

Minuta sobre Ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad N° 18.314 y derechos fundamentales



Observatorio Parlamentario *

Septiembre de 2010

* Minuta elaborada por Matías Meza-Lopehandía G. en coautoría (en calidad de experta) con la Profa. Dra. Myrna Villegas D. Matías Meza-Lopehandía es Abogado de la Universidad de Chile y miembro del equipo jurídico del [Observatorio Ciudadano](#); Myrna Villegas Díaz es Doctora en Derecho Penal y postgraduada en criminología por la Universidad de Salamanca, España. Actualmente se desempeña como investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora de Derecho Penal en la Universidad Central de Chile. Además es profesora de los programas de magíster en derecho penal en la Universidad de Chile. Los autores agradecen la colaboración del abogado y profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile, Rafael Collado.

Tabla de Contenidos

I. Introducción

II. Tratamiento constitucional del terrorismo

III. Tratamiento internacional del terrorismo

IV. Modificaciones a la ley de conductas terroristas desde su dictación a la actualidad

V. Descripción de la Ley (lege lata): a) Elementos del tipo; b) Agravamiento de la pena; c) Adelantamiento de la punibilidad; d) Determinación de la pena; e) Cómputo de la pena; f) Normas procesales especiales: querellas, plazo de detención; medidas cautelares especiales; medidas especiales de protección de testigos y peritos;

VI. Principales críticas: a) Aspectos sustantivos: problemas del tipo, el problema de la intensión terrorista y el problema de la amplitud de la segunda circunstancia de calificación; el problema de la amplitud del catálogo de los delitos base; el adelantamiento de la punibilidad; el agravamiento de la punibilidad; b) Aspectos procesales: El gobierno como interviniente; La falta de control de la formalización por parte del Juez de Garantía pese a la afectación de derechos del imputado; la excesiva amplitud de medidas especiales: i. el excesivo periodo de detención sin control judicial; ii. provisión de fondos y testigos pagados; iii. la ocultación de identidad durante la investigación, el secreto de la investigación y los testigos sin rostro en el juicio oral; iv. Control jurisdiccional insuficiente de las medida de intervención en las comunicaciones del art. 14.3.

VII. La aplicación de la Ley 18.314 a mapuche en el marco de sus reivindicaciones territoriales y las recomendaciones internacionales en la materia

VIII. Propuestas de reforma vigentes

IX. Propuesta de reforma legal (lege ferenda): a) Aspectos sustantivos; b) Aspectos procesales.

X Conclusión

I. Introducción

Desde hace una década, se ha masificado la aplicación de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad (LCT), para perseguir y reprimir hechos presuntamente delictivos acontecidos en el sur del país, particularmente en las llamadas *tierras antiguas* de las comunidades mapuche. Se trata fundamentalmente de actos que podrían ser catalogados como desobediencia civil o protesta social (cortes de ruta, barricadas), y atentados incendiarios que afectan plantaciones de pino y eucaliptus, plantaciones, y camiones y maquinarias forestales. Esta calificación jurídica ha sido flanco de diversas críticas, tanto por el origen de la norma aplicable (régimen militar) como por el contenido de sus disposiciones, que como se demostrará en adelante, adolecen de una amplitud tal que su aplicación resulta excesivamente gravosa para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que son formalizadas y/o acusadas bajo esta normativa de excepción. Más aun, cuando en el marco del conflicto no se han registrado muertes ni lesiones graves imputables a comuneros mapuche.¹

El ordenamiento jurídico establece una serie de derechos fundamentales a las personas. Entre estos destaca el respeto al principio de legalidad, el que se ve seriamente cuestionado en esta ley debido a la amplitud de los tipos penales, y aquellos que forman parte del debido proceso. Todos estos en virtud del artículo 5° inciso segundo de la Constitución se imponen como límites al ejercicio de la soberanía del Estado.² Hay que considerar que en la lucha a toda costa contra el terrorismo no pueden pasarse por alto garantías, de manera tal que la persecución y represión del terrorismo debe siempre enmarcarse dentro del respeto de los derechos fundamentales de las personas. Así lo ratifica la Convención

1 De hecho, los muertos han sido comuneros mapuche: Alex Lemun (2002), Matías Catrileo (2008), Jaime Mendoza (2009).

2 Conforme a la disposición citada, éstos derechos son los “*esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. Así mismo, la norma establece el deber estatal de promover tales derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile. Éstos conformarían un *bloque constitucional de derechos* que actúa como límite al ejercicio de la soberanía. Sobre este concepto ver por todos: NOGUEIRA, Humberto, *Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile*, en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 6 N° 2, 2002, pp. 229-279; PFEFFER, Emilio y EVANS, Eugenio, *Reforma Constitucional 2005: derechos y garantías constitucionales*, en ZUÑIGA, Francisco, *Reforma Constitucional*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 321-343; RUIZ-TAGLE, Pablo, *Presentación: Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile*, en *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001

Interamericana contra el Terrorismo, tratado internacional vigente y ratificado por Chile.³ Sin embargo, los gobiernos de diversos países consideran legítima la restricción radical de derechos individuales en la persecución de este tipo de delitos, por cuanto implicarían un atentado permanente a los fundamentos del ordenamiento jurídico, visión que encontraría su fundamento en posturas expansionistas dentro del derecho penal, para las cuales, Por ello, el terrorista debe ser tratado como individuo peligroso (adelantamiento de la punibilidad, derecho penal de autor, etc) y no como persona, porque él mismo se ha apartado de manera duradera del derecho, no acepta la *constitución ciudadana* y por lo tanto no presta las mínimas garantías cognitivas de ajustarse a la conducta que se espera de él.⁴ Hacer lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de los demás.⁵ Este tratamiento especial, es conocido como derecho penal del enemigo.⁶

Independientemente de la postura que se adopte en esta materia, sea que se justifique o no el tratamiento de enemigo para quienes incurren en conductas terroristas, existe acuerdo en que **la legislación de excepción debe ser estrictamente aplicada a los casos más radicales de fuga del derecho, y no para perseguir responsabilidades en delitos comunes**, aun cuando éstos puedan darse en forma reiterada y por diversas motivaciones. De lo contrario, se debilitan los fundamentos mismos del Estado de Derecho:

*[N]o todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico. Por ello, la introducción de un cúmulo -prácticamente inabarcable ya- de líneas y fragmentos del derecho penal del enemigo en el derecho penal general, es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho.*⁷

3 Su artículo 15.1 establece que “*Las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.*” El instrumento de ratificación se depositó en la Secretaría General de la OEA en septiembre de 2004, publicándose en el Diario Oficial en febrero de 2005.

4 JAKOBS, Günter, *El derecho penal del enemigo*, en JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel, España, Civitas ediciones, 2003, pp. 40s .En general derecho penal sería el método con que se reacciona para restablecer la vigencia de una norma erosionada por el comportamiento desviado de un ciudadano que actúa erróneamente. Pero el terrorista no se ajusta generalmente su conducta a las expectativas cognitivas de los demás, es más, busca destruir el ordenamiento jurídico.

5 *Ídem*, p. 47.

6 “*...quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas al Estado de Derecho[...] debe llamar de otro modo a aquello que hay que hacer con los terroristas, si no quiere sucumbir; es decir, lo debería llamar Derecho Penal del Enemigo, guerra desenfrenada*” (*Ídem*, p. 42)

7 *Ídem*, p. 48.

En este sentido, es indispensable que las conductas calificadas como terroristas en la legislación sean de la entidad que amerita la aplicación de un estatuto de excepción que restringe gravemente los derechos fundamentales de los imputados, y definitiva de todos los ciudadanos, pues nadie está libre *a priori* de ser objeto de una investigación penal.

A continuación, revisaremos el tratamiento que la Constitución hace del terrorismo y luego algunos de los principales tratados internacionales ratificados por Chile en la materia. Ahí constataremos que no hay ninguna razón para entender justificada la vulneración de garantías procesales por el hecho de tratarse de la investigación y juzgamiento de delitos de terrorismo. Luego revisaremos el origen de la Ley N° 18.314 y las modificaciones que ha sufrido hasta la actualidad, donde se relativizará la visión que se trata de una ley heredada de la dictadura. A continuación expondremos una descripción detallada de las principales características de la ley actualmente vigente y las principales críticas de sus aspectos sustantivos y procesales. También revisaremos las recomendaciones internacionales dirigidas al Estado de Chile en relación a la aplicación de la misma en el marco de las reivindicaciones mapuche y los proyectos de reforma actualmente en tramitación, su contenido y estado. Finalmente propondremos un texto de modificación acorde con el estándar de derechos reconocidos en nuestro ordenamiento y que pretende a la vez constituir una herramienta potente de persecución del terrorismo. En éste explicaremos la fundamentación de cada modificación.

El objetivo de este trabajo es aportar en la necesaria y postergada discusión que se avecina en nuestro país para ajustar la normativa contra el terrorismo, de manera de tener una herramienta eficaz en su persecución y penalización y que al mismo tiempo fortalezca el Estado de Derecho y los derechos fundamentales de las personas.

II. Tratamiento constitucional del terrorismo

La Constitución Política de la República (CPR) establece normas específicas relativas al terrorismo. En el capítulo sobre las bases de la institucionalidad, señala un concepto programático del mismo indicando que “*el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es contrario a los derechos humanos*” (art. 9). Es este concepto el que debe impregnar la tipificación que pueda hacerse de ciertas

conductas como terroristas. En función de esto, parte de la doctrina ha establecido que esta legislación debe limitarse a proteger los bienes jurídicos más elementales, esto es, los derechos humanos vinculados a la indemnidad personal⁸.

Asimismo, la CPR remite la calificación de los delitos de terrorismo y su penalidad a una ley de quórum calificado, sin perjuicio de que ella misma establece penas accesorias mínimas. Por otra parte, determina que para todos los efectos legales, los delitos de terrorismo serán considerados como delitos comunes y no políticos. De esta manera se busca excluirlos del tratamiento que el derecho internacional otorga a estos últimos.⁹ Asimismo, se prohíbe respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.¹⁰

En el capítulo de nacionalidad y ciudadanía, la CPR suspende el derecho a sufragio de quien se halle acusado por delitos de terrorismo, y priva de ciudadanía a quienes hayan sido condenados por delitos de terrorismo que ameriten pena aflictiva, la cual puede ser recuperada mediante rehabilitación del Senado, tras haber cumplido condena.¹¹

Por otra parte, el artículo 19 N° 7 letra c), autoriza al Juez a ampliar la detención de quien sea imputado por delitos de terrorismo hasta por 10 días¹². La letra e) del mismo artículo establece requisitos adicionales para la revisión de la libertad otorgada al imputado por conductas terroristas, requiriendo que sea conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Esta norma se reproduce en la ley 18.314 vigente, y no fue tocada ni por la reforma constitucional, ni por la reforma procesal penal. La ley adecuatoria de esta última modificó la ley 18.314 pero no en lo tocante a

8 Así, DEL BARRIO REYNA, Alvaro. - LEÓN REYES, José Julio; *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos, AHC, Chile. 1990, p.126., VILLEGAS DÍAZ, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, España, enero 2002, sin publicar. Vol. II, pp. 613 y ss. Disponible en http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2001/villegas_m/html

9 Esta exclusión está de acuerdo con el desarrollo del derecho internacional en la materia. *Cfr.*, artículo. 11 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo; artículo 11 Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.

10 Artículo 9° CPR

11 Artículos 16 N° 2 y 17 N° 3 de la CPR.

12 Esta norma se reproduce en la ley 18.314, y no fue modificada ni en la reforma constitucional, así como tampoco con la reforma procesal pena, tanto en su original como en la ley adecuatoria.

este punto.

Es precisamente esta gravedad de tratamiento procesal del terrorismo lo que obliga ser especialmente restrictivos en la tipificación y calificación de los delitos de terrorismo. Considérese que al terrorista se lo margina de la vida social, tanto durante la investigación (suspensión del derecho a sufragio) como después de la condena, en donde no solo queda privado de la ciudadanía, sino asimismo inhabilitado para el ejercicio de otros derechos¹³. Conforme al art. 9 inciso 2 de la CPR:

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 establecimiento 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.

Cabe destacar que, en todo caso, no existe disposición constitucional expresa que autorice un régimen de excepción para el tratamiento de los imputados y condenados por terrorismo en lo que respecta a sus derechos constitucionalmente garantizados. Los únicos a que se refiere la Constitución expresamente son: la suspensión del derecho a sufragio del imputado - también común a otra clase de delito (todos los que merecen pena aflictiva) - la privación de la ciudadanía para el condenado, la posibilidad de ampliar plazos de detención y un tratamiento especial de respecto de la prisión preventiva. La Carta fundamental nada dice de afectaciones a la presunción de inocencia, al derecho a la intimidad, así como tampoco impide la libertad provisional. Por ello, muchas de las disposiciones que otorgan facultades especiales de investigación al Ministerio Público constituyen una vulneración abierta a la presunción de inocencia, principio reconocido y garantizado por la Constitución a través de su artículo 5° inciso segundo, lo cual debe ser corregido en la reforma que se discute.

Sin perjuicio de lo señalado, la regulación constitucional del terrorismo carece de justificación. Incluso su calificación como delito común, está hoy establecida en diversos tratados internacionales

13 En este sentido, Villegas, M. ob.cit, 2002, Tomo I, cap. 3.

ratificados por Chile, los cuales son parte integrante del ordenamiento jurídico.

III Tratamiento internacional del terrorismo

El carácter global del fenómeno del terrorismo, ha motivado la reacción de la comunidad internacional. En su seno se han promovido una serie de tratados que buscan coordinar la acción de los Estados frente a este flagelo,¹⁴ al tiempo que establecen ciertos estándares de respeto a los derechos fundamentales en su persecución.

En el ámbito interamericano, y siguiendo el ejemplo de la profusa legislación que nace tras los atentados de 11 Septiembre en EE.UU., el 3 de junio de 2002 se adoptó, en Bridgetown, Barbados, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, ratificada por más de 20 países, entre ellos, Chile.¹⁵ En ella se establece un catálogo de delitos de terrorismo a los que resultan aplicables las disposiciones de la Convención; mecanismos de cooperación; medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo; y el papel de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo¹⁶.

