



**SEMINARIO INTERNACIONAL  
TERRORISMO Y  
ESTÁNDARES EN  
DERECHOS HUMANOS**

15 de noviembre de 2011

**INDH**  
INSTITUTO NACIONAL DE  
DERECHOS HUMANOS



NACIONES UNIDAS  
**DERECHOS HUMANOS**  
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

*América del Sur  
Oficina Regional*



# SEMINARIO INTERNACIONAL TERRORISMO Y ESTÁNDARES EN DERECHOS HUMANOS

15 de noviembre de 2011

**INDH**  
INSTITUTO NACIONAL DE  
DERECHOS HUMANOS



NACIONES UNIDAS  
**DERECHOS HUMANOS**  
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

*América del Sur  
Oficina Regional*

## SEMINARIO INTERNACIONAL DE TERRORISMO Y ESTÁNDARES EN DERECHOS HUMANOS

### Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Don Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

Doña Carolina Carrera Ferrer

Don Sergio Fuenzalida Bascuñan

Don Roberto Garretón Merino

Don Claudio González Urbina

Don Luis Hermosilla Osorio

Don Enrique Núñez Aranda

Don Manuel Antonio Núñez Poblete

Doña María Luisa Sepúlveda Edwards

### Directora

Lorena Fries Monleón

### Organizado por:

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Oficina Regional para América de Sur

Instituto Nacional de Derechos Humanos

### Edición:

Matias Meza-Lopehandía Glaesser

Ana María Campillo Bastidas

### Diagramación:

Nicolás Galdames Ugalde

**Impresión:** Gráfica Lom

**Primera edición:** 1.000 ejemplares

Santiago de Chile

Junio de 2012

# Índice

<b>Introducción.</b> .....	<b>7</b>
----------------------------	----------

<b>Sección I. Discursos inaugurales.</b> .....	<b>11</b>
--	-----------

Lorena Fries, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Amerigo Incalcaterra, representante regional del Alto Comisionado de las Naciones

Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Oficina Regional para América del Sur.

<b>Sección II. Los estándares de derechos humanos en materia de terrorismo.</b> .....	<b>23</b>
---	-----------

## Presentación.

### Ponencias:

- Manuel Cancio Meliá. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid.
- Myrna Villegas Díaz. Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca.
- Ben Emmerson. Relator especial sobre promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, presentada por Humberto Henderson, representante regional adjunto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Oficina Regional para América del Sur.

## Preguntas, comentarios e intercambio de ideas.

<b>Sección III. Conflictos en la aplicación de la Ley 18.314.</b> .....	<b>69</b>
---	-----------

## Presentación.

### Ponencias:

- Georgy Schubert Studer. Defensor Nacional.
- Pablo Ortega Manosalva. Abogado defensor "Juicio Cañete".
- Mauricio Daza Carrasco. Abogado defensor "Caso Bombas".
- Raúl Guzmán Uribe. Fiscal Regional Sur, Región Metropolitana.

## Preguntas, comentarios e intercambio de ideas.

<b>Sección IV. Debate en torno a la reforma de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad.</b> .....	<b>109</b>
--	------------

## Presentación.

### Ponencias:

- Hugo Dolmestch Urra. Ministro de la Excelentísima Corte Suprema de Chile.
- Claudio Fierro Morales. Abogado de la Defensoría Penal Pública.
- Juan Domingo Acosta. Abogado del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.
- Antonio Horvath Kiss. Senador de la República de Chile.

## Preguntas, comentarios e intercambio de ideas.



## Introducción

Esta publicación recopila y difunde las exposiciones realizadas en el Seminario Internacional "Terrorismo y estándares en derechos humanos", organizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos efectuado el 15 de noviembre de 2011. En la actividad se contó con la participación de destacados académicos, nacionales y extranjeros, especialistas en derecho penal, autoridades de los tres poderes del Estado, miembros de la sociedad civil y de los pueblos originarios.

El costo humano del terrorismo se ha sentido prácticamente en todos los rincones del planeta. Las Naciones Unidas ha manifestado preocupación por sus efectos, y ha requerido de la comunidad internacional el compromiso de adoptar medidas para velar por el respeto de los derechos humanos y por el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo.

La lucha contra el terrorismo ha planteado graves problemas en relación a la protección de los derechos humanos. En efecto, algunas de las medidas adoptadas por los Estados han afectado el respeto y la garantía de derechos como la libertad personal, la libertad de expresión, el debido proceso, la vida privada, la prohibición absoluta de la tortura, entre otros. Por ello, Naciones Unidas ha destacado que toda medida adoptada por un Estado para combatir el terrorismo debe, a su vez, cumplir con las obligaciones contraídas por ese Estado conforme al derecho internacional sobre derechos humanos.

En relación a Chile, las Naciones Unidas a través de sus mecanismos de protección han recomendado hacer modificaciones a la Ley 18.314 con el propósito que se respeten los estándares internacionales en la materia. En este sentido el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han manifestado su preocupación por la aplicación de la normativa antiterrorista a integrantes de pueblos indígenas en relación con actos de protesta social. En igual sentido el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas destacó, en su informe de 2009, el compromiso del Estado de no aplicar la Ley Antiterrorista para procesar a individuos en casos vinculados con movimientos sociales mapuche, e hizo un llamado a las autoridades competentes para que cumplan con dicho compromiso. Asimismo, reiteró la importancia de reformar la Ley 18.314 y adoptar una definición más precisa sobre los delitos de terrorismo.

Como resultado de las huelgas de hambre realizadas por cuatro comuneros mapuche condenados en el denominado "Juicio Cañete", se reposicionó en el debate público la necesidad de efectuar reformas a la mencionada ley. La modificación de la normativa ha sido planteada en diversas oportunidades, principalmente como consecuencia de su utilización en procesos penales contra integrantes de pueblos indígenas o en casos de protesta social.

Por lo anterior, el Seminario tuvo por objetivo hacer un análisis desde una perspectiva jurídica del fenómeno del terrorismo tanto el ámbito nacional como en el internacional. En lo principal se buscó exponer y explicar el contenido y alcance de los estándares internacionales en derechos humanos y terrorismo, dar a conocer las obligaciones del Estado en la materia y analizar la utilización del derecho penal como herramienta de respuesta frente al terrorismo. El contenido de esta publicación busca facilitar la difusión de la problemática abordada, especialmente por cuanto la materia requiere de un tratamiento distinto al que ha recibido hasta ahora por parte del Estado y la sociedad.

La presente publicación contiene las presentaciones realizadas en el Seminario, de acuerdo a su orden de exposición. Éstas, más las presentaciones realizadas por Lorena Fries, Directora del INDH, y de Amerigo Incalcaterra, Representante Regional para América del Sur del ACNUDH, fueron divididas en tres paneles temáticos. En las secciones relativas a los paneles se encontrará una breve reseña del currículum de cada expositor/a, su ponencia y una parte dedicada a las preguntas, comentarios e intercambio de ideas con los asistentes.

El primer panel tuvo por objeto desarrollar los estándares internacionales en materia de derechos humanos y derecho penal, y realizar un contraste con la situación chilena. Las exposiciones del Dr. Manuel Cancio Meliá y de la Dra. Myrna Villegas son recogidas en la segunda sección de este libro, al igual que la presentación enviada por el Relator Especial, Sr. Ben Emmerson.

En el segundo panel se expusieron las experiencias prácticas en la aplicación de la Ley 18.314. Para ello se contó con el testimonio del defensor nacional Georgy Lous Schubert Studer, los abogados Pablo Ortega Manosalva y Mauricio Daza, y el fiscal regional de la zona sur de la Región Metropolitana de Santiago, don Raúl Guzmán Uribe. Todos ellos han enfrentado juicios, como defensores o acusadores, en los que se ha aplicado la normativa en análisis. Sus exposiciones y comentarios se recogen en la tercera parte de esta publicación.

En el tercer panel se transcriben las exposiciones de los representantes de los tres poderes del Estado y de un ex miembro del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que actuó como observador en los juicios emblemáticos en que se ha invocado recientemente la legislación antiterrorista. El objetivo de este panel fue desarrollar un debate sobre modificaciones y reformas a la ley vigente, para que esta cumpla con los estándares internacionales.

Expresamos nuestro reconocimiento a todos los miembros de los equipos de trabajo del Instituto Nacional de Derechos Humanos y de la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos por el trabajo realizado.



# Sección I

## **Discursos inaugurales**



## Lorena Fries Monleón

Directora  
Instituto Nacional de Derechos Humanos

Bienvenidos y bienvenidas a este seminario organizado por la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bienvenidos diputado Gutiérrez y nuestros panelistas y moderadores. Es un gusto tenerlos invitados en esta actividad que ha significado la disposición y colaboración de distintos panelistas, moderadoras y esfuerzos que esperamos tengan un sentido al final del día.

Desde la constitución del Instituto Nacional de Derechos Humano en el año 2010, el debate en torno a la Ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad N° 18.314 ha sido uno de los ámbitos de preocupación del Instituto. El 12 de julio de dicho año, para ponerlos en contexto, treinta y dos jóvenes mapuche iniciaban una huelga de hambre cuya reivindicación central era recibir un juicio justo y, por lo tanto, no ser juzgados por la ley antiterrorista. Los actos por los que se les procesaba habían acontecido en el marco de reivindicaciones territoriales y de derechos políticos. Esa huelga, que duro más de ochenta y dos días, llegó a su término con el acuerdo del gobierno de desistirse de las querellas presentadas por esta ley y realizar las reformas necesarias para ajustarla a los estándares de derechos humanos.

Para el Instituto, las modificaciones introducidas en octubre de 2010 no lograron superar la tensión existente entre esta legislación penal excepcional y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, tal como lo manifesté ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados durante el debate legislativo. A pesar del compromiso asumido por el gobierno en el sentido de desistirse de las querellas en que invocaba dicha ley, el Ministerio Público en cambio, en algunos casos, persistió en aplicarla. En otros la utilizó para conseguir condenas comunes utilizando las ventajas procesales que otorga dicha ley para la investigación.

El juicio finalizó el 22 de marzo de 2011 con la dictación de sentencia condenatoria por el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete contra cuatro comuneros mapuche: Jonathan Huillical, Santiago Huenuche, Héctor Llaitul y Ramón Llanquileo.

Estas condenas fueron parte de un proceso más amplio seguido contra 17 integrantes del pueblo mapuche acusados, entre otros delitos, de incendio terrorista; asociación ilícita terrorista, robo con intimidación, homicidio frustrado y atentado contra la autoridad. Salvo los cuatro comuneros señalados, todos los demás fueron absueltos tras un largo periodo en que estuvieron sometidos a prisión preventiva.

El INDH hizo seguimiento al juicio que condenó a los cuatro comuneros con el objeto de verificar el respeto al cumplimiento de las garantías del debido proceso, el principio de igualdad y no discriminación sobre la base de pertenencia étnica y las condiciones carcelarias que cumplían bajo prisión preventiva los cuatro sometidos a proceso. En el recurso de nulidad interpuesto ante la Corte Suprema por la Defensoría Penal Pública por la condena de estas personas, el Instituto Nacional de Derechos Humanos presentó un *amicus curiae* dando a conocer las razones jurídicas que apoyaban la moción de nulidad, amparadas, por cierto, en los principios y garantías del derecho internacional de los derechos humanos y en el ordenamiento jurídico interno.

La Sala Penal de la Corte Suprema acogió parcialmente la nulidad y dictó una sentencia de reemplazo que rebajó ostensiblemente las penas en un marco de declaraciones realizadas por el presidente de la Corte Suprema, Milton Juica, que señaló: “nuestra posición en general es crítica respecto a que exista una ley antiterrorista en nuestro sistema democrático debiese ser corregida, modificada y atenuada en sus efectos y asegurar el debido proceso, es decir, que todos los procesos sean de la misma manera para todos los justiciables”.

Las cuatro condenas fueron dictadas en el contexto de una segunda huelga de hambre iniciada en marzo del 2011 y que se mantuvo por un periodo de ochenta y siete días, finalizando con motivo de la creación de la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche, conformada por un representante de la Iglesia Católica, familiares de los mapuche encarcelados y el Instituto Nacional de Derechos Humanos. La Comisión tuvo entre sus objetivos promover una reforma efectiva de la Ley 18.314, de manera que se ajuste a los estándares internacionales, y analizar las obligaciones que debe cumplir el Estado de Chile en materia de reclusión de personas pertenecientes a pueblos indígenas de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de del Convenio 169 de la OIT. Se propuso, para avanzar en este objetivo, un plazo de nueve meses y un sistema de audiencias públicas en diferentes zonas del país para que, junto a un trabajo con autoridades y parlamentarios, diera a luz a una nueva modificación de la ley. Estamos en eso.

De igual manera, en el año 2010 y con gran despliegue comunicacional y mediático, se inició el llamado “Caso Bombas” que procesó a dieciséis personas por conductas terroristas consistentes en la detonación de artefactos explosivos contra propiedad privada y pública. De ellas catorce quedaron sometidas a prisión preventiva. Nuevamente el Instituto realizó misiones de observación en las audiencias preparatorias y de formalización, denunció la improcedencia de su aplicación para el caso y la incompatibilidad de la ley con las garantías que debe otorgar el Estado en materias de debido proceso.

Junto con ello representó también las severas condiciones carcelarias a las que fueron sometidos los procesados en cárceles de máxima seguridad. Asimismo, asistimos en calidad de observadores a la mesa constituida para tales efectos, que contó con la participación de parlamentarios, autoridades eclesiásticas y abogados defensores. En octubre de 2011, el caso dio un giro al dictarse, respecto a uno de los principales delitos perseguidos por el Ministerio Público -el de asociación ilícita terrorista-, el sobreseimiento definitivo respecto de once imputados.

Durante el mes de agosto del 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros vs. Chile. En su Informe de Fondo la CIDH concluyó que tanto la formación normativa, como la aplicación selectiva de la ley antiterrorista a miembros del pueblo mapuche representan una seria afectación a derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. En ambos casos, el resultado de la aplicación de la ley antiterrorista ha sido que un número importante de personas formalizadas por delitos terroristas han quedado finalmente absueltas después de un largo periodo de prisión preventiva.

La legislación antiterrorista, representa una de las respuestas de mayor intensidad punitiva dentro del sistema penal, merece un juicio de reproche en términos de derechos humanos, en consideración, básicamente, a tres razones:

1° Mantiene una deficiente definición de delito terrorista que vulnera los principios de legalidad y tipicidad;  
 2° En materia de garantías judiciales establece normas excepcionales que afectan al derecho al debido proceso, particularmente en materia de privación de libertad y obtención de pruebas a través de testigos;  
 3° En su aplicación práctica se observa un patrón de conducta que violenta el principio de igualdad y no discriminación por su invocación preferente y selectiva a grupos discriminados de la sociedad.

No me cabe duda que la presente jornada abordará de manera clara y precisa estos y otros temas atinentes. Espero que las conclusiones a que se lleguen, permitan contar con más antecedentes de hecho y de derecho que contribuyan a generar el consenso necesario para reformar la ley de manera que sea consistente con los estándares en materia de derechos humanos.

Muchas gracias.



## Amerigo Incalcaterra

Representante Regional del Alto Comisionado  
de las Naciones Unidas para los  
Derechos Humanos (ACNUDH).  
Oficina Regional para América del Sur

Buenos días a todas y todos.

Lorena Fries, muchas gracias por haber organizado este evento. Diputado Gutiérrez, muchas gracias por ofrecernos este espacio en esta casa que también es sumamente importante para nosotros. Estimados miembros representantes de las Fuerzas Armadas, académicos, panelistas, colegas, periodistas, amigos y amigas. Realmente es un placer para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos estar en esta actividad el día de hoy, convocados por un tema sumamente complejo para toda la comunidad internacional: enfrentar el terrorismo.

Quiero lamentar, principalmente, la ausencia del relator especial Ben Emmerson, quien nos hizo llegar una presentación, que será leída a continuación por mi colega Humberto Henderson. La presencia de los demás panelistas y la de todos ustedes nos permitirá realizar un debate sumamente importante y necesario sobre cómo un Estado de Derecho tiene que enfrentar este fenómeno del terrorismo.

El terrorismo ha adquirido un alcance universal indiscutible. Su impacto sobre la sociedad en su conjunto y sobre la valoración de derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y la seguridad de los individuos, ya ha sido señalado por Naciones Unidas. En el informe del anterior Secretario General, señor Kofi Annan, titulado "Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos", se describe cómo el terrorismo representa una amenaza para todos en relación con el respeto de los derechos, el imperio de la ley, la protección de los civiles, la tolerancia de los pueblos y las naciones, y la resolución pacífica de los conflictos. Allí dijo: (...) nuestra estrategia contra el terrorismo ha de ser global y basarse en cinco puntos fundamentales: persuadir a la gente de que no recurra al terrorismo ni lo apoye, negar a los terroristas el acceso a fondos y materiales, persuadir a los Estados de que no patrocinen el terrorismo, desarrollar la capacidad de los Estados para derrotar al terrorismo y defender los derechos humanos.

Ya en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Viena, en 1993, se recordó que los actos, los métodos y las prácticas terroristas son actividades orientadas hacia la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia; amenazan la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizan gobiernos legítimamente constituidos. Las atrocidades de la criminalidad terrorista -descrita como un azote por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados y abogados- hacen parte, sin dudas, de aquellos actos de barbarie, ultrajantes para la conciencia de la humanidad. Es entonces una obligación de cada Estado asegurar la protección de los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción, para garantizar su seguridad. Ello lleva a adoptar medidas eficaces para combatir el terrorismo, para combatir y disuadir futuros ataques terroristas y enjuiciar a los responsables de estos actos. En ese sentido, varios Estados en todo el mundo –incluidos los de América Latina– han adoptado medidas destinadas al logro de estos objetivos.

Una de las principales herramientas utilizadas para prevenir y enfrentar el delito de terrorismo ha sido el derecho penal. Desde los atentados de Nueva York de 2001 -esperamos que no se repitan nunca más-, los ordenamientos penales han sufrido importantes modificaciones, tanto en la tipificación de las conductas consideradas terroristas, como en las penas previstas. Asimismo, se han producido restricciones a las garantías procesales de los imputados por estos actos.

Las medidas contra el terrorismo han supuesto, en ocasiones, graves obstáculos para la promoción y protección de los derechos humanos. Algunas han afectado derechos como la libertad personal, la prohibición absoluta de tortura, la libertad de expresión, el debido proceso o el respeto a la vida privada, entre otros. Frente a ello, considero necesario destacar, como lo ha señalado en variadas ocasiones la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señora Navanethem Pillay, la importancia de que toda medida tomada por los Estados cumpla con las obligaciones contraídas conforme al derecho internacional sobre derechos humanos. El combate de todo Estado contra las acciones terroristas debe adecuarse al ordenamiento internacional de los derechos humanos.

Quiero recordar, en particular, el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que limita la supresión de derechos a aquellas situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente. En segundo lugar, aquellas que sean incompatibles con las demás disposiciones del Pacto. En tercer lugar, aquellas que entrañen discriminación basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o el origen social. Las suspensiones mencionadas no podrán afectar los derechos inderogables reconocidos en el artículo 6° (derecho a la vida), 7° (prohibición de tortura, tratos crueles y degradantes), 8° (prohibición de esclavitud), 11° (prohibición de prisión por deuda), 16° (derecho de todas las personas al reconocimiento de su personalidad jurídica) y 18° (libertad de pensamiento, conciencia y religión).

Aun cuando se enfrentan a la criminalidad terrorista, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben actuar siempre dentro de los principios y reglas internacionales aplicables a la persecución del

delito y al mantenimiento del orden público. De este modo, el uso de la fuerza debe estar limitado en todo momento a situaciones de carácter excepcional, como evitar la pérdida de vidas humanas. Su uso debe ser estrictamente necesario para el desarrollo de las legítimas funciones del Estado, de seguridad y orden público, y ser proporcional a la entidad y gravedad de los hechos. Si la lucha contra el terrorismo debe librarse con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, toda medida adoptada por los Estados miembros en esta materia ha de ceñirse a la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos. Por lo tanto, ninguna de esas medidas puede vulnerar o amenazar aquellos derechos iguales e inalienables de toda la familia humana, cuyo reconocimiento constituye, según la Declaración Universal de Derechos Humanos, el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en todo el mundo.

