

## I. Antecedentes

### 1. Reforma a la Ley N° 18.314 Principales modificaciones

Con motivo de las movilizaciones llevadas a cabo el año 2010 por comuneros mapuche acusados de participar en delitos de carácter terrorista, se da curso a un debate legislativo para reformar la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad. El debate culminó con la promulgación de la Ley N° 20.467<sup>1</sup>, que en sus aspectos centrales se limitó fundamentalmente a:

a.- Modificar el artículo 1° que señala las conductas reputadas terroristas, de manera que un delito común de los señalados en la propia ley (homicidio, incendio, secuestro, entre otros), devendrá en terrorista cuando “[...] 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” (art.1). Dicha finalidad se inferirá de tres hipótesis alternativas:

1. La naturaleza y efectos de los medios empleados en la comisión del hecho.
- 2.- La evidencia que el hecho delictual obedece a un plan predeterminado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.
- 3.- que se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad, o imponerle exigencias.

b.- Suprimir la presunción legal de finalidad terrorista que se fundaba en el uso de ciertos medios, lo que representaba una alteración al principio de presunción de inocencia. La responsabilidad penal no se presume sino que se prueba, correspondiendo a quien sostiene la acusación demostrar más allá de toda duda razonable que se ha participado en los hechos inculcados.

c.- Modificar el catálogo de delitos comunes (delitos base) que, reuniendo las características señaladas en el art. 1°, pueden devenir en delitos terroristas. No obstante, se mantuvo el delito de incendio y, del numeral 4 –referido a la colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios- se suprimió la expresión “*que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño*”.

d.- Frente a los testigos y peritos protegidos, la reforma explicita la posibilidad del defensor de “*dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad*” (Art. 18 inc.). Se mantiene la posibilidad de recepcionar anticipadamente la prueba testimonial (art. 18), y que eventualmente el Ministerio Público disponga que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes hasta por un total de seis meses (art. 21).

e.- Tratándose de adolescentes a los que se les impute haber participado en hechos calificados de terroristas, por expresa aplicación del principio de especialidad, se dispone que siempre serán sometidos al procedimiento y las rebajas de penas contempladas en la ley de responsabilidad penal adolescente (art. 3 Ley N° 20.467).

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2010.

La reforma no modificó la facultad de ampliación de los plazos, hasta por diez días, para poner al detenido a disposición del tribunal y formalizar la investigación siempre que las necesidades de la investigación lo requieran (art.11 inc. 1°); y, la facultad de recluir al/la imputado/a en lugares públicos especialmente destinados a este objeto, de establecer restricciones al régimen de visitas y de interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar e informática (art. 14).

## **2. La legislación nacional: motivos de preocupaciones de los órganos internacionales de derechos humanos**

El régimen legal chileno destinado a la determinación de conductas terroristas ha sido objeto de serios cuestionamientos por parte de la comunidad internacional, incluidos el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los órganos de supervisión de tratados, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y recientemente motivo de un Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010)<sup>2</sup>. Las observaciones, motivos de preocupación y recomendaciones coinciden en las siguientes ideas fundamentales:

- (i) La normativa antiterrorista del país afecta el derecho a un debido proceso, y en particular, vulnera los principios de legalidad y tipicidad y restringe las garantías judiciales de acceder en condiciones de igualdad al derecho a la defensa.
- (ii) La invocación de esta normativa excepcional en violación al principio de igualdad y no discriminación, por su aplicación preferente y selectiva para la persecución de responsabilidades penales en determinados contextos de movilización social.

Así lo señala el Comité de Derechos Humanos (2007) al manifestar su preocupación “[a]nte 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 artículo 14 del Pacto, se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley.” recomendando “[a]doptar una definición más 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”<sup>3</sup>.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2009) expresó “[c]on 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.” y recomendó que “a) revise la Ley Antiterrorista 18.314 y se asegure de que ésta sea únicamente aplicada a los delitos de terrorismo 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”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Comisión IDH. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaue y Otros Vs. Chile, 5 de noviembre de 2010.

<sup>3</sup> Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/CHL/CO/5. 17 de abril de 2007, párrafo 7.

<sup>4</sup> CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párrafo 15. A su vez El Comité contra la Tortura señaló su inquietud por “[q]ue, en ocasiones, el Estado parte ha aplicado la Ley Antiterrorista contra integrantes de pueblos indígenas en relación con actos de protesta social e instó al Estado de Chile a “[p]roponer datos detallados sobre los casos de aplicación de la Ley Antiterrorista en que han estado involucradas personas indígenas”. CAT/C/CHL/5, 14 de mayo de 2009, párrafo 23. Por su parte, el Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que “El Comité está profundamente preocupado por la aplicación

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas (2009) sostiene, en su informe sobre Chile, la necesidad de “[r]eformar 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”<sup>5</sup>.

El Consejo de Derechos Humanos (2009), en el Examen Periódico Universal, recoge las recomendaciones anteriores y señala su preocupación por la aplicación selectiva de la Ley Antiterrorista y la necesidad de que ésta se armonice con el derecho internacional de los derechos humanos, y no vulnere los principios y garantías reconocidos en los instrumentos internacionales. El Estado se comprometió a modificar la legislación para que esta alcanzara los estándares internacionales sobre la materia<sup>6</sup>.

No obstante las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.467, los motivos de preocupación y las recomendaciones formuladas mantienen plena vigencia. Esta afirmación encuentra sustento en el más reciente pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y se colige, también, por los casos en que esta normativa se ha invocado luego de su reforma.

La preocupación no es menor atendiendo el número de causas y personas procesadas en el país por ley antiterrorista. En la región de la Araucanía están en curso los siguientes juicios, todos en contra de integrantes del pueblo indígena mapuche:

- Causa RIT 1134-2009, caratulada “*Peaje Victoria*”, se dedujo acusación por los delitos de robo con intimidación, asociación ilícita terrorista, incendio y homicidio frustrado; 6 imputados. Se fijó audiencia de preparación de juicio oral para el 11 de julio del año en curso.

- Causa RIT 5748-2009, caratulada “*Atentado a Tur Bus*”. Se dedujo acusación por los delitos de atentado a transporte público y amenazas de carácter terrorista. 12 imputados. Se fijó audiencia de preparación de juicio oral para el 4 de julio del año en curso.

- Causa RIT 7218-2009, caratulada “*Fundo Brasil*”. Se dedujo acusación entre otros por el delito de incendio terrorista. 6 imputados. Audiencia de preparación de juicio oral fijada el 29 de junio del año en curso.

- Causa RIT 52-2009, Caratulado “*San Leandro*”, “*Tres Luces*”. Se dedujo acusación por delitos de homicidio frustrados, Incendio, amenazas todos de carácter terrorista, en contra de 11 personas. Las audiencias de preparación de juicio oral han sido suspendidas por cautela de garantías en 4 ocasiones.

- Causa RIT 4757-2010 “*Amenazas y obstrucción*”. Por el delito de amenazas terrorista. 4 imputados. Pendiente fecha de juicio oral simplificado.

En la región de Bío Bío (Cañete) -causa RIT 716-2010- se dedujo acusación, entre otros, por el delito de asociación ilícita terrorista en contra de 1 imputado. No se ha fijado aun audiencia para juicio oral.

---

*de leyes especiales, como la Ley de seguridad del Estado (N° 12927) y la Ley antiterrorista (N° 18314), en el contexto de las actuales tensiones por las tierras ancestrales en las zonas mapuches”*(párrafo 14), recomendando que el Estado “[n]o aplique leyes especiales, como la Ley de seguridad del Estado (N° 12927) y la Ley antiterrorista (N° 18314), a actos relacionados con la lucha social por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas (párrafo 34). E/C.12/1/Add.105, 26 de noviembre de 2004.

<sup>5</sup> 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, párrafos 60 y 61.

<sup>6</sup> Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párrafo 97.4.

En Santiago se desarrolla por el denominado “Caso Bombas” -causa RIT 3418-2007- seguida por los delitos de asociación ilícita terrorista y colocación de artefactos explosivos del mismo carácter. El Ministerio Público dedujo acusación en contra de 14 personas. En desarrollo audiencia de preparación del juicio oral.

Por lo tanto, 54 personas actualmente<sup>7</sup> se encuentran imputadas y sometidas al régimen procesal de la Ley antiterrorista, todas las cuales esperan las audiencias de juicio oral que se prevé se lleven a cabo en el transcurso del segundo semestre del año 2011 o primer semestre del 2012.

## II. Marco normativo internacional

### 1. Derechos humanos y terrorismo

La Comisión IDH (2010) señala que el terrorismo “[c]onstituye una forma de violencia de naturaleza particularmente infame y abominable que no es justificable cualesquiera que sean sus protagonistas o sus objetivos, y merece el rechazo más contundente por lesionar tanto a los individuos como a la sociedad en su conjunto”<sup>8</sup>. Bajo esta consideración, el derecho internacional demanda al Estado tanto prevenir y sancionar toda forma de terrorismo como respetar en ese marco los derechos humanos. El respeto y garantía de estos derechos constituyen un límite al accionar del Estado en la ejecución del deber de investigar y sancionar hechos de particular gravedad que alteren la convivencia social.