Para el objeto de este informe, resulta relevante destacar dos cuestiones. Lo primero es que la Convención establece un catálogo de lo que se entenderá por terrorismo para los efectos del tratado. Si bien no constituye una tipificación de los mismos, ni una lista restrictiva para el derecho interno, si es una orientación ineludible a la hora de repensar el catálogo de delitos de terrorismo en nuestro ordenamiento jurídico interno. El artículo 2° de la Convención establece que son delitos de terrorismo los establecidos en los siguientes instrumentos internacionales: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; el Convenio para

14 La lista completa de los dieciséis tratados internacionales en el ámbito de Naciones Unidas puede obtenerse en línea, <<http://www.un.org/spanish/sc/ctc/laws.html>>

15 En línea <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4542.pdf>>

16 Puede encontrarse un análisis de la misma en ASOCIACIÓN AMERICANA DE JURISTAS: *Cuestión de la Violación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en cualquier Parte del Mundo*, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS NU 59° período de sesiones, Tema 9 del programa provisional. Disponible en <http://www.unhchr.ch>; VILLEGAS, Myrna. “Convención Interamericana contra el terrorismo: Entre la involución de las garantías y la desprotección de los derechos humanos”, en *Revista de Derecho y Humanidades*, N°9, 2002-2003, pp.175-201 (Universidad de Chile) y en *Nuevas Tendencias del Derecho*, Libro Homenaje a los profesores Avelino León, Fernando Mujica, y Francisco Merino, Edit. Lexis Nexis, julio de 2004, pp.95-127;

la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; la Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979; el Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997; y el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999. Como puede apreciarse, estos diez instrumentos internacionales se refieren a conductas lesivas gravísimas, que son las que ameritan la calificación de terrorista y las consecuencias jurídicas que acarrea.

En cuanto al segundo punto de interés anunciado, la Convención reafirma enfáticamente el deber de respeto de los derechos fundamentales consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos y en el ordenamiento interno respectivo. Señala al respecto el artículo 15:

1. *Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con **pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.***
2. *Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la **Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.***
3. *A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o*

*sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional.*¹⁷

Disposiciones similares se encuentran en los diversos tratados internacionales para la persecución del terrorismo del ámbito de Naciones Unidas. Así por ejemplo, el Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, de 1997, señala que:

*Toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo al presente Convenio gozará de un trato equitativo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y con las disposiciones pertinentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional en materia de derechos humano.*¹⁸ [...]

*Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y de los individuos con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario.*¹⁹

Disposiciones similares aparecen en el artículo 17 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 2000; en el artículo 12 del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005; y en las Enmiendas a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 2005.²⁰

Como puede apreciarse, este mandato de respeto a los derechos fundamentales, está en sintonía con la regulación constitucional de la persecución y castigo del terrorismo, sin perjuicio de las disonancias como el principio de presunción de inocencia ya referidas.

17 El **destacado** es nuestro.

18 Artículo 14 del Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (CIRATB)

19 Artículo 19.1 (CIRATB)

20 Los primeros tratados internacionales sobre la materia, que surgieron en los años 70's no contenían mención a los derechos humanos. De hecho, la primera referencia a éstos en el ámbito de Naciones Unidas, es en los considerandos de [Convención Internacional contra la toma de rehenes](#) de 1983.

IV. Modificaciones legales a la Ley 18.314 sobre conductas terroristas desde su dictación a la actualidad

La LCT fue publicada como Ley el 17 de mayo de 1984 bajo el régimen militar, y su aplicación fue profusa para la represión de conductas – mas violentas²¹, o menos violentas²²- de la disidencia política. El análisis de su contenido original excede el ámbito de este trabajo,²³ pero sí cabe señalar, primero, que la ley se caracterizaba por la ausencia de un concepto de terrorismo. Era de una objetividad extrema desde que describía las conductas sin hacer alusión a ningún tipo de finalidad en el agente. En segundo lugar que su modificación fue uno de los elementos centrales en el inicio de la transición democrática²⁴.

El 22 de febrero de 1990, poco antes de la transmisión del mando militar al civil, se publicó la primera reforma a esta norma, que derogó parte del artículo 1° -que describía las conductas típicas en 16 numerales-, se eliminó el castigo de cómplices y encubridores como autores, se derogaron las normas que castigaban la tentativa y el delito frustrado como consumado, la que establecía la obligación legal de toda persona a denunciar la planificación de un delito terrorista del que tuviera conocimientos y la que penaba a los sospechosos de ser activistas de doctrinas violentas y ocultaren su identidad ante requerimiento de la autoridad.²⁵

Más tarde, y junto con el denominado paquete legislativo “*Leyes Cumplido*”, el 24 de enero de 1991, la LCT sufrió una nueva modificación.²⁶ En ella se sustituyó definitivamente su artículo 1° por el

21 Ej. Atentado a Gral. Pinochet y Asalto a Retén Los Queñes, caso asalto a la Panadería Lautaro.

22 Apología del terrorismo (Caso Clodomiro Almeyda Medina)

23 Un amplísimo examen de su origen remontándose a la primigenia Ley de Defensa permanente de la democracia (Gonzalez Videla), antecedente directo de la primera Ley de Seguridad del Estado, desde la cual se toman algunos tipos penales que se vuelcan en la primitiva ley 18.314, en VILLEGAS, M., *op.cit.*, 2002, Tomo I, Cap. V, disponible en www.cybertesis.cl. También puede hacerse el ejercicio comparativo entre la ley original y la actual consultando con provecho la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional, <http://www.leychile.cl/Navegar/controlCambios?idNorma=29731&idParte=&idVersion=2005-11-14&idVersionContexto=1984-05-17>

24 De hecho, el proyecto de modificación de la Ley N° 18314 que terminaría siendo la Ley N° 19027, ingresó a la cámara de diputados por mensaje presidencial el día 11 de marzo de 1990, esto es el primer día del gobierno de Patricio Aylwin. Ver en línea <<http://tinyurl.com/38es715>>

25 Ley N° 18. 937.

26 Ley N° 19.027. Según el Mensaje del proyecto y su definición típica, lo característico del terrorismo era “*atentar contra*

texto actualmente vigente. La característica central de esta modificación fue la inclusión de un elemento teleológico, relativo a la finalidad terrorista en los tipos penales descritos en el art. 2, a través de dos exigencias alternativas: a) finalidad de causar temor en la población o parte de ella y b) finalidad de obtener resoluciones de la autoridad. Destaca además la presunción simplemente legal de la primera de estas finalidades en función del uso de ciertos medios de comisión del ilícito. De esta forma se excluyó la finalidad política del mismo.²⁷ Por otra parte, la reforma sustituyó el artículo 2° que fijaba penalidades, por la norma actual que establece los delitos base que pueden ser calificados de terroristas. Se estableció el delito de asociación ilícita terrorista como figura autónoma. Se eliminó del artículo 7°

la vida, la integridad física o la libertad de las personas por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor en un parte o a toda la población” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.027*, 1997, p. 1)

27 De esta manera, la legislación chilena se apartó de la tendencia comparada de exigir dicha finalidad política en la configuración del injusto. En este sentido, en Italia, PONTARA, G. *Violenza e terrorismo. Il problema de la definizione e della giustificazione, en Dimensioni del Terrorismo Politico*, L. Bonanate (Ed.), Franco Angeli, Milano, 1979, pp.25-98, esp. pp.31-32. En España, ARROYO ZAPATERO, Luis. *Terrorismo y Sistema Penal*, en *Reforma, Política y Derecho*, Ministerio de. Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p.155. LAMARCA, C. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, la misma, “*Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993, pp.535-559, MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional.*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987; DE PRADA SOLAESA, José Ricardo. “*Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*”, en *Jueces para la Democracia* n° 25, marzo de 1996, pp. 73-77, CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Penal. T. II. Parte Especial*, edit. Bosch, 1999, pp. 1128-1238, SERRANO PIEDECASAS, JR. *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Ed. PPU, Barcelona, 1988, GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO, SERRANO PIEDECASAS; *Contra la Impunidad*, Dictamen, auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina, Gráficas Alberdi, S.A.; Octubre de 1998, pp. 48 y ss.; GARCÍA CALVO y MONTIEL, R. “Terrorismo y tipificación penal”, en *Actualidad Penal* n°48, 23-31 diciembre 2000. En Chile, DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés. *Terrorismo y Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Junio de 1990. p.21, DEL BARRIO REYNA, Alvaro. - LEÓN REYES, José Julio; *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile. 1990, GUTIÉRREZ SAHAMOD, L. *La política del Estado frente al terrorismo: La legislación Antiterrorista y sus modificaciones*. Cuad. N° 14 del CED (Centro de Estudios del Desarrollo), Santiago, Chile, Octubre de 1991, p.2., VILLEGAS, M. ob.cit. tesis doctoral (2002) y resto de obras y artículos citados, Parte de la doctrina entiende que la no inclusión de la finalidad política en la ley fue producto de un entendimiento inadecuado del mandato constitucional de tratar para todos los efectos penales, los delitos de terrorismo como comunes y no políticos, pues “*habría sido posible configurar el delito terrorista como un delito caracterizado por una significación ideológica sin que ello los transformara en un delito político.*” (BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, *El delito de incendio terrorista*, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, II-2003, párr. 2.). Otra visión, no contrapuesta y mas bien desde lo político criminal, es la que señala que en los momentos que se discutía reforma a la ley, uno de los problemas mas graves en la transición era el qué hacer con los presos políticos del régimen militar, privados de libertad en virtud de la ley de conductas terroristas. El temor radicaba en que si se reconocía la finalidad política en el terrorismo, se arriesgaba la calificación terrorista a los delitos cometidos por dichas personas, pues su objetivo era precisamente el acabar con el régimen militar. De otro lado, las conductas con fines políticos se encuentran en la Ley de Seguridad del Estado. En este sentido AA.VV. *Contribuciones criticas al sistema penal de la post modernidad*. Libro Homenaje a Eduardo Novoa Monreal. M. Villegas (coord.), p. 437, Universidad Central, 2007.

el castigo a la proposición para delinquir , limitándose a la conspiración y se adelantó la punibilidad al sancionar la tentativa como delito consumado y la amenaza como tentativa. Se agregó el examen médico al detenido al que se le amplía el plazo de detención. Se derogaron los artículos que otorgaban facultades a la Central nacional de Informaciones (policía secreta) se exigió el control del tribunal de todas la diligencias de investigación, y se limitó el alcance de la incomunicación.²⁸ Poco tiempo después, en agosto de 1993, se publicó una nueva modificación, que estableció que el secuestro llevado a cabo por una asociación ilícita terrorista, siempre debe ser considerado como terrorista.²⁹

Más recientemente, en mayo de 2002, la LCT fue nuevamente modificada, esta vez como producto de la creación de la nueva justicia penal.³⁰ Por lo mismo, sus disposiciones fueron esencialmente adecuatorias, lo que en algunos casos implicó un ajuste de elementos todavía disonantes con el nuevo contexto de gobiernos civiles. Así por ejemplo, se eliminó la facultad de ordenar investigaciones y ordenes de detención que mantenía el Ministerio del Interior bajo ciertas circunstancias. Sin embargo, con la modificación legal se entregaron nuevas atribuciones de investigación antes inexistentes. Así, la facultad que el juez instructor tenía para decretar el secreto de la investigación se transfirió al fiscal hasta por seis meses y se añadió la posibilidad para éste de ocultar la identidad del testigo, atribución que también tiene el Juez de Garantía. Se agregó la facultad para el Ministerio Público y el Tribunal para otorgar protección policial aun después de finalizado el juicio a los intervinientes que la requieran y al Ministerio público para tomar cualquier medida de protección, incluyendo la de *“la provisión de los recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio u otra que se estime idónea en función del caso.”*³¹ También el Tribunal quedó facultado para autorizar el cambio de identidad cuando resulte estrictamente necesario.

La profusión legislativa originada en EE.UU y en Europa después de los atentados de 11 de Septiembre también alcanzó a Chile, pues se considera entre los Estados la necesidad de implementar una cooperación internacional mas eficaz. Es así como mediante el **Decreto N° 488** del Ministerio de Relaciones Exteriores (13 Nov. 2001), se ordenó dar cumplimiento a la Resolución N°1.373 (28-09-

28 Ley 19.027.

29 Art. 4° Ley 19.241 que modificó el art. 2 N°5 de la ley 18.314 añadiendo un inciso segundo.

30 Ley 19.806 de 31 de mayo de 2002.

31 Art. 19 Ley 18.314

2001) de Naciones Unidas (NN.UU.). En este sentido la ley N° 18.314 fue reformada por la la ley N° 19.906 de 13/11/2003 creando un tipo penal específico que sanciona el financiamiento al terrorismo (art. 8 ley 18.314). Posteriormente y mediante **Decreto N° 519** (6 de feb.2002), se promulgó Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15-12-1997). **Paradójicamente no hemos adecuado la ley 18.314 a sus disposiciones, de gran importancia al momento de evaluar si se protege o no la propiedad en una ley de conductas terroristas.** Luego vino el **Decreto N° 263**, Ministerio de Relaciones Exteriores (10 de febrero de 2005), mediante el cual se promulgó la Convención Interamericana contra el terrorismo (Barbados, 3 de junio de 2002)³². Finalmente la ley 20.074 de 2005, sustituyó el texto del artículo 14° exigía la autorización del Juez de Garantía para formalizar por Ley de conductas terroristas, dejando su aplicación a manos exclusivas del fiscal a cargo de la investigación, sin control posible por el Juez de Garantía.³³

V. Descripción de los principales elementos de la Ley de conductas terroristas.

a) Elementos del tipo

En general, y así sucede en la mayoría de las legislaciones del mundo, los delitos de terrorismo son *delitos de forma libre*, esto es, se trata de conductas que ordinariamente ya están tipificadas como delitos comunes u otras leyes especiales, pero cuya penalidad se agrava por las características terroristas de su comisión³⁴. Siguiendo esta tendencia la LCT, y conforme al mandato constitucional, establece ciertos delitos base que luego son calificados de terroristas en función de ciertos elementos subjetivos que describe en su artículo primero. En otras palabras, no existe un delito terrorista, sino que

32 AA.VV. *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad*, ob.cit., p.426, nota 4.

33 El texto del artículo proveniente de la ley 19.806 decía: “Artículo 14.- En los casos del artículo 1° de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público solicitará al juez de garantía que califique la conducta como terrorista. En virtud de esta calificación, que se efectuará mediante resolución fundada, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decreta, por resolución igualmente fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:...”

34 VILLEGAS Díaz, Myrna. *Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal*, en Revista Política Criminal N°2, A3, Santiago, Chile, 2006, p.1-31, disponible en www.politicacriminal.cl y en Rev. Pensamiento Penal, N°42 de 22 diciembre 2006, Buenos Aires, www.pensamientopenal.com.ar

existen delitos que califican como terroristas ya sea por el medio comisivo utilizado o bien por la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo especial. La ley establece dos circunstancias alternativas, según se desprende del encabezado del mismo artículo:

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

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

*2ª Que el delito sea cometido para **arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias**.* 35

La primera circunstancia de calificación es subjetiva, por cuanto implica el autor tenga la finalidad de producir temor en la población, agregándole un *elemento objetivo de concreción*, que emana de la naturaleza y efectos (destructivos) de los métodos empleados o de la existencia de un plan para atentar contra sectores específicos de la población. En cuanto al primero de estos elementos, un sector de la doctrina sostiene que este elemento determina la configuración de un *delito de intención de resultado cortado*.³⁶ Otro sector estima que razones garantistas obligan a interpretar este elemento como de *tendencia intensificada*, pues para que se configure el delito basta con que “*el autor confiara a la acción típica un especial sentido subjetivo, sin que se exija un resultado en orden a que efectivamente el autor alcance sus propósitos, es decir, que efectivamente se cause temor, o que se*

35 El **destacado** es nuestro.

36 En esta opinión, BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, *op. cit.* parr. 3.2., Los delitos de intención son aquellos en que la voluntad del autor va dirigida a un resultado que está más allá del descrito en el tipo. Los de resultado cortado, son aquellos en que la efectiva producción del resultado esperado por el autor no es necesaria para la realización del tipo (*Ídem*).

altere la paz pública. Bastando con el 'resultado de peligro' para el mismo".³⁷

De todas formas, la ley presume -o sea, invierte la carga de la prueba, que naturalmente recae sobre el acusador- que la utilización de los artificios que enumera son de aquellos que tienen la naturaleza y efectos de producir el temor en la población de ser víctima de delitos de la misma especie. Cabe señalar que la mencionada lista es abierta, en tanto contempla todo tipo de artefactos “*que pudieren ocasionar grandes estragos*” o “*efectos explosivos o tóxicos*”. Llama la atención la inclusión en esta lista de *artefactos incendiarios*, cuyo poder destructivo contrasta con los demás enumerados en el artículo.

