Este problema ha sido resuelto con la Ley 20.813 de 6 de febrero de 2015, que crea un tipo penal específico de colocación de artefactos explosivos. Ver arts. 14 D) y 17 B) de la Ley 17.798

anarquistas pone un artefacto explosivo en la puerta de un banco a altas horas de la madrugada, se lo acusa de cometer delito de terrorismo, sin embargo no se registran acusaciones por delito de terrorismo a sujetos que hacen estallar cajeros automáticos con un artefacto explosivo similar, para llevarse el dinero. En este último caso, y como hasta la Ley 20.813 de febrero de 2015 no había tipo penal específico que sancionara la colocación de artefacto explosivo en la ley penal común, la conducta era calificada como delito de daños o se consideraba al explosivo como medio para cometer el robo (concurso ideal medial). Sin embargo, en el caso del anarquista, la formalización por delitos de terrorismo era casi segura⁸⁶.

Los tribunales intentaban paliar esta irritante diferencia de trato restringiendo al máximo la calificación terrorista, y por regla general, en la sentencia se imputaba la conducta a delitos comunes, pero toda la investigación se había llevado a cabo bajo el procedimiento restrictivo de garantías de la ley de conductas terroristas, la que incluye, como veremos, importantes restricciones a la libertad personal establecidas constitucionalmente⁸⁷.

VI. Limitaciones Constitucionales a la Libertad y Reforzamiento de la Prisión Preventiva.

El art. 19 N° 7 letras e) al consagrar la garantía de libertad para el imputado, hace referencia expresa a los delitos de terrorismo en su inciso 2, en los siguientes términos:

La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9°, será conocida por

⁸⁶

⁸⁷ Ver nota N° 19, también 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Sentencia de 15-08-2012, RIT O-150-2012 (vs. L. Pitronello J, Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto. Sentencia de 15-06-2014, RUC 1300145684-3 (vs. V. Montoya).

el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple.

La norma contiene dos excepciones a la regla general, la primera dice relación con la integración de la sala de la corte de apelaciones que debe conocer de la resolución que se pronuncia acerca de la libertad, sea que la apruebe o deniegue. Solo puede estar compuesta por ministros titulares, quedando excluidos los abogados integrantes, a diferencia de lo que ocurre para el resto de los casos (art. 62 del COT). La segunda, es que el acuerdo de dicha sala debe adoptarse por unanimidad y no por mayoría, como es la regla general (art.72 del COT). Esta disposición constitucional ha generado bastantes problemas, existiendo interpretaciones dispares sobre la misma, y a diferencia de la norma que la precede que regula la ampliación del plazo de detención, esta disposición sí ha tenido aplicación en todos los casos.

Ella nació a la vida jurídica con la ley de reforma constitucional N° 19.055 de 1 de abril de 1994, que tenía por objeto posibilitar la aplicación del indulto particular a condenados por delitos de terrorismo cometidos antes de 1990. Posteriormente fue objeto de reforma por la Ley 20.050 de 26 de agosto de 2005, que no cambió su esencia, solo eliminó de su texto original lo relativo al trámite de "consulta" ante la Corte de Apelaciones por resultar improcedente después de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal⁸⁸.

A la época de su incorporación, esto es, al inicio de la transición democrática, el recién asumido gobierno se encontró ante la necesidad de

⁸⁸ La disposición original introducida por la Ley 19.055 señalaba: *La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9º deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple.* Ver: BCN. *Historia de la Ley N° 19.055: Reforma constitucional sobre indulto, amnistía y libertad provisional.* Santiago, 1996, p. 105.

propiciar las iniciativas legales necesarias para lograr la reconciliación nacional⁸⁹, razón por la que, y para abordar los casos de terrorismo, impulsó un proyecto de ley que culminó con dos importantes reformas: de un lado, permitió la aplicación del indulto particular respecto de delitos de terrorismo cometidos antes de 11 de marzo de 1990 (disposición transitoria séptima de la Constitución). De otro lado, permitió el otorgamiento de la entonces llamada "libertad provisional" para presos preventivos por delitos de terrorismo, posibilidad que legalmente se encontraba vedada toda vez que el art. 17 de la Ley 18.314 en su versión original de 1984 disponía escuetamente que *respecto de los delitos contemplados en el artículo 1° no procederá la libertad provisional de los procesados*.

Dicho artículo fue derogado recién once años más tarde, mediante la Ley 19.806 de 31-5-2002, conocida como la primera ley adecuadora de la reforma procesal penal. Por tanto, entre 1991 y 2002 el párrafo del art. 19 N° 7 letra e) de la Constitución que se comenta se erigía casi como una norma protectora del derecho a ser juzgado en libertad para el acusado por delitos de terrorismo, porque establecía simplemente una "restricción" para la obtención de la libertad y no una negación de ella como señalaba la Ley 18.314. Y en tal sentido, hasta podía pensarse en la inconstitucionalidad del antiguo art. 17 en el tiempo que coexistió con el reformado art. 19 N° 7 letra e)⁹⁰.

En la actualidad, la disposición no parece tener correlato normativo coherente, pues las causales que ameritan una prisión preventiva están establecidas para toda clase de delitos en el art. 140 del CPP, y son concretamente: el peligro para el éxito de la investigación, el peligro de fuga, y el peligro para la sociedad, por lo que sí es igual para todos los casos no se entiende por qué debería ser distinta la integración del tribunal y el quórum en casos de terrorismo. Ello sin descontar que tan solo las dos primeras, esto es, peligro para la investigación y peligro de fuga, están

⁸⁹ Lo señala expresamente en el mensaje del proyecto de reforma constitucional sobre indulto, amnistía y libertad provisional (Boletín 229.-07 de 14 diciembre de 1990, ver *ibíd.*, p. 1).

⁹⁰ En esta interpretación Villegas, M. 2002, *op. cit.*, Capítulo III, 2.b.2. - *La prisión provisional y la excarcelación*.

consideradas en el sistema interamericano de derechos humanos para el otorgamiento de la prisión preventiva⁹¹.

En la mayoría de los casos por terrorismo el fundamento para denegar la libertad es la gravedad del delito, y este a su vez es uno de los criterios que por mandato legal debe seguir el juez para establecer la existencia de un peligro para la seguridad de la sociedad. Considerando que los delitos de terrorismo son siempre graves, y sus penas son también muy altas, las posibilidades de obtención del beneficio de ser procesado en libertad se difuminan, máxime si debe cumplirse con la restricción constitucional. Así, como efecto de la aplicación combinada del art. 140 del CPP y del art. 19 N° 7 letra e) de la Constitución, la prisión preventiva se transforma en una verdadera pena anticipada, pues muchos de los imputados arriesgan esperar la sentencia estando privados de libertad⁹², lo que no se condice con el mandato establecido en el mismo Código procesal penal, que ordena tratar al imputado preso preventivo en todo momento como inocente (art. 150 inciso 3). Esto es particularmente grave si consideramos que en todos los casos que se ha invocado la ley de conductas terroristas ha existido prisión preventiva, y en todos ellos se solicitó libertad en varias oportunidades. En algunos casos la resolución del juez de garantía sustituyó la prisión preventiva por la medida cautelar de arresto domiciliario, pero luego era revocada por unanimidad por la Corte de Apelaciones. En otras oportunidades la libertad fue denegada por el juez de garantía y luego confirmada por unanimidad por la Corte de Apelaciones⁹³.

De acuerdo con los antecedentes recabados en nuestra investigación, esta norma también fue aplicada a un menor de edad, cuando ellos podían ser juzgados por delitos de terrorismo⁹⁴. Mediante la Ley 20.467 de 8-10-2010 se modificó el artículo 1° de la Ley 18.314 sobre conductas terroristas, señalando expresamente que los menores de edad no podían ser condenados por ella. La disposición modificatoria fue interpretada *a contrario*

⁹¹ Medina, C. 2013, *op. cit.*, p. 37

⁹² Medina, C. 2013, *op. cit.*, p. 38

⁹³ Juzgado de Garantía de Temuco, RIT 220-2014, vs. *Celestino Córdoba*, 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 150-2012, vs. *Luciano Pitronello*

⁹⁴ Villegas, M. 2015, *op. cit.*, pp. 231-269, pp. 265-266.

sensu por el órgano persecutor y por los jueces, en el sentido de que no podían ser condenados, pero sí sometidos a proceso e investigados bajo el procedimiento de dicha ley, razón por la que, y tratándose de revisar la medida de internación provisoria respecto de los menores, los tribunales entendieron que era aplicable lo dispuesto por el art.19 N° 7 letra e) de la CPR. Así, la Corte de Apelaciones de Temuco por resolución de 27-10-2010 confirmó la medida cautelar de internación provisoria decretada por el juez de garantía para un menor mapuche en *Caso Tur Bus*, a pesar de que dos de los ministros estuvieron de acuerdo en revocarla y solo uno por confirmarla. Meses más tarde, y encontrándose en funcionamiento la sala de verano de la misma Corte, acordó revocar la medida y someterlo a arresto domiciliario, arraigo nacional y firma quincenal⁹⁵.

En junio de 2011, mediante la Ley 20.519, se reformó nuevamente la ley de conductas terroristas, impidiendo que esta se aplique a menores de edad.

El reforzamiento de la prisión preventiva mediante esta disposición constitucional ha sido también interpretado de otra forma por la Corte de Apelaciones de San Miguel, quien afirma que la norma hace referencia al otorgamiento de la libertad respecto del privado de ella por delitos de terrorismo, pero no es aplicable la limitación cuando se trata de sustituir la medida cautelar de prisión preventiva por la de arresto domiciliario total, por cuanto esta no supone una puesta en libertad del sujeto, sino una restricción -aunque menos severa- de su libertad. Y así, la resolución de sustituir la cautelar por otra de similar naturaleza no queda sujeta a lo dispuesto por el art. 19 N° 7 de la Constitución, pudiendo ella ser acordada por simple mayoría y no por unanimidad de los integrantes de la sala⁹⁶.

Lo preocupante de toda esta normativa es que desde 2005 en adelante parece no haber condenas por delitos de terrorismo. El Ministerio Público registra aproximadamente diecinueve casos, de ellos⁹⁷, dos aún están en

⁹⁵ Corte de Apelaciones de Temuco. Resolución de 11-02-11, RUC 900969218-2-50-145-2011.

⁹⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel. Resolución de 8-02-13, N° 170-2013-REF

⁹⁷ Las cifras del Departamento de Informática y Estadística (DIE) de la Defensoría Penal Pública dan cuenta de 428 imputados por delitos de terrorismo entre 2001 y 2015. Las causas suelen tener varios imputados.

investigación. Según la información y jurisprudencia que hemos recabado, con posterioridad a las condenas de mapuches en los casos de los lonkos Norín y Pichún, Ancalaf, y algunos del incendio al fundo Poluco Pidenco, los imputados por ley de conductas terroristas o bien han sido absueltos por falta de participación, o condenados por delitos comunes, desestimándose solo al final del proceso judicial, esto es, en la sentencia, la calificación terrorista⁹⁸.

En algunos casos los imputados que terminaron absueltos habían cumplido un año y 4 meses en prisión preventiva, uno de ellos dos años⁹⁹. Se exceptúa de esta regla general un caso en donde sí hubo condena por delitos de terrorismo¹⁰⁰.

De ahí entonces que la normativa constitucional no solo esté siendo un escollo en el desarrollo de los principios que deben impregnar el sistema penal democrático, sino más bien impulsando la aplicación de institutos que derechamente los vulneran.

⁹⁸ Villegas, M., 2015, *op. cit.*, pp.231-269, p.261-263. Los registros del DIE de la Defensoría Penal Pública muestran 82 condenados entre 2001 y 2015 en causas por terrorismo, sin que pueda saberse si lo fueron por delito de terrorismo o por delito común, y si una o más de ellas son posteriores a 2005

⁹⁹ Así sucedió en *Caso Tur Bus*, cuyos imputados estuvieron privados de libertad entre 2009 y 2011, a pesar de haber solicitado insistentemente la libertad. Ver por ejemplo las siguientes resoluciones, todas estas confirmaban la medida cautelar de prisión preventiva, al principio por unanimidad, y luego por mayoría: Corte de Apelaciones de Temuco. Resolución de 27-10-09, rol N° 921-2009, que confirma cautelar para J. Queipul, Víctor Queipul, Camilo Tori, Felipe Huenschullan y José Millanao, Resoluciones de 23-04-10, audio RUC 900969218-2-50-294-2010; Resolución de 14-07-10, audio RUC 9000969218-2-50-5332010; Resolución de 15-07-10, audio RUC 900969218-2-50-536-2010; Resolución de 26-08-10, audio RUC 900969218-2-50-666-2010, Resolución de 15-09-10 y 28-10-10, 30-11-10 confirman con un voto en contra atendido a que es demasiado el tiempo trascurrido en que llevaban privados los imputados de libertad. Rol N° 0900969218-2-50-729-2010; Rol N° 0900969218-2-50-846-2010; Rol N° 09009692182-960-2010. Recién en febrero de 2011 la Corte de Apelaciones de Temuco decide revocar la medida cautelar de internación provisoria para los imputados Luis Marileo, Ernesto Cayupan, Felipe Huenschullan, Víctor Queipul, Camilo Toris, José Queipul, y cambiarlas por medidas cautelares personales, Corte de Apelaciones de Temuco. Resolución de 11-02-2011, audio RUC 900969218-2-50-145-2011. Más tarde la misma Corte ordena mantener la prisión preventiva para José Queipul en Corte de Apelaciones de Temuco. Resolución de 20-04-2011, audio RUC 900969218-2-50-370-2011.

¹⁰⁰ Se trata de una persona mapuche que participaba como testigo con reserva de identidad en diversos procesos. En uno de ellos a petición de la defensa hubo de ser formalizado como coimputado (caso peaje Quino). Sin embargo no lo fue ante el mismo tribunal que el resto, sino en otro. Habiéndose acogido al beneficio de atenuación de pena del art. 4 de la Ley 18.314 (arrepentimiento eficaz) fue condenado en un procedimiento abreviado por los delitos de homicidio frustrado terrorista y asociación ilícita terrorista, otorgándosele el beneficio de libertad vigilada. Juzgado de Garantía de Victoria. Sentencia de 22-10-2010, RIT 1134-2009/ RUC 0900969218-2 vs. Raúl Castro Antipán. Lo paradójico es que por estos hechos fue el único condenado por delito de terrorismo, pues al momento de la acusación en el TOP de Angol, los otros presuntos intervinientes fueron acusados por delitos comunes, entre ellos asociación ilícita común, pero absueltos por falta de participación, mediante Sentencia del TOP de Angol de 29-08-2012, R.U.C. 0900969218-2/ R.I.T. 58-2012 (Caso *Peaje Quino*) vs. Víctor Queipul, José Millanao, et al. S.TOP de Temuco de 29-08-2013, R.U.C.: 0900697670-8 R.I.T.: 099/2013 (Caso *Tur bus*)

Hay quienes sostienen que debiera excluirse el terrorismo de la Constitución y sostienen que existiría un "abuso de la forma constitucional"¹⁰¹, y debería ser un sólido argumento como para excluir al terrorismo de toda referencia constitucional en una futura Carta Fundamental. Pero pudiera ser que, a la luz de la expansión, surgiera el argumento contrario, esto es, la necesidad de contemplar un mandato constitucional para reforzar el repudio de los sistemas democráticos al terrorismo, así como para instalar una barrera constitucional a las eventuales limitaciones de garantías que pudiere establecer el legislador.

Por razones de extensión no entraremos a fondo en la discusión acerca de cuál es el rol que debiera cumplir la Constitución con relación al sistema penal, y si debemos orientarnos por una postura sistemática o dogmática-penal o una postura sustancial o constitucional, que pueda llevar a la consideración de un derecho penal constitucional¹⁰², simplemente dejar planteado que hay razones de orden político y de orden normativo que aconsejan evitar en las constituciones los mandatos de punición, y que en el caso del terrorismo son más políticas que normativas.

En cuanto a las razones de orden político, si bien es cierto las constituciones autoritarias pudieran parecer más cercanas a la realidad en determinados contextos, medios de protección represivos como los que se estilan a propósito del terrorismo no robustecen la Constitución, su efecto es simplemente eliminar del espectro político a determinadas fuerzas, empujándolas hacia la ilegalidad¹⁰³. Ello queda de manifiesto en el caso de la Constitución chilena vigente desde que impide al terrorista cualquier participación en la vida política con posterioridad a su condena. Al transgredir uno de los principios básicos de la democracia, la posibilidad de participar en la vida nacional sea directamente o por medio de sus representantes, así como la posibilidad de acceder en igualdad de

¹⁰¹ Sobre este concepto, Atria, F. *La Constitución tramposa*, Editorial LOM, 2013, p. 41

¹⁰² Duran, M. "Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal", en *Política criminal*, vol. 6, núm. 11, junio 2011, Art. 5, pp. 142-162, pp. 145 y ss. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A5.pdf (consulta: 20-01-2016).

¹⁰³ Schneider, H. "Problemas de la constitución de emergencia y de la legislación de emergencia a la luz de la Ley Fundamental", en Demasi, C. *et al.*, *Estado de Derecho y Estado de excepción: Alemania y Uruguay: las décadas violentas*, Ediciones Trilce y Goethe Institut, Montevideo, 1999, p. 102.

condiciones a la función pública, derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile, queda en entredicho la legitimidad del sistema democrático¹⁰⁴.

Esto porque la legitimidad de dicho sistema político encuentra asidero en un consenso democrático cuya validez depende de la concurrencia de todos los sectores en la formación de la voluntad política, así como en el respeto a la separación de poderes. Y cuando la Constitución contiene un mandato de punición restrictivo de garantías pareciera un nexo para el aumento de las facultades del Ejecutivo en desmedro de los otros poderes, lo que pudiera conducirnos al autoritarismo. En este último se produce un desajuste entre las instancias jurídicas y políticas, aun cuando los mecanismos formales de la democracia representativa se mantengan intactos, así como el consenso que los legitima. Pero ya no se trata de canales de participación reales o materiales, sino formales, con lo que el postulado democrático comienza a tambalearse, pudiendo transitarse hacia *una crisis de legitimación*¹⁰⁵.

Coincidimos con quienes afirman que la protección de los derechos fundamentales vía constitucional se traduce en establecer mandatos de abstención para el Estado, en forma tal que ciertos derechos básicos de las personas no puedan verse afectados¹⁰⁶. Ello debe estar en sintonía con los tratados internacionales de derechos humanos, resguardando que al menos aquellos derechos que no pueden ser objeto de suspensión por ninguna circunstancia (p.ej. art. 8 CADH) sean respetados. Y eso no tiene por qué ser diferente para los delitos de terrorismo. No obstante, la forma mediante la que se establecen estos resguardos es una tarea que compete al legislador, con una orientación constitucional del uso del derecho penal como *ultima ratio*.

En el caso de la constitución chilena vigente sucede exactamente al revés, pues el mandato de punición respecto del terrorismo y su refuerzo vía

¹⁰⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 21. 1 y 2), en el PIDCP (art. 25) y en la CADH (art. 23)

¹⁰⁵ Villegas, M. 2002, *op. cit.*, Capítulo III, b.1. *Consecuencias a nivel social y político: La desvirtuación de los postulados social y democrático del Estado de Derecho.*

¹⁰⁶ Intervención de Antonio Bascuñán, en BCN. *Historia de la Ley W 20.055...*, p. 162.

establecimiento de sanciones accesorias especiales, supone una afectación reforzada para el ciudadano cuyas garantías constitucionales, por disposición de la propia Constitución, pueden verse menoscabadas por las limitaciones generales en estados de normalidad constitucional (ej. caso de limitaciones en el marco de una investigación judicial), como en casos de anormalidad constitucional (estados de excepción)¹⁰⁷.

De ahí que las normas respecto del terrorismo en la Constitución de 1980 suponen paradójicamente una doble anomalía constitucional¹⁰⁸, pues de un lado compelen al legislador a tipificar conductas en un determinado sentido por medio de una ley de quórum calificado, afectando con ello una política legislativa democrática, y por otro impone medidas que afectan la libertad de las personas, así como sus derechos ciudadanos.

Además, y en el plano normativo, considerando que las constituciones son normas jurídicas y no meros programas, debe tenerse presente su condición de "coto vedado" y de las normas en ella incluidas, su rigidez y la posibilidad de aplicación directa¹⁰⁹. Esto supone entonces, en el caso chileno, que si el legislador quisiera reformar la ley de conductas terroristas para eliminar una norma que repite lo señalado por la Constitución tendría que entrar a un examen de constitucionalidad. A este respecto, el pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de las normas antiterroristas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno es muy escaso. Más bien no existen sentencias que se refieran a ellas, con excepción de la suspensión de derechos políticos para acusados por delitos de terrorismo, cuya constitucionalidad fue afirmada por el Tribunal Constitucional cuando se manifestó pertinente al proyecto de ley de reforma electoral para inscripción automática, que finalmente se plasmó en la Ley 20.568 de 31 enero 2012¹¹⁰.

¹⁰⁷ En este sentido Ruiz-Tagle, P. 2002, *op. cit.*, p. 4

¹⁰⁸ Intervención de Antonio Bascuñán, en BCN. *Historia de la Ley W 20.055...*, p. 162

¹⁰⁹ Ver Carrasco, M. 2010, *op. cit.*, p. 56. En el mismo sentido, Informe de la Comisión de Expertos del Ministerio del Interior y la Seguridad Pública del Gobierno de Chile sobre la regulación jurídica de las conductas terroristas, de 13.10. 2014, p. 7.

Ley 20.568. Artículo 17.- *Dentro de los cinco primeros días de cada mes, los Juzgados de Garantía deberán comunicar al Servicio Electoral las personas que, en el mes anterior, hayan sido acusadas por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista.*¹¹⁰

Lo anterior no significa que las normas de la ley de conductas terroristas no hayan sido impugnadas. Han existido varios requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la mayoría de estas han sido declaradas inadmisibles, y uno que habiendo sido declarado admisible, aunque sin orden de no innovar, fue desistido por el recurrente porque después de la vista de la causa, la norma decisoria *Litis* de la ley de conductas terroristas cuya inaplicabilidad había sido planteada, ya no lo era en el juicio, pues la sentencia fue dictada durante la tramitación del requerimiento habiendo sido el imputado condenado por delitos comunes y no terroristas¹¹¹.

Es decir, el panorama a nivel de tribunal constitucional tampoco es alentador, lo que es preocupante a la luz de las restricciones que la Constitución establece a garantías fundamentales.