Dentro de estos límites está el deber de garantizar en todo momento, circunstancia y lugar: el derecho a la vida, a la integridad psíquica y física, el derecho a la libertad individual y la seguridad personal, el derecho a un justo y debido proceso -en las dimensiones de acceder a un juez natural, independiente e imparcial-, la obligación de no discriminación y a la igual protección judicial de quienes habitan el territorio nacional. Luego, no resulta lícito que en aras del combate al terrorismo - o de cualquier otro fenómeno delictual-, el Estado lleve a cabo ejecuciones sumarias o extrajudiciales, establezca la práctica de la desaparición forzada de personas, aplique torturas o tormentos, o someta a proceso e investigue a presuntos responsables, en violación a las normas del debido proceso. Todo ello, dependiendo del contexto en el que se cometa dicha violación, representará una infracción grave al derecho internacional humanitario o al derecho internacional de los derechos humanos, y compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Las Naciones Unidas (2003), en un momento particularmente sensible, reafirmó que la garantía de los derechos humanos es condición necesaria en el combate contra el terrorismo: “*el respeto de los derechos humanos debe considerarse parte fundamental de una estrategia eficaz de lucha contra el terrorismo, y no un obstáculo para su éxito. Nuestro objetivo superior de lograr la paz y la seguridad internacionales no se verá beneficiado si consentimos que se sacrifiquen los derechos humanos en nuestro esfuerzo por erradicar el terrorismo*”<sup>9</sup>. La Asamblea General (2006), al abordar la estrategia global contra el terrorismo, reitera el estándar según el cual toda acción destinada a erradicar el terrorismo debe ajustarse a las obligaciones impuestas en “*virtud del derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas y los convenios y protocolos internacionales*

---

<sup>7</sup> Información actualizada al 28 de junio de 2011.

<sup>8</sup> Comisión IDH. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y Otros Vs Chile. 5 de noviembre de 2010, párrafo 124.

<sup>9</sup> Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Naciones Unidas Asamblea General A/58/266. 8 de agosto de 2003, párrafo 55. Resolución adoptada con posterioridad a los atentados a las Torres Gemelas (2001) y del ataque a Atocha (2002).

*pertinentes, en particular las normas de derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho internacional humanitario*<sup>10</sup>.

En el sistema interamericano, la Comisión IDH (2002) ha establecido iguales criterios al sostener que la “[l]ucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto al derecho nacional e internacional, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, para preservar el estado de derecho, las libertades y valores democráticos en el Hemisferio, elementos indispensables para una exitosa lucha contra el terrorismo”<sup>11</sup>

Misma obligación es posible advertir en instrumentos específicos, ya no propios del derecho internacional de los derechos humanos, sino en aquellos destinados a la represión, persecución, erradicación y sanción del terrorismo. Así la Convención Interamericana contra el Terrorismo<sup>12</sup>, cuyo mandato obliga a los Estados a prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo (art. 1º) y en ese marco establecer un régimen jurídico y administrativo (art. 4.1) al servicio de dicho objeto, preceptúa que “[n]ada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscabe otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de 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” (art. 15.2) y que “[l]as 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” (art. 15.1).

Es el caso también del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas<sup>13</sup> (1998), donde se indica que nada de lo dispuesto en dicho instrumento, “menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y de las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la carta de Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario” (art. 19. 1). En iguales términos se pronuncia el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (2002)<sup>14</sup> y el Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (2005)<sup>15</sup>.

En conclusión, existe una estrecha relación entre la adopción e implementación de medidas antiterrorista y la protección a los derechos humanos por cuanto como lo señala la Comisión IDH, “[e]l objeto y el propósito mismo de las iniciativas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo”<sup>16</sup>.

El derecho al debido proceso requiere de la existencia de un juez independiente, imparcial y dotado de competencia, y que la ley sancionatoria aplicable se conforme con los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad y responsabilidad penal individual. Estos principios hacen parte de los derechos humanos, son de carácter inderogable independientemente de las circunstancias sociales y políticas, y su consagración y desarrollo se encuentra ampliamente reconocido en el ordenamiento jurídico interno y en el derecho internacional<sup>17</sup>. De esta manera, el debido proceso es una garantía fundamental para

<sup>10</sup> Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/60/288. 20 de septiembre de 2006.

<sup>11</sup> Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, Resumen Ejecutivo, párrafo 8.

<sup>12</sup> AG/RES. 18 (XXXII-O/02) Aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 3 de junio de 2002.

<sup>13</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas. ARES/52/164, 9 de enero de 1998.

<sup>14</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/54/109, 9 de diciembre de 1999, art. 21.

<sup>15</sup> Asamblea General Naciones Unidas A/RES/59/290. 15 de abril de 2005, arts. 4.1 y 12.

<sup>16</sup> Comisión IDH (2002), Op. Cit., párrafo 2.

<sup>17</sup> Constitución Política de la Republica de Chile: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”(art. 19 N° 3 inciso 5º). Declaración Universal de Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída

acceder a un juicio justo, al evitar la discrecionalidad y el abuso en el legítimo ejercicio del poder punitivo del Estado para reprimir y sancionar las conductas delictuales (ius puniendi).

Uno de los principios que informan el debido proceso es el principio de tipicidad según el cual la conducta penalmente reprochable debe estar descrita de manera clara y suficiente y sancionada en la ley con anterioridad a la comisión del hecho, a fin que las personas tengan certeza que dicha conducta representa un ilícito sancionable. Al mismo tiempo, indica un límite a las hipótesis de arbitrariedad administrativa y judicial dado que el órgano responsable de investigar o sancionar sólo puede reprimir aquellos hechos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos estimados socialmente relevantes. Lo que para la persona constituye un estado de seguridad jurídica, para el órgano estatal representa un límite a la discrecionalidad en el ejercicio de sus facultades.

El principio de tipicidad se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República - “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella” (art. 19 N° 3 inciso 8)- y forma parte de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre estos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable” (art. 9). Luego, aun cuando se trate de conductas especialmente repudiables, el Estado sólo puede perseguir y determinar la responsabilidad penal de una persona, cuando la conducta ha sido previamente descrita, de manera nítida en la forma y por los medios que el ordenamiento jurídico establece. Como lo señala la Corte IDH (1999) “la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”<sup>18</sup>.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte, la Comisión IDH (2010), ha señalado que: “[l]a determinación de las conductas que van a ser calificadas como delitos y respecto de las cuales se activa el poder punitivo del Estado, corresponde en principio a éste último en el ejercicio de su política criminal, con base a sus particularidades históricas, sociales y de otra índole. Sin embargo, del artículo 9 de la Convención Americana se derivan ciertos elementos que deben ser observados por los Estados al momento de ejercer la potestad de definir tipos penales. En lo relevante para el presente caso, y tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el principio de legalidad trae como corolario la regla según la cual la legislación penal debe estar formulada sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos y unívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos”<sup>19</sup>.

## 2. Elementos comunes del delito terrorista en el derecho internacional

---

públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (art. 10); “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 11.1). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...” (art. 14). Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...” (art. 8).

<sup>18</sup> Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y Otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párrafo 121.

<sup>19</sup> Comisión IDH (2010), Op. Cit., pág. 116.

La definición del delito terrorista en el ámbito internacional no ha sido un asunto pacífico. Desde 1996 se debate en el seno de las Naciones Unidas una iniciativa tendiente a establecer un instrumento de carácter general sobre terrorismo (Convención Internacional General sobre el Terrorismo), el que no ha concitado el apoyo suficiente para su aprobación, entre otras razones, debido a la dificultad de “*diferenciar claramente el terrorismo de la lucha legítima de los pueblos en el ejercicio de sus derechos a la autodeterminación y a la legítima defensa contra la agresión y la ocupación*”<sup>20</sup>. Aún cuando no existe en el derecho internacional un consenso universalmente aceptado acerca del concepto de terrorismo, es posible advertir que desde los inicios el debate se orientó a considerar el terrorismo como un ataque contra la institucionalidad del Estado<sup>21</sup>.

El Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, la constatar que una definición imprecisa o vaga del delito terrorista puede dar lugar a manipulaciones por parte de las autoridades administrativas y judiciales para la criminalización de actos legítimos de reivindicación social, sostiene que el estatuto antiterrorista debe “*limitarse a combatir los delitos que se ajustan a las características de la conducta que ha de reprimirse en la lucha contra el terrorismo internacional, según lo establecido por el Consejo de Seguridad en su resolución 1566 (2004), párrafo 3º*”<sup>22</sup>.

En este marco mínimo, el delito es pluri ofensivo, describe tanto la tentativa como el hecho consumado y limita la protección a los bienes jurídicos: libertad, integridad física y psíquica de las personas. Se trata del acto o su tentativa acto que: (i) esté constituido por la toma de rehenes intencionada; (ii) se proponga causar la muerte o lesiones corporales graves; o, (iii) entrañe el recurso a la violencia física con efecto mortal. Dicho acto o tentativa para devenir en terrorista debe: provocar un estado de terror en la población o a una parte de ella; u, obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer algo o abstenerse de hacerlo. Adicionalmente, se requiere que el acto esté definido de conformidad con los convenios y protocolos internacionales relativos al terrorismo o a las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la materia, y contener todos los elementos de delito grave definido por la legislación nacional<sup>23</sup>.