La segunda circunstancia, no copulativa sino que alternativa, abre el tipo penal con otro elemento subjetivo, consistente en la finalidad de obtener decisiones favorables de la autoridad (arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias).

Los delitos base de terrorismo están establecidos en el artículo 2 de la LCT. En su numeral 1 se listan delitos comunes y en los siguientes se describen delitos específicamente terroristas.

Tabla N° 1. Conductas y delitos base del tipo de delito terrorista

Delito Base	Descripción típica y artículo	Bien jurídico individual protegido	Penas ³⁸
Parricidio	art. 390 CP	vida, familia	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
Homicidio calificado	art. 391 CP	vida	CP aumentado en 1, 2 o 3

37 En este sentido, VILLEGAS D., M. ob.cit., 2006, pp.14-15. Y muy ampliamente en la misma, ob.cit., 2002, Cap. VI. Sostiene la autora que los delitos de resultado cortado “*por su estructura semejante a la de una tentativa castigada como delito consumado, impiden prohiar un criterio penal garantista acorde con los derechos humanos. En ellos la acción se dirige por el elemento subjetivo hacia la lesión del bien jurídico, consumándose el tipo con la sola realización del acto dirigido hacia la consecución de un resultado valorativo, resultado que queda fuera del tipo. En cambio, en los delitos de tendencia intensificada, basta con que el agente confiera a la acción un sentido subjetivo especial, que viene a concretar la forma de lesión de la conducta típica, sobre la base de este elemento subjetivo*” Esto determinaría que se construyan delitos de peligro concreto para ese bien jurídico colectivo (orden constitucional, paz pública, seguridad pública).

38 Todos implican las penas accesorias establecidas en la Constitución.

					grados
Homicidio simple	art. 391			Vida	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
Lesiones graves	Lesiones gravísimas	Castración	art. 395 CP	integridad corporal, salud fisiológica, integridad síquica	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
		Mutilación grave y menos grave	art. 396 CP		
	Lesiones simplemente graves	Demencia, inútil para el trabajo, impotente, impedido de miembro importante, notablemente deforme	art. 397 N° 1 CP		
		enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días	397 N° 2		
Lesiones menos graves	art. 399 CP				
Secuestro simple y calificado	art. 141 CP			Libertad ambulatoria, vida, autodeterminación sexual, integridad física.	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
Sustracción de menores simple y calificado	art. 142 CP			Libertad ambulatoria, vida, autodeterminación sexual, integridad física.	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
Envío de efectos explosivos	403 bis CP			integridad corporal, salud fisiológica, integridad síquica	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
Incendio calificado y simple	Con resultado de muerte o lesiones gravísimas o graves del 397 N°1 CP	art. 474 CP		integridad corporal, salud fisiológica, integridad síquica	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados

	En lugar habitado, edificios públicos y almacenes de explosivos	art. 475 CP		
	Lugar deshabitado	art. 476 N°1 CP	Propiedad*	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
	En poblado	art. 476 N°2 CP		
	Bosques, pastos, plantíos, etc.	art. 476 N°3 CP		
Estragos	Mediante sumersión o varamiento de nave, inundación, destrucción de puentes, o mediante cualquier medio de destrucción poderos.	art. 480 CP	Propiedad*	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
Fabricación o distribución de medicamentos adulterados	art. 313 d) CP		Salud pública, vida, integridad física.	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
Adulteración de sustancias destinadas al consumo público y su distribución	art. 315 CP			
Diseminación de gérmenes patógenos	art. 316 CP			
Descarrilamiento	Descomposición de vía férrea	art. 323 CP	Propiedad, orden público?	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados
	Descarrilamiento simple y calificado	art. 324, 325 y 326 CP	Propiedad, orden público, integridad física, vida	CP aumentado en 1, 2 o 3 grados

* Cabe señalar que algunos autores consideran que el bien jurídico protegido no puede ser la propiedad, toda vez que tanto el delito de incendio como el de estrago están penados en el artículo 482 del CP, aun cuando se verifiquen respecto de cosa propia (BASCUNÁN R., Antonio, *op. cit.*, párr. 4). Sin embargo, el inciso segundo de dicho artículo, excluye de responsabilidad penal al dueño cuando lo el incendio se efectuare “*en tiempos y circunstancias que manifiestamente excluyan todo propósito de propagación, y observando los reglamentos que se dicten sobre esta materia.*” De esta manera se evidencia que lo protegido es la propiedad (ajena), expuesta por el *incendio negligente de lo propio*, toda vez que lo penado es el propósito de propagación.

Secuestro de medio de transporte	Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o	Art. 2.2 Ley N° 18.314	propiedad, vida, integridad corporal y salud	Presidio mayor en cualquiera de sus grados. Si hubiere muertes o lesiones graves se aplican las penas correspondientes a los delitos descritos en el 474 y 475 respectivamente aumentados en uno, dos o tres grados.
	realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes			
Atentado contra la autoridad	El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.	Art. 2.3 N° Ley 18.314, en relación a la ley N° 16.927 sobre seguridad del Estado.	vida, salud, integridad corporal, autoridad.	
Atentado explosivo o incendiario	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.	Art. 2.4 Ley 18.314 relacionado s al 293 y 294 del CP.	vida, salud, integridad corporal, propiedad.	Presidio mayor en cualquiera de sus grados.
Asociación ilícita terrorista	La asociación ilícita cuando ella tenga por	Art. 2.5 Ley 18.314		Presidio mayor en cualquiera de sus grados.

	objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°.			Se aumenta en dos grados para los jefes y un grado para los demás participantes. Estas se aplican sin perjuicio de las que correspondan por los demás ilícitos cometidos.
Financiación del terrorismo		art. 8° Ley 18.314		presidio menor en sus grados mínimo a medio

b) Agravamiento de la pena

Ver quinta columna de Tabla N° 1.

c) Adelantamiento de la punibilidad

La tentativa se castiga con la pena mínima asignada al delito consumado. Si ésta tuviere un sólo grado se aplica el artículo 67 del CP, imponiéndose el mínimo de ella. La amenaza seria y verosímil se castiga como tentativa, y como tal, se le da la pena mínima que corresponde al delito consumado.³⁹ La conspiración se castiga como delito consumado, rebajado en uno o dos grados.

d) Determinación de la pena

Para la determinación de la pena se recurre a las reglas generales del Código Penal. Se agrega la consideración de métodos innecesariamente crueles y las posibilidades de reincidencia considerando

³⁹ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, *op. cit.*, párr. 3.

los antecedentes del autor y su personalidad y las circunstancias y móviles del delito.⁴⁰

Constituye circunstancia atenuante (hasta dos grados) el haber tomado medidas para evitar o aminorar las consecuencias dañosas del hecho, entregar antecedentes para evitar nuevos delitos y la delación.⁴¹

e) Cómputo de la pena

El artículo 23 que:

En el caso de condena por delito terrorista y por otro tipo de delito, se cumplirá la pena asignada al o los delitos de esta ley y, posteriormente, las otras penas, contándose aquélla desde la fecha de la detención, cualquiera haya sido el delito que la motivó.

f) Normas procesales especiales

Se aplican las reglas generales del Código Procesal Penal con las siguientes salvedades.

- 1 Interposición de querellas: pueden hacerlo el Ministerio del Interior, los Intendentes Regionales, los Gobernadores provinciales y los Comandantes de Guarnición.⁴² Además se legitima como querellante a todo los habitantes de la provincia en que cometieron los delitos de terrorismo capaces de comparecer en juicio.⁴³
- 2 Plazo de detención ampliable hasta diez días, mediante resolución fundada del Juez de Garantía (revocable).⁴⁴
- 3 Medidas cautelares especiales:⁴⁵ cuando proceda la prisión preventiva, el Ministerio Público (MP), puede solicitarlas, pero ninguna puede afectar la comunicación con el imputado con su

40 Artículo 3bis inciso segundo ley Ley 18.314.

41 Artículo 4° Ley 18.314.

42 Artículo 11° Ley 18.314.

43 Artículo 111° inciso segundo CPP.

44 *Ídem*

45 Artículo 14° Ley 18.314.

abogado. Una vez decretadas son apelables con sólo efecto devolutivo. Éstas son:

- 3.1 Reclusión en lugares especiales
 - 3.2 Restringir el régimen de visitas
 - 3.3 Interceptar sus comunicaciones
- 4 Medidas especiales de protección de testigos y peritos y su entorno: todas aquellas que resulten adecuadas, las cuales pueden ser sujetas a revisión del Juez de Garantía a petición de cualquier interviniente.⁴⁶
- 4.1 Protección de identidad:
 - 4.1.1 El MP puede anonimizar los registros de las diligencias en que participen; fijar domicilio en la fiscalía o tribunal; verificar las diligencias en que participe en un lugar distinto a la fiscalía y secreto.⁴⁷
 - 4.1.2 El JG puede prohibir que se revele la identidad protegida directa o indirectamente bajo pena de reclusión menor en grado medio a máximo.⁴⁸
 - 4.1.3 El JG, cuando reciba prueba anticipada, y el TOP pueden disponer que sus testimonios se presten de manera que no sea posible su identificación física normal.⁴⁹
 - 4.1.4 Cambio de identidad: el TOP puede autorizarlo cuando sea estrictamente necesario.⁵⁰
 - 4.1.5 Secreto de la investigación: se amplía su plazo máximo de vigencia hasta seis meses.⁵¹
 - 4.2 Prueba anticipada: se agrega la posibilidad de deponer anticipadamente conforme al art. 191 del CPP, cuando se estimare necesario para su seguridad personal.⁵²
 - 4.3 Medidas complementarias: vg. provisión de fondos cambio de domicilio u otra otra que se estime idónea en función del caso.⁵³

46 Artículo 15° Ley 18.314.

47 *Ídem*

48 Artículo 16° Ley 18.314.

49 Artículo 18° Ley 18.314.

50 Artículo 20° Ley 18.314.

51 Artículo 21° Ley 18.314.

52 Artículo 17° Ley 18.314.

53 Artículo 19° Ley 18.314.

VI. Principales críticas

a) Excesiva amplitud e indeterminación de la descripción típica

El problema de la finalidad terrorista

Como vimos al comienzo de este informe, los tipos penales de terrorismo se construyen sobre la base de un delito común o de una conducta especial que se agrava por la concurrencia de cualquiera de las dos finalidades descritas en el artículo 1.

En cuanto a la primera circunstancia calificante, el tipo exige que el temor justificado de ser víctima de un delito de la misma especie sea producto de la naturaleza y efectos de los medios empleados o de la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra cierta categoría de personas.

Respecto al primero de estos *elementos de concreción objetivos* (que el temor sea producto de la naturaleza y efectos de los medios empleados), no aparece claro en qué sentido esto distingue la conducta terrorista del delito común y permite la inclusión de un abanico demasiado amplio de hechos que no justifican la restricción de derechos que la aplicación de esta legislación de excepción contempla. Si bien se ha sugerido que los métodos listados en el artículo 1.1 como premisas de la presunción legal de la finalidad terrorista deben entenderse como una exigencia objetiva adicional de “*aptitud o idoneidad intensificada*” de los métodos utilizados para configurar el tipo,⁵⁴ se trata de una interpretación que no se condice con el tenor literal de la norma, lo cual rebaja inaceptablemente el nivel de certeza jurídica que la aplicación de una normativa de excepción como esta, requiere. Por otra parte, dicha enumeración incluye el uso de *artefactos incendiarios*, cuyo poder destructivo contrasta con los demás enumerados en el artículo, al menos en cuanto a varias figuras que caben en este concepto (vg. fósforos, acelerantes), cuyo uso evidentemente no reviste la gravedad que la legislación antiterrorista requiere.

⁵⁴ BASCUÑAN R., Antonio, *op. cit.* parr. 3.2 y 3.3.

En cuanto al segundo elemento de concreción objetiva (que el temor sea producto de la evidencia que el delito obedece a un plan premeditado de atentar contra cierta categoría de personas) es problemático por cuanto la evidencia de que tal plan existe debe ser imputable al actor, en función del principio de culpabilidad.⁵⁵

Por último, cabe señalar que los elementos del tipo no incluyen algunas cuestiones que son consideradas como características propias del terrorismo, como la finalidad política o subversiva del orden institucional vigente y la participación en una organización terrorista del autor.⁵⁶ Las circunstancias de calificación terrorista en los tipos penales de terrorismo han de servir de base para la identificación de los bienes jurídicos protegidos, pues los delitos de terrorismo no protegen bienes jurídicos individuales sino ante todo, uno o más bienes jurídicos colectivos que las legislaciones y la doctrina identifican ya sea con la paz pública, la seguridad pública o el orden constitucional.⁵⁷ Identificar en los delitos de terrorismo solo bienes jurídicos individuales no sirve a efectos de fundamentar una mayor pena, pues el terrorismo no ha de identificarse únicamente con el uso de medios catastróficos en la comisión de delito capaces de afectar la vida, integridad o salud de las personas, pues siendo así, cualquier estrago podría ser calificado de terrorista. Lo distintivo del terrorismo es el uso de estos medios como instrumentos para causar temor o alarma (tendencia en la conducta) y someter a la población a sus propósitos utilitarios en orden a alcanzar una determinada finalidad que dice relación con la lesión o puesta en peligro de ese bien jurídico colectivo.

Especial consideración merece la presunción de la finalidad terrorista contenida en el inciso 2 del art. 1.1. de la ley 18.314. El legislador, consciente de que la finalidad terrorista es algo que se

55 *Ídem*. El autor además propone la construcción de una exigencia de imputación objetiva, esto es, que la exigencia de que la evidencia de atentar contra determinado grupo de personas derive de la conducta descrita en el tipo. O sea, que la realización del tipo no fuera posible sin la existencia de un plan dirigido a atentar contra una categoría de personas. La interpretación es la adecuada para la protección del Estado de Derecho, pero nuevamente implica un nivel de inseguridad jurídica impropia de una legislación de excepción.

56 En cuanto a la finalidad política o subversiva, dependerá del alcance que se le dé al concepto, ya que hoy existe terrorismo vinculado al narcotráfico y a fundamentalismos religiosos. En definitiva, se trata de proteger la sociedad democráticamente organizada.