Cuando nos enfrentamos al procesamiento de las personas imputadas por un acto de terrorismo, tenemos que tomar en cuenta que, en la investigación y el juzgamiento de esta conducta, el Estado debe observar cuidadosamente los principios y las normas internacionales en materia de derecho al debido proceso y a las garantías judiciales. Esto significa, en primer término, que la norma dictada para enfrentar el terrorismo ha de referirse exclusivamente, de modo claro y expreso, a la realización de comportamientos asumidos con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas, o en determinadas personas. Ni el temor al terrorismo ni la respuesta a este fenómeno debe conducir a la criminalización de pensamientos u opiniones, sino a la adopción de instrumentos normativos y de procedimiento que permitan –dentro del marco trazado por la normativa internacional– investigar, detener, acusar, juzgar y sancionar a las personas responsables de actos inequívocamente definidos por el legislador penal como delitos contra la seguridad pública. Por lo demás, aquellas personas a las que llega a imputarse la condición de actos de terrorismo debe serles reconocido el derecho a ser procesadas por autoridades independientes e imparciales. Esto significa que no podrán serlo por comisiones administrativas, ni por tribunales especiales, ni por funcionarios de la jurisdicción penal militar.

En segundo lugar, el derecho a que se les presuma inocentes y que se les trate como tales mientras no se pruebe lo contrario exige que nadie sea supuesto responsable antes de haberse proferido en su contra una sentencia condenatoria definitiva; que la responsabilidad personal sea establecida más allá de toda duda razonable; que la carga de la prueba recaiga sobre la entidad estatal encargada de la acusación; y que las autoridades encargadas competentes de investigar y juzgar no incurran en prejuizgamientos.

Chile, al igual que otros Estados, cuenta con una legislación penal específica para combatir el terrorismo, la Ley 18.314, que ha sido objeto de análisis por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, tanto en cuanto a su contenido como a su ámbito de aplicación. En particular, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité Contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han expresado preocupación por lo que consideran una descripción excesivamente amplia del delito de terrorismo, que ha permitido su aplicación a actos de protesta o demanda social, relacionados con reivindicaciones legítimas de los pueblos

indígenas sobre las tierras. El Comité de Derechos Humanos ha observado, asimismo, que las garantías procesales reconocidas en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley. Dichos comités han recomendado al Estado la modificación de la ley en cuestión, su no aplicación a actos de protesta social de pueblos indígenas y la investigación pronta, efectiva, de los abusos cometidos en la aplicación de esta ley. Dichas recomendaciones fueron reiteradas por varios Estados en el marco de la revisión del examen periódico universal que Chile pasó en mayo de 2009.

También, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, hizo una recomendación al gobierno chileno, en orden a cumplir con su compromiso de no aplicar la ley antiterrorista para procesar a individuos en casos vinculados con movimientos sociales mapuche, y reiteró la importancia de reformar la Ley 18.314 para adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo.

Hasta el momento, las recomendaciones formuladas por los distintos mecanismos de las Naciones Unidas no se han traducido en modificaciones legales que permitan adecuar la ley 18.314 a los estándares internacionales de derechos humanos. Saludamos la reforma realizada en 2010, que limitó la definición de delitos terroristas excluyendo la aplicación de la ley a niños y adolescentes, y determinó mayores garantías para los procesados bajo la Ley Antiterrorista, en relación con la forma de contrainterrogar a los testigos sin rostro. Sin embargo esta reforma no ha sido suficiente para cumplir con las recomendaciones anteriormente mencionadas, en aras de asegurar que esta ley sea, tanto en su contenido como en su aplicación, totalmente compatible con los estándares internacionales de derechos humanos.

El Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, ha insistido en la importancia de contar con una definición estricta de terrorismo, con el fin de evitar potenciales abusos contra movimientos políticos o sociales en la aplicación de la legislación antiterrorista. Ello constituye, según se expondrá en detalle, una de las buenas prácticas referidas por el anterior relator especial, Martin Scheinin, en su informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2010.

Animamos a las autoridades chilenas a inspirarse en estas prácticas para establecer las debidas garantías que aseguren que la lucha contra el terrorismo no conlleve la vulneración de otros derechos y libertades fundamentales de las personas. A diferencia de los terroristas, los Estados deben rendir cuentas a sus propios ciudadanos. En la lucha contra el terrorismo, los derechos humanos no pueden ponerse en peligro en ningún momento. Hacerlo facilitaría el logro de uno de los objetivos de los terroristas. Cito textualmente al anterior Secretario General, Kofi Anan: “Los terroristas no responden ante nadie; en cambio, nosotros no debemos perder de vista que hemos de rendir cuentas a los ciudadanos de todo el mundo. En nuestra lucha contra el terrorismo no hemos de poner nunca en peligro los derechos humanos; si lo hacemos, facilitamos el logro de uno de los objetivos de

los terroristas. Si abdicamos de nuestros principios morales, provocamos tensiones, odios y desconfianzas en los gobiernos, precisamente entre esos sectores de la población en que los terroristas esperan reclutar a sus colaboradores”.

Todo ejercicio de las competencias estatales se haya, necesariamente, subordinado al principio humanista de la primacía de los derechos inalienables de las personas. Por ello, debe aceptarse que incluso en las ocasiones dramáticas en que la sociedad se descubre asediada por el terrorismo, la respuesta del Estado a ese fenómeno no puede ir más allá de los límites trazados por el imperativo de la justicia y por el ordenamiento del bien común. Ellos marcan la frontera entre lo permitido y lo prohibido, entre lo lícito y lo ilícito, entre la fuerza y la violencia. Por eso felicitamos al Instituto Nacional de Derechos Humanos por esta iniciativa, y por la disposición para llevar a cabo este Seminario Internacional sobre terrorismo y estándares en derechos humanos. Alentamos a las autoridades chilenas a aprovechar la suma de saberes en la materia, para promover la defensa y dignidad de las personas.

Muchas gracias.



## Sección II

# Los estándares de derechos humanos en materia de terrorismo



## Presentación

El objeto de este panel es discutir en torno a los estándares internacionales en materia de derechos humanos y compararlos con la situación chilena. Cada expositora tendrá treinta minutos para referirse a las principales materias de su especialidad. Las personas que se encuentran en el público podrán hacer llegar sus preguntas y comentarios en forma escrita, las cuales serán respondidas y comentadas al finalizar las exposiciones.

La mesa está integrada por el Sr. Humberto Henderson, Representante Regional Adjunto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El señor Henderson viene en representación del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Ben Emmerson, quien desafortunadamente no podrá acompañarnos en esta ocasión. El panel también cuenta con la participación de Manuel Cancio Meliá, Doctor en Derecho y catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid y Myrna Villegas Díaz, Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca y profesora de derecho penal en la Universidad Central y de Chile.

En la moderación de este panel dejamos con ustedes también a la Defensora Regional de la Araucanía, Sra. Bárbara Katz.



## Manuel Cancio Meliá

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid

*Manuel Cancio Meliá es Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid el año 1991 y Doctor en Derecho por la misma Universidad el año 1997. Además en 2008 recibió el doctorado Honoris Causa de la Universidad Peruana Los Andes. Actualmente se desempeña como catedrático de derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid. Sus investigaciones académicas se han centrado principalmente en la teoría de imputación objetiva, la teoría del tipo y las bases de responsabilidad penal. Asimismo, ha investigado sobre la posición de la víctima en el sistema penal, la creación de un ordenamiento penal en la Unión Europea, derecho penal comparado y medidas de emergencia en la legislación penal. Entre sus numerosas publicaciones sobresalen "Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva: conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal" (2001); "Derecho Penal del Enemigo" en coautoría con Günter Jakobs (2003); y más recientemente "Delitos de Terrorismo: estructura típica e injusto" (2010).*



Es para mí un gran honor y una gran satisfacción poder estar hoy aquí y hablar frente a todos ustedes. Voy a decirles por qué. No solo porque es una fórmula de cortesía, sino porque realmente, primero, es una gran satisfacción poder estar en Chile, también por el hecho de cómo se está reaccionando con el problema que antes ha aludido el Sr. Incalcaterra. En segundo lugar, porque para alguien como este servidor de ustedes, es decir, un profesor de universidad, es muy común cocerse en el jugo del guiso de la disciplina y no salir de él. Por ello, agradezco muy especialmente tener la oportunidad de hablar ante personas que no se limitan a la teoría, a la palabrería, sino que están actuando. Están actuando, además, fuera de los estrechos límites de la cultura jurídica que compartimos entre los países que hablan castellano y los países de la Europa continental, pero que, obviamente, no es todo el mundo. Aquí tenemos –con las personas aquí presente de Naciones Unidas– la puerta abierta al mundo en su conjunto. En fin, no debería perder más tiempo de estos minutos que tengo para hablarles pues como ven ustedes, éstos son muy preciosos para mí.

Lo que aquí me corresponde a mí como profesor de Derecho Penal es hablarles, prácticamente, en abstracto de en qué consiste el terrorismo. Ello viene determinado porque estoy convencido –como voy a exponerles a continuación– de que el concepto de terrorismo no es solamente una cuestión que deriva de decisiones legislativas, sino es cuestión que tiene implicaciones sistemáticas, que tienen su base en los elementos más centrales de la ciencia del derecho penal y que permiten hacer esta formulación en términos tan abstractos.

¿Qué es terrorismo? Voy a intentar no referirlo a ninguna legislación en particular, aunque algún ejemplo voy a hacer respecto a alguna referencia ejemplificadora de la legislación española. No porque sea yo español, sino porque éste es el único punto en que pueda, quizás, decirse que España es una potencia incontestable. No hay ningún otro país del mundo con 703 terroristas presos, con 800 asesinatos en los últimos años y en donde, además, el terrorismo haya tenido lugar en una dictadura y luego en un régimen constitucional. Esto es el punto de vista técnico que hace que a diferencia de lo que sucede con los juristas alemanes, incluso británicos o norteamericanos, no se trata de unas docenas de supuestos que han tenido que ser evaluados jurídicamente, sino que son centenares de sentencias las que existen en España y que marcan, y han sido un poco campo de prueba. Como siempre España llega un poco tarde a conclusiones mundiales, puede ser que en este ámbito haya llegado un tanto al pasado del terrorismo, digamos de orientación étnica, formalmente de izquierda radical y autóctono. Y, como algunos de ustedes saben, hace algunos años hemos llegado a la nueva ola del llamado terrorismo internacional que tiene unas características muy distintas.

Comenzaré por una introducción donde voy a intentar explicarles qué es lo que voy a hacer, en una segunda parte donde ya voy a hablar del concepto de terrorismo y de las implicaciones que ha de tener para la interpretación de determinados supuestos concretos. En cuanto a esta primera aproximación, la introducción, de cómo ha de construirse este concepto de terrorismo en términos jurídicos, parto

señalando que el terrorismo es una catástrofe. Pueden pensar que es *excusatio non petita accusatio manifesta*, pero hay que constatar, sobre todo por lo que voy a decir después.

Si ustedes me permiten comenzar con una simpleza de este calibre, es necesario subrayarlo y, de nuevo, siendo español uno lo sabe bastante bien. No me refiero a haber visto un asesinato masivo a menos de un kilómetro de mi casa hace algunos años, sino que me estoy refiriendo a lo que ha sido la historia política de España de estos últimos cuarenta años que no se explica en muchos aspectos extraordinariamente negativos que han debilitado el fortalecimiento de una cultura política como es debido en mi país, si no es con base en la existencia de una actividad terrorista, muy intensa y muy prolongada en el tiempo. Entonces, cualquier cosa que yo les diga ahora a continuación, les ruego que lo vean desde la perspectiva de que yo sí sé lo que es vivir en una ciudad que es golpeada por actos terroristas cuando yo era un muchacho. Yo sí sé lo que es haber vivido en una ciudad en donde habían matado a doscientas personas el día antes y qué efectos tiene esto y, sin embargo, creo que también es compatible con la posición que les voy a exponer a continuación, que no es particularmente llamativa en el contexto de la ciencia del derecho penal, pero que sí puede parecer muy restrictiva desde el punto de vista de quien no tenga esta aproximación estrictamente jurídica.

Bien, con esto llego a la primera pregunta que voy a intentar mantener; digamos, en la pregunta más tonta que haría cualquiera que no sepa en qué consiste el terrorismo. Bueno, el terrorismo ¿en qué consiste desde el punto de vista fáctico? ¿qué normas existen en el punto de vista jurídico? ¿qué es lo que hay en un derecho penal de un país que sí conoce delitos terroristas? No son todos en el mundo, después del 11 de septiembre de 2001 son muchos más y esta existencia del terrorismo se manifiesta en tres aspectos.

Por un lado, existen lo que podríamos denominar, y en alguna ocasión así se ha denominado, los delitos estrictamente terroristas. Delitos que, como veremos, no tienen una realidad diferente, adaptada al terrorismo, sino que son genuinamente terroristas, que son lo que siguiendo la terminología alemana voy a denominar delitos de organización. Es decir, el delito que consiste estrictamente en la pertenencia a una organización, sea en grado de dirigente, sea en grado de mero militante, mero participante, se construye de modo paralelo a la criminalidad organizada común, pero con penas superiores. Es delito la mera existencia de un sujeto como miembro de un colectivo pero con independencia de cualquier daño. Incluso con independencia de cualquier riesgo que pueda identificarse ya con crédito para bienes jurídicos individuales de una persona.

Junto al delito genuinamente terrorista, como delito de organización está una peculiaridad de estas infracciones que son las conductas de colaboración, de apoyo, tipificadas en una infracción aparte y que extienden aun más el alcance del derecho penal, más allá de lo que es la pertenencia a la organización.

La particularidad está dada por aquellas personas que, sin ser miembros de la organización, la apoyan a través de actos que tratándose de cualquier otro serían impunes, atípicos, no estarían contemplados

como infracciones criminales. Estos genuinos delitos terroristas suponen, entonces, una derogación de las reglas comunes que existen en materia de tentativas, es decir, de comienzo de la ejecución de una infracción criminal, y en materia de participación en una infracción criminal. Por decirlo con un ejemplo muy estúpido pero creo que gráfico; si un sujeto al que yo conozco y del que sé que tiene una parte de su vida relacionada con el derecho penal, me pide un automóvil, que le preste, y me dice cualquier cosa pero yo estoy sospechando que quizás, por ejemplo, es para un robo. Ésta conducta, mientras no exista en la terminología antigua un concierto criminal, un conocimiento exacto de para qué es esta conducta de apoyo, es completamente atípica. Ahora bien, si llega una persona de la que sé que es miembro de una organización terrorista y me solicita esa misma ayuda, aunque yo no sepa nada de para qué sirve el automóvil – y con independencia de que sirva para algo concreto de la organización terrorista – esto es una infracción que se pena en mi país y en otros con penas próximas a las del homicidio. Concretamente en España hasta nueve años de prisión. Bien, por un lado, entonces, el terrorismo consiste en estas dos infracciones. Estas dos clases de infracciones, conductas de pertenencia, de mera pertenencia y conductas externas, sin ser miembros de la organización.

En segundo lugar, el terrorismo aparece en los códigos penales de una segunda manera puesto que la mayoría de ellos, sino todos, implican una agravación de la pena que corresponde a determinados delitos que vamos a llamar comunes. Es decir, a parte de estos delitos de organización, el terrorismo consiste en realizar conductas que ya son delictivas; asesinatos, secuestros, lesiones, podríamos hablar de amenazas colectivas, etcétera. Estos delitos existen como tales en la legislación de todos los países y lo que sucede – este sería el segundo elemento en que aparece el terrorismo – es que se agrava la responsabilidad que generan estas infracciones cuando se cometen en un contexto terrorista. Un asesinato terrorista siempre tiene una pena superior a la que corresponde a un asesinato sin más.

En tercer lugar, muy posiblemente esto es lo que más vemos desde la perspectiva de la praxis judicial, lo que más nos podría llamar la atención, lo que podría ser más evidente para el ciudadano, es la existencia de un estatuto procesal claramente diferenciado que significa el recorte de derechos fundamentales en relación al proceso. Por ejemplo, la imposibilidad de elegir un abogado y que por el contrario este abogado deba ser designado por el Estado. Que se prolongue el periodo de detención sin estar sometida esta detención a control judicial, en fin. Todos ustedes saben de qué estamos hablando.

Esto en el plano de lo que es una legislación terrorista. Sin embargo, en torno a qué es lo que debería ser delito terrorista, no existe ningún consenso. No hay una construcción que podamos decir que se compadezca con algo que podamos denominar opinión dominante u opinión mayoritaria. En cuanto al deber ser, yo creo que podemos identificar una posición que podríamos llamar la solución cero. Esta es una posición que era muy común hasta hace veinte o treinta años no solamente en mi país, sino en otros y que, sin embargo, hoy en día prácticamente no es defendida en el ámbito doctrinal casi por nadie. Es la idea de decir “no existe el terrorismo”. El terrorismo como delito no es una infracción que pueda identificarse como tal, porque es sencillamente una etiqueta de carácter político que se le atribuye a determinados

hechos. De tal manera que los hechos terroristas serían homicidios, asesinatos, secuestros, infracciones comunes o civiles que procedieran, pero no podría identificarse como un delito estrictamente terrorista. La agravación, la especificación de un marco procesal digamos disminuido y la existencia de estos delitos que adelantan la punibilidad serían normas excepcionales que responden a una situación, digamos, de etiquetamiento político. Esta posición cero -que el terrorismo no debe existir como delito- en muchos países de Europa continental hasta muy recientemente porque no habían tenido supuestos de terrorismo no se defiende actualmente en prácticamente ningún lugar. Solamente se defiende desde otra perspectiva en países muy alejados de lo que podríamos llamar el sistema constitucional occidental. Puesto que, como veremos, hagamos lo que hagamos, el terrorismo implica -implícita o explícitamente- reconocer la motivación política de quienes cometen delitos terroristas. De hecho hay quienes no reconocen si quiera como terroristas a las personas que están realizando manifestaciones en las calles de las ciudades sirias, sino que son delincuentes sin más, bandas criminales. Son sujetos que persiguen cualquier otra cosa. También en este ámbito existe una opción cero, la idea de llegar a definir estas infracciones como meros delitos sin ningún contenido que los especifique.

Desde mi punto de vista, esta solución cero no es satisfactoria. Se haga con una intención política o con la otra. No es satisfactoria porque el terrorismo es una magnitud conocida por todos nosotros en que es una mecánica de comunicación política específica que puede identificarse en atención a lo que ha sucedido en las últimas décadas. Yo por el contrario les diré que sí se puede definir un concepto de delito de terrorismo.

Segunda aproximación al concepto de terrorismo. Ésta, es la posición mayoritaria y la que existe en el conjunto de la discusión jurídico penal y también en el conjunto de la población. Es la aproximación de ver, con independencia de cómo se configure técnicamente, las infracciones terroristas, las especialidades que se generan para los delitos terroristas como un ámbito en donde rige una lógica de excepción. Lo único que puede justificar las penas más graves, el adelantamiento de la intervención del poder punitivo, convertir en delito lo que no lo sería en otros ámbitos y la existencia de un estatuto procesal diferenciado, se justificaría desde esta perspectiva, que digo es compartida por el conjunto de la población con base en la idea de la especial peligrosidad de los terroristas. Esta idea es lo que justifica el adelantamiento de la punibilidad y, a su vez, responde a lo que es una idea muy extendida en el conjunto de la población - y de los operadores jurídicos también - de que el derecho penal sirve para prevenir fácticamente la comisión de delitos.

Bien, desde mi punto de vista esta aproximación tampoco es satisfactoria. No es satisfactoria porque parte de un error que no por muy común no deja de ser un error: la idea de que el derecho penal es un mecanismo de policía, proactivo, es un mecanismo de prevención, cuando el derecho penal estructuralmente siempre es, siempre ha sido y debe ser, un mecanismo de reacción frente a algo que ha sucedido en el pasado. Por supuesto tiene efectos hacia el futuro pero éstas no son la de la evitación fáctica de delitos.

Ese es un cometido que corresponde a la policía y, en el marco de sus respectivas competencias, a los servicios de inteligencia.