Por su parte la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de la cual Chile es parte<sup>24</sup>, entiende el terrorismo como un atentado contra el estado de derecho que “[i]mpide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de la totalidad de la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región”<sup>25</sup>.

La Convención, sin definir el delito terrorista, señala que se entenderá por tal aquellos establecidos en las convenciones, protocolos y convenios internacionales destinados a la prevención, prohibición y sanción de formas delictuales que para los efectos de los instrumentos respectivos se consideran terroristas<sup>26</sup>. Se trata de actos criminales

---

<sup>20</sup> Andreu-Guzmán, Federico (ed.). Terrorismo y Derechos Humanos. Comisión Internacional de Juristas, pág. 119. Desde 1937, la comunidad internacional ha intentado dotarse de una definición, lo que da cuenta de la dificultad de precisar los contornos del injusto terrorista. En: [www.old.icj.org](http://www.old.icj.org)

<sup>21</sup> Los artículos 2 y 3 del Tratado de Ginebra sobre el Terrorismo (1937) definía el terrorismo como “*los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personas determinadas, grupo de personas o en el público.*”

<sup>22</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el Terrorismo. Martín Schinin. Asamblea General de Naciones Unidas. A/HRC/C/16/51, 22 de diciembre de 2010, párrafos 26 y 27.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafo 7.

<sup>24</sup> El 10 de febrero de 2005, nuestro país promulgó la Convención Interamericana contra el Terrorismo.

<sup>25</sup> AG/RES. 18 (XXXII-O/02), Op. Cit.

<sup>26</sup> Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973); Convención Internacional contra la toma de rehenes (1979); Convenio sobre la protección física de los materiales

particularmente graves, como el apoderamiento ilícito de aeronaves y actos contra la seguridad de la aviación civil; delitos contra personas internacionalmente protegidas; toma de rehenes; protección de materiales nucleares; violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional; delitos contra la seguridad de la navegación marítima; actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental; atentados terroristas cometidos con bombas y financiación del terrorismo, entre otros.

Las aproximaciones comunes al delito terrorista que aparecen en estos instrumentos internacionales son:

- Hechos de particular gravedad, y en general, de carácter internacional, esto es que el hechor sea nacional de un Estado y el acto se perpetre en otro, o que siendo cometido por un nacional exista un principio de ejecución o planificación en otra jurisdicción.
- Se demanda a los Estados que, en sus ordenamientos internos, tipifiquen como infracción penal los hechos descritos en los instrumentos internacionales, y que se sancionen con penas adecuadas y proporcionadas al daño que se quiere prevenir.
- Los delitos bajo ningún respecto sean considerados políticos, conexos a uno político o inspirados en motivos políticos.
- Se enjuicie o extradite al delincuente o presunto delincuente.
- Que en el marco de las legislaciones se respete el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados/as.
- Se adopten medidas de cooperación internacional eficaz para la investigación y sanción de dichos delitos.

A pesar de la ausencia de una definición aceptada internacionalmente, es posible advertir en el derecho internacional comparado y en la doctrina criterios normativos que conciben el terrorismo como un atentado organizado contra la institucionalidad política-jurídica, que por la finalidad y naturaleza de los medios empleados, así como por la afectación y daño indiscriminado a determinados bienes jurídicos, requiere de una respuesta punitiva especialmente rigurosa por parte del Estado. En palabras del profesor Manuel Cancio (2010) existirían tres elementos propios que configuran desde un perspectiva jurídico-penal el concepto de terrorismo, “[...]por un lado, la organización y su especial peligrosidad, y, por otro, la utilización del terror como estrategia de comunicación, sumado al tercer factor, la dirección política”<sup>27</sup>.

De estos criterios normativos se puede concluir que son elementos comunes al tipo penal de terrorismo: 1) existencia de una asociación ilícita; 2) presencia de métodos especialmente violentos, aptos e idóneos para afectar el bien jurídico tutelado; 3) intencionalidad política y bien jurídico afectado de carácter colectivo.

### ***Existencia de organización con fines ilícitos***

---

nucleares (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 (1988); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988); Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988); Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, (1997) y el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999).

<sup>27</sup> Cancio Meliá, Manuel (2010). Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto. REUS, Madrid, pg. 184.

Este elemento del tipo penal está desarrollado en ejemplos normativos del derecho comparado, y en instrumentos internacionales que norman conductas reputadas terroristas.

Así, el Código Penal Español (1995) sanciona a “*los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de (...)*” (art. 571). El delito terrorista a la luz del ordenamiento español exige la existencia de un grupo organizado, de manera que determinados ilícitos comunes transmutan en terroristas a condición que sean cometidos por personas “*integradas en grupos organizados y armados*”<sup>28</sup>.

La jurisprudencia española ha señalado que la definición del delito terrorista sigue “[d]os criterios, uno de tipo teleológico y otro de carácter estructural u orgánico. El primero está representado por la finalidad de ‘subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública’. El segundo criterio reclama que las acciones incriminables objeto de la imputación hayan sido realizadas por sujetos integrados en grupos dotados de una articulación orgánica idónea para la realización de aquellos objetivos. En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pueda hablarse de delincuencia terrorista es la presencia de bandas o grupos armados que recurran a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada”<sup>29</sup>.

El Tribunal Constitucional español refrendando este concepto ha señalado que “[e]l terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como ‘terrorista’, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de ‘banda’, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas”<sup>30</sup>.

Lo propio es posible de afirmar en el ordenamiento alemán, donde el terrorismo es concebido en la medida que exista intervención de una persona en una organización de ese carácter; y, en el caso italiano, cuyo ordenamiento trata las asociaciones con finalidad terrorista orientadas a subvertir el orden democrático.

En los instrumentos internacionales destinados a la prevención y sanción del terrorismo se infiere que, por la naturaleza de los hechos incriminados y por los medios necesarios para su comisión, se requiere de la existencia de un grupo. De hecho, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas identifica expresamente este elemento, pues comete delito el que “[c]ontribuya de algún modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 o 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o delitos de que se trate” (art. 2, 3.c). Misma exigencia contiene el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (artículo 2, 4.c).

---

<sup>28</sup> “El artículo 13 de la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, indica, textualmente, dicho precepto que “en el artículo primero del Real Decreto-Ley tres mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero, la expresión delitos de terrorismo se sustituirá por “*delitos de asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados*”. Bobillo, Francisco J. Constitución y legislación antiterrorista. En: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE\\_048\\_047.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_048_047.pdf) pág. 62.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español 556/2007 (31.5.2007), citado por Cancio Meliá (2010; 82).

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, 199/1987, párrafo 4. En: <http://constitucion.rediris.es/juris>

La existencia de una organización criminal es considerada por sectores de la doctrina<sup>31</sup> como “*elemento estructural del concepto de terrorismo, conforme al cual los delitos terroristas se caracterizan por cometerse en el marco de una organización armada, jerarquizada, que da unidad y coherencia interna a los actos realizados como forma de ejecución de un programa político contrario al orden constitucional del Estado*”<sup>32</sup>. Es decir, el elemento organizacional del tipo representa el “[n]úcleo común de los delitos de terrorismo, que debe concurrir en todas sus variantes”<sup>33</sup>.

El requisito de la organización en el sentido de una asociación ilícita diferencia el delito terrorista de expresiones organizadas de protesta social o de otras manifestaciones legítimas de la ciudadanía.

### ***Métodos especialmente violentos***

La asociación ilícita con fines terroristas se diferencia de otras asociaciones delictuales por los métodos empleados y por los fines perseguidos. El uso de la violencia sistemática que tenga la capacidad de infundir temor en la población o en un sector de ella, y por esta vía interpelar la institucionalidad jurídico-política, es una nota característica del ilícito terrorista. De su acepción común, como la “*sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror*”<sup>34</sup>, se deduce este elemento que igualmente debe expresarse en el plano jurídico normativo, puesto que el “*modo de actuar es también elemento del concepto típico (global) de terrorismo*”<sup>35</sup>.

La violencia terrorista debe tener la aptitud o idoneidad suficiente de satisfacer la finalidad exigida por el tipo. De esta manera, no todo acto violento en sí mismo -por repudiable que pueda ser- representa un acto terrorista; lo será en la medida en que el uso de la violencia sea especialmente grave, y esta gravedad se deduce de los medios empleados y el bien jurídico afectado. El Tribunal Constitucional español a este respecto ha precisado que “*característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva*”<sup>36</sup>.