57 La discusión sobre el bien jurídico colectivo protegido se encuentra en VILLEGAS, M. ob.cit., 2002, cap. VI. Consúltese también Del Barrio y León Reyes, quienes se refieren por ejemplo, al orden y seguridad públicas, ob.cit., p. 201. la seguridad pública

encuentra en el ánimo interno del agente, presume dicha finalidad por emplearse en la comisión del delito determinados medios catastróficos:

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.

El recurso a esta presunción implica una vulneración al principio de legalidad, a la presunción de inocencia y como veremos también el principio de *ne bis in idem*.⁵⁸ Se vulnera el principio de legalidad y la presunción de inocencia pues recurrir a las presunciones para soslayar dificultades de prueba, es algo que el derecho penal tiende a rechazar pues, en estos casos, “*la ley escamotea la descripción de la conducta, presumiendo que ésta se ha realizado cuando concurren las circunstancias por ella señaladas*”.⁵⁹ Esto ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia de los Tribunales Orales en lo Penal (TOP).⁶⁰

De otro lado se ha señalado que esta presunción acarrea problemas de *ne bis in idem*, pues de un lado, se presume la finalidad terrorista por el hecho de emplearse artificios explosivos o incendiarios, y del otro, existe un tipo penal específico destinado a castigar el lanzamiento, colocación o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios (art. 2 N°4) con lo cual esta clase de artificios revisten una doble fuente de ilicitud: sirve para satisfacer el tipo penal del art. 2 N° 4 y a la vez para dar por probada la finalidad terrorista. Según eso cualquier persona que use un artefacto explosivo o

58 Ampliamente sobre las críticas a esta presunción en Villegas, M., ob. cit. 2002, Cap. VI y VII. La misma, ob.cit., 2006, pp.13 y 14.

59 MEDINA Cecilia- MERA, Jorge; *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de Derechos Humanos*. Cuadernos de Análisis Jurídico, N°6, Santiago de Chile, 1996, p. 389.

60 “...que la ley mencionada sobre conductas terroristas se encuentra en contraposición con lo consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que prohíbe que se pueda presumir de derecho la responsabilidad penal.

En este orden de ideas, la presunción simplemente legal establecida en el artículo 1° de la Ley N° 18.314, relativa a la finalidad de producir en la población o en una parte de ella temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, se encuentra en abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia que en nuestro país tiene rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta fundamental asegura respetar y garantizar en el inciso segundo de su artículo 5°, encontrándose entre tales tratados la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1999...” Sentencia TOP Angol 07-04-2006. RIT 21-2004.

incendiario para cometer un delito (ej, montar una barricada) es automáticamente tratado como terrorista.⁶¹

El problema de la amplitud de la segunda circunstancia de calificación

Si bien, este criterio es considerado en el derecho comparado, en especial post atentados de 11 S, como un elemento distintivo de los delitos de terrorismo, el legislador optó por utilizarlo como una circunstancia de calificación autónoma, lo que permite calificar como terroristas conductas que tienen ni por objeto ni por resultado producir temor en la población ni en parte de ella⁶². Se desvirtúa la verdadera naturaleza del terrorismo, a la vez que acarrea problemas de prueba pues se necesita que la autoridad conozca el propósito del terrorista. Esto se agrava al tener en consideración la amplitud de los tipos penales base. La disposición, trae como consecuencia la criminalización de actos que perfectamente pudieran ser calificados como desobediencia civil o violencia social espontánea, o incluso la violencia social organizada que no persigue o no alcanza resultados políticos. En éstos, no es infrecuente que se comentan actos típicos como el incendio (barricada) o las amenazas, sin que éstas revistan la gravedad que requiere la invocación de la legislación de excepción analizada. Incluso delitos más graves como el homicidio o las lesiones, pueden tener su origen en actos de protesta en que se busca arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias, sin que tengan una filiación terrorista.

El problema de la amplitud del catálogo de los delitos bases y el bien jurídico protegido

Otro problema del tipo está en los delitos base. Como vimos, se trata de más de dos decenas de ellos, entre los cuales existen delitos cuya tipificación se funda en la protección exclusiva del bien jurídico propiedad, lo cual pareciera no tener justificación.⁶³ Es el caso del incendio en lugar

61 VILLEGAS, M., ob. cit. 2002, Cap. VI y VII. La misma, ob.cit., 2006, pp.13 y 14.

62 En el mismo sentido, BASCUÑAN R., Antonio, *op. cit.*, párr. 3.4

63 En este sentido, la doctora en derecho penal Myrna Villegas ha señalado que: "*Pensamos que para determinar cuál es en definitiva el objeto de tutela penal en los delitos de terrorismo, debe partirse de aquellos criterios en los que el bien jurídico gira en torno a la persona humana como ente social, en una sociedad democrática. Así entendido, su contenido material está guiado por un criterio de valoración, el que se circunscribe a los derechos humanos, entendidos como necesidades humanas, cuya determinación es social e histórica, y por tanto, sujeta a revisión*" (VILLEGAS DIAZ, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la*

deshabitado, en poblado, en bosques, pastos y plantíos y los estragos.⁶⁴ Si bien, hay autores que consideran que el bien jurídico protegido en el delito de incendio común no puede ser la propiedad, toda vez que tanto el delito de incendio como el de estrago están penados en el artículo 482 del CP, aun cuando se verifiquen respecto de cosa propia,⁶⁵ el inciso segundo de dicho artículo, excluye de responsabilidad penal al dueño cuando el incendio se efectuare “*en tiempos y circunstancias que manifiestamente excluyan todo propósito de propagación, y observando los reglamentos que se dicten sobre esta materia.*” De esta manera se evidencia que lo protegido -en el delito de incendio simple- es la propiedad (ajena), expuesta por el *incendio negligente de lo propio*, toda vez que lo penado es el *propósito de propagación*.

Por otra parte, resulta problemática la determinación de la finalidad de producir temor en la población, toda vez que el uso de *artefactos incendiarios* es presupuesto de la presunción de finalidad terrorista del artículo 1.1 y al mismo tiempo, es un elemento objetivo del tipo de incendio común si se utiliza una noción meramente funcional de *artefacto incendiario*, cuestión que ha sucedido en la práctica judicial de la última década.⁶⁶ Por ello, es necesario despejar esta ambigüedad, pues de lo contrario todos los delitos de incendio podrían ser calificados como incendios terroristas.

En cuanto al delito de descomposición de la vía férrea (323 CP), éste es un delito de intensión, para bienes jurídicos individuales (la integridad física, vida o salud de personas), sin embargo este peligro no parece tener una proximidad concreta en relación al bien jurídico colectivo que se protege en los delitos de terrorismo. La sola descomposición de la vía férrea difícilmente puede servir para materializar un atentado al orden constitucional, o el orden y seguridad públicos, como sí sucede por ejemplo con los delitos de descarrilamiento simple y calificado.

legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, España, enero 2002. Vol. II, pp. 576 y ss.)

64 Delitos base contemplados en los artículos 476 y 480 respectivamente.

65 BASCUÑAN R., Antonio, *op. cit.*, párr. 4

66 Véase CASTRO, M.- VERGARA, J.- VILLEGAS, M. et. Al. *Jurisprudencia Indígena. Cosmovisión y legislación*, Milka Castro y Juan Vergara Eds., Programa de Antropología Jurídica Universidad de Chile. Publicación Ministerio de Justicia, 2009. En la jurisprudencia examinada se da cuenta que los primeros fallos del denominado *Caso Fundo Poluco Pidenco*, calificaron como terrorista el incendio, a pesar de que éste se inició mediante bidones con bencina, y no con medios catastróficos como exige la ley.

En cuanto al atentado explosivo o incendiario (art. 2.4 LCT), el tipo resulta demasiado amplio. Por una parte incluye “*artefactos incendiarios y explosivos de cualquier tipo*”, independientemente de su poder destructivo. Esto se ve agravado, desde que el tipo no exige daño en las personas, sino solo su posibilidad (“*puedan afectar*”) e incluye en ésta el daño en la propiedad (*o causar daño*). El tipo así definido, contrastado con la segunda circunstancia calificante del artículo 1º permite calificar como ya decíamos, bajo el rótulo de terrorismo, cualquiera colocación de artefacto explosivo o lanzamiento de artefacto incendiario. s. Lo mismo puede decirse de las *bombas de ruido*. Si bien dichas conductas, pueden constituir ilícitos penales, no se ve cómo afectarían de tal manera bienes jurídicos como para ameritar la aplicación de esta legislación tan lesiva de derechos fundamentales.

El artículo 2.2 tipifica el apoderamiento o atentado en contra de medio de transporte público o la realización de actos que pongan en peligro la vida, integridad corporal o salud de los pasajeros. La figura típica base, no incorpora los medios de comisión del ilícito, ni exige poner en riesgo a los pasajeros, lo cual constituye un elemento alternativo del tipo. Esto sumando a las deficiencias de las calificantes del artículo 1º, permite calificar como terroristas conductas que no tienen la gravedad que ello requiere.

El delito de secuestro terrorista presenta un problema concursal de difícil solución con la Ley de Seguridad del Estado. En efecto, una de las hipótesis de secuestro terrorista es “*el que sin derecho encerrare o retuviere a otro privándole de su libertad con la finalidad de arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias*” (art. 2 N°1 en relación con art. 141 del CP y art. 1 N°2 de la ley 18.314). A su vez el art. 5 b) de la ley 12.927 sobre seguridad del Estado. sanciona, dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado “*a los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad privaren de libertad a una persona...*”⁶⁷

De esta forma queda a discreción del juez el calificar como terrorista o no el secuestro cuando tuviere por finalidad arrancar decisiones a a la autoridad o imponerle exigencias.

67 Amplio análisis sobre este problema concursal en VILLEGAS, M., ob.cit. 202, Cap. VII.

La incorporación de la asociación ilícita terrorista como un delito autónomo no parece muy adecuada, dado que la actuación del autor en el marco de una organización criminal es considerado por la doctrina y por el derecho comparado como un elemento del tipo de los delitos de terrorismo, o sea, como una circunstancia del núcleo común de los delitos de terrorismo, que debe concurrir en todas sus variantes.⁶⁸ Cabe considerar, en todo caso, que el delito de asociación ilícita, en estricto rigor es un acto preparatorio que ha sido elevado a la categoría de *delito de nomen iuris proprio* solo por razones político criminales.

El adelantamiento de la punibilidad

Como señalamos más arriba, la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas castiga la tentativa como delito consumado atenuado, la amenaza seria y verosímil se sanciona como tentativa, luego, con la pena mínima asignada al delito consumado. El problema de este adelantamiento de punibilidad es, de un lado, el efecto criminógeno que produce: **si al sujeto se le castiga de igual manera si intenta un delito a que si lo consuma, le dará igual entonces consumir. No hay incentivo para un eventual desistimiento antes de la consumación.** De otro lado, implica un problema dogmático y es que si la amenaza en definitiva se castiga con la pena asignada al delito consumado con el que se amenaza, el legislador entonces está suponiendo que la amenaza vendría a ser un principio de ejecución en ese delito, **lo que resulta a todas luces desproporcionado en cuanto a la pena**⁶⁹.⁷⁰ No es posible pensar que se castigue con la pena mínimamínima del incendio consumado al que llama por teléfono y amenaza con incendiar, por lo demás, nuevamente esta el efecto criminógeno. El terrorista preferirá no amenazar sino incendiar directamente. "Por otra parte se podría castigar se trata como tentativa, y ésta como *delito consumado atenuado, esta circunstancia de calificación permite castigar como delito consumado*, por ejemplo, la tentativa inacabada de delito de amenazas condicionales por el sólo hecho de estar dirigidos a la autoridad.⁷¹

68 BASCUÑAN R., Antonio, *op. cit.*, párr. 3.5.

69 VILLEGAS DIAZ, M. *ob.cit.* 2002, CAP VII, la misma, *ob.cit.*, 2006, p.p.25-26.

70 VILLEGAS DIAZ, M. *ob.cit.* 2002, CAP VII, la misma, *ob.cit.*, 2006, p.p.25-26.

71 BASCUÑAN R., Antonio, *op. cit.*, párr. 3.4

El agravamiento de la punibilidad

Uno de los problemas anotados de la LCT, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es la elevada penalidad que establece respecto de los hechos punibles que califica como terroristas. Esta situación se agudiza cuando se constata la amplitud de las circunstancias calificantes y la variedad del catálogo de tipos base, lo cual implica una vulneración del principio de proporcionalidad que opera como límite al *ius punendi* estatal. En el caso indígena, y particularmente mapuche, la aplicación indiscriminada de esta legislación, tiene efectos doblemente nocivos, ya que, para los indígenas, la cárcel tiene una connotación especial, como lo ha señalado la propia OIT.⁷² Por esto, no es casualidad que el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tratado vigente y ratificado por Chile, establece específicamente que debe “*darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*”.⁷³ Así lo ha ratificado dicho organismo : “*[existe] la necesidad de que jueces y magistrados, tribunales y administraciones nacionales encuentren penas alternativas para aplicar a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito.*”⁷⁴

La aplicación de la LCT dificulta enormemente el cumplimiento de esta obligación internacional, que obliga -en su calidad de tratado internacional que reconoce derechos humanos-, al conjunto del Estado de Chile, incluyendo al legislador, conforme al artículo 5° inciso segundo de la Constitución.

b) Aspectos procesales

Como se vio en la parte descriptiva de este informe, la Ley 18.314 sobre conductas terroristas implica una serie de medidas especiales para la investigación de delitos. Algunas de éstas impactan gravemente en las garantías procesales del imputado, lo cual carece de justificación, pues infringe

72 “[E]l encarcelamiento es un problema que afecta específicamente a los pueblos indígenas y tribales. Con frecuencia esta experiencia es tan traumática para sus integrantes, que muchos de ellos mueren en prisión.” ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Un Manual*, OIT, Perú, 2007, P, 27

73 Artículo 10.2 Convenio N° 169 de la OIT.

74 OIT, *Convenio Número...*, *op.cit.*

garantías establecidas en el *bloque de derechos constitucionales*, como el principio de igualdad ante la ley y el debido proceso. No existe autorización alguna en el ordenamiento jurídico, incluyendo los tratados internacionales sobre la materia, para realizar estas limitaciones amparándose en la persecución del terrorismo. Las normas procesales penales **no** pueden ser modificadas en perjuicio del imputado con base en el derecho penal sustantivo. Sólo razones internas, como el aseguramiento del éxito de la investigación o del proceso, son razones atendibles para esta rebaja de garantías y deben ser proporcionales y controladas.