La tercera aproximación es que el terrorismo no es un delito pero no porque no exista sino porque es algo próximo a los actos de guerra. Ésa sería la tercera aproximación que tampoco es una aproximación teórica. Guantánamo sigue abierto como todos sabemos y es la corporización de un *tertium* entre actos criminales y actos de guerra. Aquí, la existencia de un estatuto procesal diferenciado iba a decir, pero no. La expulsión de cualquier estatuto procesal que se practica conforme al derecho de los Estados Unidos es esta manifestación denominado derecho penal del enemigo. Es precisamente la idea de que no hace falta derecho penal para esto porque el derecho penal no puede trabajar con este fenómeno y por el contrario hay que generar un nuevo derecho de guerra que trataría la guerra asimétrica.

Me parece obvio que esta opción no es posible. No es constitucionalmente posible porque no existe ninguna vía para justificar la existencia de una tercera vía distinta del derecho de guerra internacional y del derecho penal interno. Cualquier trabajo en esta dirección conduce a lo que ya hemos visto; la justificación de la tortura, la victoria de los terroristas. Si cito a uno de los representantes de los Lores en la famosa sentencia sobre la ley antiterrorista británica del año 2001, conduce a que obtengan precisamente los terroristas uno de los objetivos más importantes.

He dedicado casi todo el tiempo del que disponía a criticar, destruir, y voy a dedicar los cinco minutos que me pueden llegar a quedar para intentar construir. Esta construcción, sin embargo, deriva de la actividad destructiva anterior.

Desde mi punto de vista, de nuevo con independencia de una regulación nacional, sí podemos identificar qué es el terrorismo como delito y por qué tiene una dimensión específica que justifica algunas modificaciones y que justifica, también, la existencia de penas superiores. Justifica algunos delitos de organización en algún alcance y justifica la existencia de un incremento de penas. Lo que no justifica, aunque no soy especialista en derecho procesal, es ninguna especialidad en el estatuto procesal. Nadie ha logrado explicarme con capacidad de convicción por qué es necesario sustraer al juez predeterminado por la ley a un detenido por el hecho de que sea terrorista. No creo que esto afecte de ninguna manera la investigación, y en cambio, sí afecta la posibilidad de que este sujeto sea torturado. De hecho, es fácil pensar que muchas veces ése es el objetivo de estos periodos de detención prolongados.

Las características de lo que hacen de estos delitos unos delitos propios, con un injusto propio como diríamos en la jerga técnica, son desde mi punto de vista, tres.

En primer lugar, se trata de una forma de delincuencia en colectivo. Tiene que haber una organización terrorista, porque como veremos, el terrorismo tiene una pretensión pervertida de carácter político y esa

pretensión de carácter político solamente puede manifestarse, hacerse real, a través de una organización. Las exigencias técnicas de esta organización son muy limitadas. Puede tener un nombre, puede tener dimensiones muy pequeñas, es perfectamente posible considerar que es una organización una de estas células como las que cometieron los atentados de Madrid. Siete o diez personas. Tienen que tener una diferenciación de funciones, pero lo que importa sobretodo es la permanencia en el tiempo que da sustento a la continuidad de su mensaje político. Un individuo solo, todos éstos que están apareciendo son sin duda asesinos, pero desde mi punto de vista nunca pueden ser terroristas, porque no puede haber conceptualmente, por mucho que lo diga el Código Penal español y otros códigos, terrorismo individual. Eso es una *contradictio in abjecto* y se lo dicen a uno los especialistas en lo empírico que señalan que el terrorismo no surge de la cabeza de un sujeto aislado. Siempre tiene un contexto organizativo en una dimensión o en otra.

El segundo elemento es el que está escrito, nada más que en los últimos instrumentos internacionales de Naciones Unidas, en particular de la Unión Europea, y está escrito de una manera muy detallista, muy a la anglosajona, poniendo algunos detalles y es lo que está en la misma palabra de terrorismo. Que es que el mecanismo en el que se enmarcan las actividades terroristas es lo que podríamos llamar la intimidación masiva. Aquí está la justificación fundamental de la superior pena. ¿Por qué el terrorismo es especialmente grave? Porque es peligroso como muestra la organización, es especialmente grave, es más grave que un asesinato común porque implica utilizar un mecanismo de comunicación política que significa despersonalizar a la víctima concreta, es decir, mato a este individuo no porque sea él, sino lo mato porque lleva un uniforme, lo mato porque no comparte mis creencias religiosas, lo mato porque es funcionario de Estado opresor, lo mato por cualquier cosa de carácter político menos por su propia existencia. Utilizo su sangre no porque me interese su sangre, sino para pintar en la pared mis proclamas políticas. Eso supone intensificar el desprecio hacia las víctimas de delitos terroristas por encima de lo que son los delitos comunes.

El tercer, y último elemento es el de que el terrorismo solo existe como actividad política. Puede haber, por supuesto, problemas de limitación pero las organizaciones terroristas, como dice el Código Penal español, pretenden subvertir el orden constitucional de un Estado y pueden hacerlo sin cambiar la forma de gobierno como fueron los atentados de Madrid, sin dudas terroristas y dirigidos a modificar la política exterior de España en relación con Irak. Pero nunca puede haber terrorismo sino hay un salto hacia la actividad política. Por lo tanto, conductas seguramente muy lesivas y muy intensas en cuanto a la lesión de bienes jurídicos individuales, sin embargo, no pueden ser consideradas terroristas. Por ejemplo, las que realicen grupos criminales en México o en Brasil por mucho que se repita la idea del narcoterrorismo, no es terrorismo porque no tiene una orientación política. Porque lo especialmente grave del terrorismo es que, habiendo mecanismos para actuar legítimamente, opta por la intimidación masiva. Y no digo yo que no pueda haber terrorismo en una dictadura pero no es un delito de terrorismo como aquel como aquel que estamos hablando aquí. Eso es lo que explica no solamente las tensiones geopolíticas, como tuve que

decir a unos colegas chinos y rusos muy amables hace dos semanas, nunca vamos a ponernos de acuerdo acerca del concepto de terrorismo porque no estamos de acuerdo acerca de que cuál es el criterio de legitimidad de un orden político. No podemos evaluarlas en tensiones políticas nada más si decimos que nuestro orden es legítimo y, por lo tanto, la violencia es ilegítima.

Concluyo ya, diciéndoles que desarrollando esto mucho más yo creo que sale una imagen muy clara de lo que es un delito de terrorismo. Podemos estar tranquilos y confiados en que puede haber; desde luego no la regulación que tenemos en España, pero puede haber una regulación legítima, clara como pedía Scheinin en el documento antes aludido, en un Estado de Derecho. Ahora bien, esto sí es mi última manifestación. Con todo respeto, nunca puede ser terrorismo, en un Estado de Derecho, una conducta que no implique violencia contra las personas. De tal manera, se me escapa por completo cómo ha sido posible que en el caso de Chile los hechos a los que estamos aludiendo alguien los haya calificado de terrorismo. En un país en donde los estándares se han degradado un montón en los últimos veinte años en materia de terrorismo como España, al día de hoy esto no sería posible.

Muchas gracias.



## Myrna Villegas Díaz

Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca

*Myrna Villegas Díaz es Doctora en Derecho y post graduada en Criminología por la Universidad de Salamanca, España, en el año 2002. Actualmente se desempeña como profesora de derecho penal y criminología. Es Coordinadora de Magíster en Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Central y es profesora del programa de magíster en derecho penal en la Universidad de Chile. Además es miembro del Comité Científico del Portal Iberoamericano de Ciencias Penales y miembro fundadora de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología dirigida por los profesores Raúl Zaffaroni y Lolita Aniyar de Castro. Entre sus principales publicaciones destacan "Contribuciones Críticas al Sistema Penal de la Posmodernidad" (2008), libro homenaje al profesor Eduardo Novoa Monreal; "Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización del Pueblo Mapuche" (2009); "El Mapuche como Enemigo en el Derecho Penal: consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo" (2009).*



Muchas gracias por la invitación a los organizadores, al Instituto Nacional de Derechos Humanos. Muchas gracias a las personas que coincidimos en esta mesa. Tengo el honor de compartir con el querido colega Manuel Cancio quien nos ha ilustrado sobre el concepto de terrorismo y me doy cuenta que desde la época en que hice mi tesis doctoral en terrorismo ha corrido bastante agua bajo el puente. Se me ha encargado que pueda ilustrar a ustedes, más o menos, sobre lo que ha sido la legislación antiterrorista en Chile, o, más bien, lo que denomino el tratamiento jurídico al terrorismo en Chile.

Hablar de terrorismo aquí, en Chile, tomando en consideración la realidad europea que nos acaba de describir el profesor Cancio y la cual también viví durante siete años; o la realidad islámica; o la de nuestros hermanos centroamericanos, me resulta complejo porque es en esas realidades donde el terrorismo muestra su verdadera cara, desde el punto de vista criminológico, una estrategia masiva y sistemática de violación a derechos humanos y que está dirigida a destruir las bases de una democracia. Digo esto porque normalmente tenemos muchas discrepancias entre los internacionalistas y los penalistas. Los internacionalistas dicen que las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos sólo pueden ser llevadas a cabo por los Estado y que, por ende, todo terrorismo o todo tipo penal de terrorismo interno implicarían necesariamente tener que criminalizar a ciertos grupos, a lo mejor movimientos sociales. Idea que el profesor Cancio ya se ha encargado de mostrar, o por lo menos señalar, que es una idea que en el ámbito del penalismo está bastante abandonada. Nos gusten o no, los tipos penales de terrorismo interno existen. Entonces, esta idea de que el terrorismo, efectivamente es una estrategia de violaciones masiva y sistemática de derechos humanos debe ser incorporada en el concepto de terrorismo en los tipos penales. De esta manera se evita que el terrorismo se transforme en el cajón de sastre de cualquier clase de conducta.

La normativa antiterrorista chilena encuentra su norma madre en la propia Carta Fundamental. En el artículo 9° de la Constitución, se dice que el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos. Siendo entonces contrario a los derechos humanos establece que una ley de quórum calificado, o sea una ley de quórum especial, tiene que ser la que regula las conductas de terrorismo. No cualquier ley sino que una ley especial. Además, la Constitución regula las penas accesorias. Dice que al terrorista, el procesado por delito de terrorismo, al acusado, se le suspende el derecho a sufragio. El condenado por delitos de terrorismo queda inhabilitado por el plazo de quince años para ejercer cargos de elección popular o funciones públicas. Por ejemplo, el condenado por delitos de terrorismo no puede ser director de establecimientos educacionales, ni tampoco ejercer labores de enseñanza. No puede ser profesor. Tampoco puede ser dirigente de organizaciones gremiales, estudiantiles, sindicales, empresariales, etc. Entonces, son bastante graves las penas. Por último, el condenado por delitos de terrorismo pierde la ciudadanía. O sea, el terrorista en el fondo es un verdadero *homo sacer*, como diría Agamben, que queda marginado de la vida social y es estigmatizado. Bueno, contra cualquier posibilidad de resocialización. Si quieren eso lo podemos tomar dentro de la discusión. Pero, más allá de las críticas que se pudieran hacer a tan gravísimas penas, a mí me interesa destacar lo siguiente: ¿qué es lo que se desprende de esta norma constitucional?

Primero, el terrorismo viola derechos humanos. Segundo, el terrorismo tiene una finalidad política, porque si no, no se explica que todas las penas accesorias y todas las consecuencias tan gravosas que se establecen para el terrorista digan relación con la posibilidad de participar dentro de una democracia. Tercero, que por la misma razón los derechos humanos que violan no pueden ser cualquier derecho humano, sino derechos humanos fundamentales. Por último, entonces, no cualquiera puede ser terrorista. O sea, así como en la vieja Roma las causales para ser declarado un *homo sacer*, eran restrictivas, así debieran serlo también los tipos penales de terrorismo. Eso es lo que la Constitución está ordenando.

Ahora, la Ley 18.314 no considera nada de esto. No lo ha considerado nunca, ni en la pasada ni en la actual. Lo que se ha hecho en esta materia ha sido seguir el clásico camino de todas las legislaciones antiterroristas, que consiste en combinar una estrategia de agravación de penas para delitos que son comunes fundada en las características terroristas de su comisión, con una estrategia de atenuación punitiva por colaboración con la justicia mediando una flexibilización de las garantías procesales y de las reglas de imputación básicas. Eso es más o menos lo que caracteriza a la mayoría de las legislaciones terroristas y la nuestra no escapa. Entonces, aquí lo que se hace es acoger marcadamente criterios de derecho penal del enemigo, por ejemplo, para adelantar punibilidad y restringir las garantías procesales: tentativas castigadas como delitos consumados, amenazas castigadas como tentativas, ampliaciones de los plazos de detención, intervenciones en las comunicaciones, uso de testigos con reserva de identidad, etc.

Ahora, ¿cómo nació esta Ley de Conductas Terroristas? Nació en el año 1984 en cumplimiento del mandato constitucional. En principio la ley era de carácter netamente objetiva, no tenía ningún tipo de finalidad en el terrorista y su actuar. Eran 16 conductas que no tenían ninguna característica especial. Posteriormente, en el año 1991, al inicio de la democracia, esta ley fue reformada a través de las leyes Cumplido. En esa reforma, se introdujeron ciertos elementos subjetivos en los tipos penales de terrorismo y que decían relación, más bien, con causar temor a la población. Fíjense que cuando se modificó la ley antiterrorista, se dijo en la discusión parlamentaria que el terrorismo era un método de acción criminal al cual podían recurrir fanatismos de derecha, de izquierda, religiosos, etc. Entonces, no se consideró la finalidad política a pesar de que sí se discutió y se dijo, fíjense que los terroristas si tienen la finalidad de destruir la democracia. Pero, en el momento de legislar no se consideró para los tipos penales. Creo que la razón para eso fue de carácter político criminal y es que las conductas de terrorismo no podían ser confundidas con las conductas tipificadas en la Ley de Seguridad del Estado y no había en esos momentos ninguna intención – ni creo que la hay – de eliminar la de la Ley de Seguridad del Estado. Por lo tanto, no podíamos establecer una finalidad política en la ley antiterrorista, si esa finalidad estaba establecida por los tipos penales de la Ley de Seguridad del Estado. La pregunta, respetuosamente es ¿qué sentido tiene una Ley de Seguridad del Estado en democracia?

Esta reforma, mas tarde, causaría los mayores problemas con el principio de legalidad y una total y absoluta inadecuación del concepto de terrorismo en la ley chilena respecto al concepto constitucional e internacional

de terrorismo. ¿Y eso por qué? porque se dijo que los delitos de terrorismo se van a construir como delitos de forma libre. O sea, delitos comunes agravados por las características terroristas de su comisión. Esas características terroristas eran, de un lado, la finalidad de causar temor en la población, o en parte de ella, de ser víctimas de delitos de la misma especie. O, por otra parte, la de arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias. Esas eran las dos finalidades que podía tener el terrorista.

¿Qué pasaba con la primera finalidad? Consciente el legislador de que era algo que estaba en el ánimo interno de la gente, dijo: ¿cómo yo pruebo la finalidad de causar temor? Entonces, la voy a evidenciar. Voy a darla por probada cuando existe una evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría de persona o cuando se han usado medios catastróficos para cometer el delito. Pero, además, fíjense que en esta ley antigua se presumía la finalidad terrorista por el hecho de usar medios catastróficos o estragantes como les llaman algunos. Entonces, claramente, las críticas a esta concepción decían relación con dos ideas.

Primero, una concepción de terrorismo diseñada única y exclusivamente sobre la base de los efectos o resultados de alarma pública que pudiera producir la conducta incriminada. Cuestión que no es privativa de la delincuencia terrorista. No había ninguna otra finalidad, la finalidad de intimidar como medio. Yo creo que la finalidad de intimidar es un medio en la conducta. Y eso parecía a su vez una indeterminación en el bien jurídico protegido, porque ¿qué estamos protegiendo? ¿estamos protegiendo la seguridad pública? ¿el orden público? Por lo demás ¿qué es la paz pública? Y lo saben en España: el concepto de paz pública o alteración de paz pública o seguridad pública son conceptos bastantes indeterminados y difusos.

Por otro lado, la presunción de la finalidad terrorista implicaba una vulneración abierta a la presunción de inocencia, además del principio de legalidad y causaba unos problemas de *non bis in idem*. Concretamente, el artículo 2 N° 4 era la colocación o lanzamiento de bombas y artefactos explosivos o incendiarios, que hoy día está de moda a propósito del "Caso Bombas". Lo que sucedía era que si una persona lanzaba una bomba molotov por el solo hecho de lanzarla era considerada terrorista porque el elemento catastrófico revestía una doble fuente de ilicitud. Era, por un lado, elemento de tipo penal del artículo 2 N° 4 pero, a la vez, era base de la presunción de la finalidad terrorista. Por lo tanto, usted automáticamente era considerado terrorista.

Entonces, en esta ley, el concepto de terrorismo estaba diseñado sobre la base de tres elementos: uno, el elemento teleológico que decía relación con el fin de intimidar; dos, la utilización de determinados medios dañosos y tres, para atentar contra bienes jurídicos que se presentaban de manera dual; colectivo, orden público, seguridad pública y bienes jurídicos individuales. Entre ellos, la propiedad privada a través de delitos de incendio y de colocación o lanzamiento de artefactos explosivos o incendiarios. Precisamente este último punto fue el que comenzó a generar bastante polémica en la doctrina nacional, pero muy especialmente a nivel de organismos internacionales, por la aplicación de estos tipos penales a conductas que estaban

desarrollando indígenas en el marco del conflicto de recuperación de sus territorios ancestrales y porque no lograba comprenderse en qué medida se podía atentar contra la democracia y contra derechos humanos fundamentales. Considerando, además, que hay una legislación penal común que es muy adecuada para tales efectos, las penas para esos incendios son gravísimas.

Posteriormente han existido una serie de reformas. Sobre todo después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 vino una avalancha de reformas en virtud de las cuales se trató de adecuar la normativa antiterrorista pero, siguiendo lo que fue la tónica de los europeos en este punto más bien se atacaron las bases económicas y financieras del terrorismo. Estamos hablando del año 2003. No teníamos ninguna necesidad de crear un tipo penal de financiamiento del terrorismo, pero se creó. Importante es que se adoptó la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, se promulgó el Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bomba y la Convención Interamericana contra el terrorismo. Ahora, la última reforma, o la penúltima reforma fue el año pasado en diciembre de 2010 a través de la Ley 24.480 y después hubo una reforma en junio de este año 2011, muy cortita, pero que vino a precisar ciertas cosas de la reforma anterior: Ahora, ¿en cuánto se giró en torno a dos ejes fundamentales en esta última reforma el concepto de terrorismo de la mano de los bienes jurídicos protegidos y en los aspectos procedimentales los intentos por introducir una normativa procesal muy propia de las legislaciones contra el narcotráfico en la idea de que el terrorismo era crimen organizado? Hablo de la última reforma sabiendo que habrá una mesa referida a temas específicos de la reforma, pero me voy a referir sobre lo que creo son sus núcleos problemáticos.

En cuanto al concepto de terrorismo la legislación actual, reformada, no logra adecuarse al concepto constitucional de terrorismo así como tampoco al que se establece en la mayoría de tratados internacionales que se refieren a la materia. Hay discrepancia en los tratados internacionales en relación a eso, y esas discrepancias se producen porque en la mayoría de ellos se habla de que el terrorismo es un atentado contra la democracia. En otros se dice que es un atentado contra la democracia o una finalidad política o, además, se tiene la finalidad de intimidar como ocurre con el Convenio Marco del Consejo de Europa. Pero, en general diría que la mayoría de los tratados internacionales reconoce la finalidad política.