Finalmente, de contemplarse el terrorismo en la Constitución, tendríamos, a decir de Atria, normas "formalmente (=jurídicamente) constitucionales, pero substantivamente (=políticamente) legales", es decir, normas que no son fundamentales, sino que suponen la existencia previa de un fundamento, y ese fundamento es lo discutible, pues lleva inserto un componente político que es variable según quien ejerza el poder¹¹².

Como conclusión, sostiene Myrna Villegas Díaz, que no existen argumentos de peso que obliguen al Estado de Chile a pronunciarse constitucionalmente acerca del terrorismo. Su regulación a nivel constitucional no es una tendencia consolidada en la legislación comparada, y más bien conlleva el peligro de afectación a derechos humanos fundamentales, supuesto que las referencias constitucionales en estos casos son siempre para autorizar restricciones de garantías, careciendo esto de sentido si consideramos que estas restricciones las puede establecer el legislador.

Más bien autorizarlas constitucionalmente puede significar un abuso de la forma constitucional para fines netamente políticos.

¹¹¹ Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad 2564-2013, resolución de 1 de abril de 2014.

¹¹² Atria, F. *op. cit.*, p. 19.

La regulación actual del terrorismo en la Constitución chilena muestra serias contradicciones con los principios de presunción de inocencia e igualdad protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, supuesto que la doble autorización para suspensión de derechos políticos no tiene parangón en nuestro derecho, ni siquiera en otras formas graves de criminalidad, en las que tampoco existe un reforzamiento de la prisión preventiva establecido constitucionalmente como ocurre en el caso del terrorismo. El hecho de que la Constitución declare que el terrorismo es esencialmente contrario a los derechos humanos no basta, pues por consiguiente la mayoría de los delitos atentan contra derechos humanos, y tampoco es este el único elemento que lo define jurídicamente.

Por ello es que una nueva Constitución debería guardar silencio respecto del terrorismo y devolver su regulación íntegra al legislador, el que a su vez debe hacerlo de manera tal que no deslice en los jueces una responsabilidad que en último término es política, lo que implica, de entrada, abandonar la idea tentadora de crear tipos penales abiertos que terminen convirtiéndose en cajones de sastre en donde encuadre todo tipo de conducta social o políticamente reprochable.

No estamos de acuerdo con lo que sostiene Myrna Villegas Díaz, cuando señala que el terrorismo no debiera estar presente en la Constitución Política, ni mucho menos que por el hecho de estar presente ahí, afecte a los derechos fundamentales y que su uso podría aplicarse a fines políticos.. Es un debate que, en el fondo, siempre ha existido.

Como es conocido, a partir del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, en todo el mundo se comenzó a desarrollaron un conjunto de actuaciones contra el terrorismo, debido al escaso respeto a los terroristas tienen por los derechos fundamentales. Chile no es la excepción, si bien no es el terrorismo islámico el que nos afecta, el hecho que un grupo de personas, coloque artefactos explosivos en una estación e metro, a la que hora en que muchas personas se dirigen a sus lugares de trabajo, y que a ojos de ciertos legisladores no constituya delito de terrorismo o muchos

nieguen atribuirle esta calificación jurídica, quiere decir que algo no está bien.

Luego de revisar nuestra Constitución Política y su tratamiento al terrorismo, a continuación, nos encargaremos de la Ley Antiterrorista.

VII. LEY ANTITERRORISTA 18.314. ORIGEN DE LA LEY

Como se ha señalado, Ley N^o 18.314 o Ley Antiterrorista (LAT), fue dictada en plena dictadura militar. Por ello, un examen de las circunstancias institucionales en que fue concebida resulta útil para comprender su contenido. En primer lugar, cabe recordar que el Congreso fue clausurado de hecho el día 11 de septiembre de 1973, lo que fue formalizado en el Decreto Ley N^o 27 del 21 de septiembre del mismo año. Se mantuvo en esa condición hasta el 11 de marzo de 1990. Por otra parte, cabe recordar también que, desde el mismo día 11 de septiembre de 1973, se dictaron diversas normas declarando estados de excepción constitucional. En particular, en la época en que la Ley N^o 18.314 fue promulgada, regía el Decreto Supremo N^o 359 de 1981 que declaró el “estado de peligro de perturbación de la paz interior”, invocando para ello “una serie de acciones de carácter terrorista, tanto en contra de la vida como de los bienes de la ciudadanía”. Asimismo, los Decretos N.º 310, 599, 942 y 1.487 de marzo, junio, septiembre y diciembre de 1984, mantuvieron en estado de emergencia al país durante el año en que se dictó la ley que se analiza (BCN, 2017). Conforme al artículo 41.4 del texto constitucional contenido en el Decreto Ley N^o 3.464, el Estado de emergencia permitía restringir la libertad de locomoción y prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio; suspender o restringir el restringir el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de información y de opinión, e imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones.

A la época de promulgación de la LAT, el poder legislativo estaba radicado exclusivamente en la Junta Militar, compuesta por el Comandante en Jefe del Ejército (en rigor, el General que le seguía en antigüedad, dado que aquel ejercía la Presidencia de la República), el de la Armada y el de la Fuerza Aérea, además del General Director de Carabineros. Ellos actuaban por unanimidad (disposiciones transitorias decimocuarta y decimoctava letra B, Decreto Ley N. ° 3464 de 1980).

El texto original de la Ley N. ° 18.314 carecía de una definición de terrorismo. El tipo estaba construido sobre la base de conductas puramente objetivas, salvo algunas modalidades específicas que exigían finalidad terrorista, aunque no entregaba una definición de aquella. Entre las conductas que configuraban el delito de terrorismo sobre una base objetiva, estaba el atentado contra la vida o integridad corporal del Jefe de Estado y de otras magistraturas; la realización de delitos violentos contra las personas usando determinados tipos de armas como aquellas de mayor poder destructor, gases y aquellas que producen esquirlas; la ejecución de actos que pusieren en peligro a los pasajeros de una aeronave en vuelo; la instalación de artefactos explosivos; la organización para cometer tales delitos; la apología del terrorismo; la amenaza seria de cometer estos delitos con el fin de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad, entre otras. Las conductas que incorporaban un elemento subjetivo (no definido), eran la inutilización de medios de transporte “con un fin revolucionario o subversivo” (art. 1.9), e impartir o recibir instrucción para la fabricación o uso de artefactos explosivos “con fines terroristas” (art. 1.14).

Adicionalmente, la LAT castigaba con la pena de sujeción a vigilancia de la autoridad en cualquiera de sus grados a los “activistas de doctrinas que propugnen la violencia o existan sospechas de que lo son y oculten su verdadero nombre o disimulen su personalidad o falseen su domicilio”, pudiendo el tribunal modificar la pena una vez ejecutada la sentencia, a partir de los nuevos antecedentes que se le entregasen.

Penas y punibilidad antes de la reforma Procesal Penal

Las penas que se imponían por las distintas conductas penadas, iguales para autores y cómplices, iban desde el presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de los cinco años y un día, hasta la muerte, en caso que el delito causare la muerte de terceros (arts. 2 y 3). Además, incluía un adelantamiento de la punibilidad, estableciendo que el delito frustrado se castigara como consumado, al igual que la tentativa y la conspiración y proposición, aunque en estos últimos casos, se admitía la rebaja de la pena hasta en dos grados (arts. 6 y 7).

La norma contemplaba una forma de delación compensada o arrepentimiento eficaz, al autorizar al juez a disminuir la pena hasta en dos grados en determinados supuestos (art. 4)¹¹³

Por otra parte, la norma establecía una obligación genérica de denuncia que recaía sobre toda la población. En efecto, el artículo 8° castigaba con pena de presidio máximo (60 días) a 180 días de prisión, a quienes omitieren informar oportunamente a la autoridad sobre planes y actividades de terceros vinculadas a delitos terroristas sobre los que tuvieran conocimiento, salvando al cónyuge y parientes hasta el segundo grado inclusive. Asimismo, se disponía la reserva de identidad para quienes cumplieran con este deber de denuncia.

Acción penal y procedimiento

Además de las reglas generales, le Ley contemplaba el inicio del proceso por requerimiento del Ministro del Interior, de los Intendentes Regionales, de los Gobernadores Provinciales y de los Comandantes de Guarnición, en cuyo caso se hacían aplicables las reglas especiales del título VI de la Ley

¹¹³ Artículo 4°.- Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaran a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos."

de Seguridad del Estado. Dichas autoridades también podían formular requerimiento cuando el procedimiento ya se había iniciado, produciéndose el mismo efecto (art. 10). El Tribunal competente podía ampliar el plazo de detención del inculpado hasta por diez días, pudiendo disponer también la incomunicación del detenido, sin perjuicio de la facultad de revocar la autorización en cualquier momento y ordenar la comparecencia del detenido (art. 11)¹¹⁴.

Por su parte, el artículo 12 establecía que cuando las causas fueran conocidas por Tribunales Militares, estos podían ordenar el cumplimiento de las diligencias a la policía política del régimen, esto es, la Central Nacional de Inteligencia (CNI).

Facultades especiales de investigación

La norma autorizaba a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a la CNI, previa orden escrita del gobierno o del Comandante de Guarnición, a proceder a la detención de presuntos responsables de delitos terroristas y a realizar registros e incautaciones que pudieran guardar relación con los delitos investigados, sin autorización judicial, cuando dicha autorización pudiere obstaculizar la diligencia. En cualquier caso, dichas diligencias debían ser puestas en conocimiento del tribunal respectivo dentro de las 48 horas siguientes a su realización, aunque dicho tribunal podía ampliar el plazo en 10 días (art. 13).

Asimismo, dichas autoridades podían solicitar autorización al Tribunal para interceptar comunicaciones privadas u ordenar la observación de personas sospechosas de comisión o perpetración de delitos terroristas. En casos urgentes, el Ministerio del Interior podía ordenar directamente dichas diligencias, dando cuenta al Tribunal dentro de las 24 horas siguientes, para que confirmara o revocara la medida dentro de las 72 horas siguientes a ordenada la diligencia. En todos los casos, la cuestión se decidía sin conocimiento del afectado (art. 14).

¹¹⁴ El plazo máximo de duración de la incomunicación en el régimen general del Código de Procedimiento Penal era de diez días (art. 299)

En materia de reserva de la investigación, la Ley Antiterrorista mantuvo la regla general¹¹⁵, pero habilitó a cualquiera que compareciera en el procedimiento a requerir la reserva de su identidad o declaraciones. En estos casos, el Tribunal habría un cuaderno secreto separado con dichos antecedentes, que permanecía en secreto hasta la acusación, momento en que debían ponerse en conocimiento del acusado, en caso de que se pretendieran hacer valer en la etapa plenaria para condenarlo (art. 15). Ahora bien, el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, autorizaba al juez, en casos graves y calificados, a disponer medidas especiales para la protección del testigo que lo solicitare. Aunque el alcance de esta norma no es claro, podría entenderse que habilitaba a extender la reserva de identidad de testigo más allá de la etapa sumaria¹¹⁶.

Por su parte, se autorizaba a que los comparecientes declararan en un lugar distinto al Tribunal, para proteger su identidad (art. 16). Finalmente, el artículo 17 establecía la improcedencia de la libertad provisional. Esto significaba que todo procesado por Ley Antiterrorista debía estar en prisión preventiva durante todo el procedimiento¹¹⁷.

Modificaciones

En los días finales de la dictadura militar, se introdujeron algunos cambios en la LAT mediante la Ley N.º 18.937 del 22 de febrero de 1990. Ésta, además de suprimir algunas hipótesis de comisión del delito del artículo 1 y morigerar las penas¹¹⁸, eliminó algunos aspectos que hacían esta norma particularmente gravosa. Así, se derogó el artículo 3º que castigaba a los

¹¹⁵ Conforme al Código de Procedimiento Penal era el secreto de la investigación por 40 días, pudiendo llegar, bajo ciertas circunstancias a 120 días (arts. 78 y 80), sin perjuicio que el juez podía levantar el secreto a solicitud del interesado.

¹¹⁶ De hecho, de acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lonkos, eso fue lo que aconteció en el proceso llevado contra Víctor Ancaf (cfr. párr. 236 de la sentencia del Caso Norín Catrimán y Otros vs Chile)

¹¹⁷ La regla general del Código de Procedimiento Penal era que la prisión preventiva durase el tiempo necesario para el cumplimiento de sus fines, debiendo ser libertad la persona “en cualquier estado de la causa en que aparezca su inocencia” (art. 356).

¹¹⁸ En particular, se eliminó el tipo que sancionaba la utilización de armas, ya tipificado en la Ley de Control de Armas (art. 1.3); los atentados contra instalaciones públicas y el envenenamiento de alimentos, medicamentos o agua, ambos ya contemplados en el Código Penal (art. 1.7 y 1.8); la incitación pública y la apología del terrorismo o de los terroristas (1.12 y 1.13); la instrucción terrorista (1.14); y la propagación de información falsa sobre atentados terroristas (1.16).

cómplices y encubridores como autores, volviendo así a la regla general de gradualidad del castigo en relación con el grado de participación. También se dejó sin efecto el artículo 6 que adelantaba la punibilidad castigando el delito frustrado como consumado y la tentativa como consumado rebajado hasta en dos grados. Asimismo, se derogó la obligación de denuncia del artículo 8 y el delito de activismo o sospecha de activismo de doctrinas que propugnen la violencia. Sin embargo, subsistieron otros aspectos como la extensión del plazo de detención e incomunicación a 10 días y el amplio margen concedido al gobierno y a las fuerzas de orden y seguridad, incluyendo la policía política, para actuar sin previa autorización judicial.

Leyes Cumplido

A comienzos de la transición política, en la primera etapa del gobierno del Presidente Aylwin, se discutió la primera modificación de la LAT en democracia, la que tuvo su origen en una mensaje presidencial ingresado a la Cámara de Diputados el primer día de gobierno, como parte del paquete de reformas conocido como “Leyes Cumplido”, en alusión al Ministro de Justicia de la época. Se trata de la Ley N.º 19.027, publicada el 24 de enero de 1991, cuyo objeto era adecuar la ley a los derechos constitucionales y a los establecidos en tratados internacionales, particularmente el debido proceso (BCN, 1991).

El contexto jurídico-político de la transición a la democracia también resulta relevante aquí para comprender las modificaciones que se fueron realizando a la legislación antiterrorista, en tanto constituían, o podían constituirse, como elementos que limitaban la deliberación política.

En primer lugar, cabe tener presente que los jefes de las Fuerzas Armadas y de Orden eran inamovibles y que el General Pinochet continuó ejerciendo la Comandancia en Jefe del Ejército hasta que en 1998 asumió como senador vitalicio, en su calidad de ex-presidente de la República (art. 93 y disposición octava transitoria Decreto Ley N° 3.464).

Por su parte, el Senado estaba compuesto por 26 senadores elegidos directamente mediante sufragio universal, los ex-presidentes en calidad de senadores vitalicios y 9 senadores designados por distintas instituciones¹¹⁹. Esto implicaba una distorsión de la representación política en la Cámara Alta, lo que puede ayudar a entender el sentido y alcance de las reformas implementadas en este periodo.

A continuación se revisan las principales modificaciones que se introdujeron en este periodo a la normativa en estudio.

El nuevo tipo penal en la Reforma Procesal Penal

Según el mensaje presidencial, el corazón de la reforma estaba en el nuevo concepto de terrorismo, entendido ahora como un método de acción criminal y no como una ideología, que sería lo que inspiraría al texto original. El nuevo tipo penal propuesto por el Ejecutivo, definía la conducta terrorista como el atentado “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” y se lo castigaba con la pena asignada al delito correspondiente aumentada en uno, dos o tres grados (BCN, 1991:7 y 8). O sea, el tipo se construía sobre una calificante que operaba respecto de cualquier delito capaz de lesionar la vida, la integridad física o la libertad de las personas.

El tipo finalmente aprobado, y que siguió vigente hasta la reforma de 2010, siguió una estructura similar, aunque se acordó una calificante más abierta, los delitos base fueron acotados a una lista cerrada y se incorporó una presunción legal de la finalidad terrorista, todo ello a sugerencia de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en

¹¹⁹ La Corte Suprema elegía 3 senadores entre sus ex ministros; el Consejo de Seguridad Nacional elegía 4 senadores que fueran ex comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas; y el Presidente de la República elegía 2 senadores, uno de los cuales debía ser un ex-ministro y el otro un ex-rector de universidades del Estado, (art. 45 DL 3.464)

la que tres de sus cuatro participantes eran senadores designados¹²⁰ . (BCN, 1991)9.

De esta manera, el nuevo tipo estableció una calificante con dos hipótesis: (i) que el delito fuera cometido 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 (a) por la naturaleza y efectos de los medios empleados, o (b) por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas; o (ii) que el delito fuera cometido (a) para arrancar resoluciones a la autoridad o (b) para imponerle condiciones¹²¹ .

La norma además presumía (salvo prueba en contrario) la finalidad de causar temor en la población en general cuando se utilizaren “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” [énfasis añadido].

Como se indicó, la Ley finalmente aprobada estableció un catálogo taxativo de tipos base, sobre los cuales podría concurrir la calificante. Entre estos estaba el parricidio, homicidio, lesiones, secuestro, sustracción de menores, apoderamiento o atentado contra medio de transporte, atentado contra la vida o integridad de determinadas autoridades, la asociación ilícita para la comisión de estos delitos y el uso de bombas o artefactos incendiarios, “que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño”. Esta última disposición tiene sus antecedentes en la Ley original, que

¹²⁰ En esa Comisión participaron los senadores Sergio Fernández (designado), Vicente E. Huerta (designado) , Jorge Lavandero (PDC) y William Thayer (designado) (BCN, 1991:106)

¹²¹ “Artículo 1°.- Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, 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 delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas. 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.”

contemplaba el uso de artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo que puedan afectar a personas o bienes (art. 1.6 Ley original).

Penas y punibilidad en la Nueva Reforma Procesal Penal

Las nuevas disposiciones establecían distintas penalidades, algunas concebidas como aumentos de grados (por ejemplo, en el caso de parricidio u homicidio, se aumentaba en 1, 2 o 3 grados y la asociación ilícita se aumentaba en 2 grados), y otras con penas específicas, como el presidio mayor en cualquiera de sus grados para el apoderamiento de medio de transporte. Por otra parte, se agregaron pautas para establecer la pena aplicable, señalando que el aumento de grado se hacía después de fijar la pena como si se tratara de un delito común, y tomando en consideración la crueldad en la ejecución y la peligrosidad del autor, de acuerdo a los antecedentes y personalidad del autor (art. 3 bis).

Por su parte, se repuso el adelantamiento de punibilidad que había sido eliminado en las postrimerías de la dictadura. El nuevo artículo 7° castigaba la tentativa con la pena mínima para el delito consumado. También la amenaza se castigaba como tentativa, o sea, como delito consumado atenuado y la conspiración como delito consumado rebajado en uno o dos grados. Aunque no existe un registro de la discusión que precedió a esta modificación, la historia de la ley muestra que ésta fue propuesta por la Comisión de Constitución del Senado.

La ley incorporó un nuevo artículo 18, que dispuso que, en los casos en que existiera una condena por delito terrorista y otra por delito común o especial, se debía cumplir en primer lugar la pena terrorista. Esto modificó la regla general contenida en el artículo 74 del CP, conforme a la cual, las penas privativas de libertad se cumplen en orden sucesivo, pero sin indicar en qué orden. Al establecer que la pena terrorista debía cumplirse primero, se

dificultaba el acceso a beneficios carcelarios y a penas sustitutivas a la cárcel, pues ambas instituciones, en general, exigen como requisito, no estar condenados a penas superiores a una cierta duración (siendo que en general, la penalidad de los delitos terroristas es agravada).

Acción penal y procedimiento

En materia de acción penal, se eliminó la participación del Abogado Procurador General en representación del Estado, manteniéndose el inicio del proceso por requerimiento del Ministro del Interior, de los Intendentes Regionales, de los Gobernadores Provinciales y de los Comandantes de Guarnición, y la posibilidad de formular el requerimiento, aun cuando la cause ya estuviere iniciada.

Se mantuvo la facultad del Tribunal competente para ampliar el plazo de detención hasta por diez días, incluyendo la incomunicación del detenido, pero se agregó el deber del juez de ordenar una inspección médica independiente (art. 11). Naturalmente, se eliminó la mención a la CNI, estableciendo que las diligencias ordenadas por los tribunales serían cumplidas por las Fuerzas de Orden y Seguridad (art. 12).

Facultades especiales de investigación

En esta materia, las atribuciones especiales del artículo 13 que habilitaban la actuación sin autorización judicial previa en casos calificados, se mantuvieron, salvo en cuanto habilitaban la acción de la CNI.

Respecto de la interceptación de comunicaciones privadas del artículo 14, se estableció que el mismo juez instructor podía decretarla respecto de una persona declarada reo. Se mantuvo la facultad otorgada a las autoridades del artículo 10 para solicitar dicha interceptación, pero se requirió una sospecha fundada de participación en comisión o preparación de delitos terroristas, y no la simple sospecha y se excluyó de esta autorización las comunicaciones del reo con su abogado. Asimismo, se suprimió la

autorización para proceder por orden del Ministerio del Interior en casos urgentes, se castigó con inhabilitación para cargos públicos el abuso de esta atribución y se prohibió su aplicación a determinadas autoridades.

La regulación del secreto de la investigación establecida en el artículo 15 se mantuvo sin modificaciones, al igual que la prohibición de decretar la libertad provisional (art. 16).

La reforma procesal penal

En el año 2000, se adoptó el Código Procesal Penal que introdujo el sistema acusatorio en el proceso penal, sustituyendo el sistema inquisitivo regulado en el Código de Procedimiento Penal. Esto implicó una separación de las funciones que estaban concentradas en la figura del Juez Instructor. Así, la garantía de derechos quedó en manos del Juez de Garantías; la investigación y acusación en el Ministerio Público; y el juzgamiento, principalmente, en el Tribunal Oral en lo Penal.

En este marco, se dictó la Ley 19.806 de 2002, con normas de adecuación del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, la cual modificó la Ley Antiterrorista. Algunas de sus normas fueron cambios puramente formales de adaptación a la nueva institucionalidad, mientras que otras incorporaron modificaciones sustantivas y procesales significativas. A continuación se revisan las más relevantes.