Por esto, urge una revisión de las mismas, toda vez que, aun cuando se modificare el tipo de la calificante terrorista y se restringieran los delitos base a aquellos que sólo atentaran contra los bienes jurídicos más relevantes, la ley seguiría mostrando deficiencias desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

El gobierno como interviniente

La regla general de la nueva justicia penal, establece que la legitimación para interponer querellas es de la víctima, su representante legal o heredero testamentario. Excepcionalmente se admite la querella de cualquier persona domiciliada en la provincia donde hubiere acontecido un delito terrorista o que hubiere sido cometido por un funcionario público afectando derechos fundamentales o la probidad pública. Los órganos y servicios públicos, solo pueden querellarse cuando así lo autorice la respectiva ley orgánica.

La LCT autoriza al Ministro del Interior, Intendente Regional, Gobernados Provincial y al Comandante de Guarnición a interponer querellas frente a hechos punibles calificables conforme a los tipos establecidos en ellas. De acuerdo al CPP, la querella se puede presentar en cualquier momento antes que se decrete el cierre de la investigación y su presentación en forma autoriza al querellante para ejercer los derechos establecidos en el artículo 266 del CPP.⁷⁵ La incorporación del gobierno como

⁷⁵ Adherir a la acusación o acusar particularmente; señalar vicios formales de la acusación fiscal; ofrecer prueba para sustentar su acusación; demandar civilmente cuando correspondiere.

interviene proviene de la ley original de 1984⁷⁶ y su vigencia no ha sido discutida en ninguno de los procesos de reforma a la que ha sido sometida esta ley, salvo para afirmar, sin más, su permanencia tras los cambios provocados por la reforma procesal penal.⁷⁷

Aparentemente, la norma se justificaría en el interés público subyacente a la persecución de estos delitos. Sin embargo, este interés existe, en mayor o menor medida, en relación a todos los hechos punibles. Esto se manifiesta en la distinción entre delitos de acción privada, acción pública previa instancia particular, acción pública propiamente tal⁷⁸ y acción popular y no en la legitimación para interponer querellas. Por lo demás, el propio CPP admite la presentación de querellas por cualquier habitante de la provincia afectada, lo que le da cierto carácter de acción popular. La querella es en realidad un derecho de la víctima a ser interviniente en el proceso en que se busca determinar a los responsables del delito que lo afectó.⁷⁹ El gobierno no tiene más interés en la persecución de los delitos de terrorismo que cualquier otro órgano del Estado. Por lo demás, es el Ministerio Público el que tiene el deber-poder constitucional de hacerlo.

La facultad de querellarse que la LCT entrega a los órganos del gobierno interior, genera una distorsión al implicar una presión indebida sobre la labor del Ministerio Público, que si bien es constitucionalmente autónomo, los nombramientos de sus directivos dependen en gran medida del ejecutivo. Esto puede atentar contra la garantía constitucional de una investigación racional y justa.⁸⁰

76 El artículo 10° de la Ley 18.314 en su versión original señalaba: “*Los procesos a que dieran lugar los delitos previstos en esta ley se iniciarán de oficio por los Tribunales de Justicia o por denuncia o querrella, de acuerdo con las normas generales. Sin perjuicio de lo anterior, también podrán iniciarse por requerimiento o denuncia del Ministro del Interior, de los Intendentes Regionales, de los Gobernadores Provinciales y de los Comandantes de Guarnición, caso en el cual se aplicará lo dispuesto en el Título VI, sobre Jurisdicción y Procedimiento, de la ley N° 12.927, con excepción de lo señalado en la letra ñ) de su artículo 27. Las autoridades a que se refiere el inciso anterior podrán, además, formular requerimiento, aun cuando se haya iniciado el proceso, caso en el cual también se aplicarán las normas sobre jurisdicción y procedimiento señaladas en dicho inciso.*”

77 Puede revisarse la historia de la ley de cada una de ellas en www.camara.cl. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Mensaje boletín N° 2117-07, en línea <<http://tinyurl.com/262ulj6>>, p.4.

78 Artículo 53 y ss CPP

79 Podría argumentarse que el Estado es víctima de los delitos antiterroristas, siempre que el orden constitucional democrático fuese el objeto protegido por la norma, cuestión que es difícil de sostener con la legislación actual, que excluye del tipo el móvil político y la organización terrorista. En cualquier caso, existe la Ley N° 16.927 de Seguridad del Estado, protege el orden constitucional y el Gobierno es el único facultado para dar inicio a la persecución penal. A mayor abundamiento, en otras leyes relacionadas como la Ley N° 17.798, sobre control de armas, el gobierno no tiene estas facultades.

80 Artículo 19 N° 3 inciso quinto CPR.

La falta de control de la formalización por parte del Juez de Garantía pese a la afectación de derechos del imputado

Como vimos más arriba en este informe, el año 2005 se modificó el artículo 14 de la LCT que entregaba la calificación de conducta terrorista al Juez de Garantía, a solicitud del fiscal a cargo de la investigación, cuando correspondiere la prisión preventiva.⁸¹ La nueva norma fue producto de una indicación de los senadores Andrés Chadwick (UDI), José A. Viera-Gallo (PS) y Alberto Espina (RN),⁸² quienes sostuvieron que la regla original era contraria a los principios inspiradores del nuevo sistema procesal penal, toda vez que en éste la dirección de la investigación penal “*radica exclusivamente en el ministerio público*” y “*encomiendan al juez la función de velar por la garantía de los derechos fundamentales*”, por ello -sostuvieron los autores de la indicación- “*durante la investigación la calificación de los hechos investigados corresponde al ministerio público, en función del mérito de la investigación [...] sin perjuicio del derecho del imputado de reclamar ante las autoridades del ministerio público en caso.*”⁸³

Si bien conforme a la Constitución, es el Ministerio Público el órgano encargado exclusivo de la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado⁸⁴, es el Juez de Garantía el llamado a autorizar o rechazar las actuaciones de investigación propuestas por el órgano persecutor que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.⁸⁵ La regla general es entonces, que el fiscal formaliza la investigación de los hechos conforme a la calificación jurídica que emane de los antecedentes y el Juez de Garantía autoriza o no las diligencias y medidas que puedan afectar derechos del imputado. Sin embargo, **la Ley 18.314 sobre conductas terroristas es de**

81 El texto del artículo proveniente de la ley 19.806 decía: “*Artículo 14.- En los casos del artículo 1° de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público solicitará al juez de garantía que califique la conducta como terrorista. En virtud de esta calificación, que se efectuará mediante resolución fundada, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decreta, por resolución igualmente fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:...*”

82 El Senado aprobó la indicación y la Cámara “*introdujo, durante el segundo trámite, una modificación formal que perfecciona la idea original del Senado, pero sin modificar su esencia.*” BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley 20074*, p. 613, en línea <<http://b.tinyurl.com/35q2v8b>>

83 *Ídem*, pp. 195s.

84 Artículo 83 de la CPR.

85 Artículo 70° inciso primero del Código Procesal Penal.

carácter excepcionalísimo en cuanto derecho penal de la emergencia, y por lo mismo, restringe gravemente garantías constitucionales desde el momento mismo de la formalización, cuestión que no sucede con la normativa común.⁸⁶ Al dejarse dicha calificación al criterio exclusivo del fiscal a cargo de la investigación, quedan sin protección las garantías constitucionales de los ciudadanos, durante todo el proceso. **El control del Juez de Garantía acerca del mérito de los antecedentes que el fiscal aporta para amparar su investigación en la legislación antiterrorista es un mecanismo adecuado de resguardo de los derechos constitucionales,** cuestión por lo demás a la que está obligado el Estado en su conjunto en virtud de los artículo 5° y 6° de la propia Constitución.

Excesiva amplitud de medidas especiales

La LCT entrega una amplia gama de herramientas al ministerio público para investigar las conductas terroristas. Todas éstas, descritas en la parte descriptiva de este informe, constituyen graves limitaciones al debido proceso. Sus posibilidades de legitimación están en la aceptación de la lógica del derecho penal del enemigo, y por lo tanto, en la configuración actual del tipo penal de terrorismo, socavan el Estado de Derecho, al tratar como enemigos a ciudadanos que eventualmente han incurrido en hechos delictivos, que no constituyen una *huida duradera* del derecho. Sin perjuicio de esto, aun en un escenario de ajuste de los tipos penales, subsisten situaciones que deben corregirse respecto de las atribuciones del ministerio público. **En todo caso, mientras más amplio sea el tipo penal del terrorismo, más restrictivas deben ser las atribuciones especiales de investigación.**

i. El excesivo periodo de detención sin control judicial

El aumento del plazo máximo de detención previo al control del juez de 48 horas a diez días proviene de la primitiva ley 18.314 de 1984.⁸⁷ Su justificación estaría en que esta autorización facilitaría el éxito de la investigación. **La verdad es que no se ve en que medida pueda ayudar a la investigación la privación al sujeto de su derecho a comparecer ante el juez natural. Por otra parte, esta clase de suspensiones de garantías producen un efecto criminógeno favorable a la**

⁸⁶ Cfr. art. 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 Ley N° 18314.

⁸⁷ Artículo 11 Ley 18.314 de 1984.

aplicación de apremios ilegítimos en pos de la búsqueda de confesiones. Confesiones que además pueden perfectamente ser contradichas luego al comparecer ante el juez.⁸⁸ Por otra parte, La ley establece una serie de mecanismos menos lesivos para garantizar el éxito de la investigación, por ejemplo, algunos de los establecidos en artículo 14° de la actual ley. Esta cuestión es reconocida aun por los sectores políticos mas conservadores.⁸⁹

Considérese además que, dada la amplitud de las disposiciones, *todos somos potencialmente destinatarios de esta ley.*

ii. Provisión de fondos y testigos con reserva de identidad

El artículo 19° autoriza a la fiscalía a adoptar medidas complementarias a las señaladas en los artículos precedentes, como la provisión de los recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio “*u otra que se estime idónea.*” a quienes declaren en el proceso. Esta norma, ha llevado en la práctica a que el Estado, a través de sus organismos (Ministerio Publico) remunere a testigos protegidos durante largos periodos de tiempo, lo cual erosiona su credibilidad, al mismo tiempo que produce un efecto criminógenos a la comisión de delitos (falso testimonio, denuncia calumniosa) .⁹⁰ Por ello, la norma debe establecer claramente las situaciones en que se autoriza la provisión de fondos, y que en ningún caso esta puede adquirir la calidad de remuneración.

iii. La ocultación de identidad durante la investigación, secreto de la investigación extendido y los testigos sin rostro en el juicio oral

La LCT autoriza una serie de medidas de protección de testigos, las cuales en conjunto pueden afectar la garantía de una investigación y juicio justos y racionales.

La ocultación de identidad del testigo durante la investigación, puede resultar necesaria para su

88 VILLEGAS DÍAZ, M. Ob.cit. 2002, Cap. 3.

89 Cfr. INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, *Huelga de hambre mapuche: indebidas presiones al gobierno*, Temas Públicos, N° 981, 3 de septiembre de 2010, p. 13.

90 Puede verse el testimonio televisado de un testigo protegido que afirma haber recibido un estipendio mensual durante 9 años por parte de la Fiscalía y se queja de que hay personas que reciben pagos superiores por testimonios falsos. Ver en línea <<http://www.24horas.cl/videosRegiones.aspx?id=28049&idRegion=9>>

seguridad del mismo y el éxito de aquella. Sin embargo, genera efectos sobre la vigencia de la presunción de inocencia, y la obligación que éste impone de tratar al imputado como inocente hasta que se pruebe judicialmente lo contrario.⁹¹ Esto, se manifiesta en los casos en que la prisión preventiva se funda exclusiva o principalmente en la declaración de un testigo cuya identidad es desconocida por la defensa, lo que le impide cuestionar su testimonio en relación a sus intereses. Esto se agrava cuando la fiscalía ha decretado el secreto de la investigación, impidiéndose así el acceso a los resultados de las otras diligencias. Cabe recordar que la prisión preventiva se decreta en función, entre otras cosas, de la gravedad de la pena a que se arriesga el imputado, supuesto siempre elevado al invocar la LCT. Para evitar esta distorsión, es necesario tomar algunos resguardos, que puede ser la exigencia de requisitos adicionales para decretar la prisión preventiva sobre la base del testimonio de un testigo anónimo.

En cuanto a la declaración del testigo ante el TOP, la ley autoriza a que se haga ocultando su identidad. Esto impide una adecuada conainterrogación, que permita a la defensa establecer la parcialidad o imparcialidad del testigo y la verosimilitud de su testimonio. Las demás medidas que la LCT autoriza para proteger a testigos, que van desde la ocultación de su identidad durante la investigación al cambio de identidad, parecen suficientes para su protección. La defensa siempre debe poder conocer la identidad del testigo con la debida antelación al juicio.

iv. Control jurisdiccional insuficiente de las medida de intervención en las comunicaciones del art. 14.3.

El artículo 14.3 de la Ley N° 18.314 autoriza al Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía a “*interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.*” La norma continúa señalado que:

91 Este principio está consagrado en el Artículo 14.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos tratados internacional vigentes y ratificados por Chile, por lo que son parte del ordenamiento jurídico como límites a la soberanía del Estado conforme al artículo 5° inciso segundo de la CPR. También está consagrado legalmente en el artículo 4° del CPP, el cual tiene una entidad especial a la luz de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de la norma constitucional del citado artículo 5°: “*Nuestra Carta Política en el artículo 5°, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.*”(TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 226-1995, considerando 25°).

Las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del imputado con sus abogados y la resolución que las imponga sólo será apelable en el efecto devolutivo. Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal.

Por su parte, el artículo 236 establece una excepción, al autorizar bajo ciertas circunstancias, las diligencias sin conocimiento del afectado:

Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. *Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9° requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.*

*Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultar estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia.*⁹²

La intervención de las comunicaciones en casos de terrorismo es una medida de uso generalizado en todas las legislaciones antiterroristas, y en aquellas destinadas a reprimir el narcotráfico. Sin embargo, la normativa internacional más bien se orienta a proteger la intimidad y la vida privada, y el secreto en las comunicaciones como garantía material de la intimidad.⁹³

92 Por su parte el artículo 9° Código Procesal Penal dispone: ***Autorización judicial previa.*** *Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.*

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el Art. 1° N° 1 éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió. El destacado es nuestro.

93 Vg. Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Los requisitos formales establecidos por la ley 18.314 para que pueda procederse a la intervención son:

- a) La calificación de una conducta como terrorista por resolución fundada del tribunal, previa petición del Ministerio Público.
- b) Procedencia de la medida cautelar personal de prisión preventiva.
- c) Encontrarse formalizada la investigación o durante la audiencia de formalización de la misma.
- d) Que la medida de interceptación de las comunicaciones se haga mediante resolución fundada emanada del tribunal.

En cuanto a los requisitos materiales se exige que las comunicaciones sean telefónicas, informáticas, epistolares o telegráficas.

Estos requisitos evidencian el carácter de excepcional de la medida de intervención, dado que la motivación de la resolución debe expresar no solo la calificación de la conducta como terrorista, sino además *“las razones por las que el juez considera necesaria la intervención, ponderando los intereses en conflicto y apreciando la existencia de alternativas menos gravosas”*.⁹⁴ Además la medida debe adoptarse en el marco de una investigación penal en curso. Sin embargo, el inciso tercero del art. 14.3, abra la puerta para otras intervenciones: *“Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal”*.