Como lo señala el profesor Jorge Mera, en esta clase de delitos las consecuencias punitivas y procesales, “[s]ólo pueden justificarse (...), en presencia de delitos que, por ser auténticamente terroristas revistan, por su parte, una gravedad también excepcional”<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> Ver Villegas Díaz, Myrna (s/f). Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal. La autora detalla, entre otros, los siguientes: LAMARCA, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*. En: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985; *La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*. En: ADPCP, núm. 42, sep-dic. 1989; *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*. En: ADPCP, 1993. GARCÍA RIVAS, N. *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*. En: PJ nº10, 1984. MESTRE DELGADO. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987. CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Penal*. tomo II. Parte Especial; editorial Bosch, 1999. PRATS CANUT. *De los delitos de terrorismo*. En: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, et. al *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Editorial Aranzadi, 1999. DE PRADA SOLAESA. *Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*. En: JpD nº 25, marzo de 1996. PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Editorial Debate, Madrid, 1990. 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.

<sup>32</sup> Gómez Martín, Víctor. Notas para un concepto funcional de terrorismo. Profesor titular de Derecho Penal Universidad de Barcelona, año 2010. Citado por la Jueza, Paola Schisano Pérez, voto de minoría en sentencia de primera instancia del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, autos RUC 0800932994-4, Ministerio Público con Héctor Javier Llaitul Carrillanca y Otros. 22 de marzo de 2011. Pág. 353.

<sup>33</sup> Observatorio Parlamentario (2010). Minuta sobre Ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad N° 18.314 y derechos fundamentales. Pág. 5.

<sup>34</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española.

<sup>35</sup> Cancio Meliá (2010; 167)

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español, 199/1987, FJ 4. Ibídem, pág. 167.

<sup>37</sup> Jorge Mera (1984). Comentarios sobre la Ley 18.314. Pág. 358.

### ***Bien jurídico e intencionalidad política***

El respeto al principio de tipicidad exige que se especifique en todos sus aspectos los elementos objetivos y subjetivos del hecho ilícito. Esta exigencia requiere que el bien protegido - definido como un “*interés socialmente relevante al que el Estado acuerda tutela penal (esto es, la más intensa y drástica forma de protección)*”<sup>38</sup> - queden manifiestos en la descripción del hecho penado. Luego, determinar el bien jurídico representa encarnar el principio de lesividad (*nullum crimen sine injuria*) conforme al cual la legitimidad de la pena supone que la conducta reprochada por el orden jurídico ha sido considerada lesiva para determinados bienes jurídicos<sup>39</sup>.

Una característica del terrorismo es que sus acciones violentas buscan sustentarse en demandas y reivindicaciones de carácter ideológico. La acción terrorista se dirige en contra de la institucionalidad y pretende justificarse desde un discurso público que se atribuye y reclama una legitimidad fundada en convicciones de naturaleza ideológica (religiosas, políticas o de otra índole). El delito terrorista es político, en la medida que los hechos incriminados se dirigen a negar, afectar o destruir el ordenamiento jurídico-político. La finalidad política como elemento constitutivo del concepto de delito terrorista circunscribe la calificación jurídica de los hechos y permite al intérprete deslindar la conducta desplegada por una asociación ilícita común con aquella propiamente terrorista.

Lo anterior se vincula a la circunstancia que la violencia sistemática desatada por la organización atenta en particular contra bienes específicos ya tutelados por el derecho penal ordinario. El terrorismo es un delito pluri ofensivo - puede importar un grave atentado al derecho a la vida, a la libertad o a la integridad psíquica o física de una persona- cuya afectación trasciende el bien jurídico individual con la intención de interpelar al Estado en cuanto organización jurídica-política o, como lo señala el profesor Meliá Cancio (2010), el ánimo de disputar el monopolio del ejercicio del poder del Estado. Luego, la tutela ofrecida no es exclusivamente al bien jurídico vida, integridad o libertad individual.

El Mensaje con que se acompaña el proyecto de ley que finalmente concluye con la adopción de la Ley N° 20.467, da cuenta de este elemento teleológico de la acción terrorista en la afectación de bienes jurídicos. El Ejecutivo señala allí que “*los actos terroristas no sólo ponen en peligro la seguridad e integridad de las personas, sino que además socavan las instituciones democráticas y sociales que son esenciales para la conservación y fortalecimiento del Estado de Derecho imperante en nuestro país*”<sup>40</sup>. El dolo terrorista está representado, de esta manera, por el ánimo de poner en peligro o dañar la institucionalidad político-jurídica que la sociedad legítimamente se ha dado en un momento histórico determinado. Esta última circunstancia es lo que permite diferenciarlo de la acción de otras agrupaciones ilícitas que acometen graves delitos y que, sin embargo, no tienen el propósito de dañar o poner en peligro la institucionalidad político-jurídica.

Este elemento del delito debiera igualmente estar contenido en la definición, para evitar que la norma antiterrorista se convierta en “*un segmento ilegítimo de criminalización*”<sup>41</sup>. Es requisito que se explicita en la ley de qué manera un delito común deviene en terrorista, precisando dónde está el mayor desvalor reprochado y de esta manera justificar el aumento de punibilidad y las severas consecuencias procesales que la conducta sancionada representa. El mayor reproche no puede estar sólo dado por la extensión del daño ocasionado ni la especial conducta del hechor - alevosía, superioridad de fuerzas u otras- pues el orden jurídico ya establece agravantes para dichas conductas; debiera estar dado por

---

<sup>38</sup> Politoff Lifschitz, Sergio (1997). Derecho Penal. Tomo I, Editorial Jurídica. Santiago, pág. 24.

<sup>39</sup> Como lo señala el profesor Politoff (1997; 24), no toda conducta es susceptible de ser perseguida penalmente sino sólo aquellas que “*dañen o pongan en peligro un interés social merecedero de tutela*”.

<sup>40</sup> Historia de la Ley N° 20.467, pág 5.

<sup>41</sup> Cancio Meliá (2010; 154).

la finalidad de atentar, lesionar o poner en peligro, el bien jurídico trascendente representado en la institucionalidad jurídico-política.

Así lo concibe el derecho internacional cuando se señala, como intención del terrorismo, la afectación al Estado de Derecho o a la estabilidad institucional. La Comisión IDH (2010), sostiene que “[e]l terrorismo en todas sus formas es un crimen grave bajo el derecho internacional, que conlleva una violación profunda y extrema de los derechos humanos, la democracia, la paz y la seguridad regionales e internacionales, plantea una amenaza seria y significativa a los gobiernos e instituciones democráticas, (...)”<sup>42</sup>.

En el derecho comparado se pueden encontrar ejemplos de este elemento del tipo. Es el caso de la legislación española que expresa como finalidad de la acción de la agrupación terrorista, la de “*subvertir el orden constitucional*” o la “*paz social*” (art 541 del CP).

Por lo tanto, el catálogo de delitos base debe ser de la entidad suficiente de manera que un atentado o puesta en peligro de los bienes amparados por dichos ilícitos efectivamente signifiquen una lesión o peligro contra la institucionalidad del Estado. En este contexto, suscita discusión considerar la propiedad como objeto de amparo por parte de la legislación antiterrorista. La Comisión IDH a este respecto ha señalado que “[e]xiste un consenso internacional en el sentido de que el repudio y la obligación de prevenir, suprimir, sancionar y erradicar la violencia terrorista, parten de la premisa que dicha violencia atenta principalmente contra la vida humana”<sup>43</sup>. La propiedad puede ser objeto de protección siempre y cuando ella constituya *instalación de infraestructura*, es decir, propiedad pública o privada destinada a prestar o distribuir servicios al público (agua, electricidad, combustibles entre otros). Así es entendido por el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (art. 1.2).

Este fue un punto igualmente debatido iniciada la transición a la democracia, al sostenerse por el Ejecutivo de la época que: “*Lo que caracteriza la conducta terrorista es el atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o a toda la población. Sobre la base de este concepto, el proyecto modificador revisa el artículo 1° de la ley y define la conducta terrorista*”<sup>44</sup>.

A la afectación de bienes destinados al suministro se agrega que dicho atentado importe un riesgo para la vida humana. La Unión Europea (2002) señala que la nota distintiva del acto terrorista es que este se oriente a la desestabilización grave o la destrucción de las estructuras constitucionales, económica o sociales de un país u organización internacional, “*mediante atentados contra la vida de las personas o su integridad física, secuestro o toma de rehenes, destrucciones masivas gubernamentales, (...), o provocación de incendios o inundaciones, interrupción de los suministros esenciales de agua, de electricidad u otro recurso fundamental con riesgo para la vida humana (...)*”<sup>45</sup>.

Así las cosas, el atentado a la propiedad constituye delito terrorista cuando: a) se dirige a la propiedad destinada al suministro público; y, b) pone en peligro o lesiona la vida humana.

### **3. Garantías procesales: Testigos secretos y derecho a defensa**

Las garantías procesales son condiciones mínimas para que las partes intervinientes en el juicio cuenten con las herramientas, plazos, medios y recursos que les permitan exponer y defender sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional en condiciones de igualdad. De nada sirve contar con un tercero imparcial, independiente y dotado de competencia si entre las

<sup>42</sup> Comisión IDH (2010), Op. Cit, párrafo 124.

<sup>43</sup> Ibídem, párrafo 141.