Esta reforma tampoco considera los límites que los tratados internacionales imponen, especialmente el Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bomba y la propia Convención Interamericana contra el terrorismo, en el entendido de que nada de lo que se diga en estos tratados puede ser interpretado para restringir derechos fundamentales, lo dice expresamente el artículo 14 del Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bomba y el artículo 15 de la Convención Interamericana contra el terrorismo. Yo creo que aquí se han hecho interpretaciones restrictivas de estos tratados para atentar contra derechos fundamentales. No diría para atentar pero sí que llevan como consecuencia eso. En ese sentido, esta reforma continúa desconociendo la finalidad política y se contenta con considerar que el terrorismo se caracteriza por los efectos o resultados de alarma pública que se

causa, o sea, mantiene el elemento subjetivo de causar temor en la población o parte de ella al ser víctima de delitos de la misma especie. Si bien se eliminó la presunción de finalidad terrorista que operaba cuando se usaban en el delito ciertos medios catastróficos y eso tiene una cosa buena. Viene a salvar un problema de inconstitucionalidad manifiesta que tenía la ley. Pero, también, hay que señalar que esa eliminación no tuvo ningún efecto real. Porque por ese mismo problema de inconstitucionalidad, ningún tribunal ni durante la dictadura ni durante los sucesivos gobiernos democráticos, ningún tribunal aplicó nunca la presunción. O sea, inmediatamente cuando algún tribunal de instancia quería aplicar la presunción, la Corte de Apelaciones, sobre todo la de Santiago, echaba para atrás las presunciones porque decía que esto era inconstitucional. Ahora más, en nuestros propios tiempos, el propio Tribunal Oral en lo Penal de Angol que sí ha condenado por delitos de terrorismo, ese mismo Tribunal dijo en una oportunidad: "no vamos a aplicar la presunción porque es inconstitucional, porque no se adecua al artículo 5° inciso segundo de la Constitución". Por lo tanto, no vino a salvar ningún problema real. Lo que sí tenía la presunción es que desde el momento que hacía referencia a los medios catastróficos, permitía un criterio al juez para poder identificar cuando una conducta era terrorista. Entonces, hoy día, al haber desaparecido la referencia al medio catastrófico, las conductas terroristas se pueden desarrollar por cualquier medio. O sea, así las cosas podría suceder que un delito de terrorismo se verificara mediante piedras, cuchillos, hondas, palos, o sea, un medio que carece de toda capacidad para poder llevar adelante una estrategia de violación masiva y sistemática de derechos humanos, con lo cual nos vamos alejando del concepto de terrorismo. O por lo menos de ciertos acuerdos mínimos a los que se han llegado en el ámbito internacional.

La reforma también eliminó como hipótesis alternativa la de arrancar decisiones a la autoridad o imponer exigencias. Pero, ésa hipótesis pasa a formar parte de la manera de probar la concurrencia de la finalidad de causar temor; además, se amplía a la de inhibir resoluciones a la autoridad.

No se trata de afirmar que todos los delitos de terrorismo necesariamente deben ser cometidos con medios catastróficos, con bombas, pero sí de guardar un mínimo de razonabilidad en los tipos penales para impedir definitivamente de que el terrorismo se convierta en este cajón de sastre donde pueda caber cualquiera. Porque de acuerdo a la actual redacción, un estudiante que lanza una bomba molotov en el marco de una manifestación estudiantil para exigir gratuidad de la educación pública según el fiscal de turno puede ser considerado terrorista. O un obrero que lanza piedras contra el Transantiago en el marco de una manifestación para exigir mejoras salariales, también puede ser considerado terrorista en función de la opinión del operador del sistema penal que le toque. Los ciudadanos no podemos quedar a la buena o mala merced de la interpretación de los operadores del sistema penal cuando de lo que se trata es de delitos tan graves. Es decir que nos consideren un *homo sacer*, un apartado de la sociedad porque potencialmente todos somos destinatarios de esta ley. No porque vayamos a estar todos tirando bombas molotov sino porque el procedimiento de la ley antiterrorista es tan gravoso que nos puede alcanzar. Por ejemplo, si usted tiene un hijo que ha sido formalizado por conductas terroristas puede ver intervenidas sus comunicaciones. Ese es el peligro.

Por otra parte, en esta reforma y en esta ley se rechaza la idea de que el terrorismo en cuanto estrategia de dominación sobre la base del temor para alcanzar un fin político necesita de un elementos organizativo. O sea, desconoce que es la organización la que cualifica la violencia y la que permite lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Organización que debe constituirse, en una especie de micro Estado dentro del Estado. De ese nivel de organización estamos hablando. Esa es la única forma de que se puedan violar masiva y sistemáticamente derechos humanos. O sea, nosotros no tenemos el elemento estructural al que hacía referencia el profesor Cancio. Aquí se desconoce que los delitos de terrorismo son delitos de organización. Se contentan con un tipo de asociación ilícita como un tipo penal autónomo. Ahora, cierto es que en otras legislaciones los tipos penales por tipos de organización han sido morigeradas por reformas sucesivas. Por ejemplo, en el caso español, en su Código Penal ya desde el año 1995 con la creación de un artículo específico con el mal llamado terrorismo individual y más recientemente con la reforma del año 2010 donde amplían elementos estructurales hacia el concepto de grupo terrorista. Pero, esto no quiere decir que sea bueno o deseable de copiar. Un individuo aislado, una pequeña célula de militantes con bombas caseras o con escopetas hechizas es incapaz de poner en peligro el orden constitucional que, según creo, es el bien jurídico protegido en el terrorismo. Por otra parte implica abrir los tipos penales hacia otros tipos de violencia social o espontánea.

Ahora, sobre los bienes jurídicos protegidos, y en particular la propiedad privada, se sigue protegiendo sin ninguna variación. En ese sentido, lo que hizo la reforma fue modificar los delitos de incendio terrorista para decir que ya no se puede aumentar las penas del delito de incendio común en uno, dos o tres grados, sino solo en uno o dos grados. Pero, ojo, tampoco ha variado nada aquí porque como excluye la aplicación de la pena de presidio mayor en su grado mínimo, la pena mínima sigue siendo la de diez años y un día. O sea, en términos de consecuencia penal estamos hoy día en lo mismo. En ese sentido, llama mucho la atención que durante la discusión parlamentaria se haya tocado un punto y se trató de introducir una indicación para poder describir dentro de la ley un artículo preciso del Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas que dice que la propiedad sólo se protege en su función social. Y esa indicación se rechazó. Los argumentos fueron que los delitos de incendio eran delitos para la seguridad de las personas y no delitos contra la propiedad. Bueno, precisamente por esa razón es que tienen penas tan altas en la legislación común y con eso debiese bastar. No es, precisamente, el peligro para la seguridad de las personas y el efecto de alarma pública el que debiera caracterizar un delito de terrorismo. Por otro lado, se dijo durante la discusión parlamentaria que había otras legislaciones, por ejemplo la española, que sí contemplan otros tipos penales para protección de la propiedad privada a secas de particulares. Claro, pero ellos tienen otro tipo de restricciones como la finalidad política, en muchos casos también, la organización.

Hay también adelantamiento en la punibilidad. No alcanzo a referirme a eso pero sí quiero referir sobre los aspectos procesales, brevemente para ir terminando. Aquí hay algunos instrumentos que llaman la atención. Primero, ampliaciones de los plazos de detención en las manos de la policía por disposición constitucional.

Diez días en manos de la policía por el contrario las 72 horas que señala la legislación procesal penal común. Segundo, a lo que nosotros llamamos prisión preventiva reforzada, ¿a qué nos referimos con eso? Precisamente la Constitución establece una restricción en torno a la libertad provisional, dice que cuando una persona imputada por delitos terroristas solicita la libertad por delito de terrorismo, ésta debe ser revisada por la Corte de Apelaciones y la Sala que conozca el asunto debe estar solo integrada por ministros titulares. Pero además la resolución que la concede tiene que ser adoptada por unanimidad. A eso es a lo que nos referimos con prisión preventiva reforzada. Lo otro es el uso de testigos con reservas de identidad. Este último instituto fue reformado el año pasado y lo fortalecieron mediante la introducción de una norma que establece que la defensa puede conainterrogar al testigo o perito para establecer su credibilidad o acreditación y esclarecer los hechos sobre los cuales depone pero con una restricción: que las preguntas no involucren un riesgo de revelar su identidad. Fíjense que esta posibilidad de conainterrogar a los testigos ya existía en la ley de conductas terroristas y, de hecho, las defensas lo hacían todo el tiempo. Lo podrán decir durante la tarde algunos abogados que van a exponer: Conforme a la normativa procesal común, en silencio de la ley antiterrorista se aplica supletoriamente el Código Procesal Penal y la posibilidad de conainterrogar ya estaba establecido en el artículo 308 por lo tanto no hay ninguna innovación. En lo que sí hay innovación es en que restringe en cómo se hace el interrogatorio. No puede dirigir ningún tipo de pregunta que implique de alguna manera acercarse a la identidad del testigo con lo cual los criterios de imparcialidad del testimonio quedan en serio entredicho. No sabemos si es un coimputado que quiere obtener beneficio, no sabemos si es un testigo que tiene algún interés en el juicio. Algún vecino que tenga, en el caso mapuche por ejemplo, problemas de deslinde. No sabemos si es alguien coaccionado. Todo esto genera efectos sobre la presunción de inocencia, así como una serie de enfrentamientos con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Convención Americana de Derechos Humanos. La ley no expresa nada respecto de las situaciones en que se autoriza, por ejemplo, la provisión de fondos a los testigos para su protección, a fin de que estas provisiones de fondos no se perpetúen en el tiempo, que es lo que ha erosionado la credibilidad de los testigos protegidos.

En conclusión, no me voy a referir al tema de la responsabilidad penal adolescente porque efectivamente en un principio lo único que no se aplicaba era el procedimiento y después se dieron cuenta que, en realidad, no sacaban nada con no aplicarle el procedimiento al adolescente si iban a condenarlo igual por un delito de terrorismo. En junio de este año se sacó una reforma que dice que ya no se puede aplicar este procedimiento a los adolescentes.

En conclusión, no hay coincidencia entre el concepto constitucional de terrorismo y el que concepto que mantiene la Ley 18.314. Si bien la Ley de Conductas Terroristas ha sido reformada para adecuarse a los acuerdos sobre persecución del financiamiento del terrorismo, pero no en cuanto al concepto ni a los bienes jurídicos protegidos. Me refiero expresamente a la delicada situación que se produce con el Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas. Entonces, ¿qué deberíamos entender? Que si la indicación se rechazó para introducir ese artículo dentro de la ley ¿entonces cómo el

Estado de Chile ratificó ese Convenio sin reserva, los tipos penales de terrorismo deberán interpretarse conforme a lo que diga ese Convenio? Esa es la interpretación que debería sostener el juez.

Las sucesivas reformas que se han ido llevando a cabo van mostrando que se han ido tomando de la legislación foránea, precisamente, aquello que ha sido duramente criticado por la doctrina. O sea, no hemos tomado lo bueno, pero sí hemos tomado lo malo, y eso vendría a sugerir entonces que las reformas a las conductas terroristas en Chile como ocurre en todos los lugares del mundo, obedece más a una razón de Estado que a una razón jurídica.

Muchas gracias.

## **Ben Emmerson presentada por Humberto Henderson, Representante Regional Adjunto**

Relator Especial sobre promoción y  
protección de los derechos humanos y libertades  
fundamentales en la lucha contra el terrorismo



Me gustaría agradecer sinceramente al Sr. Incalcaterra y su equipo de la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos por la invitación a participar en este seminario sobre el terrorismo y los estándares internacionales en derechos humanos. Lamento mucho que no puedo estar aquí en persona con ustedes por razones ajenas a mi control.

Inicié mi cargo como nuevo Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo el 1 de agosto de 2011, siguiendo los pasos del Sr. Martin Scheinin, y su relatoría de seis años.

El pasado 21 de octubre, presenté mi primer informe temático (A/66/310) a la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que elaboré algunas reflexiones iniciales sobre dos áreas donde me gustaría prestar especial atención en los primeros días de desempeño de mi mandato: la cuestión de los derechos de las víctimas del terrorismo y la prevención del terrorismo.

Mi intervención ante la Tercera Comisión de la Asamblea General se inició con un reconocimiento y agradecimiento a mi predecesor por su inestimable contribución a la promoción de los estándares internacionales de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, que culminó en 2011 con su informe anual al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/16/51). En este informe el Sr. Martin Scheinin identificó diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo, respetando los derechos humanos. Me gustaría hacer lo mismo hoy, y tengo la intención de adoptar y aprovechar esas esferas de buenas prácticas identificadas por el anterior Relator Especial.

Estas diez áreas de mejores prácticas se ajustan directamente en el ámbito de nuestro seminario de hoy, ya que no sólo se refieren a "las buenas legislaciones" en la lucha contra el terrorismo, es decir, leyes en que se respeten los derechos humanos. También van más allá de abordar el marco jurídico e institucional de la lucha contra el terrorismo, hacia un enfoque integral que también enfrenta a las condiciones que propician la propagación del terrorismo, como se señala en el Pilar I de la Estrategia Global Anti-Terrorismo de la Asamblea General (A/RES/60/288).

Según esta estrategia, las condiciones propicias para la propagación del terrorismo, incluyen, aunque no exclusivamente, los conflictos prolongados sin resolver; la deshumanización de las víctimas del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, la ausencia del estado de derecho y violaciones de los derechos humanos, la discriminación étnica, nacional y religiosa, la exclusión política, la marginación socio-económica y la falta de buena gobernanza, reconociendo al mismo tiempo que ninguna de estas condiciones puede excusar ni justificar los actos de terrorismo.

Las diez esferas de mejores prácticas identificadas en el informe de mi predecesor se refieren a lo siguiente:

1. La compatibilidad de las leyes contra el terrorismo con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho internacional humanitario.
2. La compatibilidad de la actividad antiterrorista con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho internacional humanitario.
3. Los principios de la normalidad y la especificidad.
4. La revisión periódica de la aplicación de la legislación y las actividades antiterroristas.
5. La exigencia de medidas de reparación efectiva.
6. Las reparaciones y asistencia a las víctimas del terrorismo y las víctimas de las medidas contra el terrorismo.
7. La definición modelo de terrorismo.
8. La definición modelo del delito de incitación al terrorismo.
9. Las garantías mínimas en relación con la elaboración de listas de entidades terroristas.
10. Normas básicas relativas a la detención y el interrogatorio de sospechosos de terrorismo.

No voy a poder detenerme en todas ellas - para los interesados le recomiendo la lectura del informe, que también contiene un anexo fácil de usar que enumera todas las diez áreas de las mejores prácticas; sin embargo, me permito referir algunas de las mejores prácticas con mayor detalle ahora.

Comienzo con la definición de terrorismo que Martin Scheinin propone y con la que estoy de acuerdo. La definición modelo dice:

El terrorismo significa una acción o intento de acción donde:

I. La acción:

- a) Constituye la toma intencional de rehenes, o
- b) Tiene la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves a uno o más miembros de la población en general o segmentos de la misma, o
- c) Implicó violencia física mortal o grave contra uno o más miembros de la población en general o segmentos de la misma;

2. La acción se intenta o se lleva a cabo con la intención de:

- a) Provocar un estado de terror en la población general o de un segmento de ella, o
- b) Obligar a un Gobierno u organización internacional a realizar o abstenerse de hacer algo, y

3. La acción corresponde a:

- a) La definición de un delito grave en la legislación nacional, promulgada con el propósito de cumplir con las convenciones y protocolos internacionales relativos al terrorismo o con las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al terrorismo, o
- b) Todos los elementos de un delito grave definido por la legislación nacional.

No es ningún secreto que estoy a favor de una aproximación a la noción de terrorismo como un concepto político más que jurídico. Sin embargo, tengo que aceptar que la resolución 1566 (2004) - adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y por lo tanto la imposición de obligaciones directas vinculante para todos los Estados miembros - obliga a los Estados a prevenir los actos de terrorismo y, de no prevenirse, garantizar que tales actos sean castigados con penas acordes a su gravedad.

En consecuencia, si tiene que haber una tipificación del delito de terrorismo a nivel nacional, en lugar de una aplicación combinada de las disposiciones penales que definen los delitos graves - que es lo que es el terrorismo: un delito grave e injustificable - el delito de terrorismo tiene que ser estrictamente definido, o dicho de otro modo, definido de manera estricta.

La primera justificación para la promoción de una estricta definición del terrorismo es que la adopción de una definición demasiado amplia conlleva el potencial de abuso en contra de los movimientos políticos o sociales que se oponen a las políticas del Gobierno de turno y por lo tanto puede dar lugar a una serie de violaciones potenciales de los derechos humanos; por ejemplo, del derecho a la libertad de opinión y de expresión, el derecho a la libertad de reunión pacífica, el derecho a la libertad de asociación o el derecho de participar en la gestión de los asuntos públicos bajo los artículos 19, 21, 22, y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Limitando la disidencia mediante la aplicación de legislación excesivamente amplia en materia antiterrorista, o el abuso de tales leyes, también puede ser contraproducente y hacer que las medidas adoptadas por los Estados en la lucha contra el terrorismo sean ineficaces porque se ha exagerado el problema. Tales acciones tienen el potencial de añadir a las causas, o las condiciones propicias para la propagación del terrorismo, como se les llama en el ámbito de las Naciones Unidas, ya que contribuyen a quejas - reales o percibidas - en ciertos sectores de la población, lo que puede hacer que ciertos individuos tomen las decisiones equivocadas y recurran al terrorismo. Pero permítanme ser muy claro: incluso si ese fuera el caso, los actos de terrorismo siguen siendo injustificables e inexcusables bajo cualquier circunstancia.

La segunda justificación para una cuidadosa y adecuada definición del delito de terrorismo a nivel nacional tiene sus raíces en el derecho internacional de los derechos humanos; es decir, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no se puede suspender ni siquiera en tiempos de emergencia pública. Esto implica que la exigencia de responsabilidad penal se limite a disposiciones claras y precisas en la ley, a fin de respetar los principios de legalidad y seguridad jurídica y asegurar que no será sujeta a interpretación que podría ampliar el alcance de la conducta prohibida.

La definición modelo del terrorismo se ha elaborado en este contexto, en ausencia de una definición comprensiva y acotada del terrorismo aceptada universalmente y reconocida a nivel internacional, teniendo en cuenta los elementos contenidos en el Párrafo 3 de la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad.

Ya que estamos en Chile y el programa del seminario hace referencia a ello, me permito destacar que mi predecesor, a través de la comunicación conjunta enviada con el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, ha expresado su preocupación por la Ley N° 18.314 y otras leyes especiales, tanto con respecto a una definición demasiado amplia de terrorismo y el efecto que la aplicación de las leyes ha tenido en la práctica. Estaría muy bienvenido si del impulso de este seminario se pudiera contribuir a una reforma de estas leyes, en particular de la definición del delito de terrorismo comprendida en la Ley N° 18.314, de acuerdo con las recomendaciones de otros mecanismos de derechos humanos como el Comité de Derechos Humanos y el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, entre otros.

El mandato que me ha otorgado el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General me pide hacer recomendaciones concretas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, a petición de los Estados, a través de la prestación de servicios de asesoría o asistencia técnica en esta materia.

Estoy dispuesto a prestar tales servicios si el Gobierno de Chile así lo desea. Tal emprendimiento podría formar parte de una visita al país, en misión oficial. Por lo tanto, quiero agradecer al Gobierno de Chile, representado aquí hoy, por haberme indicado antes de asumir mis funciones como Relator Especial, que tal misión podría realizarse durante el año 2012.

Señoras y señores, permítanme referirme ahora a una segunda área de mejores prácticas que en mi opinión merecería refinación y elaboración. La práctica 6 propone un modelo de prestación de reparaciones y asistencia a las víctimas del terrorismo y, esencialmente, pide a los Estados compensar a las víctimas tanto de las medidas contra el terrorismo y de los actos terroristas, a través de fondos provenientes del presupuesto del Estado.

Soy consciente del hecho de que algunos Estados rechazan la idea de que existe una obligación internacional de derechos humanos para indemnizar a las víctimas de actos terroristas a partir de los presupuestos del Estado, incluso si el acto de terrorismo, que se lleva a cabo por agentes no estatales, no puede ser legalmente atribuido al Estado.

Por ejemplo, esto podría ser por no cumplir con su obligación de proteger el derecho a la vida de todas las personas bajo su jurisdicción y/o por no llevar a los perpetradores de actos terroristas a la justicia de una manera compatible con los derechos humanos, o para llevar a cabo investigaciones sobre las posibles acusaciones de no haber prevenido esos actos.