Cambios en el tipo penal

La reforma no intervino la calificante, pero si modificó algunos aspectos de los delitos base. Así, estableció que los delitos de secuestro de los artículos 141 y 142 del Código Penal, ya incorporados como delitos base en las Leyes Cumplido, se considerarían siempre como delitos terroristas, cuando fueren cometidos por una asociación ilícita terrorista.

Acción penal y procedimiento

En el nuevo proceso penal, el detenido debe ser puesto a disposición del Juez de Garantía dentro de las 24 horas siguientes a su detención.

En este aspecto, la reforma mantuvo las atribuciones contempladas durante la vigencia del sistema inquisitivo, permitiendo al Juez de Garantías ampliar el plazo para poner a su disposición al detenido y formalizarlo hasta en 10 días, pero se eliminó la facultad del juez para decretar la incomunicación y se estableció que debía ordenarse su ingreso a un recinto penitenciario.

En 2005 se hicieron nuevas modificaciones a los códigos Procesal Penal y Penal, para ajustarlos la reforma procesal penal, ya puesta en vigencia en distintas regiones.

Una de las cuestiones que se revisó fue la regla que exigía que el Ministerio Público solicitara al Juez de Garantías la calificación de la conducta imputada como terrorista (art. 14). Esto alteraba la regla general conforme a la cual, es el Ministerio Público el que califica la imputación sin control judicial. La excepción parecía justificada en la eventual afectación de garantías procesales de la sola invocación de la LAT en una investigación formalizada¹²². Sin embargo, la Ley N. ° 20.047 optó por volver a la regla general, dejando en manos del Ministerio Público la calificación de la conducta imputada, sin control judicial.

Los promotores de esta modificación explicaron que los tribunales habrían entendido que el pronunciamiento del juez exigido en el artículo 14, sería “un requisito no sólo para la aplicación de las medidas especiales de investigación, sino para la aplicación de la integridad del articulado de la ley No 18.314, lo que ha implicado, por ejemplo, la negativa de dar lugar a medidas especiales de protección de testigos que ella establece” (BCN, 2017b:111).

¹²² Por ejemplo, ampliación del tiempo de reserva de antecedentes, aumento de la prognosis de pena con efectos en la procedencia de la prisión preventiva, procedencia de testigos sin rostro, et

De esta manera, la modificación devolvió el monopolio de la dirección de la investigación criminal a manos de la Fiscalía, sin perjuicio de requerir autorización judicial para aplicar medidas especiales y del derecho a reclamar la formalización arbitraria antes las autoridades del Ministerio Público.

Facultades especiales de investigación

Uno de los aspectos donde la reforma introdujo cambios más relevantes, es en relación con la protección de testigos. Como se indicó más arriba, la LAT originalmente autorizaba la reserva de identidades y declaraciones durante todo el periodo de investigación sumaria, pero establecía que dicha información debía hacerse pública al notificar la acusación al inculpado. Por otro lado, el juez tenía atribuciones genéricas para decretar protección de testigos, las cuales podían interpretarse como habilitantes para extender la reserva de identidad al plenario, sin perjuicio del conflicto con el derecho a la defensa.

La reforma permitió al Ministerio Público adoptar medidas especiales de protección para testigos y víctimas y personas relacionadas, siempre y cuando existieran “un riesgo cierto para la vida o integridad física” de alguno de ellos (art. 15 y 17). Además, se facultó al tribunal para decretar la prohibición de revelar la identidad de testigos y peritos protegidos, y los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, se lo habilitó para proscribir la captura de su imagen por cualquier medio (art. 16) y se autorizó la recepción de testimonios por medios que impidan la identificación normal del testigo o perito (art. 18).

El mismo artículo 18 estableció perentoriamente que la defensa mantenía siempre su derecho a contrainterrogar, sin perjuicio de la facultad del juez para excluir del debate cualquier referencia a la identidad de la víctima que pueda poner en peligro su protección.

De esta manera, se consagró de manera explícita la figura del “testigo sin rostro”, que ha sido objeto de polémica, e incluso de pronunciamientos de

instancias internacionales¹²³. Por su parte, se autorizó explícitamente la provisión de recursos económicos para el cambio de domicilio y otras medidas complementarias para la protección del testigo, incluyendo el cambio de identidad (arts. 19 y 20).

Adicionalmente, el artículo 21 amplió la facultad que el nuevo Código Procesal Penal otorga al Ministerio Público para declarar reserva sobre antecedentes determinados de la investigación hasta por 6 meses (la regla general es 60 días).

Reformas de adecuación a los estándares internacionales

La LAT ha tenido dos ajustes fundados en los estándares internacionales. El primero, en 2003, mediante la Ley N.º 19.906, que tipificó la financiación del terrorismo, incorporando un nuevo delito en el artículo 8, en función de cumplir con el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. El segundo, cuya discusión comenzó en septiembre de 2010, buscaba modificar el capítulo I de la LAT, con la finalidad de “perfeccionar nuestra legislación en materia de delitos terroristas y su penalidad, adecuándola a los estándares internacionales existentes en la materia” (BCN, 2017c:3).

En particular, el mensaje de la Ley N.º 20.467 menciona diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y diversos tratados internacionales que regulan la represión del terrorismo.

Cabe tener presente que en esa fecha, había tres casos de personas mapuche condenadas por LAT que estaba en sus últimas etapas de revisión ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuestión que fue parte del debate legislativo. En efecto, solo dos meses después del inicio de la discusión, en noviembre de 2010, la CIDH emitió un informe desfavorable para Chile, el que dio pie al juicio contra Chile ante la Corte Interamericana, que finalmente condenó al Estado en el caso Norín Catrimán y otros

¹²³ Cfr. CIDH (2010), especialmente párrafos 237 y ss.; CtIDH (2014), especialmente párrafos 241-260.

(Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile (CtIDH, 2014).

Asimismo, es relevante considerar que en 2005, se acordó la reforma constitucional que restableció la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil y eliminó los senadores vitalicios y designados, entre otros cambios¹²⁴.

Ajustes al tipo penal

El tipo penal propuesto mantuvo la estructura de delito base más calificante, pero la modificación intervino en ambos niveles. En los tipos base, se eliminó el parricidio, cuya inclusión no era coherente con los bienes jurídicos protegido por este tipo penal¹²⁵, y también las lesiones menos graves, por no alcanzar la entidad requerida¹²⁶. Asimismo, se corrigió la referencia a los delitos contra ferrocarriles y se ajustó la redacción de algunas descripciones típicas para aclarar su sentido y alcance.

En relación con los delitos de incendios, cuya incorporación en la LAT ha sido controvertida, en particular, por incluir el incendio de bosques, mieses, pastos, montes, cierros y plantíos, entre otras (art. 476.3 CP)¹²⁷, la reforma los mantuvo, aunque limitó el agravamiento de su penalidad¹²⁸.

¹²⁴ Por mandato constitucional, la LAT es de quorum calificado, por lo que su modificación requiere de mayoría absoluta en ambas cámaras (art. 9 CPR)

¹²⁵ Al respecto, el Mensaje señala que “[l]os actos terroristas no sólo ponen en peligro la seguridad e integridad de las personas, sino que además socavan las instituciones democráticas y sociales que son esenciales para la conservación y fortalecimiento del Estado de Derecho imperante en nuestro país [...]. [E]n la ejecución de estas conductas se comprometa también la seguridad, como bien jurídico colectivo (BCN, 2017c:3).

¹²⁶ En su lugar, se agregaron las lesiones graves contempladas en el artículo 398 del Código Pena

¹²⁷ Al respecto, al CIDH (2010:pafr. 141) ha señalado que “existe un consenso internacional en el sentido de que el repudio y la obligación de prevenir, suprimir y erradicar la violencia terrorista, parten de la premisa de que dicha violencia atenta principalmente contra la vida humana. En ese sentido, la normativa antiterrorista chilena, al permitir una interpretación que incluye bajo la rúbrica de terrorismo conductas que atenten exclusivamente contra la propiedad, da lugar a ambigüedad y confusión sobre lo que el Estado reprocha penalmente como delito terrorista”.

¹²⁸ La regla modificada aumentaba la pena correspondiente al delito común en uno, dos o tres grados. Con la reforma, se le hizo aplicable la misma pena que la correspondiente al delito común, pero se eliminó el grado menor del rango aplicable. De esta manera, el delito base se castiga “con presidio mayor en cualquiera de sus grados” (de 5 años y un día 20 años), mientras que la forma calificada como terrorismo se castiga con presidio mayor en su grado medio a máximo” (de 10 años y un día 20 años).

Por su parte, la reforma modificó el numeral 4 del artículo 2°, referido a la colocación o lanzamiento de “artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo”, agregando las “armas de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos” y eliminando la frase alusiva a “que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño” [énfasis añadido]. Como señaló el Ministro del Interior durante la discusión de esta reforma, la supresión de esta expresión era coherente con la idea de eliminar el delito de incendio del 476 CP de los delitos bases, cosa que a la postre no sucedió (BCN, 2017c:70)¹²⁹. En consecuencia, el numeral 4 del artículo 2 de la LAT continuó penando el uso de artefactos incendiarios de cualquier tipo, independientemente de los bienes jurídicos afectados.

En cuanto a la calificante, se eliminó la hipótesis de haber cometido el delito para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias como finalidad autónoma para configurar dicha calificante. En cambio, se la incorporó como modo alternativo de cumplimiento de la hipótesis de finalidad de producir temor en la población o parte de ella. De esta manera, la calificante quedó constituida por la finalidad de producir en la población, o parte de ella, el temor justificado de sufrir delitos de la misma especie en tres hipótesis alternativas: (i) por la naturaleza y efectos de los medios empleados; (ii) por la evidencia que el ataque responde a un plan premeditado para atentar contra una categoría o grupo de personas; o sea (iii) porque se comenta para presionar a la autoridad.

Asimismo, se derogó la presunción de la finalidad de causar temor en la población basada en el uso de determinados medios, que incluían “arteficios explosivos o incendiarios” además de “armas de gran poder destructivo, entre otros. Esta presunción era problemática, porque operaba en dos niveles: primero, configurando la calificante, y luego como tipo base.

De esta manera, resultaba particularmente difícil distinguir la figura calificada (por ejemplo, el incendio terrorista) del delito ordinario (incendio simple), lo

¹²⁹ Evolucion_de_la_legislacion_antiterrorista__Chile_y_Espana.pdf

que podía afectar el principio de legalidad de las penas, e incluso en non bis in idem¹⁸.

En materia de penas, se buscó armonizarlas con la gradualidad y proporcionalidad de las penas del CP. Además, se eliminaron como elementos para la determinación final de la pena, la alusión a la crueldad en la ejecución del delito, por ya estar contemplada como agravante en el Código Penal (non bis in idem), y a la personalidad del autor, por considerarlas incompatibles con “las concepciones modernas del Derecho penal” (BCN, 2017c:4).

El rango de penas asociadas al delito de financiación del terrorismo aumentaron de presidio menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años) a presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (541 días a 10 años).

Respecto del adelantamiento de la punibilidad, eliminado al final de la dictadura militar y repuesto en 1991, se mantuvo aunque se morigeró. En efecto, la tentativa pasó de ser castigada con la pena mínima asignada al delito consumado a esta misma pena, pero rebajada en uno o dos grados. La amenaza seria y verosímil pasó a castigarse como tentativa, pero del delito común, no del delito terrorista, salvo que le correspondiere una pena mayor por el delito de amenazas del artículo 296 CP.

La reforma además estableció como circunstancia agravante de la responsabilidad penal el hecho de actuar con menores de dieciocho años (art. 3° inciso segundo, Ley N° 20.467).

La Comisión mixta que se formó durante la discusión legislativa aprobó la idea de excluir a los menores de edad de la aplicación de la LAT. Para ello, el artículo 3° de la Ley N. ° 20.467 señalaba que: Si las conductas tipificadas en la Ley N° 18.314 o en otras leyes fueren ejecutadas por menores de dieciocho años, por aplicación del principio de especialidad se aplicarán

siempre el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente¹³⁰.

Este aspecto de la reforma fue reforzado por la Ley N. ° 20.519 de 2011, dado que en la práctica la modificación no surtió efectos (BCN, 2017d). Así, se optó por una redacción más directa: “La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años”, manteniendo su aplicabilidad a los mayores de edad que participaren en los mismos hechos¹³¹.

Por otro lado, la norma incorporó un inciso al artículo 18, el cual explicitó que las preguntas dirigidas al testigo o perito de identidad reservada, incluyendo al autor que desistiere eficazmente, pueden realizarse “siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad”.

Desistimiento eficaz

Por su parte, se incorporó el desistimiento eficaz, esto es, se eximió de responsabilidad penal a quien desistiere de la tentativa, siempre que revelare a la autoridad su plan y circunstancias. En los casos en que participan más personas en el plan, para que opere la eximente, es necesario que el desistimiento haya impedido la consumación del hecho, o haya permitido a la autoridad impedirlo¹³².

Pasando a otro tema importante, si bien, Chile cuenta con una Ley que sancione estas conductas terroristas, como veíamos su normativa está dada también por la Constitución Política, junto con todos los tratados y convenios que han sido celebrados y ratificados por el país, los cuales versan sobre estas materias.

¹³⁰ Evolucion_de_la_legislacion_antiterrorista__Chile_y_Espana.pdf

¹³¹ “La exclusión contenida en el inciso anterior no será aplicable a los mayores de edad que sean autores, cómplices o encubridores del mismo hecho punible. En dicho caso la determinación de la pena se realizará en relación al delito cometido de conformidad a esta ley.” (art. 1° inciso segundo Ley 20.519).

¹³² Evolucion_de_la_legislacion_antiterrorista__Chile_y_Espana.pdf

A la fecha, nuestro país ha ratificado formalmente 12 de los 13 convenios internacionales que forman parte del marco jurídico internacional vigente de Naciones Unidas, respecto al combate al terrorismo.

Pero el castigo a los actos terroristas está consagrado antes que todo, en nuestra Constitución, que califica al terrorismo “por esencia” como contrario a los derechos humanos.

La Carta Fundamental estipula además que los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por un plazo de 15 años para ejercer cargos públicos o, incluso, para ser rector o director de un establecimiento educacional o ejercer funciones de enseñanza.

Quienes sean condenados por actos terroristas tampoco podrán ser – durante el periodo de 15 años- propietarios de un medio de comunicación social, ser su director o administrador ni tampoco en él funciones de difusión de opiniones o informaciones.

También se les prohibirá ser dirigentes de organizaciones políticas, vecinales, profesionales, empresariales, sindicales, estudiantiles o gremiales.

En materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, Chile ha dado pasos importantes en los últimos años. La ley 19.906 del año 2003 modificó la Ley Antiterrorista de 1984 para tipificar y sancionar el delito de financiamiento terrorista, respondiendo así al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999 y suscrito por Chile el 2 de mayo de 2001.

Un mandato para todos los estados adherentes que se vio reforzado por la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, emitida en 2001 tras los ataques a las Torres Gemelas en Estados Unidos, que instaba a los estados miembros de la ONU a que “prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo”.

En esta misma línea, también en 2003 se publicó la Ley N° 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero (UAF) como servicio público

descentralizado, con el objeto de prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y otros sectores de la actividad económica en la comisión de delitos de lavado de activos, los que anteriormente sólo eran considerados por nuestra legislación en los casos de tráfico de drogas.

La aplicación de la Ley Antiterrorista ha estado presente en la discusión pública en los últimos meses, principalmente por dos hechos: los allanamientos y detenciones en casas okupa, en el marco del denominado “caso bombas”, y el doble procesamiento –en la justicia civil y militar- de comuneros mapuches en la Región del Biobío.

Ambas situaciones han generado la reacción de parlamentarios de todos los sectores, para introducir nuevas modificaciones a la legislación para sancionar los actos de terrorismo.

Es importante hacer el esfuerzo de actualizar esta legislación, no sólo por estos movimientos incipientes o por estos actos o asociaciones ilícitas que se han presentado (en alusión al caso bombas), sino porque es importante estar preparado de la mejor forma por un problema que existe en el mundo y que es grave.

En cuanto al caso de los comuneros mapuches, el Parlamento tramita un proyecto de ley del Ejecutivo para reformar la jurisprudencia de la justicia militar, la que actualmente puede juzgar también a civiles, y ya aprobó -como está dicho- la iniciativa que tipifica de mejor forma el delito terrorista.

La discusión parlamentaria en busca de un acuerdo rápido frente a este último tema, considerando los más de 80 días de huelga de hambre de 34 comuneros mapuches exigiendo cambios a la ley, obligó a los legisladores a sesionar, inclusive, algunos días de fin de semana para llegar a una pronta solución.

Cabe señalar que, en otros países, la legislación antiterrorista no es muy diferente a la que tenemos en Chile. Los matices pueden encontrarse precisamente en lo que se define por acto terrorista. En España, el Código Penal vigente desde 1995 define a los terroristas como “los que, perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas,

organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” cometan ataques contra edificios o infraestructura de transporte o comunicaciones mediante el uso de artefactos explosivos o mediante incendio que conlleve riesgo de lesiones o muerte”.¹³³

VIII. TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE TERRORISMO RATIFICADOS POR CHILE

1. Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Convenio de Tokyo), Ratificado por Chile D.L. N° 695 (D.O. 21.10.1974) DTO. N°711 (D.O. 17.12.1974

Relativo a la seguridad de la aviación, sanciona las infracciones a las leyes penales y los actos (infracciones o no) que puedan poner o pongan en peligro la seguridad de la aeronave, de las personas o bienes en la misma, o que pongan en peligro el buen orden y la disciplina a bordo. Es aplicable a aeronaves matriculadas en un Estado Contratante mientras se halle en vuelo, en superficie de alta mar o en cualquier otra zona situada fuera del territorio de un Estado.

2. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de la Haya) Ratificado por Chile DTO. N° 147 (D.O. 19.04.1972)

Comete delito toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo, ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma

¹³³ Evolucion_de_la_legislacion_antiterrorista__Chile_y_Espana.pdf

de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma o intente cometer cualquiera de tales actos. De igual forma, comete delito quien actúe como cómplice. Los Estados Contratantes deberán adoptar penas severas para este delito.

3. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal) Ratificado por Chile D.L. Nº 1.213 (D.O. 27.10.1975) DTO. Nº 736 (D.O. 11.12.1975)

Comete delito toda persona que ilícita e intencionalmente desarrolle o intente desarrollar alguna de las conductas descritas, tales como: actos de violencia contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo que constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave; destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o que la incapaciten para el vuelo o que constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo; comunique a sabiendas informes falsos, poniendo en peligro la seguridad de la aeronave en vuelo. De igual forma, comete delito quien actúe como cómplice de tales actos. Los Estados Contratantes se obligan a establecer penas severas para tales delitos.

4. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Ratificado por Chile D.L. Nº 1.593 (D.O. 10.12.1976) DTO. Nº 129 (D.O. 29.03.1977)

Tiene por objeto la prevención y sanción de delitos contra personas internacionalmente protegidas, por cuanto se trata de actos que afectan no sólo la seguridad de tales personas sino también el mantenimiento de la paz internacional y de las normales relaciones de cooperación entre Estados. Exige que los Estados Parte introduzcan en sus legislaciones internas como delitos, cuando sean realizados intencionalmente: la comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o libertad de una persona internacionalmente protegida; la comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, residencia particular o medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o libertad; la amenaza de cometer tales actos; la tentativa y la complicidad en los mismos. Cada Estado hará que tales delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos. De igual forma cada Estado cooperará en la prevención de tales delitos, ya sea adoptando medidas que impidan su preparación, intercambiando información y coordinando la adopción de medidas necesarias.

5. Convención internacional contra la toma de rehenes, Ratificado por Chile D.T.O. Nº 989 (D.O. 08.01.1982)

Configura el delito de toma de rehenes, el cual comete toda persona que se apodere de otra (rehén) o detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero (Estado, organización internacional intergubernamental, persona natural o jurídica o grupo de personas) a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén. De igual forma comete este delito quien intente llevarlo a cabo y quien actúe como cómplice. Cada Estado Parte establecerá para estos delitos penas adecuadas en atención a la gravedad de los mismos. Los Estados Partes cooperarán en la prevención de tales actos.

**6. Convención sobre la protección física de los materiales nucleares.
Ratificado por Chile, DTO. Nº 1.121 (D.O. 17.10.1994)**

Reconoce el derecho de todo Estado a desarrollar y emplear la energía nuclear con fines pacíficos; promueve la cooperación internacional en los usos pacíficos de la energía nuclear, así como la protección física de los materiales nucleares, tanto en su utilización como almacenamiento y transporte. Dispone que los Estados Parte deberán incorporar en su legislación nacional como delitos punibles e imponer las sanciones apropiadas conductas (intencionadas) tales como: recepción, posesión, uso, transferencia, alteración, evacuación o dispensación de materiales nucleares sin autorización legal, cuando ello cause o es probable que cause la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales; el robo o hurto de dichos materiales; su malversación u obtención mediante fraude; su exacción mediante amenaza o uso de violencia u otra forma de intimidación; etc.

7. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 197. Ratificado por Chile DTO. Nº 519 (D.O. 09.09.1989)

Complementa las disposiciones del Convenio de Montreal incorporando como nueva figura delictiva los actos de violencia cometidos en aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional o en aeronaves que no estén en servicio, pero se encuentren situadas en tales aeropuertos. De esta forma, se entiende que comete delito toda persona que ilícita e intencionalmente, utilizando cualquier artefacto, sustancia o arma, ejecute un acto de violencia contra una persona en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional, que cause o pueda causar lesiones graves o la muerte; o destruya o cause graves daños en las instalaciones de un aeropuerto o aeronave que no esté en servicio y esté situada en el mismo, o

perturbe los servicios; si ese acto pone o puede poner en peligro la seguridad del aeropuerto.

8. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (*Se adiciona Protocolo de 2005 de 14.10.2005) Ratificado por Chile DTO. Nº 793 (D.O. 08.08.1994)

Tipifica como delito una serie de conductas cometidas ilícita e intencionadamente en un buque, tales como: el apoderamiento o ejercicio del control de un buque mediante violencia o amenaza de violencia u otra forma de intimidación; el acto de violencia contra una persona a bordo de un buque; la destrucción o daños causados al buque o su carga; la destrucción o daños importantes a las instalaciones y servicios de navegación marítima o que entorpezcan gravemente su funcionamiento; la difusión de información falsa a sabiendas; etc. Todo ello, en cuanto, pueda poner en peligro la navegación segura de un buque. Comete de igual forma delito quien intente la comisión de estos actos; quien induzca a su perpetración o sea cómplice del mismo, o amenace con su comisión con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o abstenerse del mismo.

9. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (*Se adiciona Protocolo de 2005 de 14.10.2005) Ratificado por Chile DTO. Nº 793 (D.O. 08.08.1994)

Hace extensible las figuras delictuales contempladas en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima a los actos de igual naturaleza que se cometan en una plataforma fija.

10. Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección. Ratificado por Chile DTO. Nº 1.301 (D.O. 31.10.2000)

Se observa que en muchas ocasiones para la comisión de actos terroristas se hace uso de explosivos plásticos, de manera tal que puede contribuir a la prevención de estos actos la marcación de dichos explosivos (introducción en el explosivo de un agente de detección), teniendo este Convenio por principal objeto lograr controlar y limitar el empleo de explosivos plásticos no marcados y por ende, de difícil detección. Los Estados Parte deberán adoptar medidas necesarias y eficientes para prohibir e impedir la fabricación en su territorio de explosivos sin marcar, así como la entrada o salida respecto de su territorio de tales explosivos.

11. Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Ratificado por Chile DTO. Nº 519 (D.O. 06.02.2002)

Dado el apreciable aumento de actos terroristas en el mundo, en especial, de aquellos que hacen uso de explosivos u otros artefactos mortíferos para su perpetración, se configura como delito, la entrega, colocación, arrojamiento o detonación, ilícita e intencionada, de un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, instalación pública o de gobierno, red de transporte público o instalación de infraestructura, con el fin de causar muerte o lesiones corporales graves o una destrucción significativa del lugar, que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. Constituye de igual forma delito la tentativa y son sancionados a más de sus autores quienes actúen como cómplices, organizadores o contribuidores. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar estas figuras delictuales en su legislación nacional y las sancionará con penas adecuadas. Los Estados Partes deberán cooperar en la prevención de tales delitos.

12. Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, Ratificado por Chile DTO. Nº 163 (D.O. 13.09.2002)

Tiene por objeto que los Estados Partes adopten medidas reguladoras que permitan prevenir y contrarrestar el movimiento de fondos que se sospecha servirán para financiar actos terroristas, sin afectar con ello la libertad de movimiento legítimo de capitales, así como lograr que se intensifique el intercambio de información acerca de movimientos internacionales de este tipo de fondos. Configura como delito, la provisión o recolección, por cualquier medio, ilícita y deliberada, de fondos con la intención que se utilicen, o a sabiendas que serán utilizados, en todo o parte, para cometer alguno de los delitos descritos en los tratados ya individualizados (con excepción del Convenio de Tokyo y Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección) u otro acto destinado a causar muerte o lesiones corporales graves a un civil o cualquier otra persona, cuando el objeto de dicho acto sea intimidar a una población u obligar a un gobierno u organización internacional a realizar u abstenerse de realizar un determinado acto. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar estas figuras delictuales en su legislación nacional y las sancionará con penas adecuadas, pudiendo establecer responsabilidad para una entidad jurídica, ordenar la incautación y el decomiso de tales fondos.

13. Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Se encuentra pendiente)

Tipifica como delito las conductas de: 1. Quien, ilícita e intencionadamente, posea material radioactivo o fabrique o posea un dispositivo con el fin de causar la muerte o lesiones corporales graves o daños considerables a los bienes a al medio ambiente; 2. Quien utilice de cualquier modo material radioactivo o un dispositivo o utilice o dañe una instalación nuclear que provoque la emisión o lleve consigo el riesgo de provocar la emisión de material radioactivo con el fin de causar la muerte o lesiones corporales

graves o daños considerables a los bienes o al medioambiente o de obligar a una persona natural o jurídica, una organización internacional o un Estado a realizar o abstenerse de realizar algún acto; 3. Quien amenace con la comisión de alguna de las conductas descritas y que parezca verosímil o exija ilícita e intencionadamente, la entrega de material radioactivo, dispositivo o instalación nuclear mediante amenaza en circunstancias que la hacen verosímil o por el uso de la fuerza; 4. Quien actúe como cómplice de tales actos, organizador, instigador o contribuya de cualquier modo a su comisión por un grupo de personas con un propósito común. Se excluyen de este convenio las actividades de las fuerzas armadas de un Estado durante un conflicto armado y las que lleven a cabo en el ejercicio de sus funciones oficiales en la medida que se rijan por otras normas del derecho internacional. Los Estados Parte deberán cooperar en la prevención de estas conductas e incorporar tales figuras en su legislación nacional, sancionándolas con penas adecuadas. Y harán todo lo posible por adoptar medidas que permitan asegurar la protección del material radioactivo teniendo en cuenta las recomendaciones y funciones del Organismo Internacional de energía atómica en la materia¹³⁴.

14. Convención Interamericana contra el Terrorismo

La Convención Interamericana contra el Terrorismo (en adelante, Convención Interamericana o CICT) se adoptó en Bridgetown, Barbados, el 3 de junio de 2002. La ratificación de esta convención por parte de Chile se promulgó por el Decreto Supremo 263, de 25 de noviembre de 2004, el cual fue publicado en el Diario Oficial el 10 de febrero de 2005. Con este acto, Chile incorporó a su derecho interno un nuevo tratado internacional contra el terrorismo, el cual se suma a una larga lista de instrumentos internacionales sobre esta materia previamente ratificada por el país, tanto multilateral (de Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos) como

¹³⁴ Blanca Bórquez P. / Mauricio Amar D. – Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones BCN Email: bborquez@bcn.cl, Anexo: 1844. mgamar@bcn.cl, Anexo: 1712, 22-10-2009. Serie Estudios N° 14-09.

bilateral. De hecho, todos los instrumentos a que hace referencia el artículo 2 de la Convención Interamericana (ocho convenios y dos protocolos acordados entre 1970 y 1999) habían sido ya ratificados por Chile con anterioridad¹³⁵.

En este comentario se examina sucintamente lo siguiente: (i) el significado de la Convención Interamericana dentro de la evolución de la normativa internacional contra el terrorismo; (ii) la cuestión de la definición o conceptualización del terrorismo y cómo esta se aborda en la Convención Interamericana; (iii) las obligaciones que impone esta convención al Estado de Chile, tomando en consideración la legislación chilena contra el terrorismo.

Tal como ha destacado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el terrorismo (o la comisión del tipo de actos que son en la actualidad generalmente considerados como ataques terroristas) dista de ser un fenómeno nuevo; en efecto, “podría incluso decirse que es anterior a la historia registrada”. En cambio, los términos “terrorismo” y “terrorista” son de uso más reciente, habiéndose asentado algunas de las principales connotaciones que hoy se asignan a estas expresiones, a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Por su parte, el comienzo del tratamiento más o menos sistemático del terrorismo, como materia de derecho internacional, se remonta a 1970. El más reciente listado actualizado de Naciones Unidas sobre convenciones y protocolos multilaterales contra el terrorismo incluye trece instrumentos internacionales y siete de carácter regional.

Bien señala la CIDH lo siguiente: “Con el objeto de encuadrar el concepto de terrorismo dentro del marco del derecho internacional, debe reconocerse en primer lugar que el lenguaje del terrorismo se utiliza en una variedad de contextos y con distintos grados de formalidad, para caracterizar:

- Acciones, que incluyen formas de violencia como los secuestros.
- Actores, incluidas personas u organizaciones.

¹³⁵ Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo José Zalaquett

- Causas o luchas, en que la causa o lucha puede estar tan marcada por la violencia terrorista que la hacen indistinguible de esta, o en que un movimiento puede cometer actos aislados de terrorismo o emprender estrategias terroristas. Es particularmente en este sentido que se ha planteado la falta de acuerdo en torno a una definición integral del terrorismo, debido a que ciertos Estados han considerado que lo que con frecuencia se denominan “movimientos de liberación nacional” y sus metodologías deben ser excluidos de toda definición de terrorismo en razón de su asociación con el principio de libre determinación de los pueblos.
- Situaciones en que la violencia terrorista es un problema particularmente grave o difundido en una región, Estado u otra zona.
- Conflictos armados en el sentido, por ejemplo, de la denominada “guerra contra el terrorismo” posterior al 11 de septiembre de 2001”¹³⁶

La gran mayoría de las disposiciones de los instrumentos internacionales contra el terrorismo no contienen normas llamadas “self executing”, o autoaplicables, esto es, aquellas que pueden aplicarse directamente en el ámbito de las jurisdicciones nacionales por el solo hecho de haberse incorporado el respectivo tratado o convención al derecho interno, sin mediar acto legislativo o medidas de carácter administrativo¹³⁷. En cambio, dichos instrumentos establecen, sobre todo, obligaciones de carácter programático, o bien, que requieren de medidas especiales, sean legislativas o administrativas, por parte del Estado y, por tanto, suponen un determinado proceso que involucra tiempo, recursos y la participación, a veces, de más de un poder del Estado.

Algunas de estas obligaciones pueden ser caracterizadas como de medio o comportamiento. Otras son obligaciones de resultado, pero de cumplimiento

¹³⁶ Laqueur, op. cit.; Conor Gearty, *Terror, Faber and Faber Limited*, Londres, 1991; Lambert, Joseph J., *Terrorism and Hostages in International Law*, Grotius Publications Limited, Cambridge, Reino Unido, 1990, pg. 19-20

¹³⁷ normas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos son las prohibiciones categóricas, como la que contienen las normas que proscriben la tortura y los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5), la censura previa de toda forma de expresión (salvo la calificación de espectáculos públicos para la protección de la infancia y la adolescencia) (artículo 13) o la prohibición de la prisión por deudas (artículo 7).

progresivo, entendiéndose que es deber de los Estados adoptar diligentemente las medidas necesarias para alcanzar el resultado esperado como, por ejemplo, tipificar determinadas conductas como delitos en su legislación interna. Tres normas de la CICT, sin embargo, tienen un claro carácter autoaplicable: las cláusulas de no discriminación (artículo 14), la de derechos humanos (artículo 15) y la llamada cláusula de despolitización”, la cual, para los propósito de extradición o asistencia jurídica mutua, determina que ninguno de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales que enumera el artículo 2, se considerará como delito político o delito conexo con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos (artículo 11). Esta última cláusula tiene por objeto impedir que se denieguen la extradición o la asistencia jurídica por la sola razón de estimarse que hay un elemento político presente en el delito en cuestión.

Con respecto a la adecuación del derecho interno chileno al derecho internacional, mediante la tipificación como delitos de las conductas descritas en los distintos instrumentos internacionales contra el terrorismo de que Chile es parte, es preciso remitirse al texto actualizado de la Ley N° 18.314, de 17 de mayo de 1984, que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad, cuya última modificación fue introducida el 11 de noviembre de 2005, mediante la Ley N° 20.074.

Los artículos 1 y 2 de esta ley tipifican delitos terroristas en términos que se puede estimar que incluyen las descripciones de conductas ilícitas contenidas en los instrumentos internacionales contra el terrorismo, e incluso van, en ciertos puntos, más allá de tales descripciones, aspecto sobre el cual el derecho internacional no se pronuncia (sin perjuicio de que otros Estados puedan sentirse obligados a la asistencia jurídica mutua con Chile o a respetar las normas sobre extradición en sus relaciones con el Estado chileno sólo respecto de aquellas conductas tipificadas como terroristas en la legislación de este que calcen con las descripciones establecidas en los instrumentos internacionales)¹³⁸.

¹³⁸ Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo, José Zalaquett / Codirector del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Los convenios firmados por Chile En el ámbito del marco jurídico nacional, destaca el hecho que Chile, a la fecha, ha ratificado 12 de los 13 Convenios internacionales que forman parte del marco jurídico internacional vigente de Naciones Unidas, quedando sólo pendiente su entrada al Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (2005).

De otro lado, ha sido una constante de nuestro país, adherir y dar cumplimiento a las resoluciones que sobre situaciones particulares, vinculadas con actos de terrorismo, se han adoptado por las altas esferas de Naciones Unidas, en especial, por su Consejo de Seguridad. Chile ha también firmado y ratificado la Convención Interamericana contra el Terrorismo de OEA mediante el Decreto N° 263, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 25 de noviembre de 2004 (D.O. 10.02.2005)¹³⁹

Los pilares en los que se basa la Estrategia mundial de Naciones Unidas contra el terrorismo. Acciones propuestas:

1. Disuadir a la gente de recurrir al terrorismo: Se debe proyectar un mensaje claro e inmutable: el terrorismo es inaceptable y se deben encarar las condiciones que pueden ser aprovechadas por los terroristas (ideologías extremistas, deshumanización de las víctimas, conflictos violentos, mala gobernanza, falta de derechos civiles, abusos a los derechos humanos, discriminación por motivos religiosos y étnicos, exclusión política, marginación socioeconómica).

2. Dificultar a los terroristas el acceso a los medios para llevar a cabo sus atentados: Negar apoyo financiero a los terroristas; negarles el acceso a las armas (armas convencionales y/o de destrucción en masa: nucleares, biológicas, químicas o radiológicas); negarles el acceso a la comunicación y al proselitismo, en especial a través de Internet (incluso se retoma la idea expresada por la Resolución 1624 (2005) del Consejo de seguridad de tipificar como delito la incitación a actos de terrorismo y al proselitismo con

¹³⁹ Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo, José Zalaquett / pp. 179-184

iguales fines incluso a través de Internet); negarles la posibilidad de viajar (haciendo frente al comercio ilícito de documentos ilegales; mejorando los sistemas de reconocimiento de documentos de viaje robados y fraudulentos; reforzando el control de fronteras, etc.); negarles la posibilidad de llegar a sus objetivos y alcanzar los efectos deseados (se observa que sus objetivos se enfocan a lograr un gran número de víctimas en lugares públicos, en especial, turísticos o recreativos, es por ello que se debe mejorar la protección de los blancos fáciles, de la población civil afectada por los atentados y del personal de seguridad en tiempo de paz. De igual forma, frente a actos simultáneos y reiterados dar respuesta que permita mantener el control evitando que logren su objetivo de generar pánico en la población).

3. Hacer que los Estados desistan de prestar apoyo a los terroristas: Los Estados deben abstenerse de organizar, financiar o alentar actividades terroristas, apoyarlas por cualquier medio, proporcionarles adiestramiento o permitir que se utilicen sus territorios con igual objeto. Deben además velar porque el estatuto de refugiado no sea utilizado ilegítimamente por terroristas, así como velar porque no se reconozca la reivindicación de motivos políticos como causa para negar solicitudes de extradición a personas acusadas de terrorismo.

4. Desarrollar la capacidad de los estados para derrotar al terrorismo: Se disponen como medidas prácticas para los Estados y para las propias Naciones Unidas, para que colabore con ellos: la promoción del imperio de la ley; el respeto de los derechos humanos y sistemas eficaces de justicia penal (en este sentido el fortalecimiento del marco jurídico internacional para prevenir y combatir el terrorismo constituye una prioridad); promoción de la educación de calidad y la tolerancia religiosa y cultural; oposición al financiamiento del terrorismo; velar por la seguridad del transporte; aprovechar las posibilidades de Internet para combatir el terrorismo; mejorar la protección de los blancos fáciles y la respuesta a los atentados perpetrados contra ellos; fortalecer la capacidad de los Estados para impedir la adquisición por los terroristas de materiales nucleares, biológicos,

químicos o radiológicos; velar por una mejor preparación frente a casos de atentados de esa naturaleza (fortalecer los sistemas de salud y mejorar la coordinación, por parte de Naciones Unidas, en la planificación de una respuesta frente a eventuales ataques con armas de destrucción en masa); proporcionar recursos suficientes para combatir el terrorismo y fomentar la coherencia de todo el sistema de Naciones Unidas en sus actividades de lucha contra el terrorismo.

5. Defender los derechos humanos: Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas eficaces en esta lucha, considerando que estos actos constituyen siempre una violación a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y que ningún fin justifica ataques intencionados contra civiles y no combatientes. Esto debe hacerse con pleno respeto del derecho internacional. Por ello se insta ratificación y aplicación por los Estados de los instrumentos internacionales y aceptar la competencia de los órganos internacionales y nacionales que velen por el respeto de tales derechos¹⁴⁰.

Luego de haber concluido con la normativa chilena sobre terrorismo, considerado además, la idea de poder hacer un símil entre Chile y España en materia terrorista, pero primero que todo, nos gustaría revisar cómo se gestó la normativa antiterrorista en la legislación española.

Al igual que España, estamos de acuerdo que el terrorismo constituye una de las mayores agresiones a la paz, a la seguridad y a la estabilidad de las sociedades democráticas. Sucesos como los trágicos atentados de septiembre de 2001 en EEUU, marzo de 2004 en España y julio de 2005 en Londres, así como otros atentados terroristas en diferentes partes del mundo, no han hecho sino evidenciar aún más que ningún ciudadano, ninguna institución, ni ningún estado se encuentra al margen de esta amenaza. En consecuencia, es obligado, dar una respuesta proporcionada y coordinada a esta situación por todos los estados, que han de dotarse de los

¹⁴⁰ Las acciones propuestas que se detallan, corresponden a algunas de las recomendaciones efectuadas por el Secretario General de Naciones Unidas en su Informe Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo. (A/60/825).

mecanismos necesarios para luchar contra el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones y para prevenir la comisión de actuaciones terroristas, con todos los instrumentos que proporciona el estado de derecho, en un ámbito de máxima cooperación internacional.

El proceso de transición a la democracia en España, iniciado tras la muerte de Franco y la asunción de Juan Carlos I como rey de España, tuvo como hito la entrada en vigor de la Constitución de 1978, aprobada por las Cortes franquistas en 1976 y luego aprobada por el pueblo español en referéndum a fines de ese mismo año. La Constitución aprobada contaba con dos disposiciones relativas al terrorismo. La primera, al igual que el texto constitucional chileno, prohíbe considerar el terrorismo como delito político (art. 13).

La segunda, autoriza al legislador orgánico¹⁴¹ a establecer la forma y casos en que el juez puede autorizar la suspensión de derechos constitucionales en relación con investigaciones correspondientes a delitos cometidos por bandas armadas o “elementos terroristas” (art. 55.2)¹⁴². Cabe tener presente que al momento de redactarse y adoptarse esta Constitución, España era escenario de la actividad subversiva de bandas armadas como Euskadi Ta Askatasuna (ETA)¹⁴³, que siguieron operando durante la transición.

Al igual que en el caso de Chile, la legislación aplicable al terrorismo se incorporó por primera vez en el Código Penal español durante la dictadura de Francisco Franco, lo que significa que ambas normas fueron constituidas

¹⁴¹ En España, las leyes orgánicas requieren la mayoría absoluta del Congreso para su aprobación (art. 81).

¹⁴² La disposición autoriza a mantener a una persona sospechosa por más del máximo constitucional de 72 horas antes de ponerlo a disposición del juez y a registrar el domicilio de una persona y/o sus comunicaciones sin autorización judicial previa.

¹⁴³ Euskadi Ta Askatasuna (del euskera, ‘País Vasco y Libertad’; ETA) fue una organización terrorista nacionalista vasca que se proclamaba independentista, *abertzale*, socialista y revolucionaria. Durante sus sesenta años de historia surgieron diferentes organizaciones con el mismo nombre como resultado de diversas escisiones, coexistiendo en varias ocasiones algunas de ellas, de las cuales solo sobreviviría la conocida como ETA militar (ETA (m)). Tuvo como objetivos prioritarios la independencia de Euskal Herria de España y Francia y la construcción de un Estado socialista, y para alcanzarlos utilizó el asesinato, el secuestro, el terrorismo y la extorsión económica tanto en España como, ocasionalmente, en Francia, en lo que denominaron «lucha armada», causando 829 muertos y más de 3000 heridos en acciones cuya autoría reivindicó. Inactiva desde el anuncio del cese definitivo de su actividad armada en octubre de 2011 y desarmada desde abril de 2017, anunció su disolución el 3 de mayo de 2018

durante dictaduras con el fin de aplicarlas a las personas contrarias a los regímenes que están imperando en ese entonces.

El Código penal de 1944, dictado en la primera parte de la dictadura de Franco, y conforme al texto refundido por el Decreto 3096/1973, contemplaba una sección sobre delitos de terrorismo y tenencia de explosivos. En éste, las distintas figuras de terrorismo se construían sobre la base de una conducta base calificada por una finalidad específica. Así, la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, su integridad territorial, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público calificaba como terroristas lo atentados contra la propiedad pública o privada y las amenazas, entre otros (art. 260 y 262). Por su parte, el propósito de atemorizar a los habitantes de una población o clases o sectores de la misma, o de realizar represalias sociales o políticas, calificaba como terrorista el uso de medios o artificios capaces de producir graves daños (art. 261) En 1978, entró en vigencia el Real Decreto-Ley 21/1978 que estableció una serie de medidas especiales, policiales y procesales, aplicables a ciertos delitos graves cometidos por bandas o grupos armados y organizados, incluyendo el delito de terrorismo (Serrano, s.f.).

Ese mismo año, la Ley 82/1978 modificó algunos preceptos del Código Penal relativos a los delitos de terrorismo, aumentando algunas penas, como la correspondiente a la tenencia de explosivos con finalidad terrorista (art. 264) y adecuando la posición sistémica de algunas figuras¹⁴⁴ .

Luego, en 1979 se dictó el Decreto Ley 3/1979. Esta disposición tipificó la apología de delitos perpetrados por grupos organizados y armados y sus conexos, al igual que la colaboración. Adicionalmente, le dio aplicación al procedimiento de urgencia para la prosecución de estos delitos, junto a otras disposiciones para acelerar los procesos.

Al inicio de la década de los ochenta, la Ley Orgánica 4/1980 modificó la tipificación de la asociación ilícita, entendiendo por tal a las agrupaciones

¹⁴⁴ Por ejemplo, el delito de actuar en grupo para alterar la paz pública o el orden causando determinados resultados en las personas o las cosas, pasó al capítulo XI el mismo título, sobre propagandas ilegales

que (i) tuvieran por objeto cometer algún delito o que, (ii) después de constituidas, promoviera su comisión; (iii) aquellas que, teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos para su consecución; y (iv) las organizaciones clandestinas o paramilitares

Además castigó la colaboración relevante con dichas agrupaciones. Por otra parte, sancionó la apología oral o escrita de los delitos comprendidos en la ley, y de aquellos cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos o de sus culpables.