<sup>44</sup> Historia de la Ley N° 19.027, pág. 5

<sup>45</sup> Decisión Marco sobre Terrorismo de 13 de junio de 2002. Citado por Cancio Meliá (2010;147)

partes no hay similares condiciones para el ejercicio de los derechos en el proceso. Las garantías procesales establecen los derechos de las partes y dan legitimidad a las decisiones del órgano responsable de dirimir el conflicto.

Estas garantías hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos desde sus inicios y se encarnan, entre otros, en el principio de contradicción que *“incluye (...) la noción de que las normas del procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja frente a la otra”*<sup>46</sup>. La Declaración Universal de Derechos Humanos (art.10), la Declaración Americana (art. XXVI), la Convención Americana (art.8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) establecen que toda persona tiene derecho *“a ser oída”*, lo que incluye la facultad de controvertir la prueba de cargo y la participación de la asistencia letrada para el control de la prueba rendida en juicio.

Específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala como derecho de quien es enjuiciado por un delito: *“[a] interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”* (art. 14, 2 letra e). A su turno, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el *“derecho de la defensa de interrogar a los testigos presente en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”* (art. 8, 2 letra f).

La Convención Interamericana contra el Terrorismo dispone que *“[t]oda 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”* (art. 15.3).

La Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente obliga a que *“[t]oda persona respecto de la cual se sustancia un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2 gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento”* (art. 9). Similar estándar se formula en la Convención sobre el Terrorismo de 1971, que preceptúa que: *“Toda persona privada de su libertad por aplicación de la presente Convención gozará de las garantías legales del debido proceso”* (art. 4), agregando que para cooperar en la prevención y sanción de los delitos previstos los Estados contratantes aceptan las obligaciones siguientes: *“(...) c) garantizar el más amplio derecho de defensa a toda persona privada de libertad por aplicación de la presente Convención”*. (art. 8) . De igual manera, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas 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 humanos.”* (art. 14).

La igualdad de medios procesales forma parte y dota de contenido el derecho a la igualdad ente los tribunales y cortes de justicia. *“Esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que importe ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado”*<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Defensoría Penal Pública (2003). Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos. Santiago, pág. 89.

<sup>47</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32. Artículo 14. El Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. CCPR/C/GC/32. 23 de agosto de 2007, párrafo 13.

La Corte IDH, ha indicado que “dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.<sup>48</sup> La Comisión IDH siguiendo esta jurisprudencia y a propósito del análisis de este derecho en el marco de la acción antiterrorista ha refrendado que el derecho a interrogar a los testigos de cargo “(...) constituye una de las garantías mínimas a las que tiene derecho toda persona, en condiciones de igualdad, durante cualquier juicio penal que se siga en su contra, por estar directamente relacionado con la oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan, lo cual es esencial para asegurar que el juicio sea justo...”<sup>49</sup>. Por tanto, el examen de la prueba testimonial rendida es parte del derecho a la defensa en igualdad de condiciones y representa el medio eficaz para controlar la aptitud, imparcialidad e idoneidad de este medio de prueba. El irrespeto a este derecho altera seriamente la naturaleza adversarial del procedimiento penal.

El sistema interamericano ha considerado que el llamamiento a testigos “sin rostro” o el establecimiento de testigos secretos o de identidad reservada en principio constituyen una afectación al derecho a un juicio justo. El Estado puede otorgar protección a los testigos y peritos, incluido mantener bajo reserva su identidad, en circunstancias excepcionales que se justifican y toleran cuando concurren copulativamente determinados requisitos. Siguiendo los criterios establecidos por la Comisión Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos, la permisibilidad de la comparecencia y valoración de testigos con identidad reservada supone que:

a. Exista peligro real hacia el testigo o compareciente derivado de su colaboración en la causa.

b. Que la adopción de dicha medida no afecte las garantías esenciales del debido proceso, lo cual ha de ponderarse en la especificidad del caso particular. En los términos de la CIDH, “[d]ichas medidas deben evaluarse caso por caso, aunque siempre disponiendo que su carácter o aplicación no comprometan las garantías inderogables de los encausados a un juicio justo, incluidos su derecho a la defensa y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial”<sup>50</sup>.

c. En cuanto medio de prueba, el testimonio prestado por el testigo bajo reserva de identidad, debe haber “sido compensadas con otras medidas dentro del proceso, a ser evaluadas caso por caso, que reparen el desequilibrio en el ejercicio del derecho de defensa del acusado, y las declaraciones de las personas con reserva de identidad no pueden ser las pruebas determinantes para llegar a una condena”<sup>51</sup>.

De esta manera, lo que en principio constituye una alteración a las normas del debido proceso resultará tolerable a la luz del derecho internacional siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos y que estos sean sometidos a un escrutinio riguroso caso a caso.

#### **4. Igualdad y no discriminación**

Una consecuencia de la imprecisión y ambigüedad en la definición del hecho punible es que la normativa se invoque y aplique arbitrariamente a determinados grupos de población

---

<sup>48</sup>Corte I.D.H., *Caso Castillo Petruzzi y otros*, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 154 En el mismo sentido, Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 152. Este Tribunal ha señalado anteriormente que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa; Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 184. “La Corte Interamericana ha señalado, como lo ha hecho la Corte Europea, que el inculpado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.

<sup>49</sup> Comisión IDH, OEA/SER.L/V/II.116, Op. Cit., párrafo 235.

<sup>50</sup> *Ibidem*, párrafo 233.

<sup>51</sup> Comisión IDH (2010), Op. Cit., párrafo 240.

en atención a su pertenencia étnica, política u otra condición social. En la legislación antiterrorista, el punto es particularmente sensible en atención a la intencionalidad política que supone la acción inculpada.

La invocación y aplicación selectiva de una legislación excepcional a determinados grupos o colectivos de personas, integrantes o relacionadas con las categorías expresamente prohibidas de discriminación en los instrumentos de derechos humanos, como la pertenencia étnica o la filiación política, impone a los órganos responsables de investigar e impartir justicia adoptar sus decisiones sobre la base de la razonabilidad y proporcionalidad en relación al fin perseguido. Caso contrario, se incurrirá en un tratamiento diferenciado respecto de las demás personas que integran la comunidad que no se justifica, y por tanto, arbitrario y discriminatorio. Para el derecho internacional de los derechos humanos, la aplicación selectiva está sometida a un escrutinio estricto, recayendo la carga de la prueba en el ente estatal, a fin de no contravenir la prohibición absoluta de discriminación<sup>52</sup>.

El derecho a la igualdad y no discriminación ante los tribunales ha sido expresamente desarrollado, entre otros, por el Comité de Derechos Humanos<sup>53</sup> y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el que ha dispuesto que *“La discriminación racial y la xenofobia en la administración y el funcionamiento de la justicia, cuando se dan, representan un atentado especialmente grave contra el Estado de derecho, el principio de igualdad ante la ley, al derecho a un proceso imparcial y el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial, por cuanto afecta directamente a personas pertenecientes a grupos que la justicia tiene precisamente por misión proteger”*<sup>54</sup>.

### III. Evaluación de la legislación antiterrorista en Chile

La legislación antiterrorista representa la respuesta de mayor intensidad punitiva, por sus consecuencias procesales y penales dentro del ordenamiento jurídico chileno. Por ello, el escrutinio de exigibilidad de respeto a los principios informantes de los derechos humanos debe ser especialmente riguroso. El examen del juicio a los comuneros mapuches (Cañete) muestra la distancia entre la legislación antiterrorista del país y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

#### Antecedentes del caso

Entre los años 2005-2009, en la ribera del lago LLeu-Lleu -Comunas de Tirúa, Cañete, Contulmo- se verificaron un conjunto de hechos en el marco de lo que el Ministerio Público denominó: *“proceso de recuperación de tierras ancestrales del pueblo Mapuche”* o acciones *“que formaban parte del plan criminal (...) dirigidas a lograr el control territorial de determinadas zonas (...)”*<sup>55</sup>. Se trata de un incendio ocurrido el año 2005 y 5 incendios verificados entre abril y agosto de 2009, que afectaron bienes inmuebles y muebles pertenecientes a particulares y a la empresa forestal Mininco SA o empresas que prestaban servicios a Forestal Mininco SA. Por estos hechos, el Ministerio Público dedujo acusación

<sup>52</sup> Comisión IDH (2002), OEA/SER.L/V/II. 116, Op. Cit., párrafo 355: “[l]a investigación efectiva de los delitos de terrorismo, debido a su motivación ideológica y los medios colectivos con los que se ejecutan, podrían requerir la investigación de individuos o de grupos conectados con determinados movimientos políticos, ideológicos, religiosos, o, en el caso del terrorismo instigado por un Estado, los gobiernos de ciertos Estados. La Comisión también debe subrayar, sin embargo, que las iniciativas antiterroristas que incorporan criterios de esta naturaleza, a efectos de no contravenir la prohibición absoluta contra la discriminación, deben basarse en una justificación objetiva y razonable en el sentido de que deben perseguir un objetivo legítimo, respetando los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y asegurando que los principios sean razonables y proporcionados con el fin perseguido. Las distinciones basadas en factores mencionados explícitamente en los artículos pertinentes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto.”

<sup>53</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 32. Op. Cit., párrafo 8.