Esto es sólo una de las razones por las que pretendo dedicar parte de mi próximo informe al Consejo de Derechos Humanos a la explicación de lo que quiero decir con respecto a los derechos de las víctimas del terrorismo, como fue señalado en mi informe a la Asamblea General. Considero que la incorporación de las obligaciones del Estado hacia las víctimas del terrorismo refleja la aceptación por la comunidad internacional del hecho de que cualquier estrategia sana, sostenible y comprensiva para combatir el terrorismo requiere el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas de actos terroristas.

Tengo la intención de abordar el tema con referencia a los siguientes cuatro pilares:

1. Las obligaciones positivas y negativas de los Estados para proteger y promover el derecho a la vida;
2. Las obligaciones de los Estados de investigar a los autores de los delitos de terrorismo, y para llevar a cabo investigaciones prontas, exhaustivas, independientes e imparciales de toda denuncia plausible relacionada con la inteligencia u otros errores operativos en la prevención de un acto terrorista;
3. Las responsabilidades de los Estados de indemnizar y rehabilitar a las víctimas del terrorismo (independiente de si esa responsabilidad refleja una obligación jurídica internacional), y
4. Los deberes de los Estados de prevenir el terrorismo al abordar seriamente las condiciones propicias para su propagación, de acuerdo a un enfoque basado en los derechos humanos (entre otras cosas garantizando la rendición de cuentas, y la erradicación de violaciones de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, uno de los factores importantes que contribuyen a la propagación del mismo).

Es esencial que la protección de los derechos humanos de las víctimas del terrorismo sea visto como un genuino deber jurídico que recae principalmente en los Estados, y que no se utilice como pretexto para violar los derechos humanos de los sospechosos de terrorismo, para tomar medidas de emergencia que establecen poderes excesivos y desproporcionados, o para otros objetivos de carácter político.

Estas observaciones me llevan a los comentarios finales que me gustaría hacer en relación con la preocupación común de que la protección de los derechos humanos es incompatible con estrategias eficaces contra el terrorismo.

Durante la última década la comunidad internacional ha llegado a aceptar, al menos formalmente, y es que sólo por la adhesión estricta a las normas internacionales de derechos humanos que las estrategias antiterroristas pueden finalmente tener éxito, y que mediante la promoción activa y la protección de los derechos humanos los Estados miembros pueden contribuir al mismo tiempo a la prevención del terrorismo.

La Estrategia Global contra el Terrorismo posiciona la promoción de los derechos humanos en el centro de la lucha contra el terrorismo. Los Estados miembros reafirmaron que deben asegurar que cualquier medida adoptada para combatir el terrorismo cumpla con sus obligaciones bajo el derecho internacional, y en particular el derecho internacional de los derechos humanos, derecho de los refugiados y el derecho internacional humanitario.

Esto no es solamente una cuestión de legitimidad. Es también una cuestión de prevención eficaz. La resolución 1963 (2010) del Consejo de Seguridad reitera que las violaciones de los derechos humanos son una de las condiciones propicias para la propagación del terrorismo, y reconoce por primera vez que el terrorismo no será derrotado solamente por la fuerza militar, las medidas policiales o las operaciones de inteligencia. En el ejercicio de mi mandato tengo la intención de concentrarme y construir sobre este importante principio - ahora reconocido internacionalmente - y como todos sabemos, las prácticas de los Estados no siempre han seguido estos compromisos.

Lo que hace que esta área sea tan compleja y tan difícil es el peligro siempre presente de que algunos Estados, incluso los que gozan de una honrosa historia de respeto por el estado de derecho, se han mostrado dispuestos a veces a abandonar los valores fundamentales bajo el pretexto de defenderlos.

La prioridad central de este mandato por lo tanto, seguirá siendo mantener una vigilancia estrecha sobre las prácticas que socavan los estándares internacionales en la investigación, enjuiciamiento y castigo de los acusados de actos de terrorismo, así como de las medidas de carácter ejecutivo tomadas a nivel nacional e internacional para suprimir el terrorismo. Estos temas se mantendrán como centrales del mandato.

Muchas gracias.

## Preguntas, comentarios e intercambio de ideas



**Pregunta 1.** *En el contexto de un país que ha mantenido una constitución generada en dictadura, ilegítima y con leyes y limitaciones para su modificación. Los actos de terrorismo de Estado se han justificado como legales. Esta definición antojadiza ha promovido la criminalización hasta hoy de las luchas sociales por los derechos fundamentales. Esto se ha apoyado en violencia militarizada con heridos y muertes de manera impune. ¿La desobediencia civil pacífica puede ser perseguida por este Estado y pretender ser un Estado de Derecho? Dos, ¿Cómo legítimamente se establece un marco y legítimo hacia una asamblea constituyente?*

**Manuel Cancio.** Desde mi punto de vista desde el concepto que les he esbozado antes de terrorismo, el terrorismo de Estado no puede aprehendido nada más que por un hipotético derecho penal internacional más intenso y extenso del que ya tenemos, porque no hay fuera del ámbito internacional – y tampoco en él – en el momento actual un suelo competencial que permita evaluar la conducta de un Estado que actúa de manera terrorista como podría decirse por respecto de varios Estados que se nos ocurren y que incumplen continuamente en resoluciones de Naciones Unidas. Ejercen violencia sin que haya un conflicto armado o contra la población civil como es el caso, por ejemplo, del Estado de Israel. Lo que ocurre es que no hay norma que pueda aprehender estos casos de lo que podría llamarse terrorismo. Para esto tendría que haber una constitución mundial y un orden político mundial.

Lo que me parece que no es nada complicado hacer es cuadrar con el concepto de terrorismo en lo que podríamos denominar terrorismo desde el Estado. O sea, no un terrorismo en el plano internacional sino terrorismo que es ejercido por algunos individuos actuando enquistados dentro de las estructuras del Estado como ha sucedido en varias repúblicas americanas incluyendo esta, como todos sabemos. Entonces, en este caso no hay ninguna dificultad, por supuesto que organizaciones parapoliciales son organizaciones a efectos típicos. Por supuesto que el ejercicio de la violencia propia de este tipo de grupos podríamos calificarlas de intimidación masiva, el segundo requisito. En tercer lugar, por supuesto, este tipo de grupos subvierten el orden constitucional. Hay una sentencia lamentable y muy vergonzosa del Tribunal Supremo español del año 1997 en donde proclamaba que un grupo parapolicial, no solamente parapolicial asesino y torturador, sino encima un grupo extraordinariamente mal organizado fue considerado una organización ilícita, es decir, una organización criminal común porque decía esa sentencia, repito, lamentable del año 97, que no tenían la intención de subvertir el orden constitucional, sino de protegerlo. Eso deriva de una falta de comprensión de lo que es el orden constitucional. Porque por supuesto policías, funcionarios de policía, que llevan el escudo del país en su uniforme que torturan y matan están subvirtiendo mi orden constitucional como es claro. Eso es respecto a la cuestión de terrorismo de Estado en el plano internacional y terrorismo desde el Estado que ese mismo Estado puede reprimir como tal terrorismo sin dificultades.

En cuanto a la desobediencia civil, legítima y pacífica ¿puede ser perseguida? Es una *petitio principii*, si es legítima y pacífica, no puede ser perseguida porque obviamente no realizaría ninguna infracción criminal. Lo que ocurre es que aquí se abre un aspecto extremadamente interesante. La gracia de la desobediencia

civil es que para que la podamos catalogar de tal, infringe normas. El especial valor simbólico de la desobediencia civil es que el sujeto se arriesga a ser sancionado si su conducta es constitutiva de un delito. Entonces, aquí tenemos desde el punto de vista jurídico y no político un problema que es definicional. Si usted bloquea un aeropuerto porque quiere hacer ver que afecta gravemente a valores ecológicos, a través de un delito de coacciones por ejemplo, la gracia consiste en que uno realiza el delito para ser detenido y llamar la atención sobre los hechos. De manera que es un problema difícil y muy difícilmente accesible desde el derecho, pero esto se refiere a conductas que no son pacíficas y que no son legítimas dentro del orden jurídico.

En cuanto a lo de la asamblea constituyente existe, obviamente, desde mi ámbito de competencia y mi opinión personal es que la asamblea constituyente es el minuto uno aunque proceda de un *minuto cero* - con violencia o sin ella - con un cambio de régimen. Entonces, o hay un cambio de régimen o no hay asamblea pero eso no es algo netamente jurídico.

**Myrna Villegas.** En relación con el terrorismo de Estado -solo para complementar la opinión de Manuel con la cual coincido plenamente- es difícil hablar de Estado terrorista desde el punto de vista del derecho interno porque la validez del *ius puniendi*, que es el derecho a castigar por parte del Estado legítimo, proviene del mismo Estado. Por lo tanto, el Estado no se puede castigar a sí mismo y tampoco es posible que actúe legítima o ilegítimamente. Entonces, lo que sí se puede tratar de hacer es que mediante un adecuado concepto de terrorismo que sea "neutral" para ser aplicado en cualquier clase de organizaciones que desarrollen esas conductas y sí se puedan castigar actos que provienen de agentes del Estado, que actúan contra la legalidad ilegítimamente para dar continuidad a un orden legal. Por lo tanto, creo que es un poco bizantina la discusión entre si el Estado puede, o no, ser terrorista desde el punto de vista del derecho interno y creo que no debemos seguir empantanados en esa discusión. Creo que lo que uno tiene que preocuparse es si efectivamente podemos construir una legislación antiterrorista que sea capaz de cubrir los actos que, antiguamente, se denominaban tanto como *terrorismo rojo* como *terrorismo negro*. Es decir, cualquier tipo de actuaciones que atenten contra un Estado democrático y cumplan con ciertas normativas, ciertos elementos. En ese sentido, un concepto de terrorismo que pudiera contribuir en algo a restringir el tipo penal yendo a la misma Constitución, porque ciertamente la Constitución fue elaborada en dictadura pero hasta ahora, nos guste o no, da ciertas líneas programáticas que bien interpretadas nos están sirviendo para poder realizar una interpretación de lo que deben ser los delitos de terrorismo en un sentido restrictivo. Por ejemplo, meter el fin político en la descripción típica. Un delito común de aquellos que atentan contra la vida, la integridad física, la salud, la libertad debería tener una finalidad política y -para cumplir con el Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas- en cuanto atacan a la propiedad privada solo en su función social, es decir, cuando se trata de instalaciones de infraestructura que son aquellas destinadas a distribuciones de gas, alcantarillado, agua, etc. La finalidad política debe consistir en destruir las bases de la democracia. No es simplemente la mera oposición al régimen político imperante, sino es destruir las bases de una democracia.

El concepto de terrorismo no tiene sentido sino en una democracia. Para eso está construido. El miedo o el temor que se causa mediante los actos creo que debiera combinarse como medio en la conducta. Además, pudiera privilegiar el uso de medios catastróficos para así destacar el carácter atentatorio contra los derechos fundamentales. Sin perjuicio de que pudieran haber otras conductas que no fueran con medios catastróficos.

En cuanto al tema de la desobediencia civil. Es en verdad difícilmente accesible desde el punto de vista del derecho y eso se ha visto bastante y ha generado bastantes problemas respecto a los delitos que tienen los españoles que se llaman de insumisión, que en nuestro caso serían los delitos de deserción del servicio militar, por ejemplo. Entonces, es difícil de aprehender. De todas maneras, la desobediencia civil legítima no ha de ser perseguida por la ley antiterrorista porque el terrorismo es una cosa completamente distinta a la desobediencia civil.

Ahora, la última pregunta dice ¿cómo se establece un marco legal y hacia una asamblea constituyente? Creo que debería partirse, a lo mejor, por revisarse cuáles son los mecanismos de participación popular en los que nosotros estamos en estos momentos. Claramente hacer una reflexión y una severa autocrítica en términos de lo que ha significado en términos de participación ciudadana el sistema binominal. Creo que eso sería un primer paso para poder llegar a una asamblea constituyente.

**Pregunta 2.** *¿Cuál es su opinión respecto a la responsabilidad del Estado frente a las víctimas del terrorismo?*

**Manuel Cancio.** En primer lugar, todos sabemos la situación bastante extraña que viene siendo habitual en todo occidente respecto a las víctimas de cualquier delito. Por un lado la cosificación, el apartamiento, la cosificación en palabras de Hasenbergh como característica del derecho penal moderno y, al mismo tiempo, el resurgimiento de la víctima después de la segunda guerra mundial en los últimos cuarenta o treinta años que ha llevado a distintas evoluciones político criminales. Por ejemplo, en los Estados Unidos el punitivismo viene en gran parte de la organización en la sociedad civil, de víctimas. Ahora bien, en realidad todo esto es un debate muy raro porque en verdad no son víctimas reales las que promueven este tipo de asociativismo, seguridad ciudadana, patrullas barriales y este tipo de cuestiones. Sino que son víctimas potenciales, es decir, ciudadanos que temen ser víctimas de un delito.

Esto es importante para el derecho penal moderno en occidente, la posición de la víctima, al máximo. Y en materia de terrorismo se manifiesta no ya respecto a estas víctimas potenciales que no son más que los ciudadanos como posibles víctimas de delitos, como impulsores o instrumento de una política criminal alarmista, sino las víctimas reales en materia de terrorismo tienen un papel muy especial porque si no perdemos el foco en lo que significa el delito. El delito es un problema social. Como es obvio, no es un problema personal ni del delincuente, ni de la víctima. Pero la víctima sufre una parte proporcionada de los problemas sociales que identificamos con delito. En materia de terrorismo esto está llevado a

la exacerbación, porque matan a alguien por ser carabinero, por ser policía, por ser blanco, por ser no musulmán. O, por último, por estar ahí. El razonamiento Al Qaeda es: los que mueran y son infieles, pues se lo han ganado porque no han visto la verdad de dios. Y los musulmanes que mueran van al cielo, de manera que no hay ningún problema.

**Pregunta 3.** *¿Ha habido experiencia de terrorismo en Chile? ¿Cuáles?*

**Myrna Villegas.** Desde el punto de vista del concepto jurídico de terrorismo como se ha planteado yo creo que no. Aquí no ha habido estrategias de violación masiva a los derechos humanos fundamentales en el marco de una organización que se equipare a un microestado dentro del Estado que es básicamente lo que se dice. Ahora, desde el punto de vista legal, desde el punto de vista de las tipificaciones ahí puede haber cualquier cosa. Efectivamente si usted solo se dedica a mirar con neutralidad el tipo penal, cualquier cosa puede ser terrorismo. Creo que desde el punto de vista del concepto de terrorismo, no.

Lo que sí ha sucedido es que hay algunas conductas que pudieran ser confundidas con las de la Ley de Seguridad del Estado. Yo creo que en el caso, por ejemplo, del conflicto territorial y todo lo que ha sucedido al sur del Biobío no hay terrorismo. Ahí no hay atentados contra derechos humanos fundamentales. No ha habido nunca un muerto. En el "Caso Bombas", tampoco. Porque el terrorismo no se puede definir única y exclusivamente por medios catastróficos. El caso que plantea dudas es el caso del asesinato de Jaime Guzmán. Fíjense que en la sentencia que condena el asesinato del senador Jaime Guzmán, en esa sentencia se dan los elementos de terrorismo, para la tipificación de un delito de terrorismo que son básicamente los que yo he expresado. Ellos hablan de organización, se habla de atentado contra el orden constitucional, o sea, se atenta contra un senador precisamente porque él representa o es un ícono de cierta forma de pensar. Pero, el problema es que esa misma sentencia está razonando en base de un tipo penal inexistente, porque nada de eso se recoge en el tipo penal de la ley. Por lo tanto, visto de esa forma, flaco favor le ha hecho la ley antiterrorista a una calificación terrorista de ese asesinato y, muy por el contrario, la conducta parece adecuarse a una gravísima conducta, además, que está dentro de la Ley de Seguridad del Estado.

**Pregunta 4.** *¿El terrorismo es un mal necesario para el equilibrio político en las democracias occidentales?*

**Manuel Cancio.** En el plano empírico me temo que la respuesta es sí, en el sentido de que es mal necesario en cuanto es producido por las condiciones objetivas de desarrollo de nuestras sociedades. A los hechos me remito; América Latina es el único sitio donde el terrorismo en sentido estricto no existe menos algún caso de utilización táctica de las FARC en Colombia de métodos terroristas. Mucho conflicto armado, por supuesto. Mucho asesinato político pero terrorismo como tal, no. Pero, es la única parte de occidente donde no podemos observar que existe una lógica permanente de actualización del terrorismo. Hay un sociólogo norteamericano que una vez dijo que el terrorismo es show business más televisión. Si vemos un poco más de cómo funciona en realidad, yo me anticiparía un poco con que el terrorismo comienza

originalmente con la población alfabetizada, capaz de leer medios de comunicación masiva, periódicos y es una forma de expresión política – degenerada por supuesto pero expresión política – propia de sistemas abiertos, llamémosle democracias y ahí se reproduce en distintas olas y no hay ningún indicio de que vaya a desaparecer.

Luego, hay una segunda acepción de la pregunta que no sé si es exactamente lo que estaba planteando el colega que ha formulado la pregunta. Es un mal necesario en el sentido en que se ha utilizado políticamente y la respuesta, obviamente, es sí. Solo miremos a los Estados Unidos y recordemos cuando leímos la novela de George Orwell “1984”. Recuerden ustedes que hay una guerra ahí en el trasfondo, vienen noticias en las pantallas en que de vez en cuando hay algunos detenidos. No se sabe muy bien dónde es la guerra y si existen realmente pero es evidente cuál es la función que cumple la guerra en el sistema político de opresión del nuevo mundo de 1984 y que este papel lo ha jugado en particular Al Qaeda en los últimos veinte años es evidente. Que es un mal necesario en el sentido de que, y soy consciente de lo que voy a decir, hay algunos agentes políticos en España que se les veía en estas últimas semanas con un grado de tristeza realmente profunda. Ahora que es la verdadera, y todos quienes nos ocupamos un poco del asunto lo sabemos, ETA realmente está disuelto y hay gente que actúa como si estuviera muy infeliz no porque no se lo crea o no se lo quiera creer sino porque parte de su negocio político consistente, a eso han ayudado los miembros de ETA, en que ETA exista. Entonces, la respuesta está puesta también aquí.

**Pregunta 5.** *Sobre el concepto jurídico de terrorismo, ¿qué opinión le merece el que un conjunto de personas sean acusadas de asociación ilícita terrorista como respuesta frente a acciones de daño contra la propiedad en el contexto del llamado “Caso Bombas”? ¿cómo se puede explicar jurídicamente que habiendo operado un sobreseimiento definitivo de todos los acusados por asociación ilícita terrorista de todas formas el ente persecutor insista en llevar a juicio a personas acusadas de financiar la asociación?*

**Myrna Villegas.** Creo que desde el punto de vista del concepto jurídico de terrorismo es difícil de sostener pero voy a partir al revés. Primero, para que haya una asociación ilícita terrorista se requiere una serie de requisitos que son bastante restrictivos y así lo ha señalado la jurisprudencia. Tal como dije en mi exposición, terroristas no pueden ser pequeñas células de combatientes armados con escopetas hechizas o con bombas caseras. Esas serán células y que pueden caer perfectamente dentro de la Ley de Control de Armas que tiene penas gravísimas también o que pueden caer, perfectamente, dentro de la legislación penal común. Entonces, es complejo tratar de atribuir carácter de asociación ilícita terrorista a un pequeño grupo de personas que, por lo demás, tenían ideologías bastante distintas. Desde el momento en que no hay una asociatividad entre las distintas ideologías -porque es sabido el enfrentamiento categórico, claro y de toda la vida entre el marxismo y el anarquismo-, ya es un poco complejo tratar de aunar voluntades en orden a cometer una pluralidad de delitos calificados de terrorismo. Ahí ya hay un problema de carácter criminológico y, efectivamente, la criminología se mete dentro del tipo penal. Nos guste o no.