En diciembre de 1980 fue publicada la Ley Orgánica 11/1980, que hizo operativo el ya mencionado artículo 55 constitucional. La norma estableció un catálogo de delitos que, realizados por personas presuntamente integradas o relacionadas con elementos terroristas o bandas armadas, habilitaban a la suspensión de los derechos constitucionales indicados. El catálogo incluía delitos contra la vida e integridad de las personas, contra la libertad ambulatoria, contra la propiedad (incendios y estragos), contra la seguridad exterior del Estado, la tenencia de explosivos, entre otros. Asimismo, estableció que la autoridad podía aumentar hasta en 72 horas adicionales la detención de los sospechosos, dando aviso al juez competente; autorizó la detención sin orden judicial previa de los sospechosos, sea cual sea el lugar donde se encontraren; y en casos urgentes, se autorizó al gobierno a ordenar la interpretación de comunicaciones, dando aviso al juez.

En 1981, entró en vigencia la Ley Orgánica 2/1981. Esta disposición reformó determinados artículos del Código Penal de 1944 y del Código de Justicia Militar. En particular, castigó, entre otros actos, la apología del delito de terrorismo realizado por bandas armadas. Asimismo, tipificó nuevos delitos relacionados al terrorismo, entre ellos, la pertenencia a bandas armadas y a la asistencia de sus miembros a cursos o campos de entrenamiento terrorista. Igualmente se castigaba la cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros y se agravó la pena con que se castigaba a los que realizaran cualquier acto de colaboración en la fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados.

En 1984, se dictó la Ley Orgánica 9/1984. Esta fue la primera norma, que unificó en una sola disposición de rango legal, las diversas normas penales y procesales sobre bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes, procurando que ellas fuesen coherentes con los principios y garantías constitucionales.

Siguiendo con la tendencia de vincular el terrorismo con grupos armados, la nueva ley sancionaba la proyección, organización y ejecución de determinados delitos por “personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes”, y a aquellos que cooperaban en ellos o provocaban la participación en los mismos, encubrían a los implicados o hacían una apología de dichos delitos. El catálogo incluía los delitos contra la vida e integridad de las personas, la libertad ambulatoria, incendios y estragos, la tenencia de armas y explosivos, la constitución de y colaboración con grupos terroristas y los delitos conexos, entre otros¹⁴⁵.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/1988 derogó la Ley Orgánica 9/1984, y reguló las materias tratadas en aquella, incorporándolas a al Código Penal. Las cuestiones relativas a cuestiones procesales contenidas en la norma derogada, fueron tratadas en la Ley Orgánica 4/1988, que las incluyó en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De esta manera, se dispuso, entre otras cosas, que las penas por delitos relacionados con bandas armadas o delitos terroristas o rebeldes debían imponerse en su grado máximo; estableció atenuantes de responsabilidad vinculadas al arrepentimiento eficaz y la colaboración; reguló la libertad

¹⁴⁵ Los delitos base establecidos en la ley eran: a) Delitos contra la vida y la integridad de las personas b) Atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos y sus familiares; c) Detenciones ilegales, secuestros bajo rescate o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas; d) Asaltos a establecimientos militares y de las Fuerzas de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas y de los entes locales, instalaciones y centros de comunicación, trenes, buques, aeronaves, automóviles, edificios públicos, oficinas bancarias, recaudatorias, mercantiles u otras en que se conserven caudales, así como polvorines, armerías y centros sanitarios; e) Coacciones, amenazas o extorsiones; f) Incendios u otros estragos; g) Delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor, contra los altos Organismos de la Nación, contra la forma de Gobierno y delitos contra la seguridad exterior del Estado; h) Rebelión; i) Tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, manipulación, transporte o suministro; j) La constitución de entidades, organizaciones, bandas o grupos formados para la actividad terrorista o rebelde, la pertenencia a los mismos y los actos de cooperación o colaboración con sus actividades; k) Cualesquiera otros delitos realizados por las personas comprendidas en el número 1, cuando la comisión de los mismos contribuya a la actividad terrorista o rebelde, así como los delitos conexos y los cometidos en cooperación con dichas actividades o individuos.

condicional; castigó a los promotores y directivos de estos grupos y todo acto de cooperación con dichos grupos o personas. Asimismo, tipificó la ejecución de actos delictivos utilizando determinados medios, cuando el autor fuera integrante de banda armada, organización terrorista o rebelde, o actuare en colaboración con sus objetivos y fines.

En materia procesal, la nueva ley estableció, entre otras cosas, que la excarcelación de presos o detenidos por delitos relacionados a bandas armadas o personas terroristas puede suspenderse hasta por un mes, cuando la liberación fuere impugnada por el Fiscal. Además, se limitó el plazo máximo adicional de detención a 48 horas y se reguló la incomunicación; se mantuvieron las facultades policiales para detener sospechosos en cualquier lugar, aunque restringidas a situaciones excepcionales y urgentes. También se mantuvo la facultad del Gobierno de ordenar la interceptación de comunicaciones privadas en dichos casos, dando cuenta el Juez.

Delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995)

El Código Penal de 1995, en materia de legislación antiterrorista, incorporó una sección “De los delitos de terrorismo” en el Capítulo V del Título XXII relativo a delitos contra el orden público. Sin perjuicio de diversas modificaciones, este capítulo ha permanecido en el Código Penal hasta la fecha. Ahora bien, el nuevo código castigaba la promoción, dirección y pertenencia a “bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, entendida como asociaciones ilícitas, con penas que iban desde los seis a los catorce años de prisión, y accesorias de inhabilitación para empleo o cargo público hasta por quince años (art. 515 y 516). Estos tipos se ubicaban en el Título XXI, sobre los delitos contra la Constitución, a diferencia del tipo de terrorismo contemplado en la sección respectiva.

Dicho tipo sancionaba en forma agravada la comisión de ciertos delitos por una organización “cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”¹⁴⁶. Entre los delitos base estaban el incendio, los estragos, los delitos contra las personas y los delitos vinculados al control de armas y explosivos (arts. 571-573). La comisión de otras infracciones cometidas por este tipo de organizaciones con las finalidades señaladas se castigaban con la imposición de la mitad superior de la pena asignada al delito (art. 574), y los atentados contra el patrimonio ejecutados para favorecer las finalidades de estos grupos, eran castigado con la pena superior en grado a la que correspondiere aplicar al delito cometido. Esto sin perjuicio de la pena que correspondiera imponer por el delito de colaboración, contemplado en el artículo 576 (art. 575).

Por su parte, el artículo 577 contemplaba una figura que permitía el castigo del terrorismo individual, penalizar a “[l]os que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública” cometieren los actos que enumera¹⁴⁷.

El artículo 578 sancionaba de manera atenuada a los actos preparatorios punibles (provocación, conspiración y proposición) de los delitos antes descritos; y el artículo 579 sancionaba con una pena atenuada al colaborador activo con la justicia, es decir a la persona cuya colaboración impedía la producción del delito o coadyuvaba eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado. Este colaborador, además de su colaboración activa, debía

¹⁴⁶ Conforme a la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/1998, que modificó el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, definió la “subversión del orden constitucional” como la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones. Por su parte, indicó que la alteración grave de la paz pública “supone una situación cualitativamente distinta (por su específica gravedad) de la alteración del orden público sancionada penalmente, de tal manera que se pongan en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática”.

¹⁴⁷ Se trata de homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 149 ó 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevar a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos o tenencia, tráfico y depósitos de armas o municiones

haber abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y debía confesar los hechos en que había participado.

Finalmente, el Código contemplaba una regla de reincidencia internacional conforme a la cual, las sentencias extranjeras por delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, eran aplicables para determinar la agravante de reincidencia (art. 580).

Modificaciones a los delitos de terrorismo entre 1995 y 2010

Las normas del Capítulo V del Título XXII del Código Penal de 1995 (Delitos de terrorismo), fueron modificadas en diversas ocasiones, antes de la última reforma de 2015, sin perjuicio de la dictación de otras normas legales relacionadas como por ejemplo la Ley Orgánica 2/1998 que amplió los delitos de amenazas (delito común) pero relacionado con el terrorismo; o la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de Menores que regulaba una serie de medidas más endurecidas cuando los sujetos de entre 14 y 18 años cometían actos terroristas.

Por su parte, la Ley Orgánica 7/2000 modificó los artículos 577, 578 y 579 del Código Penal. Esta norma introdujo el delito de enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores. También castigó la realización de actos de menosprecio a las víctimas de delitos terroristas o a sus familiares; amplió las conductas base recogidas en un primer momento en el artículo 577, incluyendo varios delitos de daños; y agravó la pena de inhabilitación absoluta para los actos preparatorios punibles.

La Ley Orgánica 20/2003 incorporó al Capítulo V sobre Delitos de Terrorismo, el artículo 576 bis. Esta norma, sancionaba a la autoridad o funcionario público que allegaba fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con delitos del Capítulo V, así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad

jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos.

En 2010, la Ley Orgánica 5/2010 modificó el Código Penal procurando profundizar, reordenar y clarificar el tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, al tiempo que se buscó dar cumplimiento a la Decisión Marco 2008/919/JAI de la Unión Europea sobre la lucha contra el terrorismo.

En primer lugar, la norma de 2010 modificó el nombre del capítulo pasando a ser: “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”. Asimismo, se incorporó un nuevo artículo 571, pasando éste a ser 572, el que es además modificado, al igual que los artículos 574, 576 y 579 y finalmente se incorpora también un nuevo 576 bis.

El nuevo artículo 571 sancionaba a quienes promovían, organizaban o dirigían una organización o grupo terrorista y además a quienes participaban activamente o formaban parte en dichas organizaciones o grupos.

El mismo artículo 571 señalaba que se debía entender por organización terrorista, a la luz de la definición de organización criminal del artículo 570 bis del mismo Código Penal, que indicaba:

Se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

Por su parte, conforme el artículo 570 ter, grupo terrorista se definía a partir del concepto de grupo criminal, que es [l]a unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de

faltas. En ambos casos, la organización terrorista y el grupo terrorista, debían tener por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos del Capítulo V mencionado.

El nuevo artículo 572 sancionaba de manera agravada a quienes perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas cometían los delitos de estragos o de incendios, sin perjuicio de ser sancionados también con las penas asociadas a eventual lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.

De la misma manera, el artículo 572 nuevo sancionaba a quienes perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaban contra las personas y perpetraban muerte; lesiones o secuestro; detenciones ilegales, amenazas o coacciones.

La reforma de 2010 estableció, en el artículo 574, una sanción agravada para quienes perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones o grupos terroristas, cometían cualquier otra infracción (diferentes a las del 572) con el objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

A su vez, el nuevo artículo 576 amplió el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista, incorporando nuevas conductas, incluyendo llevar a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, dirigida a la incorporación de otros a una organización o grupo terrorista o a la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en el Capítulo V citado.

A su tiempo, se incorporó en el artículo 579 un nuevo número que incluyó como conductas ilícitas la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) eran acreditadas como medios innegablemente aptos para ir generando el “caldo

de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir” (Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010).

Por último, en la reforma de 2010, se incorporó un nuevo artículo 576 bis. Esta disposición tipificó expresamente el delito de financiamiento del terrorismo, que además se complementó con la inclusión de la conducta imprudente de los especialmente obligados a colaborar con la Administración en la prevención de dicha financiamiento.

Reforma de 2015 a los delitos de terrorismo y a las organizaciones y grupos terroristas

En 2015, se publicó la Ley Orgánica 2/2015, modificatoria del Código Penal en materia de terrorismo, disposición vigente en la materia.

En el preámbulo de la mencionada ley se señala, en primer lugar, que la norma procura dar cuenta de un problema planteado por la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2.178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, relativa al “recrudescimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo”.

La Resolución 2.178, dispone que todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. Estas son conductas que la resolución califica como agresiones a las sociedades abiertas y que ponen en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero. También, la Resolución 2.178 advierte con preocupación que la amenaza del terrorismo ha cobrado un carácter más difuso, con un incremento de los actos terroristas en diversas regiones del mundo, incluidos los motivados por la intolerancia o el extremismo, y expresando su determinación de combatir esta amenaza.

El mismo preámbulo de la Ley de 2015, precisando las motivaciones para dictar la norma, señala que:

El terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley

De manera general, la reforma de 2015 afectó la redacción de casi la totalidad de los artículos del Capítulo V, aunque mantuvo el artículo 571, que define organización y grupo terrorista y la tipificación de las formas participación del artículo 572.

Un cambio significativo se produjo con la introducción de nuevas finalidades que califican los actos como terroristas. A las originales de (i) subvertir el orden constitucional y (ii) alterar gravemente la paz pública), se agregaron las de (iii) suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado; (iv) obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; (v) desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; y (vi) provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella (art. 573 nuevo).

Por su parte, la reforma incorporó como delitos base los informáticos tipificados en el Código Penal, por lo que, cuando estos son cometidos con alguna de las finalidades antes enunciadas, devienen en terroristas.

Otras disposiciones agravaron las penas de determinados delitos y se incluye como delitos terroristas los desórdenes públicos, la rebelión y sedición, cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos (art. 573 bis).

Se agravó la pena del delito de depósito o tenencia de armas o municiones, incorporando una graduación de la penalidad de acuerdo a la peligrosidad del material (art. 574 nuevo).

Por su parte, el nuevo artículo 575, sanciona a quienes con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados el Capítulo V, reciba o lleve a cabo por sí mismo, adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones. La norma específica el modo en que se realiza este tipo penal:

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad [de capacitarse para cometer delitos terroristas], acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español. Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines (art. 575 nuevo).

En otra nueva figura penal, se sanciona a quienes colaboren con una organización o grupo terrorista, o cometan cualquiera de los delitos comprendidos en el Capítulo V, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista.

En materia de financiamiento del terrorismo, el artículo 576 sanciona a quienes recaben, adquieran, utilicen, conviertan, transmitan o realicen cualquier otra actividad con bienes o valores, con la intención de cometer

delitos de terrorismo y la pena se agrava en tres casos: (i) si los bienes llegan al responsable del delito de terrorismo; (ii) si se llegan a emplear para la comisión de un delito de terrorismo; y (iii) si se han obtenido mediante la comisión de delitos contra el patrimonio (robos, atracos), extorsión, falsedad documental o cualquier otro delito.

El artículo 576 mantuvo la sanción a la imprudencia o la negligente omisión de las personas obligadas por Ley a controlar los movimientos sospechosos de capitales y que no hayan cumplido sus obligaciones de prevención.

La colaboración es sancionada en el artículo 577 nuevo, e incluye cualquier acto de colaboración y abarca no solo la colaboración con las actividades o finalidades de la organización, sino también la ayuda para cometer cualquier delito de terrorismo¹⁴⁸. La disposición agrava la sanción cuando la información o vigilancia de personas ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas; se produjere la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos; o se dirijan estas acciones sobre menores de edad, discapacitados o víctimas de trata.

Asimismo, se sanciona a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo V; y a los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas o en general métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello.

En estos dos últimos supuestos, se agravan las penas cuando los actos previstos se hubieran dirigido a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de

¹⁴⁸ El artículo precisa cuales son los actos de colaboración que quedan incluidos en el tipo: “En particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior

trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos.

Adicionalmente, el artículo 577 incorpora una figura culposa, al castigar la colaboración con actividades o finalidades de una organización terrorista, “por imprudencia grave”, extendiendo así el ámbito del castigo, que anteriormente solo alcanzaba figuras cuasi-delictivas respecto de la financiación, restringida a quienes tuvieren obligaciones legales preventivas.

Por otro lado, el nuevo artículo 578 sanciona el enaltecimiento o la justificación de los delitos de terrorismo o de las personas que los hayan cometido y las acciones que impliquen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos de terrorismo o de sus familiares.

Se agrava la pena, cuando se hace difusión a través de medios de comunicación, Internet u otras tecnologías o por mensajes o actos idóneos para alterar paz pública o crear sentimiento de inseguridad o temor en la sociedad. Aquí se faculta al juez para medidas cautelares o definitivas tendientes a poner fin a la difusión del mensaje castigado.

De manera complementaria al artículo 578, el artículo 579 dispone que será sancionado el que difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos terroristas. También cuando públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de dichos delitos, así como a quien solicite a otra persona que los cometa.

Por último, los artículos 579 bis y 580 se establecen penas accesorias, entre ellas por ejemplo la inhabilitación absoluta y la especial para profesión u oficio educativos, deportivos y de tiempo libre; se prevé la atenuación de la pena para quienes abandonen voluntariamente las actividades delictivas y además colaboren con las autoridades y se establece que la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o

tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

En definitiva, la legislación penal antiterrorista española constituye un ejemplo típico de normativa excepcional y de emergencia. Comenzando por un variado conjunto de figuras delictivas con incriminaciones poco educadas en relación con el principio de estricta legalidad, castigadas con penas que exceden del límite general establecido por el Código Penal, las que autorizan la prolongación de la detención, restringen el derecho a la asistencia letrada durante la misma y se permite la intervención de las comunicaciones, así como la adopción de otras medidas de excepción en el plano procesal y penitenciario y en el propio Derecho Penal de menores.

Contiene medidas específicas dirigidas a atender a las víctimas quienes disfrutan de un régimen de indemnización específico, al margen de la legislación general para víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, cuáles han sido objeto de la Ley de Solidaridad con las víctimas del terrorismo y de diversos programas de asistencia establecidos por ciertas Comunidades Autónomas. Lo que se traduce también en un eventual proceso dialogado que se encuentra dirigido al abandono de la violencia terrorista, lo que busca que en aras de la paz y de la justicia, las víctimas acaben de nuevo instrumentalizadas, esta vez como objeto de compensaciones políticas.

Para efecto de lo anterior, cabe señalar que la Constitución española enuncia expresamente a la suspensión de algunos derechos fundamentales para casos de terrorismo (art. 55.2)¹⁴⁹. En comparación con nuestra

¹⁴⁹ 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica

legislación; La Constitución chilena de 1980 hace referencia al terrorismo en sus tres primeros capítulos, por un lado, en las bases de la institucionalidad (Cap.1), que entrega orientaciones para un concepto de terrorismo y establece sanciones accesorias; en las normas sobre nacionalidad y ciudadanía (Cap.2), regula la suspensión de derechos políticos para casos de terrorismo; y por último, entre los derechos y deberes fundamentales, para restringir el derecho a la libertad ambulatoria (cap.3).

Para efecto de nuestro trabajo, a continuación realizaremos un paralelo entre la legislación chilena y española aplicada al delito de terrorismo;

a). Una primera diferencia sería que la Constitución Española solo se limita a referirse o enuncia expresamente a la suspensión de algunos derechos fundamentales para casos de terrorismo (art. 55.2), en cambio la Constitución Chilena en el Artículo 9 dispone:

“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad.

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

producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

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

Lo que hace el constituyente es loable y lo valoramos profundamente porque está reconociendo la estrecha relación entre las conductas terroristas y la afectación a los derechos humanos. Por cuanto de esta forma se logra efectuar una valoración adecuada del bien jurídico protegido (en este caso la afectación de la vida, la integridad física y la libertad de las personas lesiona o pone en peligro el orden constitucional democrático). Así, esta mención esencial a los derechos humanos debe entenderse como el soporte sobre el cual el legislador ha de establecer los elementos estructurales del delito terrorista mediante la tipificación de las conductas que lo constituyen; en otras palabras, el concepto de terrorismo emana o se desprende de la propia Carta Fundamental.

b) Otra diferencia es que la legislación vigente que determina y sanciona conductas terroristas está comprendida en la ley N°18.314 data de 1984, pero que posteriormente ha sido modificada respecto a tipos penales, es decir, se han introducido determinados delitos y también se han modificado penas. En esta línea, el actual gobierno ha manifestado su voluntad de impulsar cambios a dicha normativa que posibiliten perseguir de manera más eficaz estos delitos, dado que en la actualidad existen dificultades para probar judicialmente la comisión de dichos delitos, y adicionalmente, se buscaría adecuarla al marco jurídico universal de la lucha contra el terrorismo.

En el caso español, recién en el 2015, mediante una Ley Orgánica, modificó su Código Penal en lo referente a terrorismo, con reformas orientadas al combate del terrorismo yihadista, dada la amenaza que dicho fenómeno supone para España, y para Europa en general. Se busca enfrentarlo en cuando a sus nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento. Entre las principales modificaciones está la incorporación de delitos informáticos, como también delitos como desórdenes públicos,

rebelión y sedición cuando se cometan con finalidades terroristas, ya sea cometidos por personas individuales o por grupos terroristas; y se amplía el delito de colaboración, no sólo con las actividades o finalidades de la organización, sino también la ayuda para cometer cualquier delito de terrorismo, incluyendo acciones como información o vigilancia de personas. Como sabemos, esto se reformuló y mejoró, tras el horrible caso que ocurrió en la Estación de Metro Atocha, ese fatídico 11 de marzo de 2004, justo a las 7.37, explotaba una bomba en la estación de Atocha en Madrid. Siguiéndola 9 explosiones más, que se darían en solo 3 minutos, en lugares como un convoy en la estación de El pozo, otra en Santa Eugenia, y el lugar más perjudicado: Atocha y sus cercanías. Tras los ataques, el saldo de fallecidos fue de 191 personas y más de 1.500 heridos¹⁵⁰.

c) Otra importante diferencia con España en cuanto al tratamiento que le da al terrorismo, son las actividades ligadas al ilícito.

- Colaboración con actividades terroristas o con organizaciones, bandas o grupos terroristas: No está tipificado el apoyo material no financiero, como refugio, armas, medios de transporte, comunicaciones, entre otros.
- Reclutamiento y adiestramiento con fines terroristas: La legislación vigente no incorpora este delito, aunque en otras leyes como la de Seguridad del Estado o de Control de Armas existen equivalentes, pero sin el carácter terrorista.