Esto significa que la intervención en las comunicaciones puede, por la ley de conductas terroristas:

- a) Puede llevarse a efecto sin conocimiento del afectado.
- b) Puede afectar las comunicaciones del imputado o de un tercero (independientemente de que éste se comunique o no con el imputado).

⁹⁴ ZARAGOZA TEULER, Vicenta; *“Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales”*, en www.noticias.juridicas.com/areas/55-Derecho%20Penal/10-Articulos/200307-285592, julio de 2003, p.4.

- c) Pueden solicitarse aún antes de la formalización, esto es, cuando solo existen sospechas de que han participado en actos de terrorismo.

Existe una vulneración al principio de presunción de inocencia y al debido proceso legal desde que el afectado no solo puede ser el imputado no formalizado, sino también los terceros que con él se comuniquen, sin excluir a los abogados defensores o a funcionarios de instituciones públicas que participan en la defensa. Con lo cual también se afectaría el derecho a defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha destacado que:

*el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio de este derecho esencial, pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión, lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección en los más diversos aspectos de la convivencia [...] Que el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad. En ligamen con lo que viene de ser expuesto, menester resulta recordar que tal autonomía es también sustento del sistema de instituciones vigente en nuestro país, debiendo a su respecto cumplirse la exigencia de respeto, **especialmente cuidadoso**, que se ha destacado ya con relación a la dignidad de la persona humana.⁹⁵*

Si a este destacado nuestro en los considerandos transcritos, sobre el especial cuidado en el respeto a esta garantía constitucional, añadimos la amplitud de los tipos penales de terrorismo y el abanico de posibilidades delictivas en virtud de las cuales es posible decretar una intervención de estas características, puede afirmarse que la norma en examen es discrecional, pues contiene una indeterminación con respecto a:

- a) El contenido de la solicitud que debe realizar el Ministerio Público para que el Tribunal fundamente su resolución.
- b) Los sujetos que podrían verse afectados (hemos dicho que incluso partícipes en la defensa, como el perito).
- c) La duración de la medida.

95 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 389, considerandos 19 y 23.

- d) La medida no cuenta con un control jurisdiccional por parte de un órgano superior, como en el anterior texto de la ley N° 18.314, en el que se preveía la consulta a la Corte de Apelaciones. Solo es apelable en el efecto devolutivo cuando la interceptación se refiera a las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor. Lo que supone entonces una notificación previa a la defensa respecto de que sus comunicaciones están intervenidas.

A este respecto cabe tener presente que el art. 19 N°3 consagra el debido proceso legal. Dicha norma debe ser interpretada en relación con el art. 5° inciso 2 de la misma Constitución, que reconoce en los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana un límite a la soberanía, de tal manera que es obligatorio para el Estado respetar los derechos humanos, especialmente aquellos que se encuentran incorporados en la legislación por haber sido ratificados. Tal sucede la Convención americana de Derechos Humanos en el que se señala como garantía mínima del proceso penal el “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.⁹⁶ La medida no cuenta con un control jurisdiccional por parte de un órgano superior, como en el anterior texto de la Ley N° 18.314, en el que se preveía la consulta a la Corte de Apelaciones.

También en esto ha sido enfático el Tribunal Constitucional: “*el derecho al recurso, esto es, la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo hecho por el inferior, forma parte integrante del derecho al debido proceso*”. Así se ha señalado, entre otras sentencias, en los roles N° 376, 389, 478, 481, 821, 934, 986 y 1.432.

96 Artículo 8.2 letra h de la Convención Americana de Derechos Humanos

VII La aplicación de la Ley 18.314 a mapuche en el marco de sus reivindicaciones territoriales y las recomendaciones internacionales en la materia⁹⁷

La política penal aplicada por el Estado de Chile a comunidades y personas indígenas *mapuche* por la aplicación de la Ley 18.314 sobre conductas terroristas para perseguir delitos ocurridos en el marco de la protesta social vinculada a sus reivindicaciones territoriales y políticas, ha concitado la preocupación en distintos organismos de tratado e instancias de las Naciones Unidas (NN.UU.)⁹⁸, atención que como veremos, ha sido permanente en el tiempo.

Las instancias de derechos humanos de NN.UU. han sido explícitas en que la aplicación de esta Ley en contra de personas indígenas, ha resultado en el incumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado de Chile en virtud de tratados internacionales de derechos humanos de los es parte. Por lo mismo estos órganos han formulado al Estado de Chile diversas y reiteradas recomendaciones para abordar esta realidad, recomendaciones que lamentablemente siguen sin ser implementadas por el Estado chileno.

En efecto, ya el 2003 el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen manifestaba su preocupación sobre la situación de la administración de justicia y los pueblos indígenas, recomendando al Estado de Chile que *“bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas”*.⁹⁹ Asimismo, dispuso que *“no deberán aplicarse acusaciones de delitos*

97 Esta acápite se basa fundamentalmente en el informe en derecho preparado por el abogado y máster en derechos humanos José Aylwin, titulado La aplicación de la Ley 18.314 que *“Determina conductas terroristas y fija su penalidad”* a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos. Consúltese también: “El ejercicio de derechos como acto subversivo”. Informe final Iniciativa Interdisciplinaria en conflicto mapuche y derecho penal. Programa de Investigación Domeyko Sociedad. Subprograma Sujetos y Actores Sociales”. Universidad de Chile, Facultades de Ciencias Sociales, Derecho, Instituto de Comunicación e Imagen, Filosofía, Educación, 2009, sin publicar.

98 Lo mismo ha ocurrido con los abusos que los agentes policiales del Estado han cometido en contra de personas *mapuche* vinculadas a la protesta social, los que han resultado en la muerte, la tortura, los tratos crueles inhumanos y degradantes, hechos estos últimos que en su mayor parte han quedado impunes hasta la fecha.

99 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, 60° período de sesiones, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003, párr. 69.

*tomados de otros contextos (“amenaza terrorista”, “asociación delictuosa”) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas”.*¹⁰⁰

El mismo Relator Especial recomendó al Estado de Chile además que

*[L]a puesta en práctica de la reforma procesal penal deberá tomar en cuenta las normas internacionales en materia de protección de los derechos humanos, incluyendo el debido proceso de todos los imputados indígenas por motivo de actividades de defensa o protesta social (especialmente con referencia a la utilización de testigos sin rostro y la detención preventiva de los indiciados).*¹⁰¹

Finalmente el Relator Especial Stavenhagen recomendó al Gobierno de Chile “*considere la posibilidad de declarar una amnistía general para los defensores indígenas de los derechos humanos procesados por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de las tierras indígenas*”.¹⁰²

En diciembre de 2004 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NN.UU., al examinar los informes presentados por el Estado chileno en relación a los artículos 16 y 17 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales del que Chile es signatario, manifestó su profunda preocupación “*...por la aplicación de leyes especiales, como la Ley de seguridad del Estado (Nº 12927) y la Ley antiterrorista Ley 18.314 sobre conductas terroristas (Nº 18314), en el contexto de las actuales tensiones por las tierras ancestrales en las zonas mapuches*”,¹⁰³ recomendando que evite aplicarlas “*a actos relacionados con la lucha social por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas.*”¹⁰⁴

El 2007 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al examinar el cumplimiento por

100 *Ídem*, párr. 70.

101 *Ídem*, párr. 72.

102 *Ídem*, párr. 75.

103 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (CONSEJO ECONÓMICO SOCIAL. ONU), 2004 , *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Respuestas del Gobierno de Chile*, E71994/104/Add.27, párr. 14.

104 *Ídem*, párr. 34.

parte del Estado de Chile de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresó su preocupación sobre la amplitud del tipo penal de la Ley Antiterrorista Ley 18.314 sobre conductas terroristas y las sobre las implicancias adversas que ello puede tener para la plena vigencia de los derechos reconocidos en dicha convención de que Chile es parte. Así en su párrafo 7 el Comité señaló:

El Comité expresa su preocupación ante la definición de terrorismo comprendida en la Ley Antiterrorista 18.314, que podría resultar demasiado amplia. Preocupa también al Comité que esta definición ha permitido que miembros de la comunidad Mapuche hayan sido acusados de terrorismo por actos de protesta o demanda social, relacionados con la defensa de los derechos sobre sus tierras. El Comité observa también que las garantías procesales, conforme al 14 del Pacto, se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley. (art. 2, 14 y 27 del Pacto)

Para abordar esta realidad el Comité recomendó al Estado de Chile:

[A]doptar una definición mas precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos. Tal definición debe limitarse a crímenes que ameriten ser equiparados a las consecuencias graves asociadas con el terrorismo y asegurar que las garantías procesales establecidas en el Pacto sean respetadas.

Durante el 2009, tal preocupación fue nuevamente reiterada por diversas instancias de derechos humanos de NN.UU. que examinaron el cumplimiento por el Estado de Chile de sus obligaciones en la materia, incluyendo el Consejo de Derechos Humanos del que Chile es parte, dos órganos de tratado (el Comité Contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial) y el Relator Especial de Derechos Indígenas, Sr. James Anaya, quien visitó Chile en misión de observación.

En el examen periódico universal efectuado ante el Consejo de Derechos Humanos, diversos Estados manifestaron su preocupación por la utilización de la legislación antiterrorista en contra de los mapuche. Frente a esto, el propio Estado de Chile se comprometió a continuar sus esfuerzos para resolver las reclamaciones indígenas, especialmente las territoriales, y a evitar que la aplicación de la

Ley 18.314 socave sus derechos,¹⁰⁵ y a:

*adoptar las medidas necesarias para impedir que se proscriban o penalicen las actividades o reivindicaciones sociales legítimas y pacíficas de las organizaciones y pueblos indígenas, y a reforzar la noción de que la Ley antiterrorista debe circunscribirse a su ámbito de aplicación, sin hacerse extensiva a los actos no violentos de reivindicación de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos.*¹⁰⁶

Asimismo, se comprometió a revisar la recomendación de la República Checa en orden de revisar la Ley Antiterrorista Ley 18.314 sobre conductas terroristas y su aplicación para evitar su uso abusivo en la persecución de indígenas.¹⁰⁷

Por su parte, el Comité Contra la Tortura, en su examen del cumplimiento por parte del Estado de Chile de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, reiteró esta preocupación al referirse al exceso de violencia policial en contra de integrantes del pueblo mapuche al señalar que “*el Comité también nota con preocupación que, en ocasiones, el Estado parte ha aplicado la Ley Antiterrorista contra integrantes de pueblos indígenas en relación con actos de protesta social.*”¹⁰⁸ Al respecto el Comité instó al Estado de Chile a “*proporcionar datos detallados sobre los casos de aplicación de la Ley Anti Terrorista en que han estado involucradas personas indígenas*”.¹⁰⁹

En la misma línea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus Observaciones Finales sobre Chile, de agosto de 2009 constató “*con preocupación que la Ley Antiterrorista 18.314 ha sido aplicada principalmente a miembros del pueblo Mapuche, por actos ocurridos en el contexto de demandas sociales, relacionados con la reivindicación de los derechos sobre sus tierras ancestrales (Artículo 2).*” El Comité recomendó al Estado que “*a) revise la Ley Antiterrorista 18.314 y se asegure de que esta sea únicamente aplicada a los delitos de terrorismo*

105 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Chile*, A/HRC/12/10/ 4 de junio de 2009, párr. 96.68

106 Ídem, párr. 96.70

107 Ídem, párr. 97.4

108 COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS, *Observaciones finales sobre Chile*, CAT/C/CHL/CO/5, 14 de mayo de 2009, párr. 23

109 Ídem, párr. 23.

que merezcan ser tratados como tales; b) se asegure de que la Ley Antiterrorista no sea aplicada a miembros de la comunidad Mapuche por actos de protesta o demanda social.” Finalmente el Comité señaló a la atención del Estado sobre la necesidad de tener presente “*su Recomendación general N° 31 (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y funcionamiento de la justicia penal (apartado B, párrafo 5e)*”.¹¹⁰

Por último, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, en su informe de misión a Chile de septiembre de 2009 reiteró la preocupación manifestada en esta materia por el Relator Especial Stavenhagen, señalando al Estado la necesidad de

*... profundizar en una revisión de la política penal aplicada en los últimos años respecto a comunidades y personas indígenas y sus actos de protesta, de modo que ésta se oriente a la búsqueda de soluciones que permitan la compatibilidad entre los fines de orden público y el respeto a las normas internacionales y contribuir a crear un clima de gobernabilidad democrática entre los mapuche y las autoridades estatales.*¹¹¹

Junto con ello el Relator Anaya “*reitera la importancia, en este sentido, de reformar la Ley 18.314 y adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo, de acuerdo con las recomendaciones pertinentes del Comité de Derechos Humanos y del Comité Para la Eliminación de la Discriminación Racial.*”¹¹²

Como puede apreciarse, las recomendaciones internacionales formuladas en el marco de los organismos encargados de la vigilancia de la correcta aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile, son contundentes y apuntan a la necesidad de revisar los contenidos de la legislación antiterrorista, toda vez que ésta permite su aplicación en contextos inapropiados, particularmente en lo que se refiere a actos de protesta social vinculados a las

¹¹⁰ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL DE DE NACIONES UNIDAS, Observaciones Finales sobre Chile, CERD/C/CH/CO/15-18 13 de agosto de 2009, párr. 15.

¹¹¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS *Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial Anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre de 2009, párr. 60

¹¹² *Ídem*, párr. 61.

reclamaciones territoriales indígenas, y conculca derechos y garantías procesales consideradas fundamentales.

VIII Propuestas de reforma vigentes

Actualmente existen cinco proyectos de reforma de la LCT y uno que modifica la Constitución haciendo referencia a aquella. Además, se espera que en los próximos días el gobierno envíe al Congreso un nuevo proyecto que permita delimitar de manera más precisa los tipos penales calificados de terroristas y ajuste las normas procesales de esta legislación a las exigencias de un Estado de Derecho democrático.

A continuación haremos una breve referencia los proyecto en tramitación mencionados.

El 2 de septiembre de 2008, el Senador UDI Jaime Orpis ingresó un proyecto de ley que en que propuso impedir el acceso a beneficios fiscales como tierras u otras gratificaciones, a las personas condenadas por la Ley de conductas terroristas, Ley de Seguridad del Estado o por actos que atenten contra la seguridad nacional. La prohibición se extiende a las personas jurídicas a las que el condenado pertenezca¹¹³. El proyecto encuentra su sentido en el hecho que la totalidad de los condenados por estas normas en la última década, han sido en el marco del conflicto territorial entre el pueblo mapuche y el Estado. No parece un proyecto adecuado a las garantías de un estado de derecho democrático ala luz del análisis precedentes de la normativa sobre terrorismo desde los derechos humanos. Por lo demás implica directamente una criminalización a ciertas comunidades mapuche, y sus miembros. ¿Qué sucede si un sujeto es condenado por la ley de conductas terroristas y pertenece a una comunidad que tiene personalidad jurídica conforme a la ley? ¿significa eso que entonces la comunidad no podrá optar a beneficios tales como los del Programa Orígenes, o del INDAP? No parece acorde con las obligaciones recientes contraídas por el Estado de Chile a la luz del Convenio N° 169 de la OIT. . El proyecto se encuentra desde su ingreso en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en el cual no ha comenzado su discusión. Carece de urgencia.