Por otro lado, el hecho de que se trate de daños contra la propiedad donde no ha habido ninguna persona que haya resultado afectada también resulta difícil. Creo que lo complejo ha sido en aquellos casos donde efectivamente se ha dañado propiedad que pudiera cumplir algún tipo de función social. Si se hubiera puesto, por ejemplo, una bomba en un medio de transporte como el metro. Pero es difícil sostenerlo -sin pasar a llevar el Convenio para represión de atentados terrorista cometidos con bombas- que aquellas que fueron puestas en propiedad privada particular que no tiene función social constituyan actos que configuren delitos de terrorismo. Para eso tenemos legislación penal común y grave además. O sea, se le puede poner todas las agravantes que quiera y la pena va a quedar igual de alta si es que fuera un tema de consecuencias. Pensemos, además, cuáles son las consecuencias que trae el condenar a una persona por delito de terrorismo. Lo apartamos completamente de la sociedad, deja de ser ciudadano. Es enemigo, un paria. Ya no puede participar. Y aquí hay otra cosa: si usted lo aparta completamente de la sociedad, si lo que está criticando del terrorista es que él no usa las vías de participación democrática, el terrorista ¿qué es lo que hace? Como no puede ganar por la vía de la participación democrática, utiliza conductas y el temor para someter a la población para sus propósitos utilitarios. Para eso viola los derechos humanos porque no puede ganar por la vía democrática, eso es lo que le criticamos al terrorista. Entonces, en el fondo, cuando uno lo estigmatiza, lo condena y le quita incluso la calidad de ciudadano lo estamos condenando eternamente a ser terrorista. Eso habría que pensarlo también.

Con respecto al hecho de que haya operado un sobreseimiento definitivo de los acusados por la asociación ilícita terrorista y de todas formas el ente persecutor insiste en llevar a juicio a personas acusadas de financiamiento al terrorismo. Bueno, eso es porque el tipo penal de financiamiento al terrorismo es un tipo penal amplísimo. Las conductas de financiamiento al terrorismo consisten en solicitar directa o indirectamente, o proveer de fondos o recaudar o realizar directamente o indirectamente actos para el financiamiento de una organización terrorista o de actos de terrorismo. Imagínense lo que es solicitar indirectamente fondos para su utilización en la comisión de un acto terrorista de los descritos en la ley citada, ahí tenemos un problema. Creo que en este caso, si la imputación consiste en haber financiado a la organización y no a delitos concretos, entonces el tipo penal de financiamiento al terrorismo se cae por sí solo. No puede haber financiamiento al terrorismo de una asociación que no ha sido considerada terrorista. Eso es casi de lógica, no hay que saber derecho penal para eso.

**Pregunta 6.** *¿Puede haber un delito terrorista que consista en causar de daños? Y en particular, ¿si los daños sobre cosas pueden integrar también el terrorismo?*

**Manuel Cancio.** En cuanto al derecho positivo, el derecho positivo en España que es muy probablemente el más amplio en el mundo y da igual que haya otro más porque más amplio no puede ser. Heredamos de la dictadura una cláusula agravatoria, todo el derecho penal antiterrorista en la dictadura -dejando de lado fuero militar y cosas por el estilo dentro del derecho penal- era tipificar, por un lado, la pertenencia y la

colaboración. Por otro lado, introducir una cláusula agravatoria en la parte general del código que agravaba cualquier delito que se cometiera si era en el contexto de una organización terrorista, rebelde, subversiva o como se le denominara en aquel momento. Esto se ha mantenido en el Código Penal español a tal manera de que ahora lo han pasado a distintos delitos: el delito de estragos terroristas, el delito de lesiones terroristas, lesiones terroristas pero luego hay una cláusula, un delito del artículo 564 que dice: "y cualquier otro delito". De tal manera que podríamos tener un acoso sexual terrorista, una gestión desleal terrorista, un alzamiento de bienes terrorista. En teoría porque el concepto de terrorismo tiene que limitar. Entonces el intérprete tiene que proyectar el concepto de terrorismo sobre las distintas infracciones de la parte especial para verificar si puede ser o no puede ser un delito terrorista.

Mi postura es que por supuesto en el marco de una organización terrorista hay muchas actividades que no implican violencia contra las personas y que deben ser consideradas específicamente terroristas porque forman parte de la lógica terrorista. Por ejemplo, un delito de extorsión – las cartas de ETA con sello – esto que en España se llamarían amenazas condicionales, no estarían implicados directamente con la violencia, hay una amenaza de que algo pudiera pasar; etcétera. Sin embargo, me parece que es un delito típicamente terrorista. Ahora bien, no todos los delitos los podemos conectar con el núcleo de la actividad terrorista y para mí ese núcleo de la actividad terrorista siempre implica sangre. Siempre implica violencia contra las personas. De tal manera que una organización terrorista como una que está siendo formalizada ahora mismo en Austria. En Austria como no tienen terroristas pues van y se los inventan. Que son los ecologistas que cometen delitos de daños contra granjas de cría de animales de estos que sirven después para hacer abrigos y han realizado una campaña bastante prolongada, con daños bastante considerables. Sin embargo, nunca ha habido ni dolosamente ni por accidente una afectación a bienes jurídicos personales, no ha habido lesiones ni homicidios. Esto podrá ser una organización criminal pero, desde luego, para mí no puede ser una organización terrorista. Si no hay alguien con pistola y que la use, eso para mí no es terrorismo. Porque la idea de lo que hace especial al terrorismo es este mecanismo de intimidación masiva, de neutralización de la víctima concreta y eso solo es posible si al menos existe la posibilidad de que en algún momento se ejerza violencia terminal contra las personas.

**Pregunta 7.** *Sin necesidad de compartir la idea ¿Por qué en derecho comparado se suele comenzar en las normas respecto al terrorismo en limitar los principios del debido proceso? ¿Por qué se da este patrón común?*

**Myrna Villegas.** Porque las legislaciones antiterroristas están todas establecidas sobre la base de peligrosidad de sus autores y la única forma de combatir eficazmente a quien se considera peligroso es precisamente restringiéndole las garantías del debido proceso. Creo que esa es la razón. Eso no quiere decir que esté bien, porque soy una convencida de que la lucha contra el terrorismo no es un problema de eficacia policial sino un problema de falta de discusión política. En el fondo al terrorista hay que ganarle ideológicamente, hay que ganarle en la discusión. Si usted ataca ideológicamente a la organización terrorista, la mata. En

ese sentido hay que recordar que si hay terrorismo, o sea, ¿por qué subsisten organizaciones terroristas?, ¿por qué ETA estuvo hasta hace tan poco tiempo? Me alegro del acuerdo al que se ha llegado pero, ¿por qué ETA estuvo durante tanto tiempo?

Primero porque las organizaciones terroristas, para poder mantenerse en el tiempo además de las armas materiales, requieren de un sustrato ideológico férreo e inquebrantable. Ahí tenemos a una organización y que se pueda mantener un rato. Si además de eso, a esa organización se le suman organizaciones legales que a lo mejor comparten sus postulados pero no sus métodos de acción ni sus conductas, es mucho más difícil de atacar y eso permite que ciertas organizaciones se perpetúen en el tiempo. Por eso insisto en que el problema es de falta de discusión política y no de eficacia policial. Usted puede desarticular a un comando que operaba en España pero tan pronto desarticulaban el comando Vizcaya en el País Vasco, cuando está surgiendo como callampa después de la lluvia el comando Madrid, y así van sucesivamente. Se pueden poner más, más y más policías con el riesgo de afectar al resto de los ciudadanos pero no va a solucionar el problema de raíz. Lo que ha demostrado la historia es que la única manera de acabar con el terrorismo es la discusión política. Lo demostró el IRA en Irlanda con el acuerdo de Hillsborough.

**Pregunta 8.** *¿Es posible vincular terrorismo y adolescentes?*

**Manuel Cancio.** En principio plantearse que un delito terrorista es cometido por adolescentes me parece una aberración. En España lo tenemos específicamente desde el año 2000. Antes no existía un régimen antiterrorista de menores y esto como consecuencia de un movimiento en el plano de la política pública impulsado por la mayoría parlamentaria y por el gobierno. También con la colaboración de algunos tribunales y jueces de instrucción. Muy particularmente fue protagonista de esta instrucción el titular de la Audiencia número cinco de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón. La idea era atacar con la escenificación de todo un "movimiento nacional" de tener un partido, una asociación que fomenta el euskera, la lengua vasca, una asociación que denuncia tortura, en fin, el pueblo vasco en armas, eso era lo que quería vender ETA. Formaba parte de esto tener organizaciones satélites que se dedicaban a quemar máquinas de efectivo, a quemar autobuses, poner pintadas. Estas organizaciones juveniles fueron tratadas por muchos años, durante décadas, con las armas normales del derecho penal frente a los daños, hasta este movimiento concertado, hasta el año 2000. Con el impulso del primer gobierno de José María Aznar se llegó a la idea de que es mucho más fácil teniendo la vía de la ilegalización de los partidos por medio del derecho administrativo y tenemos otra vía diciendo que los que queman un cajero también son ETA, todo es ETA. Así es como es conocida esta tesis. Ahí ya surgió la necesidad de tener menores terroristas porque resulta que – esto lo conocen hasta los legos – es mucha la investigación empírica que dice que nadie conoce el derecho penal. Que la idea de la intimidación no funciona. Pero lo que sí es conocido es que hay un derecho penal de menores y un derecho penal de mayores. Eso es utilizado por estos grupos que, por supuesto, mandaban a lo más expuesto al de 17 años, no al de 18 años. Entonces al momento en que decimos que hacer esto es terrorismo, entonces ya tenemos adolescentes.

Desde mi punto de vista tenemos una consideración de fondo que dificulta mucho pensar que pueda haber terrorismo por parte de menores. ¿Por qué? Pues porque el terrorismo es una actividad donde uno de los elementos fundacionales es una perversión del ejercicio de actividad política. Entonces un menor no puede votar y no deberíamos tomarlo en serio cuando pretende hacer política a través del terrorismo. De tal manera, en principio creo que sería mucho mejor excluir a todos los menores de cualquier peculiaridad tanto material como procesal del terrorismo, porque es precisamente colocar a un agente que es sensible a ello en un lugar que no le corresponde. Es contribuir a la criminalización del adolescente varón, cargado de testosterona. Si es procesado -como era procesado- como autor de un delito menor que no implica penas de siete años por quemar un cajero (yo estoy en contra de quemar los cajeros pero siete años son muchos años), mientras que antes era un pena de no ingreso, ¿qué ha pasado con estos sujetos? Pues a estos sujetos cuando se impuso este cambio, empezaron a decir: tengo 18 años y me van a meter siete u ocho, paso directamente la frontera y juego en el equipo de los mayores. ETA que estaba débil y agonizante en los últimos diez años, lo que le faltaba eran militantes y de lo que la reforma penal española se ocupó fue de suministrarle un flujo continuo de militantes de muy mala calidad. Gente que no había tenido el periodo de entrenamiento pero militantes al fin y al cabo, porque para pegarle un tiro a alguien, no falta mucho entrenamiento. Entonces desde mi punto de vista conceptual, desde el punto de vista preventivo, el punto de vista político criminal, terrorista y menor son dos cosas que no deben ir juntas.

**Pregunta 9.** *¿Cuándo el Estado va a responder por la cantidad de jóvenes muertos y encarcelados en los primeros años de transición democrática?*

**Myrna Villegas.** Pregúntele al Estado. Las responsabilidades son de quién corresponde.

**Pregunta 10.** *Si el bien jurídico protegido de los delitos terroristas es la protección de las bases de una democracia, en un régimen dictatorial ¿cabría el juzgamiento de hechos calificados como terroristas?*

**Myrna Villegas.** En efecto no son delitos de terrorismo y eso explicaría que muchas de las conductas tuvieron el privilegio extraditorio. Mucha de la gente que huyó al extranjero acusada de terrorismo no fueron extraditados porque precisamente fueron considerados delitos políticos y no de terrorismo. También queda claramente especificado después, cuando se da inicio a la transición democrática, cuando la gente que estaba siendo juzgada por ley terrorista pasó a ser juzgada por ley común.

**Pregunta 11.** *¿Considera importante establecer a nivel legislativo un concepto de terrorismo o, al menos, criterios de identificación?*

**Manuel Cancio.** Yo pienso que sí. Sería un poco raro que dijera lo contrario dedicándome a lo que me dedico. Lo que ocurre es que uno no puede tener confianza en las definiciones legales. Seguramente es

más peligroso decir -que es una opción de muchos ordenamientos en Europa-, delitos terroristas son los que se cometen por una organización y son estos. Después sale un catálogo sin hablar del fondo de la orientación política, de qué es lo que significa terrorismo y de que es lo que debemos exigir a la organización terrorista. Frente a eso es mucho mejor una opción como la del Código Penal español que es la de decir el terrorismo implica una finalidad. Que no es una finalidad de las personas concretas, es una finalidad del colectivo, de la organización. Una finalidad ilegítima. Creo que con esto se gana. Ahora bien, pensar que definiciones típicas en este ámbito nos van a ayudar de una manera decisiva, creo que no. Me remito a los hechos. Los tribunales españoles a partir del año 2000, curiosa coincidencia con el cambio de ciclo político, cambiaron también mucho su perspectiva, incluso siendo las mismas personas las que estaban en los tribunales porque en el gobierno habían otras personas.

Una sentencia donde tenemos a un sujeto que había adquirido una lancha, una barca, para ponerla a disposición de ETA. La pone a disposición de ETA, todo esto está documentado, probado pero no viene nadie de ETA a buscar la lancha que estaba ahí esperando. El Tribunal Supremo en 1994, absuelve porque dice que no hay colaboración si es que no ha habido un efectivo apoyo a la organización; si la organización no ha tenido un apoyo material con la conducta de colaboración porque no se pune la intención sino que se pune ayudar a la organización terrorista. Como esto es un adelantamiento del nivel de la barrera de punición, de criminalización, no puede haber tentativa de una conducta que a su vez es menos que una tentativa.

En 2004, con cambio de gobierno de por medio aunque no hay muchas diferencias entre los gobiernos del Partido Socialista y los del Partido Popular en política antiterrorista. A lo mejor en política sí, pero en política legislativa no. Ninguna. Todos han estado compitiendo por ver quién mete más. Entonces, año 2004 tenemos un individuo que le da a un miembro de ETA un mapa de carreteras. Ahora ustedes dirán un mapa de carreteras con anotaciones secretas de dónde está el depósito de armas tal. No, le da un mapa de carreteras porque el ETA aparte de terrorista y potencial asesino por lo menos, es tonto y no sabe llegar de un pueblo X a uno Y. Entonces le dona, sabiendo que es parte de ETA, un mapa de carreteras común, sin anotaciones, comprado en la gasolinera de al lado. Dos años y cuatro meses pena de ingreso porque se estima que es colaboración terrorista.

**Pregunta 12.** *En este contexto del asesinato de los hermanos Vergara y otras víctimas de la represión estatal. ¿Es considerado terrorismo de Estado?*

**Myrna Villegas.** En la medida en que se enmarcan dentro de una estrategia masiva y sistemática de violación a derechos humanos fundamentales yo creo que es terrorismo de Estado, que fue llevada a cabo con organizaciones estatales con esos fines oficiales reconocidos o no. Esa es una temática que, vuelvo a insistir, el terrorismo de Estado es una discusión bizantina desde el punto de vista del derecho interno porque no se pueden castigar desde el punto de vista del derecho interno al Estado como terrorista propiamente tal.

Es difícil. El Estado no se puede castigar a sí mismo. Lo que sí se puede hacer, como se hizo en España en alguna oportunidad, es que esas organizaciones pudieran ser enjuiciadas vía ley antiterrorista, si es que la ley antiterrorista cumpliera con unos estándares mínimos de razonabilidad. Cosa que creo que no tiene. En España a los Garcés se les juzgó primero por ley de conductas terroristas y luego se los condenó por delitos comunes. Precisamente ahí en el caso Amedo hubo un problema con el concepto de terrorismo y una interpretación bastante restrictiva de la Audiencia Nacional donde se dijo que estos grupos antiterroristas de liberación que tenían vínculos especiales con el gobierno español y se habían dedicado a matar a algunos etarras no tenían por finalidad subvertir el orden constitucional, sino que mantenerlo y la sentencia de la Audiencia Nacional fue bastante criticada por eso. Subvertir no es simplemente estar en contra del régimen establecido, subvertir significa alterar, destruir las bases del Estado democrático. Creo que por ese lado hay que mirarlo.

**Pregunta 13.** *Si la Ley 18.314 es contradictoria con la Ley de Seguridad Interior del Estado. ¿Qué objeto tiene que nuestro país tenga una ley antiterrorista si existe una Ley de Seguridad del Estado?*

**Myrna Villegas.** Una aclaración, es Ley de Seguridad del Estado, tanto interior como exterior. Ahora, claro desde luego parece que no tienen ningún sentido y sí que a lo mejor la ley antiterrorista sería la que no existiera, pero una cosa es lo que es político criminalmente deseable y otra cosa es lo que es político criminalmente viable. Todo pareciera indicar que las leyes antiterroristas no van a desaparecer ni de nuestro país, ni de Latinoamérica ni mucho menos de Europa. Entonces, humildemente desde el penalismo lo que trataremos de hacer es de contribuir para que las definiciones de los tipos penales de terrorismo sean lo más restrictivas posibles de acuerdo a lo que está ordenando el mandato constitucional.



# Sección III

## **Conflictos en la aplicación de la Ley 18.314**



## Presentación

A continuación iniciaremos el diálogo en torno a los conflictos en la aplicación de la Ley 18.314. Contaremos con la autorizada opinión de cuatro abogados: el Defensor Nacional, Georgy Schubert, el abogado del Centro de Investigación y Defensa SUR, Pablo Ortega, el abogado defensor Mauricio Daza y el Fiscal Regional de la Zona Sur, Región Metropolitana, Raúl Guzmán. Todos ellos han tenido un lugar privilegiado para testimoniar acerca de las dificultades que se enfrentan al aplicar la legislación antiterrorista, sea como defensores, acusadores o en juicios donde ésta ha sido invocada.

Modera el panel la representante del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Ximena Zavala.



## Georgy Schubert Studer

Defensor Nacional

*Georgy Schubert Studer es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y abogado magister en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Comenzó su carrera profesional en la Defensoría Penal Pública como defensor en Carahue, región de la Araucanía. Luego se desempeñó como defensor público en Maule y Atacama. Actualmente es profesor en diversas universidades. Recientemente ha sido designado para integrar la nomina de defensores interamericanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y es Defensor Nacional.*



Buenas tardes.

Muchas gracias por la invitación; al Instituto Nacional de Derechos Humanos la oportunidad de poder discutir estos temas que, obviamente, va a seguir en la contingencia jurídica del país y, seguramente, juegan aspectos tremendamente relevantes del Estado de Derecho y del respeto a los derechos humanos.

A lo menos desde el punto de vista de la Defensoría Penal Pública, tenemos claro que en causas como ésta, cuando los defensores públicos enfrentan imputaciones tan graves como el delito terrorista, es cuando se puede medir el alcance de los derechos y garantías. Por un lado, del sistema de justicia en general, pero también la capacidad que tienen los defensores para representar con independencia, con autonomía, los derechos y garantías de sus imputados. Es decir, sabemos con claridad cuál es la responsabilidad que tenemos en este caso particular al que me voy a referir de causas de imputados mapuche, pero sin duda frente a todas las personas como ciudadanos que son imputados por delitos graves.

Quizás una de las primeras cosas que hay que dejar en claro como defensa pública es que no por el hecho de ser defensores públicos uno cuenta con la confianza de sus representados. Eso es particularmente así en las causas mapuche. Somos defensores de oficio, somos los defensores que el Estado proporciona a una persona que no tiene abogado, pero no necesariamente ellos nos han elegido como sus representantes. No somos defensores de confianza. Permanentemente, los imputados mapuche han planteado esta inquietud en cuanto dicen: es el mismo Estado quien nos persigue y no pretenderá este mismo Estado, defendernos. Así, se ha producido una relación que creo se ha ido construyendo con los años, que ha tenido altos y bajos y más bien, más que una confianza en la institución, las confianzas se construyen de manera personal. Lo que hemos visto es que en la medida en que los abogados defensores realizan su trabajo con responsabilidad y logran construir confianzas respecto a su representado, nos transformamos en defensores de confianza no obstante haber comenzado como defensores de oficio. Pero no pretendemos como institución tener – por ser Defensoría Penal Pública – los lazos y los vínculos que deben constituirse en este caso particular no sólo con los imputados mapuche sino muy especialmente con las familias y con las comunidades que lo representan. En este tiempo hemos aprendido que las situaciones que se viven por parte de los imputados, las viven en el conjunto de su comunidad. No solo en torno a sus familias sino un círculo bastante más amplio. Por lo tanto, el diálogo y la comunicación que tenemos que hacer llega hacia ellos.