Lo anterior constituyen dos importantes tipos de delitos fundamentales que debiese incorporar la legislación, en el contexto de la persecución de actividades terroristas, no obstante, existe un aspecto de igual importancia a los tipos de delitos que se consideran terroristas, y es la definición de terrorismo contenido en el mencionado cuerpo legal, ya que indica que “Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de

¹⁵⁰ <https://neetesuela.org/11-de-marzo-de-2004-en-espana-ataque-terrorista/>

que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”. Esto es importante debido a que erróneamente se sitúa como finalidad del terrorismo el causar temor, y claro está que el terrorismo causa terror como medio de coacción, pero la finalidad es política y/o ideológica. Lo señalado anteriormente es la principal diferencia con la legislación de España, ya que a diferencia de la ley chilena que no reconoce su finalidad política, en dicho país se considera una subversión al orden institucional¹⁵¹.

d) Ambas tuvieron sus orígenes durante las dictaduras de Francisco Franco y Augusto Pinochet

e) En ambos países han existido grupos con ansias de independencia y autonomía por parte de sus Estados; en Chile tenemos al Pueblo Mapuche y en España, especialmente en el país Vasco, al grupo terrorista ETA¹⁵²

f) A diferencia de Chile, España cuenta con un grupo denominado Los Mossos D'Esquadra, es la Policía de la Generalitat (Institución

¹⁵¹ MATUS, Javiera y Díaz, Felipe. Las principales diferencias de la Ley Antiterrorista chilena con el mundo. Diario la Tercera. [en línea]. S.f. [Fecha de consulta: 11 de julio 2018]. Disponible en: <http://diario.latercera.com/edicionimpresa/las-principales-diferencias-de-la-ley-antiterrorista-chilena-con-el-mundo/>

¹⁵² Bilbao, 31 de julio de 1959. Un grupo de estudiantes radicales disidentes del colectivo EKIN – nacido en 1952 para reaccionar contra la pasividad y el acomodo que en su opinión padecía el PNV– funda Euskadi Ta Askatasuna (Euskadi y Libertad). Es el nacimiento de ETA, una alternativa ideológica a los postulados del PNV con cuatro pilares básicos: la defensa del euskara, el etnicismo (como fase superadora del racismo), el antiespañolismo y la independencia de los territorios que, según reivindican, pertenecen a Euskadi: Álava, Vizcaya, Guipúzcoa, Navarra (en España), Lapurdi, Baja Navarra y Zuberoa (en Francia). Su primera acción violenta se produce el 18 de julio de 1961: el intento fallido de descarrilamiento de un tren ocupado por voluntarios franquistas que se dirigían a San Sebastián para celebrar el Alzamiento. En estos primeros años, la policía persigue a sus miembros, que se dedican a colocar pequeños artefactos sin apenas consecuencias, hacer pintadas de «Gora Euskadi» (Viva Euskadi) y colocar ikurriñas. Las bases de la organización se consolidan en mayo de 1962, en la celebración de su I Asamblea en el monasterio de Belloc (Bayona, Francia), donde se presenta como «Movimiento Revolucionario Vasco de Liberación Nacional». El grupo rechaza cualquier colaboración con partidos o asociación no nacionalista vasca y apuesta por una fuerte campaña proselitista. Es aquí cuando se autodefinen como una «organización clandestina revolucionaria» que defiende la lucha armada como el medio de conseguir la independencia de Euskadi.

Representativa del Poder Político en Cataluña), especializada en distintas ramas, entre las que se encuentra un grupo encargado de seguridad y prevención de ataques cibernéticos y terrorismo.¹⁵³, mientras que en Chile no existe un grupo especializado, como sucede en países como Israel, donde cuentan con el Shin Bet (encargado de la seguridad nacional) y el Mossad (Servicio de Inteligencia Israelí). Chile recién este año anunció la creación de una policía especializada en terrorismo, especialmente para zona sur del país.

Para concluir, con propiedad podemos sostener que en pleno siglo XXI el concepto de terrorismo sigue sin precisarse por varias razones: la polémica derivada de su naturaleza de delito político, “despolitizado” a efectos de su tratamiento jurídico¹⁵⁴.

En Europa, fuente de inspiración de la actual reforma en Chile¹⁵⁵, la Decisión Marco del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI) define al terrorismo en base a un elemento instrumental, esto es, conductas de cierta gravedad¹⁵⁶ que puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional, pero también otras menos graves¹⁵⁷

Un elemento teleológico, pues el autor debe actuar alternativamente con una finalidad intimidatoria, (*intimidar gravemente a una población*), coactiva (*obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo*) o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o una organización internacional y por último, un elemento estructural, que se satisface con la pertenencia y dirección en organización terrorista.

¹⁵³ https://mossos.gencat.cat/web/.content/home/010_el_departament/publicacions/mossos_desquadra/livre_corporatiu/documentos/mos_cas.pdf

¹⁵⁴ Ampliamente GUZMÁN DALBORA, José Luis, “El terrorismo como delito común”, en: AMBOS, Kai, Terrorismo y Derecho penal, Bogotá: Konrad Adenauer, 2015, pp. 401-438, p. 411-412.

¹⁵⁵ Mensaje Núm. 755-362 de 3.11.2014 mediante el cual se reforma la ley de conductas terroristas, el código penal y el código procesal penal e Informe de la Comisión de Expertos del Ministerio del Interior y la Seguridad Pública del Gobierno de Chile sobre la regulación jurídica de las conductas terroristas, de 13.10. 2014.

¹⁵⁶ Muertes, lesiones graves, secuestro, destrucciones significativas. Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de Europa de 13.06.2002 sobre la lucha contra el terrorismo.

¹⁵⁷ Por ejemplo, amenazas, pero también conductas periféricas: hurto, robo, chantaje y falsificación de documentos con el fin de cometer atentados terroristas.

En contraste con lo anterior, en Europa se ha tomado una decisión político criminal de considerar al terrorismo como una forma de crimen organizado, que en el caso español, se concreta incluso normativamente¹⁵⁸, lo que trajo como consecuencia que la dimensión normativa de la organización terrorista se asemeje bastante a la Convención de Palermo.

En nuestra opinión, terrorismo y crimen organizado son cosas diferentes, sin perjuicio de las relaciones que pudieran existir entre ellos.

Podemos a lo menos señalar dos grandes diferencias: teleológica y operacional¹⁵⁹.

Una diferencia teleológica pues el terrorismo tiene una finalidad política, el crimen organizado, tiene una finalidad lucrativa. El hecho de que el terrorismo necesite de un entramado financiero para poder funcionar, no le otorga per se la categoría de crimen organizado, más bien el entramado financiero es uno de los medios a través de los cuales la actividad terrorista puede desarrollarse.

La segunda diferencia que puede observarse con el crimen organizado es de carácter operacional. El terrorismo busca la publicidad de sus actos, busca comunicar un mensaje, para poder destruir voluntades, mientras que el crimen organizado, busca, en general, el ocultamiento de los mismos.

¹⁵⁸ Art. 282 bis.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal (Legislación Española).

¹⁵⁹ Ampliamente VILLEGAS DÍAZ, Myrna, "Terrorismo: ¿Crimen Organizado? Análisis comparado", Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, pp. 227-248, pp.235-240.

CAPÍTULO SEGUNDO

CASOS DE TERRORISMO EN CHILE

Como hemos visto en los medios de comunicación este último tiempo, la violencia en la Araucanía no ha cesado, y lo que es peor, pareciera ir en aumento. Lamentablemente, la mayoría de los hechos se le han atribuido a la llamada “causa mapuche”.

Todo lo sucedido en gran parte se debe a la incompetencia por parte de los gobiernos de sentarse y a conversar esta situación, este constante aumento de los hechos de violencia en la región sur del país, no ha sido tratada correctamente por ningún gobierno de turno y sólo se ha limitado a hacer visitas relámpagos a la zona y a ponerle paños fríos a un tema que se remonta a décadas.

La violencia en la Araucanía se repite desde hace años de forma intermitente, pero constante. Los episodios violentos han afectado la propiedad y la libertad de las víctimas, y en los casos más trágicos han terminado con su vida.

Pero cómo fue que se produjo toda esta situación, cómo fue que un lugar tan hermoso como lo es la localidad de Temuco y sus alrededores se ha convertido en un nido de violencia, la respuesta exacta la desconocemos completamente, pero si podemos sostener que hay ciertos factores o sucesos que han sido fundamental para este levantamiento de las comunidades mapuches.

Para comprender la situación, debemos destacar un par de elementos que irán dando forma a esta situación y que se extienden en una gran línea de tiempo, generando el desarrollo de un enfrentamiento entre comunidades indígenas, el Estado, empresarios y chilenos.

En primer lugar, el conflicto entre el pueblo mapuche y el Estado chileno tiene su origen, o más bien, se remonta a varios siglos atrás. A fines del siglo XIX, se promulgó una ley que tenía como principal objeto radicar a los mapuches en territorios delimitados. Así de esta forma, el Estado podría disponer de una mayor parte de tierra y así colonizar la zona austral de Chile, con la llegada de colonos provenientes de países como Alemania, Suiza, o extranjeros que venían arrancando de guerras que se estaban librando en Europa.

A lo largo de la historia, existieron una serie de reglamentos jurídicos que buscaron regular la posesión de la tierra y sus propietarios. Entre ellos, la Ley de propiedad de la tierra de la Araucanía de 1866, el Decreto Ley 2568 de 1979, que permitió la entrega de títulos de dominio individuales en las reservas indígenas, faltando a fines del régimen militar solo 20 de las 2197 comunidades existentes en las regiones VIII, IX y X, terminando así con cualquier tipo de ley especial para los indígenas en Chile. Para el Gobierno militar (1974-1990) no existían distintos grupos culturales, ya que los mapuches eran tan chilenos como el resto de la población. Esta

situación fue revertida más tarde, durante el gobierno de Patricio Aylwin (1990-1994), con la aprobación de la Ley Indígena, creándose el concepto de defensa del patrimonio territorial, por ser pueblos que serían dueños de tierras ancestrales.

Pero ¿en qué consistió este Decreto ley? Fue en mayo de 1979 durante el Gobierno Militar que se modificó la Ley Indígena N° 17.729, promulgada por el Gobierno del presidente Salvador Allende, mediante el Decreto Ley N° 2.568. La reacción de las comunidades indígenas, así como de las instituciones que trabajaban en ese entonces demostró su más profundo rechazo y desacuerdo con el Decreto. Hasta ahora se ha comentado bastante de las motivaciones y de la injusticia que dicho Decreto Ley representa para el pueblo mapuche; sin embargo, los efectos reales y las implicancias políticas y económicas se han debatido, a nuestro parecer, insuficientemente.¹⁶⁰

Antes de seguir, echemos una mirada a cómo se ha dado la política indígena en Chile. La política indígena en Chile, ha sido la combinación de intentos de asimilación de los mapuches y de encubrimiento de la existencia de un pueblo marginado.

Según la mayoría de los historiadores, la política de radicación de grupos familiares en lotes de terreno era una medida temporal. Se sostiene que, a diferencia de lo que ocurrió en los Estados Unidos -donde las reservas cumplieron la función de contener los indígenas y cederles una cierta autonomía y reconocimiento legal como pueblos-, la radicación chilena, cumplió el objetivo de controlar el traspaso de tierras recién conquistadas a colonos extranjeros y, a la vez, mantener control sobre la población indígena para eventualmente asimilarla a la sociedad nacional¹⁶¹

Entre 1927 y 1972, los gobiernos chilenos intentaron promover la asimilación a través de leyes destinadas a dividir las reducciones -entregando títulos individuales a cada comunero-, y disminuir las restricciones sobre ventas y enajenaciones de tal propiedad. Sin embargo, la posición de los grupos

¹⁶⁰ <http://www.mapuche.info/mapuint/parm1.htm>

mapuche era lo bastante fuerte como para detener efectivamente el proceso de división. La cantidad de reducciones divididas fue pequeña y la política indígena quedó "congelada". Durante este tiempo, con la excepción del periodo de vigencia de la Ley Indígena 17.729, las leyes no respondieron a los deseos ni del gobierno (asimilación del indígena), ni del pueblo mapuche (recuperación de tierras y mejoramiento de su situación marginal), ni de los terratenientes (acceso a las tierras). En consecuencia, es dentro del marco de una política congelada, de donde surge el D.L. 2.568.¹⁶¹

Era imperativo hacer esta introducción para abordar uno de los temas que compone nuestro Segundo Capítulo. La idea de dedicar este capítulo a dos casos bastante connotados de terrorismo, se debe principalmente a cómo se desarrollaron y cómo se trató la Ley Antiterrorista en cada uno de ellos.

Fue el 1 de diciembre de 1997 cuando los mapuches fueron sorprendidos quemando el primer camión con madera que salía desde un predio disputado por la empresa forestal Arauco y comunidades mapuches de Lumaco. Su objetivo: recuperar terrenos en manos de la forestal, ya que vulnerarían los derechos ancestrales.

Esta situación se ha reiterado año a año, dejando numerosas víctimas — especialmente personas no mapuches— a los que se sugiere "vender sus tierras para crear el nuevo territorio liberado. El *modus operandi* mapuche ya se ha cobrado víctimas fatales, como en el caso del matrimonio Luchsinger-Mackay, quemados vivos en su propiedad por comuneros, donde solo se encontró a un culpable: el machi Celestino Córdova¹⁶². Caso que analizaremos a continuación.

I. Caso Luchsinger Mackay

Cronología de los hechos

¹⁶¹ <http://www.mapuche.info/mapuint/parm1.htm>

¹⁶² <http://www.mapuche.info/mapuint/parm1.htm>

Enero 2013; A las 1:15 horas, Celestino Cerafín Córdova Tránsito (29), y un número indeterminado de personas, llegó al fundo Lumahue, en Vilcún, donde vivían Werner Luchsinger (75) y su esposa Vivian MacKay (69), a quienes dispararon, luego rociaron con combustible la casa y la quemaron con el matrimonio en su interior, el que murió carbonizado. La mujer alcanzó a efectuar llamados telefónicos a su hijo Jorge y a Carabineros, cuyos efectivos detuvieron unas horas más tarde al único imputado. Fue arrestado a 1.780 metros de la casa y herido con una bala disparada por Luchsinger. La fiscalía lo acusó por el delito consumado de incendio terrorista con resultado de muerte. El atentado ocurrió durante las acciones de protesta por el aniversario de la muerte de Matías Catrileo. El entonces Presidente Sebastián Piñera se reunió con los familiares del matrimonio Luchsinger MacKay en el lugar del atentado y teniendo de fondo la casa aún humeante. Estuvieron presentes amigos y agricultores de la zona, quienes increparon al ex Mandatario y le manifestaron su impotencia por la serie de hechos de violencia que se han registrado en el último tiempo en La Araucanía, lo que se vio agravado por los atentados que provocaron tres muertes en esas últimas semanas.

Febrero 2014; Celestino Córdova fue declarado culpable. Los jueces determinaron que el hallazgo del acusado a 1.750 metros del lugar de los hechos era un indicio poderoso de participación. La resolución de los magistrados Luis Sarmiento (presidente), Juan Santana (redactor) y Óscar Viñuela (integrante) fue unánime, pero en un voto de mayoría no le atribuyeron el carácter terrorista al delito por el que fue acusado. Solo el juez Viñuela se manifestó a favor de otorgar dicha calificación a los hechos. El acusado fue absuelto de otro delito que se le atribuía: el atentado al fundo Santa Isabel, de la familia Seco Fourcade, ocurrido el 22 de diciembre de 2012, hecho que sí fue calificado de terrorista por el mismo tribunal. Córdova recibió una pena de 18 años de cárcel. Se trata de la más alta dictada en el marco de delitos asociados al denominado conflicto mapuche. El Ministerio Público, el Gobierno y los querellantes pedían presidio perpetuo calificado (al menos 40 años de cárcel) e invocaban la Ley Antiterrorista

Mayo 2014; La Corte Suprema confirmó la condena de 18 años de cárcel para Córdova, tras rechazar un recurso de nulidad interpuesto por su defensa. Ese mismo día el reo inició una huelga de hambre. Los jueces ponderaron los llamados de auxilio de Vivian MacKay y su relato de la modalidad del ataque, el lugar donde Córdova es detenido, la conexión entre la hora del inicio del fuego y el momento en que es sorprendido, la dirección de la huida, sus vestimentas, su rostro semicubierto y la presencia de polen de tubérculos en sus zapatos, acreditada científicamente. Además, la herida a bala compatible con el disparo de una pistola de bajo calibre hallada en el lugar, junto a un cargador vacío, "pero con señas de haber sido disparada". Así, el máximo tribunal concluyó que Werner Luchsinger repelió el ataque, acción en la que hirió al condenado.

Marzo 2016; Formalizaron a 11 presuntos coautores de crimen de los Luchsinger MacKay, diez hombres y una mujer fueron detenidos como autores del delito de incendio con resultado de muerte de carácter terrorista, el mismo que la fiscalía imputó a Celestino Córdova.

Junio 2016; La Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco decidió, en forma unánime, dar curso a la solicitud hecha por el Ministerio Público para que la machi Francisca Linconao siguiera cumpliendo prisión preventiva mientras se desarrolla la investigación en que se indaga la participación de once personas en el crimen del matrimonio Luchsinger MacKay. El viernes 27 de mayo determinó cambiar la cautelar por arresto domiciliario sin embargo la corte de apelaciones dictaminó reponer la prisión preventiva. Juzgado de Garantía de Temuco autorizó ayer a uno de los imputados por el asesinato del matrimonio Luchsinger MacKay a asistir el próximo 6 de julio a declarar ante la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados.

Julio 2016; La Corte de Apelaciones de Temuco revocó la decisión adoptada la semana anterior por la jueza de garantía Caroline Guzmán, que había

suspendido la medida cautelar de arresto domiciliario total para que José Peralino se trasladara a Valparaíso y declarara ante la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados. El día 15, el juez de garantía de Temuco Federico Gutiérrez revocó la medida cautelar preventiva que tenía la machi Francisca Linconao. La defensa de esta argumentó que por su edad (73) y estado de salud ameritaba cambiar la medida por arresto domiciliario, el que cumpliría en su casa ubicada en la zona rural de Vilcún.

Agosto 2016; Defensoría apartó a Manuela Royo del caso Luchsinger por dichos contra fiscal Alberto Chifelle. Luego de cinco meses de investigación y dos intentos fallidos por finalizarla, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco decretó el término de la investigación por el crimen del matrimonio Luchsinger MacKay, ocurrido en Vilcún el 3 de enero de 2013, por el que se mantenían 11 imputados detenidos bajo el delito de incendio terrorista con resultado de muerte. El viernes 26, el Ministerio Público pidió presidio perpetuo calificado para 10 de los 11 imputados en el caso por el homicidio del matrimonio. La fiscalía acusó pro el delito de incendio con resultado de muerte a José Tralcal Coche, Juan Tralcal Quidel, Luis Sergio Tralcal Quidel, Aurelio Catrilaf Parra, Hernán Catrilaf Llaupe, Sabino Catrilaf Quidel, Sergio Catrilaf Marilef, Eliseo Catrilaf Romero, José Arturo Córdova Tránsito y Francisca Linconao Huircapán. El último día agosto el Tribunal de Temuco acogió la petición de los abogados de los imputados para que reabrieran la investigación y permitieran que se realizaran nuevas diligencias. Desde la fiscalía de Temuco, que presentó 263 pruebas para acusar a los 11 imputados por el delito de incendio intencional con resultado de muerte en carácter terrorista, se consideró "innecesario" reabrir las indagatorias.

Noviembre 2016; A petición de las defensas de los 11 acusados por el homicidio del matrimonio Luchsinger MacKay, la jueza de Garantía de Temuco Alejandra García postergó para el 19 de diciembre el inicio de la preparación de juicio oral. La audiencia para dicho procedimiento estaba programada para ayer y en ella se iban a discutir las pruebas que serán presentadas en el proceso.

Abril 2017; Después de tres suspensiones, se reanudó preparación de juicio en el caso Luchsinger. La última se pidió porque se extravió una declaración de Carabineros que, según la defensa, podría haber desestimado la participación de los acusados en el hecho.

Mayo 2017; La familia del matrimonio Luchsinger-Mackay ingresó un recurso de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, con el cual intentaron ingresar las pruebas que fueron dejadas afuera en la preparación del juicio oral. La jueza de Garantía de Temuco, Alejandra García Bocaz, excluyó todas las pruebas ofrecida por el abogado Carlos Tenorio, que representa a la familia, tras considerar que "habían sido obtenidas con infracción a las garantías constitucionales".

Junio 2017; El día 28 la Corte reincorporó dos pruebas excluidas en el caso Luchsinger. Las evidencias estaban referidas a un informe de Bomberos y a mapas del domicilio de las víctimas.

Agosto 2017; El 21 se realizaron alegatos de apertura de juicio oral. Posteriormente, durante el miércoles 29, los responsables de las autopsias ratificaron que las víctimas habían muerto quemadas y no asfixiadas o por lesiones provocadas por las armas.

Septiembre 2017; El detective entregó detalles de la primera confesión de José Peralino, su testimonio abrió la línea de investigación para actual juicio oral. En ese relato, de noviembre de 2013, el coimputado dijo que hubo una reunión en casa de Linconao para planificar el ataque a la granja Lumahue. El lunes 25 terminó la rendición de evidencias contra los 11 acusados. El Ministerio Público habría presentado 19 testigos, 13 peritos, 14 documentos y otros 17 medios probatorios con que se buscaba acreditar el delito y la participación de los procesados.

Octubre 2017; Concluyó la presentación de las pruebas de descargo de 10 de las 11 defensas de los acusados por el homicidio del matrimonio Luchsinger MacKay, las que terminaron con el equipo jurídico de la machi Francisca Linconao. El fiscal jefe de Temuco, Alberto Chiffelle, anticipó que mantendrá la acusación por incendio intencional en carácter terrorista y la solicitud de penas de presidio perpetuo. Los registros audiovisuales del allanamiento a la casa de la machi Francisca Linconao y de su primera detención fueron las últimas pruebas de descargo que conoció el Tribunal de Juicio Oral de Temuco, en la jornada 29 del proceso judicial contra los 11 acusados por la muerte del matrimonio. La fiscalía reconoció "probabilidad" de veredictos diferenciados. El miércoles 25 de octubre, después de 35 jornadas de juicio oral, los 11 fueron absueltos¹⁶³.

Pero el 6 de mayo de 2018, el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco entregó su veredicto sobre el caso Luchsinger-Mackay, absolviendo a ocho comuneros de todos sus cargos y sentenciando a tres como autores del delito de incendio con resultado de muerte en carácter terrorista.

Con esto, José Peralino Huinca, José Trancal Coche y Luis Trancal Quidel, quienes fueron declarados culpables, arriesgan una condena de presidio perpetuo calificado.

La abogada defensora en el caso Luchsinger-Mackay, Manuela Royo, cuestionó el hecho de que algunos hayan sido absueltos y otros no, afirmando que el fallo está basado más en presiones políticas que en coherencia jurídica.