<sup>54</sup> Recomendación General N° 31 del Comité.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, autos RUC 0800932994-4, Ministerio Público con Héctor Javier Llaitul Carrillanca y Otros. 22 de marzo de 2011, págs. 3 a 17 (hechos constitutivos de la acusación del Ministerio Público).

por el delito de incendio terrorista.

Entre agosto de 2005 y abril de 2009 se llevaron a cabo 17 hechos consistentes en tala ilegal y sustracción de árboles en predios pertenecientes a las empresas Minico SA, Forestales CreceX S.A. y Volterr, por los cuales el Ministerio Público dedujo acusación por los delitos de asociación ilícita para el hurto y asociación ilícita terrorista.

Finalmente en octubre de 2008, en un domicilio particular son sustraídas mediante intimidación, 2 escopetas, un martillo, dos alicates y cuatro teléfonos celulares. La madrugada del día siguiente es atacada una caravana de vehículos donde iba un Fiscal del Ministerio Público y miembros de la Policía de Investigaciones y de Carabineros. Por estos hechos se dedujo acusación en contra de 17 personas mapuche, por el delito de robo con intimidación y de homicidio frustrado contra la autoridad en ejercicio de funciones; por este último hecho, pero sólo en relación al personal de Carabineros lesionados, se instruyó investigación en la Justicia Militar.

El 22 de marzo de 2011, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete dicta sentencia condenatoria contra de 4 integrantes del pueblo indígena mapuche acusados de los delitos antes descritos. No obstante el Tribunal concluir por mayoría que dentro de los hechos imputados hay algunos -delitos de incendios- susceptibles de calificarse de terroristas<sup>56</sup>, no condena a ninguno de los imputados por dichos ilícitos, al no poder llegar más allá de toda duda razonable a la convicción de haber tenido participación los imputados en los hechos materia de la causa calificados como terroristas<sup>57</sup>.

La mayoría de los imputados son absueltos siendo condenados sólo 4 integrantes del pueblo indígena mapuche, por dos grupos de delitos: 1) homicidio frustrado en contra de un Fiscal Adjunto del Ministerio Público y de lesiones graves en contra de personal de la Policía de Investigaciones, imponiéndose la pena privativa de libertad de 15 años y un día; 2) delito de robo con intimidación, imponiendo a uno de los imputados la pena de 10 años y un día y a los tres restantes la pena de 5 años y un día.

En relación al primer grupo de delitos, el Tercer Juzgado Militar de Valdivia<sup>58</sup> y la Corte de Apelaciones de Concepción<sup>59</sup> en fallo referido a las lesiones ocasionadas a Carabineros, recaído sobre los mismos imputados y ponderando similares pruebas de cargo -especialmente la declaración de un testigo protegido, que declara tanto en el sumario instruido en sede militar como ante el Tribunal de Cañete- resuelven absolver a los comuneros por no acreditarse la participación en los hechos.

La Corte Suprema, revisando las nulidades deducidas por las defensas de los comuneros mapuche condenados, en su sentencia anula parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete y dicta sentencia de reemplazo basada en que la calificación jurídica -ataque a la caravana de vehículos-, realizada por el Tribunal no se ajustaba a derecho<sup>60</sup>. La Corte Suprema razona que no fue posible acreditar la intención clara y precisa de matar o dañar a los funcionarios públicos (dolo directo) ni el conocimiento de la especial investidura de los funcionarios públicos, *“pero pese a no haberse demostrado por los jueces del Tribunal Oral en lo Penal que los enjuiciados sabían que atentaban contra un fiscal, sí estaban consientes que lo hacían contra Carabineros...”*<sup>61</sup>. De esta acción, sostiene la Corte Suprema, resultó con lesiones menos graves el Fiscal del Ministerio

<sup>56</sup> Ibídem, Considerandos 91,92, 93 y 94.

<sup>57</sup> Cabe advertir que el Gobierno, querellante en este proceso, en el marco de los compromisos asumidos con los integrantes del pueblo mapuche presos en huelga de hambre, se desiste de la calificación de terrorista de los hechos investigados en esta causa. El Ministerio Público persistió en calificarlos de terroristas.

<sup>58</sup> Sentencia N° 47 de 13 de diciembre de 2010, Causa Rol 890-2008. Tercer Juzgado Militar de Valdivia.

<sup>59</sup> Sentencia de Segunda Instancia Rol 89-2011 Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción. 26 de mayo de 2011.

<sup>60</sup> Corte Suprema. Sentencia de 3 de junio de 2011, Rol 2921-11, Considerando Quincuagésimo Tercero. Quincuagésimo Cuarto, Quincuagésimo Quinto, Quincuagésimo Sexto, y Quincuagésimo Séptimo.

<sup>61</sup> Corte Suprema. Sentencia de reemplazo de 3 de julio de 2011, Rol 2921-1. Considerando Séptimo.

Público y con lesiones simplemente graves el personal de la Policía de Investigaciones. Dada la nueva calificación jurídica, -delito de lesiones- la Corte Suprema rebaja las penas a tres de los imputado de 15 años y un día, a 3 años y un día, y al otro de los acusados se la rebaja a 4 años.

Respecto del segundo grupo de delitos, la Corte Suprema mantuvo firme la decisión del Tribunal Oral en lo Penal, y a las condenas se agregan las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

### **1. Violación al principio de tipicidad. Los problemas de la definición del delito terrorista en el caso del juicio Cañete.**

#### **Ausencia de una asociación ilícita terrorista**

En voto unánime el Tribunal de Cañete desecha la tesis del Ministerio Público de dar por establecida una asociación ilícita de carácter terrorista. La sentencia analiza los requisitos del tipo penal propio de la asociación criminal, concluyendo que son elementos del mismo la existencia de una estructura interna, dotada de una jerarquía, reglas propias y distribución de funciones<sup>62</sup>. Agrega el fallo que tratándose de la asociación ilícita terrorista debe concurrir un elemento adicional “[c]ual es, que el plan criminal propio de este tipo de organizaciones, sea precisamente el de cometer ilícitos que conforme a la misma, deban considerarse de terroristas”. Esta última condición no habría podido corroborarse por cuanto, a juicio del Tribunal, no hay “evidencias concretas en torno a la existencia que señala la acusación, de un plan criminal seguido por un grupo organizado de personas, tendiente a lograr el control territorial absoluto de determinadas zonas aledañas al Lago Lleu Lleu, y la expulsión de todos aquellos que se consideran ajenos a su etnia, se debe descartar la existencia de una asociación ilícita de tipo terrorista, ello, sin perjuicio de que se reconoce por estos jueces que existieron numerosos hechos violentos cometidos necesariamente por uno o más individuos, como por ejemplo ocurre, con los incendios que fueron descritos en el capítulo anterior de esta sentencia”<sup>63</sup>.

Dicho de otro modo, la asociación ilícita no existe en concepto de los jueces porque se carece de la convicción de haberse cometido ilícitos que encuadren dentro de la calificación jurídica de terroristas. Sin embargo, el razonamiento anterior al análisis de la existencia o no de una asociación ilícita, va en la dirección diametralmente opuesta, esto es, dar por acreditado que algunos de los incendios ocurridos tuvieron la naturaleza de terroristas. Esta contradicción de razonamiento sólo es explicable por la ambigüedad y la falta de precisión del tipo penal contemplada en la Ley Antiterrorista. La unanimidad de los jueces da por inexistente la asociación ilícita terrorista, y al mismo tiempo, califica ciertos hechos como de naturaleza terrorista. Dicha calificación jurídica, no hubiese sido posible, de exigirse en la definición del tipo la existencia del elemento organizacional.

#### **Ineptitud de los medios empleados**

En la sentencia del Tribunal de Cañete, el voto de minoría que está por absolver y por no calificar los hechos como terroristas, indica que “[c]omo corolario, en el entendido que el delito terrorista es atentatorio en contra del orden constitucional del Estado, que vulnera las garantías fundamentales, que nuestro ordenamiento jurídico contempla, y violenta los derechos humanos no sólo de un determinado sector sino a nivel global, es que al analizar

---

<sup>62</sup> Corte Suprema. Sentencia de 3 de julio de 2011, Rol 2921-11. Considerando 102

<sup>63</sup> Ibídem, Considerando 105. El considerando 103º es lapidario en este sentido al señalar que: “Que acorde con lo que se viene diciendo, y conforme con el mérito de los hechos descritos en la propia acusación, se estima que no existen elementos suficientes como para dar por establecido, que las acciones desplegadas por este grupo de personas, tuvieran como fundamento, la existencia de un programa criminal tendiente a la comisión de delitos que deban calificarse como terroristas.”