Habiendo dicho esto respecto al trabajo de la Defensoría en particular, me voy a referir esencialmente a lo que todo conocimos como el juicio de Cañete que terminó este año y comenzó el 2010 con una investigación que llevaba algún tiempo desarrollándose. Y contarles cuáles son los problemas que nosotros detectamos, vivimos, como defensores y obviamente nuestros representados.

De los diecisiete imputados que llegaron a juicio, nosotros representamos a un número variable. En un momento tuvimos siete. Estos siete fueron absueltos y posteriormente asumimos la representación de uno de los cuatro que, en definitiva, fueron condenados.

Quizás, el primer gran problema que tiene la legislación terrorista es que obviamente la calificación lo hace por sí y ante sí el Ministerio Público. La sola imputación de un delito por parte del organismo autónomo implica la aplicación de todas las normas excepcionales que tiene esta legislación. En los estándares internacionales, si hay algo que se exige frente a la aplicación de la ley terrorista, es que al menos uno tenga la posibilidad de apelar a esta calificación, que abre las puertas a toda esta legislación excepcional. Pero en este caso como sabemos, la formalización en sí corresponde al Ministerio Público y no hay manera de reclamar de esa formalización y, por tanto, independientemente de cualquier valoración que pueda hacer el juez a propósito de las medidas cautelares, se abren todas las medidas excepcionales desde los periodos prolongados de detención, los secretos de la investigación y, obviamente, algo que nos referiremos con un poco más de detención que se refiere a los famosos testigos sin rostro, testigos secretos o testigos sin identidad.

Entonces, tenemos como primera cuestión que todo el poder del Estado se dirige en contra de personas que, claramente en el caso de los imputados mapuche, carecen de todo poder político y económico. Aquí no se trata entonces de la pugna entre buenos y malos como se suele caricaturizar los conflictos, sino entre quienes tienen el poder y lo detentan y personas que carecen absolutamente de él. Por tanto, el único ámbito de protección que tienen es la protección que le puedan dar los derechos y garantías de nuestro ordenamiento jurídico, pero sobre todo del sistema internacional de derechos humanos.

Uno de los primeros problemas que enfrentamos en este caso es que la imputación de muchas de las personas que fueron llevadas a juicio parte de una supuesta confesión que habría hecho uno de los condenados; Jonathan Huillical. Esa confesión se presta en un cuartel de la policía en primera instancia, luego de muchas horas es trasladado desde Temuco hacia Concepción y de Concepción, nuevamente, a la Fiscalía. Jonathan denunció haber sido objeto de malos tratos y golpes. Lo que es relevante es que frente a un delito tan grave como es el delito terrorista, frente a supuestos atentados a un fiscal del Ministerio Público y a funcionarios de la Policía de Investigaciones y Carabineros, creo que la grabación de una confesión habría sido bastante pertinente. Hoy día están todos los medios para que con un costo relativamente marginal se grabe y registre de manera íntegra las declaraciones de los imputados y de los testigos. En particular me parece relevante la de los imputados. El Código Procesal Penal señala la necesidad de tener registros íntegros y fidedignos de lo actuado por el Ministerio Público y sigo sin entender por qué todavía no se lleva registro de un caso tan importante en lo particular para evitar la famosa discusión de si se dio lectura o no a los derechos, si se presta una declaración que realmente es voluntaria, informada y cuál es el texto de esa declaración. Aquí tenemos un imputado que denuncia haber sido objeto de malos tratos; señala no haber hecho la confesión que, en definitiva, no queda registrada y no obstante sirve como una de las pruebas al interior del proceso porque se introduce en él a través de testimonios de oídas. Por otro lado, esta denuncia que en definitiva es denuncia de malos tratos constitutiva de tortura, no es investigada de acuerdo al Protocolo de Estambul y de hecho tampoco fue objeto de investigación imparcial como requieren denuncias de esta naturaleza cuando el imputado es un agente del Estado y estamos frente a un delito de esta gravedad.

Otro tema que dificultó en extremo el trabajo de la defensa es el secreto de la investigación. Pero acá – y hubo reiteradas denuncias de los defensores – nosotros no contábamos con los antecedentes de la investigación por completo. Aparecían cada cierto tiempo antecedentes que no estaban en la carpeta de investigación y, de hecho, en una de las discusiones de medidas cautelares hubo toda una polémica respecto a que hubo testigos secretos, pero ¿cuántos testigos secretos? ¿son treinta y cuatro, son treinta y cinco? Porque algunos estaban designados por números, otros por letras, habían declaraciones que tenían la misma numeración de testigos pero obviamente eran personas distintas y viceversa. Hubo toda una discusión que también fue objeto de reclamos ante Ministerio Público y en definitiva esos reclamos fueron acogidos por el Ministerio Público y se ordenó al fiscal titular de la causa, acompañar los registros completos de la investigación a la defensa. Todo esto cuando la investigación ya estaba cerrada. Así que hubo objetivamente una falta de antecedentes con los que no contaron los abogados defensores al momento de preparar los argumentos de descargos para el juicio oral. Hubo además una investigación a cargo de un funcionario de la Policía de Investigaciones que iba en la comitiva del fiscal que habría sido objeto del atentado. Por lo tanto tenemos a una víctima del delito, que de hecho comparece además declarando como testigo pero que en gran parte de la investigación tuvo a su cargo las diligencias. Por tanto cuando uno espera una investigación objetiva e imparcial de un delito de esta gravedad esperaría que la persona a cargo de la diligencia no fuera alguien que está involucrado de manera personal en los antecedentes.

Sin embargo, uno de los casos más relevantes y una de las dificultades más importantes que tuvieron que enfrentar los imputados del juicio y sus abogados defensores fueron los testigos sin identidad. Esto es una discusión que creo va a seguir, por lo menos nosotros como defensores vamos a seguir planteando que los testigos sin identidad vulneran derechos y garantías básicas del debido proceso. Sabemos que el Código Procesal Penal señala que si bien no hay testigos inhábiles se pueden dirigir preguntas al testigo a fin de discutir la eventual credibilidad, idoneidad e imparcialidad de la persona que declara. Es decir, como se señala en la historia de la ley, sabemos que los testigos no se cuentan sino que se pesan. Una persona es creíble, su declaración puede constituir prueba sólo en la medida en que esa persona realmente pueda tener credibilidad y sea imparcial e idónea para declarar sobre los hechos a los que se refiere. Entonces, cuando se desconoce completamente la identidad de esa persona, no hay ninguna manera para que un tribunal pueda evaluar, aunque sea de manera mínima, estas características. Podrá evaluar, eventualmente, el relato, si ese relato es coherente internamente y si es coherente con otras pruebas del proceso. Pero, y como se planteó por la defensa en reiteradas ocasiones, acá lo que era relevante era determinar la credibilidad e imparcialidad del testigo N° 26. Respecto a otros testigos sin identidad también se dieron discusiones, por ejemplo, respecto de la idoneidad de los testigos para declarar. Hubo un testigo que declaró en juicio y dijo que había identificado a uno de los imputados por la voz pero resultó un poco divertido porque hubo que repetirle reiteradamente y gritarle porque la misma persona admitió estar bastante sorda. Se argumentó después que había sido producto de una enfermedad posterior, pero la verdad es que le gritaban: ¿usted escucha? No, no escucho bien decía, pero era él quien decía que había

podido identificar a un imputado por su voz. Ahí hay un problema de idoneidad. No es tan relevante en este caso en concreto en cuanto a que por esos delitos en los que declaró esta persona no hubo condena. Pero sí lo hubo en base esencial al testigo N° 26.

Lo primero que quisiera señalar es que todo el mundo sabe quién es el testigo N° 26. Lo saben los imputados y lo saben los abogados defensores. Por lo tanto, como mecanismo de protección no tenía ningún utilidad. ¿Por qué todos sabían quién era el testigo N° 26? Porque había sido coimputado, había sido objeto de la misma formalización que fueron, en definitiva, los cuatro condenados por los mismos delitos. Estuvo en prisión preventiva y estando en prisión preventiva un fiscal va a hablar con él y luego deja la prisión preventiva. Lo que ocurre es que respecto de él se aplicó no perseverar. Incluso se le aplicó suspensión condicional en la Audiencia de Juicio Penal Oral respecto de otro delito, cuando a esa altura era absolutamente improcedente. Así que todos sabían quién era el testigo N° 26. Entonces, cuando se señala que este es un mecanismo de protección, la verdad es que en la práctica en las comunidades donde se utiliza este mecanismo, todos saben, porque respecto del relato se desprende inequívocamente de quien se está hablando y como señalé, en el caso del testigo N° 26 era aun más evidente. Así que como primera cuestión había que determinar si existía un peligro real que ameritara la protección, que es uno de los requisitos dentro del contexto de la interpretación de las garantías procesales a nivel de sistema tanto interamericano de derechos humanos como europeo. ¿Había un peligro real? Ni siquiera se discutió si había un peligro real que ameritara la protección de los testigos a través de la reserva de identidad.

Nadie está en contra de la protección de testigos, el Estado debe destinar todos los recursos necesarios para permitir que las personas colaboren con la acción de la justicia pero, obviamente, no puede llegar a un punto que traspase los derechos y garantías.

Nunca se ha analizado si es que aquí hay un peligro real. Fíjense que en todos estos años los supuestos atentados que ha habido sobre los testigos protegidos son tremendamente limitados. Esta semana volvieron a ser noticia, se supone que se quemaron unas casas de quienes habrían sido testigos protegidos el 2001, pero nunca ha habido una investigación que determine si efectivamente los hechos delictivos tienen vinculación, o no, con haber sido testigo protegido sin identidad. Pero si todos saben la identidad del testigo, su ocultamiento como mecanismo de protección no es relevante y no hay una discusión anterior sobre si hay peligro real. No hay posibilidad de apelar a la posición de declarar testigos sin identidad, testigo protegido. No ha habido compensaciones para la defensa respecto a esta restricción, por ejemplo que, a lo menos, los defensores puedan conocer la identidad del testigo y puedan dirigir preguntas en el contrainterrogatorio. Pero por sobre todo, la otra exigencia es que un testigo sin identidad no puede ser la prueba determinante y fundamental para una condena que, en este caso, para los cuatro comuneros sí lo fue.

¿Cómo se da esto del testigo N° 26? Cosa curiosa es que fue creíble para estos cuatro, pero no fue creíble respecto de otros. Uno de los imputados que fue absuelto en el juicio dijo que "respecto a lo que relata él

[el testigo N° 26], sé quien es, tuve un problema con él, tuvimos una riña, yo lo golpeé y él me denunció". Se siguió un procedimiento monitorio en contra del imputado, se le condenó con una multa y esa persona [el testigo N° 26] decía que él también había participado de los hechos en el atentado contra el fiscal. Pues bien, las pruebas demostraron que esa persona no estaba en la zona al momento de cometerse el delito y por eso terminó absuelto. Estoy hablando en particular respecto al imputado Víctor Llanquileo. Respecto de él, el testimonio del testigo N° 26 fue desechado pues se consideró que había antecedentes suficientes para determinar que no tuvo participación en los hechos. Pero sí se le creyó para afirmar la condena respecto a los otros cuatro acusados.

Como vemos, la reserva de identidad, creo yo, lo único que produce en la práctica es restringir derechos y garantías junto al derecho de la defensa a contrainterrogar a las personas que van a declarar y, en definitiva, discutir la credibilidad, imparcialidad e idoneidad de ese testigo. Si fuera por protección, de hecho el argumento que utilizaba la Fiscalía, hubo durante ese juicio una agresión a un testigo sin identidad y se dijo que había una necesidad de mantener la reserva de la identidad de los testigos. Yo creo que el ataque de lo que daba cuenta era que no era una medida útil. Si fue atacado un testigo sin identidad es porque todos saben quién es.

Para cerrar quiero referirme a dos temas. El primero, utilizar testigos sin identidad en comunidades es algo particularmente delicado. Si lo es de por sí al utilizarlo en una ciudad cualquiera, utilizarlo en las comunidades es algo extremadamente perjudicial. Genera desconfianzas entre personas que se conocen, que tienen vínculos familiares, que antes del juicio han tenido una relación de siglos y después del juicio probablemente la seguirán teniendo. Entonces, a lo menos, la utilización de los testigos debiera informarse muy bien a la persona sobre las consecuencias, que la única posibilidad real de protegerlo es sacarlo de la comunidad. Trasladarlo, desarraigarlo. Por otro lado, la utilización de estos testigos sin identidad genera desconfianza. Independientemente de si se sabe o no quién es la persona, todos comienzan a desconfiar. Unos de otros y se quiebra la paz social al interior de una comunidad indígena cuando se utilizan testigos sin identidad. Por tanto debiera haber una valoración entre la necesidad de perseguir y el daño que se causa en una comunidad respecto a los cuales el Estado tiene especiales obligaciones sobre todo a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Finalmente, quisiera señalar que todas estas herramientas que se utilizan de manera excepcional en materia de delito terrorista, lo único que pueden producir es la condena de personas inocentes. El tema no es si el Estado tiene derecho o no de defenderse de los terroristas y del delito terrorista. Por supuesto que tiene derecho a defenderse, toda la sociedad lo tiene. ¿Utilizar herramientas extraordinarias cuando sean necesarias? También ¿la protección de los testigos? También. Pero cuando se excede al punto de utilizar testigos sin identidad, que estamos convencidos como defensa de que atenta con los tratados internacionales de derechos humanos, lo que se termina haciendo es llevar a la cárcel a personas que no han tenido ninguna participación y me parece que la condena a inocentes es el principal fracaso de todo sistema de justicia.

Gracias.



## Pablo Ortega Manosalva

Abogado defensor “Juicio Cañete”

*Pablo Ortega Manosalva es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción y abogado. Es diplomado en Desarrollo Humano en la misma universidad. Ha sido académico en diversas universidades. En su carrera profesional ha trabajado en diversas organizaciones de derechos humanos, como el Observatorio de Derecho de los Pueblos Indígenas y el Centro de Investigación y Defensa Sur. Como abogado ha defendido en diversas ocasiones a personas mapuche imputadas por delitos terroristas.*



Buenas tardes. Primero que nada agradecer a la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y al Instituto Nacional de Derechos Humanos por esta invitación.

Partir señalando que en la experiencia práctica de un abogado litigante que se ha dedicado a defender causas, entre esas a las causas a las que se ha hecho referencia, es necesario señalar que la aplicación de la ley antiterrorista no comienza con el juicio de Cañete sino largamente hace diez años atrás, el 2001 en la Región de la Araucanía. No obstante, en aquellos tiempos existía la ley con menos reformas de las que existen hoy día. El 2002 existía una norma en que, para invocar su aplicación durante el procedimiento de la ley antiterrorista, había que pedir una autorización judicial. En la reforma del año 2005 esa autorización judicial fue desechada con lo que se supone que todo el peso y la decisión emana del Ministerio Público. Respecto a este punto me quiero detener antes de seguir.

Toda vez que durante la ponencia de la mañana se habló respecto de la tradición jurídica de Europa continental, en efecto, en materia penal, Chile es tributario de esa tradición jurídica. No obstante, algunos años atrás – curiosamente más o menos en la misma época en que se empezó a aplicar la ley antiterrorista a comuneros mapuche y en víspera de la firma del tratado de libre comercio con Estados Unidos – en Chile se genera una reforma procesal penal en que de algún modo se introducen los criterios procesales de la tradición anglosajona. Entonces hoy día en cuanto al fondo estudiamos la tradición continental europea y en la forma, en el proceso penal, la tradición norteamericana.

Uno de los efectos de esta reforma procesal penal es la pasividad de los jueces, es decir, son las partes las que tienen que generar las pruebas y hacer las peticiones que correspondan. Se entiende que una de las partes que debería estar en un pie de igualdad con las defensas es el Ministerio Público. No obstante, esa parte goza de este extraordinario poder procesal de poder invocar la aplicación de una ley extraordinaria en procesos penales que no tienen ningún tipo de control judicial. Entonces, para la causa de Cañete y para las seis causas que están a la espera de juicio, el contrapeso que significaba el control judicial ya no existe. De la misma manera, antes de las leyes adecuatorias del año 2002, quienes tramitábamos en el sistema antiguo sabíamos que los testigos secretos una vez concluido el sumario, y para efectos de preparar la defensa adecuadamente en el plenario, conocíamos sus identidades y podíamos generar las inhabilidades o generar la prueba para contrastar su testimonio. A partir de la reforma del año 2002 y por las pretensiones del Ministerio Público aceptadas por los juzgados de garantía y en algunos casos por las cortes, se amplió este estatuto de garantía y se entendió que el control de la identidad de estos testigos era durante todo el proceso y hasta la completa ejecución de la sentencia. Y si estamos a la experiencia, décadas después siguen siendo testigos secretos o testigos sin identidad.

Por lo tanto a la situación en que se enfrenta el juicio de Cañete desde el punto de vista procesal es de una situación de mayor desmedro al derecho de defensa que las situaciones al año 2002 que hoy día están en la

Corte Interamericana ventilándose en contra del Estado chileno. Esas sentencias fueron tramitadas en un contexto menos oneroso para la defensa que el actual.

Desde entonces, las causas por ley antiterrorista -incluyendo la causa que se tramitó ante el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete- tenía todas estas situaciones adicionales de restricción, pero además en medio de la tramitación se realizó esta reforma a la ley antiterrorista producto de la huelga de hambre. Reforma que en términos procesales significó un mayor obstáculo al derecho de defensa, toda vez que se reformó el artículo 18 en que por un lado señala que se puede contrainterrogar a los testigos con identidad reservada o testigos secretos, situación que si no se hubiese señalado en esa norma estaba ya señalada en las normas generales y que históricamente los abogados defensores podíamos contrainterrogar en el juicio. El tema, la discusión, la interrogante era otra: ¿cómo podemos preparar un adecuado contrainterrogatorio a un testigo clave si no conocemos quién es?. Si no conocemos sus intenciones, su historial, si no conocemos nada de su identidad. Entonces, este artículo 18 se reformó diciendo que podíamos contrainterrogar, es decir, que podíamos hacer lo que ya hacíamos pero, además, se explicitó que no se podían dirigir preguntas que por algún motivo pudiesen determinar o conocer la identidad. Entonces, la interpretación que se dio a esa norma en términos prácticos, en el juicio, fue que múltiples preguntas que a juicio de la defensa eran importantes para determinar su credibilidad o su imparcialidad, fueron objetadas por el Ministerio Público y el Tribunal Oral en lo Penal por voto de mayoría que consideraba que no eran pertinentes, por tanto no podíamos realizar un adecuado contrainterrogatorio. Es decir, la impresión desde el punto de vista de la defensa privada de los comuneros mapuche es que reforma tras reforma, de la ley antiterrorista, se torna más difícil la defensa de los comuneros mapuche. Incluyendo las reformas que se obtuvieron luego de la extensa huelga de hambre a la que se hizo referencia en la mañana.

Ahora, hay otro tema antes de llegar al juicio en cuanto tal. Las principales restricciones de la aplicación de la ley antiterrorista se dan durante la investigación. La investigación es una etapa muy importante porque durante ese momento se construyen los medios de prueba, se buscan, se analizan, etcétera. La ley antiterrorista permite múltiples restricciones a las defensas y en términos prácticos implica largos meses de secreto absoluto. Significa grandes posibilidades para el Ministerio Público, interceptación de comunicaciones, sesiones o audiencias secretas ante los tribunales de justicia, etcétera. Particularmente quiero hacer referencia a una situación muy dolorosa del punto de vista jurídico. En este juicio de Cañete se tenía la particularidad de que estaba siendo conocido por dos instancias procesales penales paralelas: la justicia civil, justicia penal normal y la justicia militar. Toda vez que en esta situación de enfrentamientos hubo lesionados que eran carabineros y también de la Policía de Investigaciones. Pues bien, la defensa no tuvo acceso durante muchos meses a esa investigación, pero particularmente quiero hacer referencia a la reconstitución de escena. Un momento clave en el cual uno podía conocer la dinámica de los hechos, conocer los actores o los eventuales actores, el terreno, etc. Las defensas fueron excluidas bajo el argumento, precisamente, de la confidencialidad, de la gravedad de los hechos. Pero curiosamente Canal 13 no fue excluido. Por lo tanto, para lograr conocer parte de esa constitución de escena tuvimos que ver un programa

de televisión. Creo que se llama "Contacto". Los periodistas tuvieron el privilegio que las defensas no tuvimos.