“La verdad es que es una situación bastante inexplicable, toda vez que la fuente probatoria es una, y lo cierto es que no puede ser que una declaración sea mitad verdad y mitad mentira, eso vulnera todos los preceptos de la lógica y no tiene ninguna coherencia jurídica. Por lo tanto,

¹⁶³<http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/10/25/880703/Cronologia-del-Caso-LuchsingerMackay-desde-el-ataque-a-la-absolucion.html>

consideramos que si bien aún no conocemos la totalidad de la sentencia, lo cierto es que obedece más que nada a presiones políticas”¹⁶⁴.

Por su parte, el werken del Consejo de Todas las Tierras, Aucán Huilcamán, cuestionó el hecho de que el caso se calificara como terrorista, siendo que en el primer juicio no tuvo este agravante.

*“Esta vez los jueces han tenido una opinión completamente distinta al primer juicio, que no se calificó de terrorismo, y siendo que no hay ningún elemento nuevo”.*¹⁶⁵

A través de un comunicado, Amnistía Internacional criticó el proceso judicial, indicó que *“este juicio, está marcado por diversas denuncias de irregularidades, que demuestran la manera discriminatoria en la que se aplica la justicia en contra de líderes de pueblos indígenas, lo cual no sólo afecta a las personas imputadas, sino también vulnera el derecho de acceso a la justicia de las víctimas del crimen y sus familiares”.*

De esta forma, la justicia revierte en parte lo resuelto durante el primer juicio, el que decidió absolver a la totalidad de los comuneros. Tras la apelación a la sentencia, la Segunda Sala del tribunal de alzada de Temuco decidió anular este fallo, lo cual dio inicio a este segundo proceso.

El principal cambio que planteó este veredicto en comparación al primer fallo fue la acreditación del carácter terrorista del ataque. Según manifestaron los magistrados, las pruebas rendidas lograron determinar “no solo el temor que siente el grupo de vecinos agricultores del sector aledaño al sitio del suceso, sino, además, que aquel designio de infundir tal temor conformaba el dolo de los agentes”.

En este aspecto, el dictamen consideró relevante para la decisión *“la real modificación que han debido practicar y perpetuar en sus vidas los diferentes*

¹⁶⁴https://www.google.cl/search?q=caso+luchsinger+mackay+juicio&rlz=1C1HLDY_esCL741CL741&oq=caso+luchsinger+mckay&aqs=chrome.2.69i57j0l5.12149j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

¹⁶⁵https://www.google.cl/search?q=caso+luchsinger+mackay+juicio&rlz=1C1HLDY_esCL741CL741&oq=caso+luchsinger+mckay&aqs=chrome.2.69i57j0l5.12149j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

*vecinos del sector, a raíz, primeramente, de la escalada de hechos violentos en la zona, y en particular, las medidas de autoprotección que han debido radicalizar luego del acontecimiento delictivo que origina la presente causa”.*¹⁶⁶

El fiscal jefe de La Araucanía, Alberto Chiffelle, valoró que desde el Ministerio Público “siempre hemos sostenido que el hecho es de carácter terrorista, por la naturaleza de la comisión del mismo. El tribunal por unanimidad acogió esta tesis y por otro lado acogió que al menos tres de los acusados tienen participación directa en estos hechos”.

Para Luis Hermostilla, abogado del Ministerio del Interior, en el veredicto “*hay una ratificación de la vigencia de la Ley Antiterrorista, cosa que nos parece extremadamente relevante y significativa*”.

Para Sergio Arévalo, abogado de la familia Luchsinger Mackay, la calificación de terrorismo que el tribunal dio al hecho “*era muy importante para nosotros, como abogados y fundamentalmente para la familia*”.

.Para Pablo Ortega, abogado del condenado José Tralcal Coche, la decisión judicial fue “sorprendente”, al no entender “*cómo el tribunal arribó a un veredicto condenatorio respecto solo de tres personas. Eso significa que le dio valor probatorio a una declaración que hablaba de 11 personas. Creemos que ahí va a haber una inconsistencia insalvable en el fallo*”¹⁶⁷.

Conocido el veredicto, desde el Ministerio Público solicitaron una pena de presidio perpetuo para Tralcal Coche y Tralcal Quidel, mientras en el caso de José Peralino, y tras ser reconocido su aporte a la causa, se pidió una pena 10 años y un día.

Pero ¿cuál ha sido la razón por que este caso ha sido tan criticado? Se habla de un verdadero fracaso desde el comienzo por parte del Ministerio Público. Principalmente se debe a que según la defensa de los comuneros

¹⁶⁶<https://www.latercera.com/nacional/noticia/tribunal-acredita-terrorismo-condena-tres-los-11-imputados-caso-luchsinger/154906/>

¹⁶⁷<https://www.latercera.com/nacional/noticia/tribunal-acredita-terrorismo-condena-tres-los-11-imputados-caso-luchsinger/154906/>

mapuches, alude que a los imputados por el homicidio no se les respetaron sus garantías.

En un principio se imputó a 11 comuneros mapuches por el homicidio, pero por parte de la defensa de los comuneros mapuches, sostienen que todo se debe a un mal actuar y negligencia de parte de los Carabineros y agentes de la PDI, ya que las detenciones fueron ilegales, se aplicó torturas, amenazas, escuchas telefónicas, y lo que es peor, plantación de pruebas y que esas pruebas justificaron más de un año y medio de prisión preventiva y que la acusación terrorista no tenía sustento y que la ley Antiterrorista no tiene sustento ni mucho menos aplicación en este caso, pero intentaremos de algún modo darle una calificación jurídica, según nuestros conocimientos adquiridos en estos años de estudio, porque creemos que si estamos frente a un delito de terrorismo.

Pero las pruebas presentadas por la Fiscalía en el juicio derrotan la presunción de inocencia de los imputados y así llegar a la convicción, más allá de toda duda razonable, que efectivamente, estamos ante un hecho terrorista.

Como sabemos, toda sentencia judicial debe basarse en un proceso previo legalmente tramitado. El principio y garantía del Debido Proceso, también está ligado con las formas en que el ordenamiento jurídico permite tener por acreditadas las proposiciones fácticas de las partes. En materia procesal penal, si bien existe libertad para presentar medios de prueba, no todos tendrán el mismo valor, ya que su “peso específico” tendrá directa relación con su eficacia para representar un correlato de una realidad plausible.

En un sistema procesal penal de índole acusatorio, como el nuestro, son las partes acusadoras (fiscal y querellante, en su caso) quienes deben proporcionar las pruebas al Tribunal que conocerá del Juicio Oral, para efectos de lograr desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza todo imputado (art. 4° CPP)¹⁶⁸, a un nivel o estándar más allá de toda duda

razonable¹⁶⁹. De esta actividad probatoria, el juez deberá realizar un proceso de valoración donde las pruebas serán apreciadas, a priori, libremente, por no existir una preferencia legal de algún medio por sobre otro (art. 295 CPP)¹⁷⁰.

II. Caso Bomba I

Relación de los Hechos

16 de enero de 2009: Un supuesto grupo anarquista instaló cuatro artefactos explosivos en distintos puntos de la capital, de los cuales dos detonaron.

El fiscal metropolitano oriente, Xavier Armendáriz, es designado para liderar las diligencias. El gobierno pidió al Ministerio Público realizar las pesquisas para dar con los responsables.

23 de enero de 2009: El gobierno, a través del ministro del Interior (s) Patricio Rosende, se querelló por el delito de “daños simples” y daños a la propiedad en contra de quienes resulten responsables de los 32 ataques ocurridos entre agosto de 2007 y diciembre del 2008. En el escrito, se mencionan bombazos que han afectado a sucursales bancarias, comisarías, centros de pago, sedes de partidos políticos, un canal de televisión, una universidad y embajadas, hechos por los cuales aún no hay detenidos. Durante la acción legal no se invocó la ley antiterrorista.

27 de marzo de 2009: Un artefacto explosivo con pólvora negra, que finalmente no estalló, fue instalado en una farmacia de Las Condes.

¹⁶⁹ “Artículo 340, CPP Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.”

¹⁷⁰ Artículo 295, CPP. Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

22 de mayo de 2009: Muere Mauricio Morales luego de que le estallara una bomba hechiza en las inmediaciones de la Escuela de Gendarmería en el barrio Matta de Santiago. El artefacto explosivo era similar a los empleados en bombazos anteriores. El joven estaba acompañado de otro individuo captado por la cámara de seguridad de una empresa.

28 de mayo de 2009: Detienen a Cristián Rodrigo Cancino Carrasco, sindicado por la Fiscalía Oriente como el dueño de los 800 gramos de pólvora encontrados en una de las casas okupa allanadas tras la muerte del anarquista Mauricio Morales. Cancino fue formalizado por infracción a la Ley de Armas, quedó con arraigo nacional y firma periódica en el Ministerio Público.

2 de junio de 2009: Con la detención de un joven okupa identificado como Rodrigo Vega Morales, culminó un amplio operativo del Gope de Carabineros en un domicilio ubicado calle Santo Domingo 2409, en Santiago.

9 de junio de 2009: La Brigada de Investigaciones Policiales Especiales, recapturó a Cristián Rodrigo Cancino Carrasco, 31 años, luego que la Corte de Apelaciones de Santiago revocara su libertad dictada por el 4° Juzgado de Garantía de Santiago.

24 de junio de 2009: El ministro del Interior (s), Patricio Rosende, presentó una querrela ante el Octavo Juzgado de Garantía bajo la Ley Antiterrorista, contra Cristián Cancino Carrasco, quien está imputado por instalar, el pasado 27 de marzo, un artefacto explosivo con pólvora negra en una farmacia de Las Condes. Durante la formalización, el fiscal Francisco Jacir invocó la Ley Antiterrorista, que contempla una pena mínima de cinco años para quienes instalen bombas.

13 de agosto de 2009: gracias a una denuncia de un familiar, encuentran un kilo y medio de pólvora negra, mecha y otros elementos para fabricar bombas en un departamento donde Diego Alejandro Ríos González (22)

habitó un tiempo. El entonces sospechoso de los atentados explosivos era buscado reservadamente desde julio de ese año.

11 de diciembre de 2009: “Gracias a Dios los fiscales, finalmente, nos dieron las órdenes para poder hacerlo y vienen en un muy buen momento”, expresó el ministro del Interior, Edmundo Pérez Yoma, luego de que trece personas fueran detenidas tras operativos realizados por Carabineros y la PDI, por oponerse a los registros y agredir a los funcionarios policiales. La acción se realizó como parte del plan de seguridad antibombas, con miras a las elecciones presidenciales y parlamentarias que se realizarían el 13 de ese mes. Ninguno de los arrestados fue vinculado con la colocación de artefactos explosivos.

13 de enero de 2010: el fiscal que encabeza la investigación por la serie de atentados explosivos que han afectado al país, Xavier Armendáriz pidió a las autoridades modificar la llamada Ley Antiterrorista y dar mayores herramientas para la persecución penal. “Las deficiencias de mi trabajo las asumo yo, no se las endoso a terceros, lo que estamos tratando de decir es que eso es un factor que contribuiría a hacer más efectivas las investigaciones de esta naturaleza”, señaló.

05 de abril de 2010: Efectivos de la Brigada Investigaciones Policiales Especiales de la PDI detuvieron Sebastián Soto (27), quien mantenía órdenes de arresto pendiente por maltrato de obra a Carabineros y que además vivía en la casa Okupa donde vivía el anarquista Mauricio Morales fallecido luego que le explotara una bomba.

14 de junio de 2010: El Fiscal nacional, Sabas Chahuán, decidió nombrar a un nuevo fiscal para que se haga cargo de la investigación por los más de 100 atentados explosivos registrados en Santiago. El entonces fiscal metropolitano sur, Alejandro Peña, fue designado “para encabezar las indagatorias que buscan determinar a los responsables”.

16 de junio de 2010: Una lista de 25 nombres era manejada por fiscalía como sospechosos. Al menos cinco integrantes de la nómina pertenecen al círculo de amistades de Diego Ríos (23), buscado desde el año pasado como posible “cocinero”, es decir, fabricante de pólvora para la realización de atentados.

6 de julio de 2010: Primer detenido por caso bombas. Roberto Gajardo Rubilar fue detenido al interior de la población Necedal, en la comuna de Puente Alto, luego de ser sorprendido con dos extintores con pólvora negra.

07 de julio de 2010: El Ministerio Público amplió la detención de Roberto Gajardo Rubilar. La Fiscalía Sur pidió la ampliación para esperar los informes periciales respecto de la participación del imputado en el caso y perpetró atentados en el último tiempo. Además, el gobierno presentó una querrela por ley Antiterrorista contra Gajardo, invocando a la colocación de explosivos de forma tentativa.

09 de julio de 2010: El Juzgado de Garantía de Puente Alto resolvió ampliar en cuatro meses la detención del único imputado en el llamado caso bombas, Roberto Gajardo Rubilar, bajo la Ley Antiterrorista, formalizado por el delito de colocación de artefactos explosivos.

30 de julio de 2010: La Octava Sala de la Corte de Apelaciones decidió acoger el recurso presentado por el fiscal Alejandro Peña, que pidió recusar a los jueces por no levantar el secreto bancario en el caso bombas. Con esto, la Fiscalía Metropolitana Sur tendrá acceso a una cuenta bancaria donde personas, presuntamente vinculadas a los ataques terroristas, recibirían recursos desde el extranjero.

14 de agosto de 2010: El fiscal Alejandro Peña confirmó que son 14 los detenidos tras los allanamientos realizados esa mañana, a tres casas okupa, entre ellas “La Crota”, ubicada en Santa Isabel 380 y “Jhonny Cariqueo”, en

El Cobre, comuna de Pudahuel, además de operativos realizados en Valparaíso.

16 de agosto de 2010: Los abogados de los 14 detenidos visitaron en la cárcel a sus defendidos y acusaron presiones para lograr que sean juzgados. Alberto Espinoza, defensor de Rodolfo Retamales, dijo a La Tercera que “hay desproporción de cómo están actuando las instituciones en el caso” y que esto queda demostrado al verse “debilitada la independencia del Ministerio Público por influencia del Ministerio del Interior”.

17 de agosto de 2010: En la audiencia de formalización de los imputados, la fiscalía entregó como pruebas escuchas telefónicas realizadas durante la investigación, 17 videos que probarían la realización de los atentados y un antecedente que involucra a dos de los imputados: haber recibido 950 Euros desde Italia para financiar las operaciones.

26 de agosto de 2010: La Corte de Apelaciones de San Miguel ratificó este jueves la prisión preventiva para los imputados en la investigación del denominado caso bombas por considerarlos un peligro para la seguridad de la sociedad. Se trata de Pablo Morales Fuhriman y Rodolfo Retamales Leiva, sindicados por la fiscalía como los cabecillas del grupo, su compañero Omar Hermosilla Marín y de los imputados Vinicio Aguilera Mery, Francisco Solar Domínguez, Felipe Guerra Guajardo, Mónica Caballero Sepúlveda y Andrea Urzúa Cid.

07 de septiembre de 2010: El juez Juan Escobar declaró que el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago es competente para conocer las actuaciones que realizará el Ministerio Público, rechazando las pretensiones de la Fiscalía Sur que había solicitado acumular todos los hechos relativos a esta causa en el Undécimo Juzgado de Garantía, que tiene competencia en la zona sur de la capital.

08 de octubre de 2010: Una querrela por delito de colocación de artefactos explosivos contra dos imputados en el denominado caso bombas interpuso el Consejo de Defensa del Estado (CDE), ante el 11° Juzgado de Garantía de Santiago. La acción judicial está dirigida contra Francisco Solar Domínguez y contra Gustavo Fuentes Aliaga.

14 de diciembre de 2010: La Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la libertad provisional de Andrea Urzúa Cid, quien el lunes pasado obtuvo este beneficio por parte del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, señalando que no había antecedentes suficientes para su formalización como parte de la asociación ilícita terrorista para la colocación de explosivos en el marco del llamado Caso Bombas, por la cual fue detenida en agosto pasado.

27 de diciembre de 2010: “Esta investigación y lo que ha hecho el fiscal Peña responde básicamente a satisfacer una necesidad política que se generó en algún momento para los efectos de que se estaba haciendo algo en materia de seguridad ciudadana”, señaló desde Tribunales el abogado de Pablo Morales, Mauricio Daza.

03 de febrero de 2011: El Octavo Juzgado de Garantía resolvió este jueves levantar el secreto del sumario del denominado Caso Bombas, tras una audiencia en que se discutieron las medidas cautelares que pesan en contra de los imputados del proceso. El tribunal determinó que los abogados de los presos tienen el derecho de tener acceso al expediente investigativo, hasta ahora mantenido bajo cautela por el Fiscal Regional de la Zona Sur, Alejandro Peña.

04 de febrero de 2011: Abogados de los imputados en el denominado Caso Bombas, denunciaron a la Fiscalía Metropolitana Sur de escuchas telefónicas ilegales. El abogado Alberto Espinoza aseguró que “aquí hay un caso de ilegalidad extrema que es preocupante y que nos permite sostener que esta investigación ha sido muy irregular y que ha caído en situaciones de ilegalidad muy flagrantes. Hay que tener todas las pistas a la vista para

poder tomar una decisión consecuente con esa revisión que se haga con los antecedentes”.

16 de febrero de 2011: La Fiscalía evalúa solicitar la detención con fines de extradición de dos europeos que serían financistas de anarquistas chilenos involucrados en el denominado Caso Bombas. El italiano Simone Telaro y la francesa Alexandra Rai Nora serían los financistas de los anarquistas durante una audiencia de revisión de medidas cautelares de dos de los 14 procesados. Omar Hermosilla y Vinicio Aguilera quedaron con arraigo nacional y arresto domiciliario, mientras que se mantuvo la prisión preventiva para Andrea Urzúa.

18 de marzo de 2011: Suspenden audiencia de reformatización de 15 imputados por caso Bombas hasta el 24 de marzo. Esto, luego de que las defensas de los presuntos subversivos acusaran al Ministerio Público de faltar a la verdad.

24 de marzo de 2011: El Octavo Juzgado de Garantía cerró, luego de casi cinco años de investigación, la indagatoria del llamado caso Bombas.

04 de abril de 2011: La Fiscalía Sur pidió al Octavo Juzgado de Garantía de Santiago cadena perpetua simple para los presuntos líderes anarquistas Rodolfo Retamales y Pablo Morales.

06 de abril de 2011: El fiscal jefe de la zona metropolitana Sur, a cargo del caso Bombas, Alejandro Peña, dejó el Ministerio Público para asumir un cargo en la Subsecretaría del Interior.

25 de abril de 2011: La Sexta Sala de la Corte de Apelaciones revocó hoy la prisión preventiva de Pablo Morales, sindicado por la fiscalía como el líder dentro del caso Bombas, quedando con arresto domiciliario. Además, el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, revocó la prisión preventiva de Vinicius Aguilera, el presunto financista de los atentados. El tribunal

consideró que no existe un peligro de fuga, por lo que quedó con arresto domiciliario.

26 de abril de 2011: Tras 65 días, los ocho imputados que mantenían una huelga de hambre, depusieron la medida tras reunirse con el diputado Tucapel Jiménez y el sacerdote Alfonso Baeza.

27 de abril de 2011: La Sexta Sala de la Corte de Apelaciones revocó la prisión preventiva a Rodolfo Retamales Leiva, sindicado como uno de los líderes de la presunta asociación ilícita.

28 de abril de 2011: El sacerdote Alfonso Baeza reiteró la acusación de montaje por parte del gobierno. El caso “se presta para pensar con bastante exactitud la idea de un montaje”, dijo en radio Cooperativa.

29 de abril de 2011: En una audiencia de revisión de medidas cautelares, el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago revocó la prisión preventiva para Carlos Riveros y Camilo Pérez. Esta medida se suma a los cambios en las medidas cautelares de los considerados líderes del caso Rodolfo Retamales Leiva, Pablo Morales, y el supuesto financista Vinicius Aguilera. Para Francisco Solar y Felipe Guerra se mantuvo la medida de prisión preventiva.

02 de mayo de 2011: Tras la reunión que sostuvo hoy la mesa de diálogo formada para analizar y apoyar a los jóvenes implicados en el Caso Bombas, los miembros de la instancia anunciaron la presentación de un oficio de fiscalización al Ministerio Público por la posible pérdida de evidencia en la investigación.

02 de mayo de 2011: Comienza la audiencia de preparación de juicio oral por el denominado Caso Bombas en el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago.

06 de abril de 2011: El fiscal Alejandro Peña renuncia al Ministerio Público para presidir un departamento de estudios en la Subsecretaría de prevención de delitos.

21 de junio de 2011: El juez de garantía Luis Avilés deja fuera 4 mil evidencias presentadas por la Fiscalía. Con esto, finaliza la audiencia preparatoria de juicio oral contra los imputados por el caso Bombas.

04 de octubre de 2011: 13 acusados por asociación ilícita terrorista son sobreseídos definitivamente. Sólo seis sospechosos llegan a juicio oral.

28 de noviembre de 2011: Se inicia juicio oral en contra de seis anarquistas.

1 de diciembre de 2011: Es detenido el sociólogo Hans Niemeyer luego de instalar una bomba en una sucursal bancaria de Macul.

16 de abril de 2012: Detienen a Carla Verdugo, pareja de Juan Aliste Vega, por porte de un aparato explosivo. Dos días después sería formalizada por colocación de artefacto explosivo en grado de frustrado.

11 de mayo de 2012: A petición del Ministerio del Interior, la Corte de Apelaciones recusa a tres jueces del Caso Bombas esgrimiendo “falta de imparcialidad” de tres de los seis jueces que ven el proceso. El juicio fue suspendido en vísperas de la declaración del ministro del Interior, Rodrigo Hinzpeter, a petición de su propia cartera.

15 de mayo de 2012: la Tercera Salas de la Corte de Apelaciones rechaza acusación contra los magistrados Marcela Sandoval Durán, Carlos Carrillo González y Blanca Rojas Arancibia.

24 de mayo de 2012: El ministro del Interior, Rodrigo Hinzpeter, declara en el juicio por el Caso Bombas por solicitud de la defensa de uno de los imputados.

Junio de 2012: La jueza Marcela Sandoval anunció que el Tercer Tribunal Oral en lo Penal absolvió de delitos terroristas a Gustavo Fuentes Aliaga, Felipe Guerra, Mónica Caballero, Omar Hermosilla, Carlos Riveros y Francisco Solar.

Octubre de 2012: La Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad presentado contra el fallo que absolvió a los acusados por la instalación de artefactos explosivos en el marco de la investigación por el “Caso Bombas”.