*en su conjunto los hechos acusados, no es posible estimar que las conductas desarrolladas por el agente en este caso, puedan calificarse como delitos terroristas, puesto que su entidad no excede más allá de la descripción típica que el delito de incendio común ya abarca.*<sup>64</sup>

El voto de minoría razona señalando que “[l]os actos de terror constituyen el medio a través del cual se concreta el plan premeditado que la ley exige, no pudiendo estimarse que los hechos acusados obedezcan al mencionado plan, puesto que a excepción de reivindicaciones territoriales de personas pertenecientes a la etnia mapuche, no se demostró la existencia de agrupación terrorista alguna, circunstancia que unida al lapso de tiempo transcurrido entre el incendio acaecido el 10 de noviembre del año 2005 y los ocurridos el año 2009, hace inaplicable estimar que entre los hechos sucedidos en una y otra época exista una necesaria conexión que avale la existencia de un plan premeditado”<sup>65</sup>.

Lo único que se califica de terrorista en la sentencia son los incendios, que forman parte de los delitos base de la legislación nacional antiterrorista. Sin embargo, como ha sido señalado, en este punto la norma se aleja del estándar normativo dominante que establece que la propiedad privada es objeto de amparo en este contexto sólo cuando ella es instalación de infraestructura y haya peligro o lesión a la vida de las personas, hecho que en la especie no ocurre.

### **Bien jurídico**

El voto disidente expresa que no se logró demostrar la existencia de una organización terrorista cuya finalidad fuera lesionar la institucionalidad por medio de acciones de contenido altamente violento, que permita efectivamente diferenciar las conductas incriminadas con hechos o delitos comunes. Es decir, discurre sobre la ausencia de elementos del tipo terrorista para finalmente desestimar la calificación acordada por los otros dos integrantes del Tribunal Oral en lo Penal: “[e]l objetivo principal del terrorismo es la subversión del sistema de orden y la seguridad pública, busca socavar la estabilidad del régimen político al que ataca a fin de lograr alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático.”<sup>66</sup>

La definición contenida en la Ley N° 18.314 sobre conductas terrorista, a pesar de la reforma, no recoge ninguno de los criterios normativos señalados. Persiste una descripción imprecisa de la conducta incriminada que no permite al intérprete distinguirla de otros delitos contemplados en la legislación penal común, dejando espacios de discrecionalidad en su invocación e implementación. La norma actual no precisa el carácter de violencia organizada que entraña la acción terrorista, ni señala la intencionalidad política y el bien jurídico protegido; mantiene referencia a bienes jurídicos y conductas, ya severamente penadas en la ley ordinaria –es el caso del delito de incendios en lugar no habitado–, que no representan afectación a instalación de infraestructura o que dañen o pongan en peligro la vida, la integridad, la libertad o seguridad de una persona.

El problema de la definición de la conducta terrorista se ha mantenido como uno de los principales déficits en el debate político-legislativo en Chile desde el inicio de la transición a la democracia. En efecto, la primera iniciativa que pretendió adecuar la normativa antiterrorista al derecho internacional de los derechos humanos llamaba a respetar las normas constitucionales “[p]rincipalmente las del artículo 19 Nos. 3 y 7 de la Constitución que consagran el derecho a la defensa jurídica, al debido proceso y las bases

---

<sup>64</sup> Voto de minoría de la jueza Paola Schisano Pérez, sentencia recaída en el RUC 0800932994-4. Tribunal Oral en lo Penal Cañete, 22 de marzo de 201, pág. 358.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pág. 353.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pág. 358.

*constitucionales del proceso penal. Del mismo modo, habrá que ajustar la legislación al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>67</sup>.

Evidenciando la estrecha relación entre el derecho a un debido proceso y el principio de legalidad y tipicidad, el Mensaje señalaba que *“Las disposiciones citadas hacen necesario precisar, con suficiente sutileza para hacer verdadera justicia, lo que debe entenderse por conductas terroristas, delitos contra la seguridad del estado y delitos militares. Sólo distinguiendo muy circunstanciadamente cada uno de ellos será posible resguardar eficazmente los bienes jurídicos que pretenden proteger, castigar a los culpables con penas proporcionales y juzgarlos con arreglo a un procedimiento racional y justo. Confusión [que] en este aspecto ha significado o la renuncia de los jueces a aplicar la ley, o largos procesos o injustas sentencias*”<sup>68</sup>.

La Comisión IDH (2010) al analizar específicamente la reforma introducida por la Ley N° 20.467 a la legislación antiterrorista en Chile, en relación a la definición de la conducta terrorista concluyó que:

(i) *“Después de la reforma se aprecia un cambio en la estructura de la definición de los delitos terroristas, pero la CIDH nota que la terminología con la que está redactada dicha definición es textualmente idéntica a la que se contenía en la Ley 18.314, con alteraciones en el orden de las frases y en los conectores que se utilizan para unir las tres hipótesis que harán presumir la finalidad terrorista*”<sup>69</sup>.

(ii) *“(…), al no haberse modificado en lo esencial las palabras utilizadas en la descripción de este tipo penal, observa la CIDH que se mantienen en vigor los problemas de amplitud, vaguedad, imprecisión y falta de diferenciación con otros tipos penales que la llevaron a concluir que los tipos de la Ley 18.314 contrarían en su formulación el principio de legalidad*”<sup>70</sup>.

La Comisión concluye que la Ley Antiterrorista en este aspecto es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuanto *“[s]i bien se ha aprobado una nueva ley por el Congreso de Chile, las reformas legislativas no han significado hasta la fecha un cambio sustantivo en la tipificación de las conductas terroristas que le haga compatible con el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana*”<sup>71</sup>.

(iii) En relación a la protección de bienes jurídicos, la Comisión señala que la normativa antiterrorista chilena, *“al permitir una interpretación que incluye bajo la rúbrica de terrorismo conductas que atenten exclusivamente contra la propiedad, da lugar a ambigüedades y confusión sobre lo que el Estado reprocha penalmente como delito terrorista*”<sup>72</sup>.

En conclusión, la reforma introducida a la ley antiterrorista mantiene vigente un tipo penal abierto y ambiguo, que lesiona el principio según el cual nadie puede ser sujeto de persecución penal si la conducta imputada no se encuentra claramente definida en la ley con anterioridad a la comisión del hecho incriminado. Se mantiene un tipo penal que se aleja del estándar internacional de protección a los derechos humanos y que genera un estado de inseguridad jurídica para los habitantes del territorio nacional.

---

<sup>67</sup> Historia de la Ley N° 19.027, pág. 4. Mensaje con que se acompaña el proyecto de ley que reforma la Ley Antiterrorista y que culmina con la dictación de la Ley N° 19.027, publicada en el Diario Oficial el 24 de enero de 1991.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pág. 5.

<sup>69</sup> Comisión IDH (2010), Op. Cit., párrafo 150.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párrafo 152.

<sup>71</sup> *Ibidem*, párrafo 154.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párrafo 141.

## Garantías procesales

Los comuneros mapuche son finalmente condenados por delitos comunes. Sin embargo, todo el entramado procesal de la investigación y los medios probatorios de cargo ponderados para determinar las responsabilidades penales y condenar se construyen a partir de las ventajas procesales que ofrece la ley antiterrorista. En efecto, durante casi todo el proceso, la investigación se mantuvo en secreto y al amparo de dicha normativa se adoptaron medidas cautelares drásticas como la prisión preventiva por un año y seis meses a la mayoría de los acusados, alguno de ellos absueltos de todos los cargos. Adicionalmente la sentencia condenatoria incorpora, valora y pondera la declaración de un testigo secreto que tiene la calidad de coautor de los hechos investigados, pieza probatoria fundamental al momento de determinar la participación de los acusados. Las consecuencias procesales y penales son gravísimas: dos de los magistrados estuvieron por considerar 4 incendios ocurridos entre el año 2005 y el 2009 como de naturaleza terrorista, no obstante no poder atribuir responsabilidad penal en estos hechos a ninguno de los acusados.

La modificación introducida al artículo 18 de la ley antiterrorista explicitó el derecho a contra examinar al testigo o perito amparado bajo la reserva de su identidad, permitiendo preguntas sobre su credibilidad, a condición que dichas interrogaciones “*no impliquen un riesgo de revelar su identidad*” (art. 18 inc. final). En el caso de Cañete, la reforma no ha significado un estándar más garantista, persistiendo déficits que entrañan un desmedro al derecho a la defensa de los imputados.

Como lo señala el voto de minoría, la prueba rendida “*en relación a la participación de los acusados (...), se asienta en tres pilares constituidos primeramente por la declaración del testigo protegido N°26, el testimonio de oídas de los funcionarios policiales que recibieron la declaración del imputado (...) y el análisis de las escuchas telefónicas de los teléfonos celulares que se atribuyen a los imputados*”<sup>73</sup>.

El voto disidente reflexiona que, no obstante la ley manda que en ningún caso la declaración de un testigo podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo, esta facultad fue lesionada en la práctica, quedando en definitiva la protección legal que le asistía a la defensa sin contenido, pues el Tribunal al acoger la objeción de preguntas que importaban la posibilidad de develar la identidad del deponente finalmente sacrificó e impidió “[e]l libre ejercicio del contrainterrogatorio por las respectivas defensas”<sup>74</sup>.