113 SENADO, Boletín N° 6062

El 12 de noviembre del mismo año, un grupo de diputados de la Concertación e independientes, presentaron un proyecto de derogación total de la Ley N° 18.314.¹¹⁴ Se fundaron en el principio de soberanía limitada por los derechos fundamentales en relación a los compromisos internacionales del Estado de Chile, particularmente la Convención Interamericana de Derechos Humanos; en el origen antidemocrático de dicha ley; y en las recomendaciones de diversos organismos internacionales y organizaciones de derechos humanos. El proyecto se encuentra en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia desde su ingreso y no ha sido puesto en discusión. Carece de urgencia.

El 6 de enero de 2010, un grupo de diputados de la Coalición por el Cambio (ex Alianza por Chile), y el diputado demócrata cristiano Patricio Vallespín -quién finalmente retiró su patrocinio del proyecto- presentó un proyecto de ley para modificar el artículo 19 N° 7 de la Constitución, en orden a hacer aplicable las normas especiales de restricción de excarcelación que dicha disposición establece para los delitos de terrorismo a los delitos de incendio común simple y calificado.¹¹⁵ La motivación de esta reforma constitucional, que busca equiparar constitucionalmente el trato excepcional de un delito común a uno terrorista, está en la situación de conflictividad política y social que se vive en La Araucanía. La inconveniencia político criminal de esta solución cae por su propio peso a la luz del análisis precedente. El proyecto pasó a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, sin que se haya puesto en discusión a la fecha. Carece de urgencia.

El 4 de agosto del presente año, el Senador Alejandro Navarro presentó una moción para modificar la definición típica de las conductas terroristas en la Ley 18.314.¹¹⁶ Este se funda en la idea que el terrorismo dice relación con atentados especialmente graves a los derechos humanos, mediante los cuales se busca la obtención del poder político. Asimismo, considera consustancial al mismo que se trate de una violación organizada y sistemática de derechos humanos. Por ello propone la exclusión de la propiedad como bien jurídico protegido en sí mismo, limitándose a los casos en que mediante un atentado contra esta se pueda lesionar o poner en peligro congreso a los bienes internacionalmente reconocidos como susceptibles de protección antiterrorista (vida, integridad física, salud y libertad). El proyecto propone sustituir el inciso tercero del artículo 1° de la Ley N° 18.314 por el siguiente:

114 CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 6197-07.

115 CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 6814-07.

116 SENADO, Boletín N° 7107-07

La finalidad de producir dicho temor en la población en general, deberá ser probado y acreditado en la causa criminal respectiva, sin embargo, dicha finalidad se presumirá, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, puestos o arrojados, en lugares de alta concurrencia de público, o donde concurren personas habitualmente, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos para la salud humana y medio ambiente, o armas biológicas u otros que pudieren ocasionar grandes estragos a la vida e integridad física de las personas.

Si bien esta norma busca limitar la presunción relativa a la finalidad terrorista, no modifica las circunstancias calificantes, al tiempo que tampoco es exitosa en su pretensión, ya que la descripción sigue siendo demasiado amplia, toda vez que una barricada incendiada puede constituir delito cometido con artificio incendiario, puesto en lugar de alta concurrencia de público (en la calle).

El proyecto además propone agregar un artículo 2° bis que establezca que sólo constituirán delitos de terrorismo aquellos que afecten la vida, la integridad física, la libertad y la salud pública. Por esta vía se pretende eliminar la calificación terrorista de delitos contra la propiedad, particularmente le incendio del 476. Esta propuesta ya había sido planteada por el Ejecutivo en 2006, mediante un proyecto de ley que también pretendiendo la incorporación de un art. 2 bis a la Ley 18.314 se indicaba: “*solo se entenderá delito de terrorismo aquel que afecte la vida, la integridad física, la libertad y la salud de las personas*”.

Este proyecto tuvo urgencia simple.¹¹⁷

La solución, si bien puede fundamentarse desde los derechos fundamentales, no parece la más viable político criminalmente, además, se presta para discusión dogmática.¹¹⁸ La vía idónea tal vez podría ser la eliminación de su referencia – examinando delito por delito contra la propiedad- en el catálogo de delitos base del artículo 2°.

117 Referencias a este proyecto y a la protección de la propiedad en la LCT, Villegas, M. (Coord.) Contribuciones críticas al sistema pena de la postmodernidad, ob.cit., 29007, pp.454-456.

118 Ver arriba argumento de BASCUÑAN R. sobre el bien jurídico protegido en el delito de incendio.

El proyecto pasó a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, sin que se haya puesto en discusión a la fecha. Carece de urgencia.

El 17 de agosto del presente año, un grupo de diputados de la Coalición por el Cambio, presentó un proyecto de modificación de la LCT con el objeto de establecer como atenuante especial la cooperación eficaz.¹¹⁹ Dicha atenuante ya existe en la normativa vigente, que contempla la rebaja de la pena hasta en dos grados respecto de aquellos que hubieren tomado medidas para evitar o aminorar los efectos del hecho incriminado, dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos de terrorismo, o bien para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos.¹²⁰ El proyecto añade dos incisos al art. 4 de la ley 18.314 buscando ampliar el alcance de este beneficio a los cómplices o encubridores, respecto de informaciones que contribuyan al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de los responsables. Se excluye, en todo caso, la atenuación por colaboración en la prevención de delitos futuros y por aminorar los efectos del hecho incriminado.

Más allá de la discusión en torno a la legitimidad o ilegitimidad de estas atenuaciones punitivas por colaboración con la justicia (conocidas coloquialmente como delación compensada), la reforma implica vulneraciones dogmático jurídico importantes ya que rompe con la relación entre delito (presupuesto) y pena (consecuencia). La atenuación de la pena se realiza por actos posteriores a la comisión del delito y que nada tienen que ver con el presupuesto de hecho.¹²¹

Por otra parte, la propuesta exige que el Ministerio Público en la formalización o acusación exprese si la cooperación prestada por el imputado fue eficaz en los términos referidos. La norma resulta confusa, ya que podría interpretarse como requisito para la aplicación de la atenuante, lo cual implicaría otorgar atribuciones jurisdiccionales al fiscal, cuestión constitucionalmente prohibida.¹²²

119 CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 7134-07.

120 Artículo 4° Ley N° 18.314.

121 Interesantes y amplios análisis sobre la figura de la atenuación punitiva por colaboración con la justicia véase Villegas, M., ob.cit. 2002, Cap. VII, ob.cit. 2006. En España se recomienda el trabajo de CUERDA ARNAU. M^a Luisa; “Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo”, Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

122 Artículo 83° CPR.

Además es innecesaria, ya que conforme a las reglas generales, la concurrencia de atenuantes y agravantes tiene su espacio específico de discusión ante el Tribunal Oral en lo Penal.¹²³

El proyecto pasó a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, sin que se haya puesto en discusión a la fecha. Carece de urgencia.

Por último, el día 1 de septiembre de 2010, un grupo de diputados de la Concertación y el Partido Comunista, presentaron una moción para modificar en varias partes la ley 18.314.¹²⁴ Este parece constituir uno de los esfuerzos más integrales (por su contenido) de ajuste de esta normativa a los estándares internacionales que se encuentra actualmente en tramitación. Siguiendo la idea planteada por el Ejecutivo en el proyecto mencionado de 2006, se funda en la idea de restringir la calificación terrorista a los ataques más graves a bienes jurídicos de la mayor importancia, “*referidos al ámbito de indemnidad personal de los individuos, tales como la vida, la integridad y la salud*”, excluyendo así a la propiedad, que si bien es un derecho fundamental por estar consagrado constitucionalmente, no está referido al ámbito de indemnidad personal, por lo cual, no merece la protección especialísima de la legislación antiterrorista.¹²⁵ En todo caso, la propiedad quedaría indirectamente protegida en aquellos casos en que afecte o ponga en peligro otros bienes jurídicos. En este sentido, se elimina del catálogo de delitos base, los del artículo 476 del CP (incendio) y la expresión “*o causar daños*” del artículo 2.4 referido a atentados con bombas o artefactos incendiarios. También se deroga el artículo 7°, por constituir una presunción de derecho de responsabilidad penal al contemplar la anticipación punitivas a actos preparatorios. La reforma propone además la siguiente redacción para el inciso primero del artículo 1°:

*Artículo 1°.- Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, **cuando afecten la vida, la integridad personal, la libertad, la salud personal y en ellos concurriere alguna de las siguientes circunstancias.***¹²⁶

123 Artículo 343 inciso cuarto del CPP.

124 CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 7166-07.

125 *Ídem*, p. 1.

126 El **destacado** indica lo agregado por la reforma propuesta.

Asimismo, se deroga en el artículo 2.2 la expresión “o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de los pasajeros”, por ser demasiado vaga (ley penal en blanco) y quedar contenidos sus supuestos típicos en la modificación realizada al artículo 1°.

La reforma propuesta parece satisfactoria desde el punto de vista sustantivo, pero deja intactos los déficit procesales denunciados, tan importantes como los primeros, por afectar gravemente derechos constitucionalmente protegidos.

IX Propuesta de reforma

A la luz de lo expuesto precedentemente, se propone las siguientes modificaciones a la Ley 18.314 para ajustarla sustantiva y procesalmente a los compromisos internacionales del Estado de Chile y a la plena vigencia de un Estado de Derecho democrático.

a) Elementos sustantivos

Descripción de las calificantes

Para calificar adecuadamente las conductas terroristas se propone incluir en el tipo la autoría inserta e una organización, la realización de actos atentatorios contra la vida, integridad física, salud y libertad de las personas con la finalidad de causar temor en la población mediante elementos gravemente lesivos que impliquen un desprecio por la vida humana. Se propone sustituir íntegramente el artículo 1° por el siguiente:

Artículo 1°.- Constituirán delitos de terrorismo los enumerados en el artículo 2 cuando fueren cometidos por sujetos integrantes de una asociación ilícita terrorista y concurrieren en ellos las circunstancias siguientes:

1° Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o parte de ella el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie o de arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

2° Que el delito se cometa empleando artificios nucleares, explosivos o incendiarios de alto

poder destructivo, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos para la salud humana y medio ambiente, medios tóxicos corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos a la vida integridad física o salud de las personas.

3° Que el delito afecte o ponga en serio peligro la vida, la integridad física, la libertad, o la salud de personas.

La inclusión del elemento asociativo en el tipo se justifica en que la comisión de este tipo de actos de manera individual, no es capaz de afectar ni poner en peligro el ordenamiento constitucional democrático (o la seguridad y orden público), que es en definitiva en bien jurídico colectivo que legitima la existencia de este tipo de legislación. La incorporación del elemento asociativo o estructural en los tipos penales de terrorismo encuentra abierta aceptación tanto en la legislación comparada¹²⁷ como en la doctrina (comparada y chilena)¹²⁸. En este sentido no debe desatenderse la verdadera

127 Legislación española desde la Ley 82/1978 hasta el CP de 1995 (excepcion terr.individual), Terrorism Act 2000, 2003, 2005 en Gran Bretaña , Anti Terror Gesetz de 1976 hasta StGB (incorporó asociación ilícita terrorista.art. 129 a) , (Ley Reale de 22-5-1975 en adelante (Italia)., Ley n° 86-1.020 de 9-9-1986, aunque también contempla la posibilidad de terrorismo individual , Usa Patriot Act de EE.UU. (sept. 2001). Excepción: terrorismo doméstico.

128 Así, LAMARCA, C. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985. p.48, pp. 206 y ss., p. 456; la misma *“La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”*, en ADPCP, núm. 42, sept-dic. 1989, pp.957-988. esp pp.960 y ss.; *“Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”*, ADPCP, 1993, pp.535-559, 1993, esp. pp.536-537; GARCÍA RIVAS, N. *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*; en PJ n°10, 1984, pp.107-113, p.107; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987, p.58, CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Penal. T. II. Parte Especial*; edit. Bosch, 1999, p.1229; PRATS CANUT, *“De los delitos de terrorismo”*, en QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, et. al *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; Edit. Aranzadi, 1999, pp. 1624-1625; DE PRADA SOLAESA. *“Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”*, en JpD n° 25, marzo de 1996, pp. 73-77.; PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Edit. Debate, Madrid, 1990; p.265; BARÓN QUINTERO, *“Legislación y Jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución”*, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borallo, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp.272-273, MARTÍNEZ CARDÓS, *El terrorismo: aproximación al concepto*, en *Actualidad Penal*, 1998, núm.1, margs. 479-487, esp. marg. 486. En España LAMARCA, C. 1985, pp.48, 206 y ss., 456; 1989, pp. 960 y ss.; 1993 a, pp. 536-537; GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO, SERRANO PIEDECASAS. *Contra la Impunidad*, Dictamen, auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina, Gráficas Alberdi, S.A.; Octubre de 1998, p. 55. En la doctrina italiana BONANATE. 1979, pp.130-131. PIGNATELLI, 1982, p.20 y ss., esp. p.252. Cfr. LAMARCA, 1985, 1982, p.252. GUILLAUME, G.- LEVASSEUR, G. 1977, pp.59 y ss. PATALANO, 1971, pp.152 y ss. Cfr. Por todos LAMARCA, C. 1985, pp.91-92. En Chile, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 206, GUTIÉRREZ SAHAMOD, *La política del Estado frente al terrorismo: La legislación antiterrorista y sus modificaciones*. Cuad. del CED n°14, Octubre 1991, Santiago, Chile. 1991, p.2. VILLEGAS, M. ob.cit. 2002, Cap. VI,

naturaleza del terrorismo en cuanto estrategia o método tendencialmente exclusivo¹²⁹, para la violación sistemática de derechos humanos fundamentales¹³⁰.

Por otra parte, si la iniciativa, planificación y perpetración del mismo no se ampara en una organización criminal, las severas restricciones procesales propias de esta normativa no se justifican.

Al enumerarse los bienes jurídicos protegidos, que son los derechos fundamentales vinculados directamente con la indemnidad personal, y los medios de perpetración, se busca evitar la invocación y aplicación de esta normativa en casos en que la lesividad de la conducta no lo amerite. En cuanto al carácter abierto de la lista de medios de perpetración, ésta es suficientemente clara en torno a la gravedad de los estragos que pueda provocar su utilización.¹³¹

No se incorpora el móvil político o subversivo, por no aportar elementos de típicos claros, además de implicar una eventual dificultad en orden a perseguir el terrorismo vinculado al narcotráfico o a los fundamentalismos religiosos.

Se elimina la segunda circunstancia calificante autónoma, por no concurrir en ella por sí misma la gravedad suficiente para justificar el recurso a esta legislación excepcionalísima. En todo caso, se la incorpora como alternativa de finalidad para la configuración del injusto calificado.