Al revisar el Fallo del Tribunal, Causa RIT 138.2011, en especial cuando el Tribunal se refiere a *la: actividad desplegada por los agentes policiales, relativo a la realización por parte de éstos de actividades investigativas, sin facultades legales para ello, tendientes a obtener comunicaciones privadas de un tercero, como la evidencia material en que ello se materializó, N° 473, carece de validez y, por consiguiente, de eficacia probatoria.*

*La conclusión relativa a la abstención de valoración de todos y cada uno de los elementos probatorios que se reprodujeron durante el desarrollo de la audiencia (teoría conocida por todos como **Doctrina de los frutos del árbol envenenado**)¹⁷¹ -y que dicen relación, evidentemente, con la prueba de cargo destinada a la acreditación de la actividad realizada por el agente- obedece a una consecuencia lógica, propia de la finalidad y directrices de toda prohibición general de valoración, toda vez que sólo de esa manera, se asegura que la dictación de una sentencia no se funde, de modo alguno, en vulneración de garantías fundamentales. Cualquier otra posición “sólo permite eludir, con mayor o menor dificultad, la regla de exclusión y traicionar su fundamento” (Roxin Claus, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones del Puerto, Bs. As., 2003, p. 193).*

En efecto, la prueba ilícita es definida en doctrina como la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de la

¹⁷¹ La doctrina del fruto del árbol envenenado es una norma probatoria que, junto con la norma de exclusión, es lo que da lugar a la cuarta enmienda de la Constitución. Antes de 1914, en los Estados Unidos era muy común que las fuerzas del orden público cometieran allanamientos sin un orden y registros sospechosos, los cuales eran perjudiciales para aquellas personas acusadas de cargos penales a raíz de las pruebas obtenidas luego del registro. No obstante, en el año 1914 el panorama cambió. La Corte Suprema de los Estados Unidos intervino en el caso *Weeks contra los Estados Unidos*, 232 U.S. 383, 34 S. Ct. 341, 58 L. Ed. 652 (1914), en el cual se realizó un registro sin orden de arresto del domicilio perteneciente a un individuo llamado Fremont Weeks y las pruebas encontradas se utilizaron para condenarlo por apuestas ilegales. El caso concluyó en el tribunal mayor del territorio, donde finalmente los jueces determinaron que las pruebas obtenidas de esta manera no eran aptas para ser presentadas ante un tribunal. La condena del Sr. Weeks fue revocada y se introdujo la norma de exclusión.

persecución penal (límite ético a la actividad de persecución penal) Es decir, es aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

En los casos de prueba ilícita se produce una tensión entre las necesidades de la persecución penal y la necesidad de asegurar el respeto de las libertades individuales, el sacrificio del primer valor en pos del segundo, supone una jerarquía de valores que sólo tiene cabida en el estado de Derecho de un régimen democrático.

Tomando en consideración los argumentos y razonamientos tenidos por ciertos precedentemente, en torno a la vulneración de garantías fundamentales en la diligencia de obtención de comunicaciones privadas, esgrimidas como pruebas de cargo, y teniendo además presente que dicha afectación tiene una manifestación y corolario cierto en la desestimación de todo dato o elemento probatorio derivado de dicha diligencia atentatoria, tal y como se dijo precedentemente, ante la ausencia de otros medios de prueba derivados de actuaciones legítimas por parte del ente investigador y sus correspondientes auxiliares, que permitan servir de base a la imputación, se absolverá de los cargos formulados a los acusados en calidad de autores de los delitos incoados por el Ministerio Público y los querellantes¹⁷².

La prueba o evidencia presentada por el Ministerio Público N° 473, corresponde a 4 correos que fueron impresos y se presentaron como medios de prueba, a lo que el tribunal desestimo, argumentando que su forma de obtención no corresponde y que se vulnerarían ciertas garantías fundamentales del procedimiento de obtención de comunicaciones privadas.

En este punto nos gustaría detenernos un par de líneas para abordar un tema que se pretende modificar en la Reforma a la Ley Antiterrorista, aquel que dice relación con interceptaciones de comunicaciones. Este punto ha sido fuertemente criticado porque se estaría vulnerando la privacidad de las personas según diferentes fuentes que se han consultado en la materia. Nos parece que se ha caído en una exageración, porque si bien es el Estado que tiene que velar por la seguridad de la Nación toda, es una práctica necesaria

¹⁷² <https://microjuriscl.files.wordpress.com/2012/07/rit138-2011.pdf>, Pg. 298-299

para poder investigar. Sabemos que Para investigar los delitos la Policía, PDI o La Fiscalía utilizan distintos medios o procedimientos que son *diligencias de investigación*. Una de estas diligencias es la escucha telefónica que consiste en la captación de las llamadas de un determinado número de teléfono utilizado por el sospechoso del delito o por cualquier otra persona relacionada con él. Mediante la escucha o intervención telefónica se puede dar con los sospechosos y todas aquellas personas que están relacionadas o han tenido participación en el hecho punible.

La propuesta de Reforma a la ley Antiterrorista será tratada después de analizar los casos de terrorismo. No tenemos la intención de ahondar en el tema, debido a que es reciente y la verdad este proyecto cuenta con varios detractores, lo que significa que lograr la aprobación va a ser bastante compleja, principalmente por los grupos y ONG que solidarizan con la causa que libera el pueblo mapuche.

Retomando la idea principal en comentario y después de revisar los acontecimientos que llevaron a presentar la querrela por parte del Estado hasta el sobreseimiento de los imputados, nos queda claro que hubo errores, pero no errores en cuanto a la aplicación de la Ley antiterrorista, sino que obedece principalmente a errores garrafales en cuanto a cómo fallan los jueces y en qué criterios se basan para poder determinar si es procedente o no la Ley Antiterrorista.

Al revisar nuestra propia Constitución, nos damos cuenta que en el Artículo 9 señala que *es terrorismo todo aquello contrario a los derechos humanos*, entonces si colocar un artefacto explosivo no es atentatorio contra la vida de las personas ¿qué es? ¿Es una forma delictual que no encaja dentro del concepto de terrorismo?

En cuanto a la colocación de bombas, el Ministerio Público no pudo comprobar la participación de los inculpados, pero si a muchos de ellos se les encontró con material altamente explosivo y solo que a juicio de los

Tribunales, esos hechos no eran constitutivos del delito de terrorismo y no ameritaban darle la calificación de terroristas.

En reiteradas ocasiones escuchamos en los medios que todo fue un montaje de parte de la Fiscalía y el Ministerio Público, dadas las circunstancias en la secuencia de los hechos. La forma en que se investigaron los hechos acontecidos, la falta del debido proceso y el no haberse comprobado la asociación ilícita de los acusados, terminó desechando la acusación del Ministerio Público, y por otra parte el Tribunal declarando sobreseídos a los imputados.

Lo que sucedió no fue un trabajo mal hecho por parte de la Fiscalía, ni menos podríamos hablar de un montaje con el único fin de buscar culpables, tras esta larga seguidilla de atentados con explosivos.

Creemos que siempre ha existido en nuestros tribunales de justicia un temor para abordar delitos con este carácter. Sabemos lo difícil que es probar la conducta terrorista, pero cómo es posible que el propio Tribunal desestime el carácter de delito terrorista, dado que a veces no se puede acreditar si el objeto fue causar temor o causar daño. ¿Qué hace que una conducta sea calificada como tal y no la otra?

Al leer el Artículo 1 de la ley Antiterrorista, señala que constituirán delitos terroristas:

los enumerados en el artículo 2°, cuando en ellos concurriere alguna de las Circunstancias siguientes:

1. 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 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. Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerles exigencias.

A su vez, el artículo 2 de la misma ley en su numeral 4 señala que: Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.

Entonces ¿porque existe esa negativa de denominar delito terrorista a conductas que conllevan esas características? ¿Por qué el tribunal sobreseyó a los imputados del caso bomba I y en el Caso Bomba II, condenó a Juan Flores Riquelme?, Recordemos que fue declarado culpable del delito de posesión de bomba, seis delitos de lesiones menos graves, un delito de daños y además por el delito de carácter terrorista por el bombazo en Los Domínicos el año 2014 y la bomba puesta en el subcentro ubicado en el metro Escuela Militar.

Caso Bombas II

Relación de los Hechos

Juan Flores Riquelme fue encontrado culpable de los delitos de colocación, activación y detonación de artefacto explosivo con carácter terrorista, lesiones menos graves y daños. Mientras que los otros dos acusados, que se mantuvieron más de tres años en prisión preventiva, resultaron absueltos.

Durante la tarde de este jueves, el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago dio a conocer la sentencia respecto de los acusados en el

recordado 'Caso Bombas II', ocurrido en septiembre de 2014 en el subcentro de la comuna de Las Condes, cuando un artefacto explosivo detonó en el lugar.

Por una parte, habían determinado en diciembre la culpabilidad de Juan Flores Riquelme como autor del delito consumado y de carácter terrorista de colocación, activación y detonación de artefacto explosivo, con una pena de 15 años de cárcel. Además el tribunal falló en su contra por el delito de posesión o tenencia de bomba; seis delitos de lesiones menos graves y un delito de daños, por lo que se le adicionaron 8 años.

Mientras que las otras personas que fueron imputadas en esta causa, Nataly Casanova y Enrique Guzmán, fueron absueltas de todos los cargos en su contra, por no lograr acreditarse la participación de ellos en los ilícitos.

En el fallo se expresa que “a las 13:53 horas aproximadamente, y con alta afluencia de público, colocó en un contenedor de basura un artefacto explosivo que mantenía al interior de la bolsa que llevaba consigo ya activado, consistente en un contenedor metálico del tipo extintor de incendios cilíndrico, color rojo, con capacidad de un kilogramo, el que contenía pólvora negra como sustancia explosiva, contando con un sistema de activación eléctrico conformado por un reloj análogo y tres pilas como fuente de energía”

El fiscal a cargo del caso, Raúl Guzmán, calificó el fallo como “inédito”, considerando que se acreditó el carácter terrorista del delito.

“Son dos penas, una de 15 años y otra de ocho años por los delitos respecto de los cuales fue acusado por el Ministerio Público, infracción a la Ley de Armas y delitos de connotación de carácter terrorista, un fallo categórico e inédito”, afirmó.

En tanto, el abogado del acusado, Jorge Moraga adelantó que presentarán un recurso de nulidad, ya que consideran que la sentencia es “excesiva”.

“El resultado es amargo. Lo constituyen, por cierto, los 23 años de presidio que el Tribunal Oral ha estimado procedente en derecho aplicar a Juan Flores, cosa que a nosotros nos parece excesiva y hace inminente la presentación de un recurso de nulidad en los próximos días”, argumentó.

En diciembre del año pasado el tribunal desestimó el carácter terrorista en el ataque al metro Los Dominicos, así como la participación de Nataly Casanova y Enrique Guzmán en los hechos.

Al haber sido calificados los hechos bajo la figura de delito terrorista, todos los acusados se mantuvieron en prisión preventiva desde septiembre de 2014, todo esto amparado en el contexto de la Ley Antiterrorista. Luego del fallo del 21 de diciembre pasado, Nataly Casanova y Enrique Guzmán recuperaron su libertad, no así Juan Flores, quien esperó en prisión preventiva la lectura de sentencia de hoy¹⁷³.

El fiscal regional Metropolitano Sur a cargo del Caso Bombas II, Raúl Guzmán, abordó en CNN Chile la resolución que condenó a Juan Flores por delito de carácter terrorista. A juicio del persecutor, la decisión es de carácter “histórica” y la calificó como “un éxito para el Ministerio Público” y que *“se han cumplido con todos los estándares del debido proceso, no se utilizaron herramientas especiales de la ley de conductas terroristas para la averiguación de estos hechos salvo la reserva de la investigación durante un muy acotado período y la reserva de la identidad de uno de los testigos”*, complementó Guzmán¹⁷⁴.

Luego de conocerse del fallo, la defensa del Juan Flores, interpuso un Recurso de Nulidad, a lo que la Corte Suprema rechazó los recursos de nulidad en contra de la sentencia dictada por del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago que condenó a Juan Flores Riquelme a 8 años de presidio como autor de posesión o tenencia de bomba y daños, y a 15

¹⁷³ <https://radio.uchile.cl/2018/03/15/tribunal-dicta-15-y-8-anos-de-carcel-para-condenado-en-delitos-de-caso-bombas-ii/>

¹⁷⁴ https://www.cnnchile.com/pais/persecutor-del-caso-bombas-ii-por-condena-juan-flores-es-un-exito-para-el_20171221/

años de presidio por colocación, activación y detonación de artefacto explosivo de carácter terrorista.

En fallo dividido, la Segunda Sala –integrada por los ministros Milton Juica, Lamberto Cisternas, Andrea Muñoz, Carlos Cerda y Jorge Dahm- descartó infracción de ley en la sentencia que aplicó el carácter terrorista de las conductas atribuidas al condenado. Asimismo, descartó infracción en la determinación de la pena aplicada al imputado. La decisión se adoptó con el voto en contra del ministro Cerda¹⁷⁵.

Para concluir, podemos señalar que La Ley Antiterrorista, invocada por el gobierno para combatir la violencia en la Araucanía, fue concebida bajo un régimen dictatorial, por lo que se han ganado bastantes críticas y se sostiene que su aplicación es incorrecta, ya que es vista como ambigua y que permiten una mayor discrecionalidad a quienes la aplican. En este aspecto estamos de acuerdo porque, cómo se puede discernir si una conducta es o no terrorista, porque un caso el tribunal si condena aplicando la ley y en otros no, por citar un ejemplo el caso Bomba I y Bomba II.

Otra crítica que le podemos formular es que el término terrorista se aplica cuando el delito se comete con la finalidad de producir en la población o en parte de ella el temor justificado de ser víctimas de delitos, por lo que hace difícil diferenciar si estamos ante un delito terrorista o simplemente delincuencia.

Si creemos que no se puede aplicar la Ley Antiterrorista a diestra y siniestra, hay que distinguir, no podemos aplicarla a un grupo de jóvenes que protestan contra el sistema de salud o porque exigen mejoras al sistema a la educación, o simplemente a aquellos insurgentes que montan barricadas, pero sí estamos de acuerdo en que se debiera aplicar cuando existen que tienen como única finalidad, la de provocar daño, mediante la colocación de un artefacto explosivo, quema de camiones y peor aún, incendiar iglesias.

¹⁷⁵<https://www.radioagricultura.cl/nacional/2018/06/14/caso-bombas-2-corte-suprema-rechazo-recursos-de-nulidad-y-mantuvo-sentencia.html>

Para terminar, creemos que si es necesario endurecer las penas en contra de las personas que ponen riesgo las vidas de los demás, pero todo debe hacerse en un marco legal que vele por los derechos de las personas y sin que sean objeto de vulneración.

CONCLUSIÓN

Para nadie resulta sencillo abordar un tema tan delicado como lo es el terrorismo, puede que muchos estén de acuerdo con aplicar la ley Antiterrorista a toda clase de delitos que reúna los requisitos de los artículos 1 y 2 de la legislación en comento. Podemos estar en desacuerdo como los tribunales fallaron en los casos expuestos en el Capítulo Segundo, y lo más probables que no todos arriben a la misma conclusión, debido a lo discrecional que resulta la Ley.

Al realizar este estudio, convenimos que lo que sucede en la zona de la Araucanía, es un conflicto entre dos pueblos, uno que reivindica su identidad y su dominio sobre esas tierras y en el caso del Estado de Chile, es quien detenta la autoridad. No podemos decir que todos los mapuches cometen actos delictivos con connotación de terrorismo, pero tampoco podemos ser ciegos ante una situación que sigue escalando. El Estado de Chile debe buscar soluciones y buscar acuerdos para frenar esta ola de violencia.

Incluso se ha llegado a señalar que no estamos ante una escalada de terrorismo en la Araucanía, sino que es solamente resistencia a la represión en la cual han vivido durante años. Pero resulta inaceptable considerar que lo ocurrido esa madrugada del 13 de febrero en la Araucanía no fue terrorismo, el homicidio y posteriormente el incendio a la casa del matrimonio Luchsinger Mackay, está lejos de ser visto como una lucha social.

Creemos que por parte de los medios y algunos sectores políticos ha habido una especie de cacería de brujas contra el pueblo mapuche, en ese afán de usar esta legislación, ya que nos parece absolutamente discriminatorio aplicárselo especialmente a ellos.

El terrorismo constituye una de las amenazas más graves para la paz y seguridad internacionales. Supone una de las mayores violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como de los principios fundamentales de democracia y de respeto al Estado de derecho.

Sin embargo, el Terrorismo que podemos estudiar o simplemente ver en los medios, está lejos de parecerse a los casos que hemos conocido en Chile. Los medios que emplean para provocar pánico en la población es diametralmente diferente, su modus operandi, su financiamiento, no guarda relación con los hechos de violencia que existe en Chile.

El terrorismo es un delito que debe ser perseguido a través de sistemas de justicia penal y con todas las garantías de un proceso justo, en el marco del Estado de derecho. La lucha contra el terrorismo y el respeto a los derechos humanos son dos objetivos que se refuerzan y se complementan mutuamente.

El Estado Chileno para hacerle frente a este tipo de violencia, recién a comienzos de año, señaló que la Ley Antiterrorista será modificada. Todo esto debido a los ataques incendiarios en la zona de la Araucanía y a la ola de violencia que va en escalada y parece no tener fin. Lo interesante de este Proyecto de Ley es que lo que se pretende cambiar a la actual ley, es bastante importante, ya que varias figuras sufrirían cambios y que vendrían a fortalecer el concepto de delito de terrorismo propiamente tal, y así evitar el carácter de subjetividad y facilitar su interpretación objetiva de la prueba de los hechos o de las conductas de dicho delito por parte de la Fiscalía y de nuestros tribunales.

Además, es necesario endurecer las penas a las personas que han sido condenadas por este delito, recordemos que es nuestra propia Constitución la que se encarga de señalar los derechos y beneficios que los ciudadanos pierden. Poner restricción a los beneficios a los condenados por Ley Antiterrorista, de forma tal que no se le apliquen penas sustitutivas y que cualquier beneficio de acceso a libertad condicional se cumpla una vez que haya cumplido dos tercios de su pena y no la mitad como ocurre actualmente.

No es la única ley que se pretende modificar, hay otros proyectos de ley que también han estado en la mira y se planea su modificación, algunos ya fueron enviados al congreso y actualmente se encuentran en la primera etapa legislativa, como sucedería con la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y el proyecto de ley que busca la imprescriptibilidad de delitos sexuales.

BIBLIOGRAFÍA

1. El delincuente en relación a la Antropología Criminal. Lombroso.
2. FERRI. Principios de Derecho Criminal, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933, p.568
3. MAXWELL, J. Le Crime et la société. Paris, Ernest Flammarion Editeur, 1920, pp.214 y ss.
4. Las teorías bio-criminológicas y las socio-criminológicas.
5. LAQUEUR, 1983
6. Tratado de Criminología, Trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1985.
7. RANGUEL, Enrique; Estudios sobre la violencia, Edit. Monteavila, Caracas, 1974.
8. La etiología criminal se orienta hacia la búsqueda de "las causas del delito"
9. LARRAURI, E. 1991.
10. FALS BORDA, Orlando. Las revoluciones inconclusas de América Latina. Ed. siglo XXI, México, 1968.
11. Politique Criminelle et Droit Pénal, Actes du Premier Colloque regional espagnol, Octubre de 1977, en RIDP, N°1, 1978, pp.43 y ss. y SERRANO PIEDECASAS, J.R.
12. SERRANO PIEDECASAS, J.R. 1986, p.40.
13. ZOLO, 1983, pp. 97-99.
14. VOLD, G.B. Theoretical criminology, New York, 1958, p.202. Cit. por BARATTA, A. 1979 a), p. 10.
15. LARRAURI, E. 1991, p.147
16. Critical criminology, the construction of social problems, and the question of rape
17. Street Crime: a view from the left", en Crime and Social Justice.
18. OUNG, 1975, p.111.
19. Guilt, justice and tolerance: some old concepts for a new criminology.
20. Sobre el concepto de violación a los derechos humanos y su origen, Infra Cap. II, IV. El terrorismo.
21. Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la Ciencia Penal", en La Reforma del Derecho Penal II, Ed. a cargo de Santiago Universidad Autónoma de Barcelona.
22. La revolución Rusa", en Escritos Políticos, trad. de G. Muñoz, Barcelona.

23. Criminología crítica y política penal alternativa".
24. El proceso de criminalización (Derecho penal Moderno) en el sistema capitalista, según ZOLO.
25. La libertad ideológica en el derecho penal, Edit. PPU, Barcelona.
26. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 4ª ed.; Edit. Losada, Buenos Aires.
27. Terrorismo, delincuencia por convicción y derecho penal simbólico.
28. Universidad de Castilla La Mancha.
29. Terrorismo, delincuencia por convicción y derecho penal simbólico", Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, U. de Castilla La Mancha.
30. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (CCLJ) en Historia de la Ley 19.027 (D. Oficial 24 enero de 1991).
31. Último Reglamento Penitenciario, DS 518 de 21 de agosto de 1998
32. Boletín 1976-07 de 8 de agosto de 1997, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile.
33. Diario Oficial de la República de Chile, 20 de enero 1992.
34. Comentarios sobre dos propuestas legislativas: creación de un sistema nacional de inteligencia y modificación de la ley antiterrorista", Santiago de Chile, Septiembre de 1997. Documento de circulación privada.
35. Emergenza penale e crisi della giurisdizione", en DDPP, 1984.
36. El indefinible concepto de terrorismo, George, P Fletcher.
37. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 46 de 21 de diciembre de 1987.
38. Rev. derecho (Valdivia) vol.29 no.2 Valdivia dic. 2016.
39. Constitución Política de la República de Chile. Año 1989 – Artículo 9.
40. Ley 18.314. Conductas Terroristas; Determinación de las penas, Año 1984.
41. Blanca Bórquez P. / Mauricio Amar D. – Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones BCN Email: bborquez@bcn.cl, Anexo: 1844. mgamar@bcn.cl, Anexo: 1712, 22-10-2009. Serie Estudios N° 1
42. El terrorismo en la Constitución chilena, Myrna Villegas Díaz
43. Constitución Política de la República
44. Ley Antiterrorista N° 18.314
45. Sentencia del Tribunal, Caso Bomba I , Causa RIT 138.2011