Particularmente abusiva resulta la situación del testigo protegido. Se trata del testimonio de un co-partícipe, que declara en el anonimato y bajo la recompensa de verse beneficiado de la no persecución penal, todo lo cual como lo señala el voto disidente hace posible “*concluir que al prestar declaración obtuvo una ganancia o beneficio relevante, restando credibilidad de la declaración obtenida*”<sup>75</sup>. Señala la jueza Paola Schisano Pérez que: “*al otorgarse en este caso, protección al imputado-testigo, sin haberlo perseguido penalmente, se trastoca la finalidad que la norma persigue, al obtener el declarante no sólo la protección debida derivada de su calidad de testigo, en este caso en el marco del artículo 18 de la Ley 18.314, sino que de manera excepcional, obtuvo no ser perseguido penalmente, estableciéndose a su favor una especie de blindaje, que nuestra legislación penal no contempla*”.

La Comisión IDH analizando la legislación nacional en este punto sostiene que “[e]l anonimato de quienes intervienen en un proceso penal, en particular, la de los testigos, priva a los acusados de las garantías básicas de la justicia. Bajo tales circunstancias, los acusados no saben quienes los están acusando, por lo cual no están en condiciones de

<sup>73</sup> Voto de minoría de la jueza Paola Schisano Pérez, Op. Cit., pág. 378.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pág. 371.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

*saber si las personas están calificadas para ello, ni pueden realizar un examen efectivo de los testigos de la contraparte, al no poseer información sobre los antecedentes o motivaciones de quienes declaran, las fuentes de la información sobre los hechos que ilustran en su testimonio, y aspectos afines. En esa medida, el recurso a sistemas judiciales secretos, incluido el recurso a los testigos de identidad reservada, ha sido caracterizado por la Corte y por la Comisión Interamericana en principio como una violación de las garantías del debido proceso a interrogar a los testigos, y de la garantía sobre el carácter público de los procesos penales”.*

En conclusión, el medio de prueba fundamental para la determinación de las responsabilidades penales de los comuneros mapuche se incorpora al proceso en el marco de la Ley antiterrorista (art.18), no obstante ninguno de los acusados es condenado por delito terrorista alguno.

### **Aplicación selectiva (igualdad y no discriminación)**

Si bien el tribunal condena por delitos comunes, no se puede desconocer el hecho que es en el marco de la invocación y la aplicación de la ley antiterrorista que se da la investigación y se enjuicia a los comuneros mapuche. La pregunta que cabe formularse entonces es si, en el sur del país, la institucionalidad y el orden jurídico-político se encuentran o se han visto interpelados de manera especialmente violenta por la acción sistemática de una organización terrorista. Planteado de otra manera, si la invocación de la normativa antiterrorista a integrantes del pueblo mapuche representa en sí misma una vulneración al principio de igualdad y no discriminación. El Ejecutivo en su decisión de no perseverar en su propia acusación en la Ley antiterrorista orienta una respuesta en el sentido de reconocer que no existe tal fenómeno y que, por lo tanto, los hechos no pueden sino ser calificados dentro del estatuto penal común.

El juicio llevado a cabo en Cañete sólo puede analizarse en el marco del conflicto intercultural entre el pueblo mapuche y el Estado de Chile que se arrastra por siglos, y que está estrechamente relacionado con las demandas de reconocimiento de derechos individuales y colectivos a tierras y territorios, respeto a su identidad política y cultural, y el derecho a la autodeterminación.

En el contexto de las movilizaciones y de protesta social se han producido en algunos momentos hechos de violencia. Sin embargo, como lo señala la Comisión IDH (2010), “[a] pesar del carácter esporádico de estos hechos (...) y de la existencia de un contexto más general de movilizaciones sociales y políticas del pueblo Mapuche, estas reivindicaciones han sido descritas por los medios de comunicación y por las autoridades estatales con el rótulo de “conflicto Mapuche”, expresión que ha adquirido uso generalizado entre los sectores no indígenas de la sociedad para hacer referencia a dichos procesos de protestas y reclamos territoriales y socioeconómicos.”<sup>76</sup> Agregando que “[d]icha representación social, facilitada en su construcción por los medios de comunicación, ha exacerbado el clima de tensión que rodea a los procesos sociopolíticos del pueblo indígena Mapuche. Así, sectores del Estado y la opinión pública chilenos han catalogado acciones de protesta social violenta y movilizaciones políticas del pueblo Mapuche como actos de terrorismo, rúbrica que ha desencadenado la aplicación de los instrumentos jurídicos antiterroristas en su contra”<sup>77</sup>.

El Tribunal Oral en lo Penal en la sentencia no desconoce el marco de movilizaciones de integrantes del pueblo mapuche al señalar que los hechos materia del juicio se dan “[d]entro de un contexto bien definido, y que, desde un punto de vista general, se ha venido en denominar el “proceso de recuperación productiva de tierras”, (...), el que en la práctica se ha ido materializando derechamente en el hurto y robo de maderas desde los

<sup>76</sup> Comisión IDH (2010), Op. Cit., párrafo 46.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

*predios forestales que están situados en los alrededores del Lago Lleu Lleu por parte de un grupo de sujetos abocados a dicho fin*<sup>78</sup>. Para justificar la aplicación de la norma antiterrorista en este contexto afirma que los actos investigados constituyen acciones especialmente violentas *“ejecutadas por ciertos individuos, que excediendo el ideario antes mencionado, utilizan el fuego como medio destructor, pretendiendo con ello generar un mayor temor en sus víctimas, para lograr de ese modo que aquellas o no vuelvan a vivir en esos lugares o que se amilanen de efectuar cualquier denuncia, declaración o cualquier otra forma semejante de colaboración con la acción de la justicia, frente a tales acontecimientos. Tales situaciones, a diferencia de lo que ocurre con los delitos comunes, generan una especial repulsa en el sentido común del juzgador, haciendo por ende necesario dar aplicación a su respecto de una normativa especial, como es la contenida en la Ley 18.314, (...)”*<sup>79</sup>.

No cabe duda que hay un patrón de conducta en la invocación y aplicación de la ley antiterrorista que afecta fundamentalmente a integrantes del pueblo mapuche, situación que ha sido motivo de preocupación de los órganos de control de tratados, del Relator Especial para los pueblos indígenas y por la Comisión IDH, al analizar la sentencia dictada en contra de Lonkos y otras autoridades ancestrales mapuche<sup>80</sup>. El patrón de conducta se advierte una vez más en el caso en el caso de Cañete. Se exagera la respuesta punitiva del Estado, en el marco de reivindicaciones sociales y políticas del pueblo mapuche, y se invoca la ley antiterrorista que de suyo representa una legislación que reúne las características propias del denominado derecho penal del enemigo: adelantamiento de punibilidad, desproporcionalidad de las penas impuestas y rebaja de considerable de los estándares y garantías procesales.

#### **IV. Recomendaciones**

1.- Introducir reformas a la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, constituye un imperativo que no puede ser soslayado por el Estado. A fin de adecuar dicho cuerpo normativo a los estándares internacionales que rigen en la materia, la reforma debiera considerar las recomendaciones del sistema interamericano y de los órganos de tratados del sistema de Naciones Unidas, a fin que el cuerpo normativo del que se dote el Estado de Chile, respete los principios de legalidad y tipicidad, incluidos la necesidad de dar plenas garantías a acceder en condiciones de igualdad y no discriminación a un debido, justo y racional proceso.

2° Control de calificación jurídica de los hechos fundantes de la imputación por parte del juez de garantía.

En orden a calificar la conducta como terrorista, en la audiencia de formalización o una vez formalizada la investigación, se establecía un estándar garantista, que fue eliminado el año 2005 en virtud de la ley 20.074. En efecto, hasta antes de esta reforma, el Ministerio Público si quería invocar la ley Antiterrorista debía solicitar al juez de garantía que calificara la conducta, y sólo en virtud de dicha calificación el Ministerio Público podía

---

<sup>78</sup> Considerando 93.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> En el único caso en que se ha invocado la ley Antiterrorista y que no involucra a miembros del pueblo mapuche, es en el denominado “caso bombas”. En efecto, el 14 de agosto de 2010, en un vasto operativo policial son detenidas 15 personas acusadas de la colocación de 29 artefactos explosivos o incendiarios, hechos ocurridos en la Región Metropolitana entre los años 2006-2010. En la causa RUC N° 0700277303-6, el Ministerio Público deduce acusación en contra de 14 personas, por los delitos de asociación ilícita terrorista y colocación de artefactos explosivos, presentado 6.744 piezas probatorias de carácter documental; solicita la comparecencia de 794 testigos, 8 con reserva de identidad y la de 221 peritos. Al momento de la redacción de la presente minuta, continúa la audiencia de preparación del juicio oral, destacando que se han desechado 4.550 pruebas de las casi 7 mil presentadas por el Ministerio Público.

solicitar las medidas de investigación propias de la Ley Antiterrorista<sup>81</sup>. El control del Juez de Garantía sobre el mérito de los antecedentes que el fiscal aporta es un mecanismo adecuado de resguardo de los derechos constitucionales, que coadyuva a evitar el uso discrecional. Parece prudente, y dada la entidad de las consecuencias, someter a control jurisdiccional la investigación por esta especial legislación.

---

<sup>81</sup> 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 decrete, por resolución igualmente fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:...*