129 REINARES, F. *"Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas"*, en *RIS*, núm.5, mayo-agosto, 1993, pp.35-67, esp. p.49.

130 En la definición de DEL BARRIO y LEÓN REYES: "Terrorismo es la violación organizada y sistemática de derechos humanos fundamentales (la vida, la integridad física y psíquica y la libertad personal)", (1990, p.126).

131 En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia chilena. Para configurar la calificante, es menester que se trate de *"armas de gran poder destructivo, sin que puedan denominarse como tales, algunas de fabricación casera, escopetas recortadas, revólveres, pistolas u otras armas cortas"*. Se exige además, la efectiva utilización de los artefactos o artificios explosivos o incendiarios, es decir, *"que el inculpado no sólo los porte o lleve, sino que haga utilización de ellos, cometiendo el delito precisamente mediante la manipulación del artefacto"*. Siendo así, aún cuando se pudiere dar por establecido que los inculpados les hubieren *"portado en bolsillos, cinturón o bolsos artificios de esa naturaleza, dicha circunstancia no es suficientemente capaz para hacer operable la presunción establecida en el inciso 2º del artículo 1º de la actual ley 18.314"*. S. de 1ª instancia de 15-9-1992 (considerandos 10, 11 y 12) Min. en visita de la Corte de Apelaciones de Stgo. Sra. G. Olivares, en causa Rol No 49.595-91, Confirmada por SCA de 27-10-1992 (núm. 40-561-92).

Catálogo de delitos base

En cuanto al catálogo de delitos base, se sigue en parte la propuesta del Diputado Aguiló descrita arriba, pero se procura hacer una clasificación entre delitos contra bienes personalísimos (nº 1 y 2) y delitos de riesgo catastrófico (nº 3, 4, 5 y 6). Además se agrega un artículo 2 bis que incorpora y describe la figura de la asociación ilícita terrorista como delito autónomo. El texto de la misma queda del siguiente modo:

***Artículo 2°.-** Constituirán delitos de terrorismo, cuando reunieren las características señaladas en el artículo anterior:*

1.- Los de homicidio simple y calificado del artículo 391; los de lesiones de los artículos 395, 396 y 397; los de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores, castigados en los artículos 141 y 142, todos ellos del Código Penal.

2.- El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.

3.- El expendio de alimentos, medicinas o bebidas adulteradas o en descomposición del artículo 313 d); el envenenamiento de aguas o alimentos para el consumo público del artículo 315; y la diseminación de gérmenes patógenos del artículo 316, todos del Código Penal.

4.- El atentado o apoderamiento de nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público mientras se encontraren en servicio, y los delitos de descarrilamiento, contemplado en los artículos 324, 325 y 326, todos del Código Penal.

5.- Colocar bombas o artefactos explosivos o incendiarios, en instalaciones del Estado, lugares de uso público, redes de transporte público, instalaciones de propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público tales como los de abastecimiento de aguas, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones; el envío de efectos explosivos del artículo 403 bis;

6.- Los de incendio y estragos, sancionados en los artículos 474, 475 y 480, todos ellos del Código Penal.

Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, establecidos en los artículos 141 y 142, y los de descarrilamiento contemplados en los artículos 324, 325 y 326, todos del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, con las finalidades establecidas en el numeral 1° del artículo 1° de la presente ley, serán considerados siempre como delitos terroristas, a excepción del secuestro cometido con la finalidad de imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad el que deberá castigarse conforme a lo dispuesto en el art. 5 b) de la ley 12.927 sobre Seguridad del Estado..

Artículo 2° bis- *La asociación ilícita terrorista será penada conforme a los artículos 293 y 294 del Código Penal, y las penas allí previstas se aumentarán en un grado. Será también aplicable lo dispuesto en el artículo 294 bis del mismo Código.*

Se entenderá por asociación ilícita terrorista, toda asociación de tres o más personas, con una estructura orgánica, jerarquía, reglas propias y disciplina que produzcan el efecto de generar entre sus miembros, vínculos estables o permanentes, y cuya finalidad sea la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los artículos 1° y 2° de esta ley.

Se excluyen del catálogo de delitos base los contemplados en el artículo 476 y en el artículo 323 ambos del Código Penal. El primero primer caso, se eliminan las figuras de incendio en lugar deshabitado, en lugar no habitado y de bosques, pastizales, etc. Ello en razón de la necesidad de adecuar la normativa antiterrorista a los tratados internacionales vigentes y ratificados y por Chile en materia de terrorismo. Además, el derecho penal común ya protege de manera adecuada el bien jurídico propiedad en los delitos de incendio del artículo 476.¹³² En el segundo caso, se elimina la figura acciones tendientes al descarrilamiento, toda vez que es un *delito de intención de resultado cortado*, cuya consumación no implica lesión a los bienes jurídicos protegidos. Por otra parte, el descarrilamiento contemplado en los artículos 324, 325 y 326, que sí amenazan dichos bienes, sí quedan tipificados.

También se elimina el delito de parricidio, por que su punibilidad agravada no reviste relación con la naturaleza del terrorismo.

132 La pena asignada a estos delitos es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es de 5 años y 1 día a 20 años de cárcel. Esto supone la imposibilidad de acceder a beneficios como la libertad vigilada, reclusión nocturna o remisión condicional de la pena.

Se mantiene el atentado contra personas protegidas en atención a sus cargos, siempre y cuando sean realizados mediante los métodos establecidos en el artículo 1°. Si estos no concurren, se realiza el tipo del artículo 5° letra a) de la Ley N° 16.927 sobre seguridad del Estado, que le da un tratamiento agravado.

En relación al delito de atentado con bombas, se ajusta a la normativa internacional, describiendo claramente la conducta proscrita. También se elimina las voces “lanzar o disparar” a objeto de evitar problemas de *ne bis in idem* que se produce en la redacción vigente entre la presunción contenida en el artículo 1.1 inciso segundo y el artículo 2 N° 4, toda vez que el artefacto explosivo o incendiario reviste una doble fuente de ilicitud, una para configurar una presunción de finalidad y como elemento integrante del tipo base del 2 n° 4, con lo cual cualquier lanzamiento o disparo de artefacto incendiario es calificado como terrorista.

En cuanto a los delitos de secuestro y descarrilamiento se considerarán siempre terroristas cuando sean efectuados por una asociación ilícita con fines terroristas. De esta manera, no es necesario que concurren los medios descritos en el tipo del artículo 1°, toda vez que dichos delitos no pueden ser realizados por esas vías, pero sí afectan gravemente los bienes jurídicos protegidos. Además, se salva el problema de concurrencia típica, dando preferencia a la aplicación de la Ley de Seguridad del Estado

Se mantiene la asociación ilícita terrorista como un delito autónomo pero se la define según los criterios utilizados uniformemente por la jurisprudencia en las últimas décadas.¹³³ La pena se agrava solo en un grado -y no dos como establece la normativa actualmente vigente-, por cuanto la pena aparece desproporcionada si se considera que no deja de ser paradójico que el castigo “*de los que se agrupan para decidir agruparse para delinquir*”.¹³⁴

133 Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel de 24-7-1992, núm. 920-92, (*Caso Atentado y Los Queñes*) Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 13-11- 1992, Rol N°14.711-92, contra Rafael Escorza y otros (*caso Edwards*), Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel de 4-6-1993, núm. 1622-92, contra Enrique Quintanilla y otros, que confirma Sentencia de primera Instancia de 26-6-1999 , Sentencias TOP Angol RIT 080-2004 / RUC 0200142499-02, de 09-07-2004 y de 27-07-2005 / Asociación ilícita terrorista (C.A.M.)

134 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*, en FERRÉ OLIVÉ, J.C.; ANARTE BORILLO, E. (editores). *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales, y criminológicos*. Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 186 nota 9.

Ajustes en el artículo 3° y 3 bis

A efectos de ajustar el resto de la normativa a los cambios propuestos se requiere modificar el artículo 3, quedando de la siguiente manera:

*Artículo 3°.- Los delitos señalados en los números 1, 2, 3, 4, 6 del artículo 2° serán sancionados con las penas previstas para ellos en el Código Penal, o en la Ley N° 12.927, en sus respectivos casos, aumentadas en uno, dos o tres grados.
Los delitos señalados en el número 5 del artículo 2° serán penados con presidio mayor encualquiera de sus grados.*

En el artículo 3 bis, se sugiere eliminar la referencia a la “*personalidad del autor*” como elemento de determinación de la pena en relación a las posibilidades de reincidencia, por ser impropio de un derecho penal fundado en la culpabilidad.

Adelantamiento de la punibilidad

Por otra parte, se propone eliminar el inciso segundo del artículo 7° que castiga la amenaza “*seria y verosímil*” de cometer un atentado terrorista como tentativa, puesto que constituye un adelantamiento excesivo de la punibilidad, que violenta el principio de proporcionalidad. El delito de amenazas debe ser castigado conforme al derecho común.

b) Aspectos procesales

Legitimación activa para la querrela

En relación a la legitimación del gobierno para presentar querrelas, se sugiere la eliminación de esta prerrogativa por las razones esgrimidas en la parte pertinente de este informe. Para ello se eliminar íntegramente el inciso segundo del artículo 10°.

Plazo para la detención sin control judicial

Así mismo, se debe derogar la facultad de extender la detención sin control judicial hasta por 10 días por carecer de fundamentación en un Estado de Derecho. Para ello es necesario derogar íntegramente el artículo 11° y modificar en el mismo sentido el artículo 19° N° 7 letra c de la CPR.

Control judicial de la formalización de la investigación con calificación terrorista

En cuanto al control judicial de la formalización bajo esta normativa de excepción, que se justifica en las limitaciones que su invocación implica a las garantías procesales del imputado, se propone la siguiente redacción para el artículo 14°:

Artículo 14.- Si el Ministerio Público considerare que hay antecedentes suficientes para iniciar una investigación por hechos comprendidos en esta ley, deberá solicitar al juez de garantía que autorice la formalización de la misma por delitos de terrorismo . En virtud de esta calificación, que se efectuará mediante resolución fundada, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, por resolución igualmente fundada, todas o algunas de las siguientes medidas: [...]

Sobre la intervención de la comunicaciones

Respecto de la medida de intervención en las comunicaciones, debería contemplarse a lo menos , la posibilidad de recurrir a tribunal superior y duración determinada. En tal sentido se propone modificar la norma como sigue:

3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica. La resolución que las imponga será apelable en el sólo efecto devolutivo.

Las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del imputado con sus abogados.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal.

La duración de estas medidas será de tres meses, pudiendo prorrogarse por periodos sucesivos a solicitud del Ministerio Público y mediante nueva resolución fundada del tribunal de garantía. Con todo, la medida no podrá exceder el tiempo que tardare la investigación por los hechos en virtud de los cuales el imputado ha sido formalizado.

Protección de testigos y testigos anónimos

En cuanto a la posibilidad de ocultar la identidad de los testigos durante la investigación contempladas en el artículo 15°, se sugiere contemplar el recurso de apelación con solo efecto devolutivo para impugnar la resolución del juez de garantía que no diere lugar a la reclamación interpuesta por la defensa del imputado. Lo mismo procede respecto de las medidas de protección de identidad decretadas por el tribunal conforme al artículo 16°.

Respecto de la declaración de un testigo protegido en juicio, resulta indispensable derogar la posibilidad de que este declare sin que la defensa conozca su identidad con una antelación razonable. Esto considerando que subsisten una serie de protecciones especiales para el testigo (vg. protección policial por el tiempo que resulte necesario, cambio de identidad, etc) y que la falta de conocimiento oportuno de la identidad del testigo atenta gravemente contra el derecho a defensa. Para ello se sugiere sustituir el artículo 18° por el siguiente:

Artículo 18.- Las declaraciones de testigos y peritos, cuando se estimare necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 del Código Procesal Penal.

En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente. Para ello, la defensa deberá conocer la identidad del mismo al menos con una antelación de 15 días al comienzo del juicio. En los casos indicados en el inciso precedente, dicha antelación deberá ser de al menos 7 contados hacia atrás la fecha de la audiencia.

En lo que dice relación con la provisión de fondos, cabe agregar una prohibición enfática de entregar beneficios que puedan constituir una remuneración por el testimonio. La redacción del artículo quedaría de la siguiente manera:

Artículo 19.- Las medidas de protección antes descritas podrán ir acompañadas, en caso de ser estrictamente necesario, de medidas complementarias, tal como la provisión de los recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio u otra que se estime idónea en función del caso.

Bajo ningún aspecto, estas medidas podrán consistir un estipendio periódico para el testigo, salvo cuando el cambio de domicilio o identidad u otra medida afín así lo exija. En este caso, la medida deberá ser autorizada por el juez de garantía por una sola vez y por el periodo más breve posible.

Secreto de la investigación

En cuanto al secreto de la investigación, las dificultades que provoca en el derecho a defensa y en las posibilidades de discutir las medidas cautelares en las audiencias de revisión de las mismas, particularmente cuando estas implican la prisión preventiva, obligan a buscar una solución que pondere esto y las necesidades de la investigación de delitos de la entidad que esta ley trata. Por esto, se sugiere agregar al artículo 21° el siguiente inciso segundo.

Cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía la revisión de estas medidas resueltas por el Ministerio Público al momento que éstas se decreten y cada vez que haya audiencia de revisión de medidas cautelares. La resolución que rechace levantar el secreto será siempre apelable con el sólo efecto devolutivo.

X Conclusión

El examen crítico de la Ley N° 18.314 nos lleva a la conclusión inequívoca que esta tiene serias deficiencias sustantivas y procesales en el marco de un Estado de Derecho democrático. La excesiva amplitud de las circunstancias calificantes, la presunción de finalidad terrorista y un catálogo excesivamente amplio de delitos base, abre la puerta a la utilización de esta normativa de excepción a una serie de conductas respecto de las cuales su gravedad no justifica un tratamiento tan severo y restrictivo de derechos. Por otra parte, las atribuciones amplísimas que se entregan al Ministerio Público y la debilidad de los controles jurisdiccionales generan un afectación relevante del debido proceso, garantía constitucionalmente establecida, que limita el ejercicio de la soberanía. Lo mismo

sucede con la posibilidad que una persona sea juzgada y condenada mediante el testimonio de testigos anónimos. Esta última institución debe ser desterrada de nuestro ordenamiento, al igual que la autorización para dilatar la presentación del detenido hasta por 10 días.

El ajuste de la normativa antiterrorista es un imperativo, no sólo para el cabal respeto de los derechos humanos y el Estado de Derecho, si no también por la necesidad social de contar con una herramienta potente y eficaz en la persecución y represión de las conductas terroristas, que de garantías que las personas condenadas bajo sus preceptos, son personalmente responsables de los hechos que se les atribuyen.

Para alcanzar este objetivo, resulta absolutamente indispensable modificar, al menos, el artículo 1° que establece las circunstancias calificantes de una conducta como terrorista, en el sentido de establecer circunstancias concurrentes como las propuestas, y el artículo 14°, en orden a que se reponga el control jurisdiccional a la calificación de los hechos sujetos a una investigación como terroristas.