Curiosamente, y quiero terminar con esto, por lo menos la Justicia Militar – que tuvo una tramitación paralela y utilizó las mismas pruebas que la justicia civil- absolvió. Entonces, ahí también hay una situación que nos hace ruido a las defensas y entiendo yo que al Estado en general, porque creemos que frente a las futuras presentaciones ante la Corte Interamericana, es muy difícil explicar cómo la justicia militar absuelve y la justicia civil condena. Eso tiene una explicación procesal sin dudas. Eso también nos lleva a analizar otro tema. Eso antes de llegar al tema propiamente tal del juicio.

El sistema procesal penal chileno establece un sistema de única instancia, es decir, existen los tribunales orales que son colegiados. Es verdad, son tres jueces quienes dictan una sentencia que es inapelable. Sí es recurrible por la vía del recurso de nulidad, pero ese recurso de nulidad es restrictivo y no otorga competencias a las cortes de conocer la totalidad del juicio, la sentencia y sus medios probatorios. Uno a lo que podría aspirar al ganar un recurso de nulidad es a tener una nueva primera instancia. Pero nunca a una revisión en términos de la Convención Americana. Esta establece el derecho de todo condenado a que se revise su sentencia. La Corte Interamericana y, también, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han señalado algunos elementos del derecho a la revisión; oportuna, rápida, etcétera. Pero también ciertos requisitos, como la facilidad. Incluso hay algunos votos de minoría en que se dice que las cortes tendrían que tener incluso la capacidad de producir pruebas para efectos de lograr la justicia.

Las cortes por regla general no pueden entrar a conocer los hechos que fueron fijados por el Tribunal Oral en lo Penal. Lo lamentable es que el Tribunal Oral en lo Penal dictó por mayoría, es decir, dos contra uno, una serie de hechos que derivaron en la condena de los cuatro comuneros mapuche; es decir, fijados los hechos por los tribunales orales, no hay modo o casi no hay modo de que una Corte pueda entrar a revisar. Con eso creemos que se restringe el derecho a defensa, por un lado, en su vertiente de tener derecho a recurrir de la sentencia condenatoria. Pero también se priva a los tribunales colegiados de facultades que, dada su investidura y experiencia, pudiesen entrar a conocer y en algunos casos enmendar; en los casos que corresponda. O ratificar en los casos que también correspondan.

Entonces, este sistema procesal penal que se introdujo en Chile y ya lleva algo más de diez años operando -que por lo demás es muy poco y quizás en eso se explican muchas falencias-, determina que este sistema de única instancia hace que el juicio oral propiamente tal sea muy importante. Lo que nosotros los abogados defensores hablamos es que uno se juega el todo por el todo en un solo tiempo, en un solo juicio.

La investigación adolece de elementos gravísimos, es que los propios involucrados, las propias víctimas investigaron el delito. Esto tiene repercusiones en el derecho administrativo. La Policía de Investigaciones está sujeta a un estatuto y creo que el mínimo de criterio hubiese sido que las personas que eran víctimas

de un delito no investigaran ese delito. De la misma manera en que el fiscal involucrado en ese delito debió haberse apartado de la investigación de ese delito y no continuar conociéndolo. En honor a la verdad, el fiscal no investigó el delito propiamente tal en que él resultó con lesión en un dedo, sino que investigó un delito conexo. Pero las pruebas, la dinámica de los hechos era la misma. Entonces, ahí hay un tema en la investigación que es muy delicado. Creemos que los abogados defensores no fuimos capaces de ponerlo en relevancia de modo tal que se hubieran acogido las pretensiones.

Por otro lado, determina que en el juicio oral -este es un dato anecdótico pero decidor- tenemos a estas víctimas que dirigieron la investigación, declarando tres días. Durante tres días, el oficial investigador de esta causa estuvo declarando y hablándonos acerca de los círculos concéntricos, círculos concéntricos que aprendió en sus pasantías en España respecto al modo de operar de Al Qaeda, y que no tiene nada que ver con la realidad nacional. Entonces, imputar por delito terrorista implica una serie de elementos subjetivos que necesariamente influyen en los intervinientes. No estoy diciendo que ese oficial haya cometido algún acto irregular por eso, ni que los abogados defensores, el Ministerio Público o que los jueces. No, pero somos seres humanos. Los seres humanos tenemos unos elementos subjetivos y que frente a una imputación de terrorismo con todo lo que eso significa en términos subjetivos, nos impresionamos. Nos impresionamos los defensores y sin dudas los otros intervinientes. ¿Por qué digo todo esto? Porque al inicio del juicio oral, el Ministerio Público solicitó medidas adicionales de protección a los testigos, ya no la propiamente de reserva de identidad sino que solicitó que declararan en un lugar distinto, en otra sala y que los abogados defensores sólo tuviéramos acceso a ellos a través de una pantalla y un circuito de audio, como el que ustedes ahora me están escuchando.

Ciertamente, cuando declararon esos testigos secretos se trasladó todo hasta ese otro lugar, lo que compensa mínimamente esta nueva situación de restricción a la defensa. Para justificar eso se hizo referencia justamente a una agresión que sufrió una persona, un testigo protegido que no tenía ninguna importancia en el juicio. A través de esa situación, que en definitiva no tuvo ninguna importancia en el juicio; mediante ese hecho que nadie probó ni justificó que tuviera alguna relación con el juicio, salvo el decir del fiscal, todos los demás testigos protegidos declararon de esa manera, incluyendo el único testigo importante: el testigo N° 26. Cuando declaró el testigo N° 26, por esta situación del circuito de audio que viaja no a la velocidad de la luz hacia otra sala, las defensas lograron plantear 24 objeciones al interrogatorio del Ministerio Público, de las cuales 22 fueron declaradas extemporáneas. Toda vez que desde el momento en que uno objetaba y se escuchaba en la otra sala, la respuesta ya había comenzado. Dos fueron dejadas sin efecto ya que era tan evidente la respuesta que los abogados defensores no terminaban de plantearla. Entonces, no tuvimos derecho a objetar las preguntas. No tuvimos derechos a controlar con nuestra vista las reacciones del testigo. De algún modo el voto de minoría de la sentencia establece situaciones que nosotros sospechábamos y no teníamos modo de comprobarlo. Que el testigo sudaba, el testigo se complicaba en responder, demoraba en responder, se notaba titubeante. ¿Por qué todo esto? Porque del contrainterrogatorio -de lo cual también quedó testimonio en el voto de minoría- logramos detectar que ese testigo obtuvo ventajas adicionales a las ventajas legales.

En la mañana se dijo que uno de los elementos propios de la legislación antiterrorista es la rebaja de las condenas en el caso de que haya colaboración. Pues bien en este caso específico no hubo rebaja de condenas, hubo impunidad. Hubo impunidad en dos causas. Logramos pesquisar que esta persona, testigo N° 26, estaba en prisión preventiva por otra causa, la cual fue dejada sin efecto y se aplicó un no perseverar respecto a él. Además fue imputado en la causa de Cañete que también fue dejado sin efecto mediante la figura de no perseverar. La respuesta del Ministerio Público fue que ellos tenían todo el plazo de prescripción para imputar a esas personas, es decir, cinco o diez años. O sea, nosotros podemos esperar a que en los próximos cinco a diez años se inicie un juicio en contra de estos testigos protegidos. El problema es que el fiscal que dirigió esa investigación y dirigió el juicio oral no le podremos cobrar la palabra porque se retiró del Ministerio Público.

Muchas gracias.



## Mauricio Daza Carrasco

Abogado defensor “Caso Bombas”

*Mauricio Daza Carrasco, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y abogado. Ha realizado estudios de Magister en Derecho en la Universidad de Chile y de Magister en Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Diego Portales. Se ha desempeñado como defensor jurídico además de contar con una relevante trayectoria académica en las cátedras de Derecho Comercial y Romano. Asimismo se ha desarrollado como asesor legislativo de parlamentarios de diversas bancadas, principalmente en materia penal, comercial, vivienda, salud y medio ambiente. Fue abogado defensor en el denominado “Caso Bombas”.*



Muchas gracias a la organización por invitarme. La verdad es que esta exposición más que estar centrada en aspectos dogmáticos -respecto a los cuales ya el profesor Cancio y la profesora Villegas se refirieron con maestría- será un testimonio tanto como abogado y como ser humano sobre cuál fue mi experiencia como el defensor de quien fue asignado como el líder de una asociación ilícita terrorista que estaría detrás de la colocación de un conjunto de artefactos explosivos que desde el año 2005 han estallado en la ciudad de Santiago y en la Región Metropolitana. Cabe decir que estos artefactos no han parado en su colocación sino han continuado e incluso diría que se han intensificado a estas alturas. Así que les contaré esta historia, en definitiva, en la que me he visto envuelto, a mucha honra.

Como ya he señalado, desde el 2005 empiezan a estallar estos artefactos. Éstos son en general bombas de ruido de mediana o baja intensidad. Son puestos en lugares en los cuales habitualmente no concurren muchas personas y en general se encuentran contruidos a partir de pólvora casera. Ahora bien, no han existido daños severos a la propiedad privada, ni tampoco lesiones a personas que no hayan estado involucradas precisamente en la colocación. De hecho hay una persona que falleció producto de una colocación, que era una de las personas que estaba operando el artefacto. Esto fue en mayo del 2009. Otra persona, como muchos de ustedes recordarán, a mediados de este mismo año recibió graves mutilaciones en sus manos y graves heridas en su cuerpo producto también de la manipulación y colocación de estos artefactos.

Ahora bien, ¿qué es lo que ocurrió? Volvamos al año 2005, 2006. A partir de esa fecha, la Fiscalía Oriente que era aquella dentro de cuyo ámbito de competencia territorial se colocaron los primeros artefactos denunciados, comienza una investigación. En esta investigación básicamente se invoca la Ley de Conductas Terroristas, lo cual le permitió al Ministerio Público obtener en el tribunal que corresponde a dicha zona jurisdiccional autorizaciones para poder interceptar los teléfonos de a lo menos veinte y cinco personas y además ordenó el seguimiento diario, con informes semanales, respecto a más de diez personas. Eso iba modificándose y se mantuvo durante años.

Ahora bien, la situación continuó. Yo diría que entre dieciocho y veinte artefactos explosivos al año hasta que hay un punto de inflexión. Esto da cuenta de los riesgos que existe respecto de la Ley de Conductas Terroristas y, en lo que es mi opinión personal, involucra el tener que contar con una legislación que impida la instrumentalización de esta legislación para fines que son diversos a básicamente aquellos que señala dicha ley. En concreto, asume una nueva administración como todos sabemos en marzo de 2010. Pocas semanas después de que esta nueva administración asume, estalla un artefacto de estas mismas características en las inmediaciones de la casa del actual Presidente de la República. Se señala que era el tercer cuadrante del círculo de protección de su domicilio particular: ¿Qué es lo que ocurre? Estábamos frente a una coalición que acaba de asumir el poder que llego básicamente a esa posición bajo un discurso, como todos sabemos, de seguridad ciudadana bastante intenso. Entonces aparece, ante ojos de todos,

el Ministro del Interior señalando que acá se requiere un cambio. Desde el año 2005-2006 están estas explosiones y acá no hay un resultado efectivo. Incluso hubo reuniones que están documentadas en la prensa y ¿qué es lo que ocurre? Sorpresivamente se cambia a la persona que venía investigando esto por cuatro o cinco años y se coloca a un fiscal, que por si acaso no es el colega distinguido que tengo acá al lado, él es un invitado del final de este proceso y aunque no lo va a decir, él tuvo que manejar este desastre.

El fiscal Peña es una persona que tenía una característica bien especial. Él había tenido varios éxitos respecto a asociaciones ilícitas vinculadas a la Ley 20.000, una ley básicamente contra el narcotráfico. Tenía también una característica, era habitual verlo en allanamientos, verlo entrando en la casa de imputados, presenciando en terreno las detenciones e incautaciones de las policías con prensa. O sea, era alguien con el que uno se lo encontraba habitualmente en los medios, en la televisión, en reportajes. Casi como un policía más. Cosa que no es habitual en la actuación de los fiscales del Ministerio Público. Por lo tanto era algo bastante especial.

Ahora, ¿qué es lo que ocurre? El fiscal Peña toma todos estos antecedentes y, básicamente, lo que hace es solicitarle a este juzgado, que era el juzgado que venía controlando esta situación durante todos estos años, el alzamiento del secreto bancario de un conjunto de personas. No tuvo éxito hasta que en un momento, a través de una revisión de la Corte de Apelaciones, obtuvo una revocación de esas negativas, básicamente las negativas estaban dadas por los Tribunales de Garantía porque no habían suficientes antecedentes nuevos. Ahora bien, esto es relevante por lo que voy a señalar a continuación. Algunas semanas después, no más de dos meses después de que él recibe esta investigación -básicamente con los mismos antecedentes que le fueron entregados por parte de la Fiscalía Oriente-, el fiscal Peña monta una operación que se denomina "Operación Salamandra". Ahora, obviamente tiene un nombre porque eso vende a los medios y de hecho esto fue seguido por un equipo de periodistas y salió en un programa de televisión. ¿En qué consiste la "Operación Salamandra"? Se toman detenidas a un total de catorce personas, muchos de ellos en casas okupa, muchos de ellos autodenominados anarquistas que no iban a reaccionar bien o regularmente bien frente a la detención. Fueron grabados y esto fue mostrado. Se solicitó la formalización - una cosa extraordinaria - no a aquel tribunal que estuvo siempre controlando la investigación durante todos estos años en que estuvo a cargo de la Fiscalía Oriente, sino que lo solicitó frente a un tribunal en que el Fiscal Peña litigaba habitualmente que era el 11° Juzgado de Garantía. Ahí son formalizadas estas catorce personas y se ordena la prisión preventiva a solicitud de la Fiscalía. Fjense que se establece un plazo de investigación de seis meses en ese momento. En rigor se otorga la prisión preventiva - voy a ser justo respecto a este tema porque me equivoque - a doce imputados y dos quedan libres.

Ahora bien, debo decir una cosa. Nosotros litigamos, obviamente, el tema de la competencia y esto volvió después de la formalización al Tribunal Octavo de Garantía que siempre conoció de esto, o sea, la única actuación que tuvo el Tribunal en que habitualmente litigaba el fiscal Peña fue la formalización y prisión preventiva. Ahora bien, frente a esto y es lo más insólito, el Ministro del Interior sale señalando que éste

es un éxito de la administración y que con esto se muestra que en semanas se logra lo que en años no se había hecho, literalmente: “se resolvió un problema grave de seguridad”.

La formalización se da de manera bastante insólita, porque señala que aquí estaríamos frente a una asociación ilícita terrorista, pero además establece claramente cuáles serían sus características. Cito: “asociación ilícita informal, horizontal y democrática”. O sea un tipo de asociación ilícita nuevo el cual a nosotros nos sorprendió bastante. Pero veamos quiénes eran miembros de esta “asociación ilícita informal, horizontal y democrática”. ¿Quiénes eran? Tres personas que habían sido parte de un movimiento denominado MAPU-Lautaro, el cual fue considerado por la Justicia Militar básicamente como movimiento terrorista y que operó a comienzos de los años noventa. Ellos estaban cumpliendo sus condenas, de hecho, la estaban cumpliendo en el sistema de libertad condicional, a lo cual accedieron sin ninguna legislación de naturaleza especial. No fueron indultados ni nada. Ellos la obtuvieron en régimen normal. A esto le sumaron un universitario que había hecho su tesis como antropólogo social en la Universidad Academia de Humanismo Cristiano sobre presos políticos. Entonces, esa tesis que fue encontrada en los computadores de estas personas que eran MAPU-Lautaro, más los llamados telefónicos entre ellos fundó el hecho de que él tenía que ser parte de la asociación, porque había un contacto normal y habitual. Pero esto es lo más llamativo, hay un conjunto de personas que se autodenominan anarquistas que básicamente viven en un conjunto de casa okupa, obviamente ellos tienen una posición anti sistema y estaban concentrados en una casa okupa denominada Biblioteca Popular Sacco y Vanzetti.

Ahora bien, dado que ellos habían sido signados con toda esta publicidad como terroristas fueron llevados a la cárcel de máxima seguridad para cumplir su prisión preventiva. Cárcel de máxima seguridad que en rigor, si uno analiza los reglamentos, es una unidad de castigos para presos condenados que tienen un régimen excepcional. Las habitaciones son de tres por dos. Al momento que ellos ingresan a prisión preventiva a esta unidad tenían una hora de patio al día, por reglamento. Después por la presión de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, de los abogados que formamos parte de las distintas defensas y de los familiares de los imputados se logró ampliar a dos horas de patio al día. O sea, un logro importante. Después se aumentó. Adicionalmente tenían un régimen de revisión muy exhaustiva respecto de las visitas de los familiares porque obviamente ellos eran terroristas. Además, hay dos mujeres imputadas que también estuvieron en la cárcel de mujeres en condiciones bastantes restrictivas. Esto es bastante interesante porque una de ella es madre, en ese momento lo era de una niña de menos de un año de edad a esa fecha, estaba en lactancia. Ahora, frente a esto ¿cuál fue la estrategia de la Fiscalía? O siendo más justos, ¿cuál fue la estrategia del fiscal Peña? Básicamente tres. En resumen, primero, presionar a los imputados con la finalidad de que alguno accediese a confesar la existencia de la asociación y la participación de él y los demás integrantes. Esto en un contexto en el cual la Ley de Conductas Terroristas permite establecer una delación compensada bajando de manera muy drástica las penas asignadas en ese caso. Para estos fines se ofrecieron derechamente juicios abreviados, en los cuales básicamente lo que se dice por la Fiscalía es que usted acepte estos hechos, el tribunal no puede aplicarle más pena que aquella

que yo le señale y, además, dado ese rango que penas, toda vez que voy a aplicar la delación compensada, usted probablemente va a salir en libertad. Ése es el cálculo, la ecuación.

Además, se presionó a partir de ciertos incidentes que son realmente impresentables y que están siendo materia de investigaciones, algunos incluso en la justicia del crimen. El fiscal Peña en un momento decidió sacar perfiles de ADN a los imputados que estaban detenidos en la cárcel de máxima seguridad. En vez que ocupar el método normal, que es el hisopado bucal, ordenó que fuera un piquete de la DIPOLCAR, que es la Dirección de Inteligencia Policial de Carabineros y que fuera a sacarle a la cárcel de máxima seguridad las muestras de sangre. Fueron sacados los imputados de sus celdas señalándoles que les estaban esperando sus abogados, pero no eran los abogados sino este grupo policial que les tomó una muestra de sangre directamente, pinchándolos y mediante un hisopado bucal. Esto está siendo investigado por la justicia en virtud de una querrela por tortura.

Después de esto, el fiscal Peña se contactó con la familia del universitario que les he señalado con la finalidad de decirle "saque a su hijo de esto, él puede llegar y reconocer todos estos hechos y el día de mañana yo lo dejo en libertad". Eso también ha sido denunciado y está siendo investigado.

Una segunda estrategia que se dio en este caso, fue básicamente crear pruebas a través de la creación de testigos, futuros testigos protegidos, colocando reos en la cárcel de máxima seguridad, al lado de las personas imputadas con la finalidad que le informaran a él sobre qué es lo que hablaban. Y muchos de esos informes decían relación con que él imputado había confesado y resulta que era una copia del acta de formalización. Partes y párrafos textuales. La idea era poder ocuparlo como testigo protegido.

Lo tercero, se decretó la reserva de la investigación desde el periodo en el cual se formalizó hasta bastante avanzada la investigación. ¿Con qué finalidad? Una instrumental, o todas instrumentales. Obviamente, crear la sensación de que aquí había un caso importante. Crear los antecedentes que eran serios y suficientes para poder fundar esta imputación y esto, además, poder alegarlo en las cortes. Porque se dice ante el magistrado que se tiene una investigación compleja, delito de conductas terroristas, las bombas siguen estallando y además tengo una carpeta reservada que obviamente no puedo dar todos y cada uno de los antecedentes. Y obviamente de buena fe los magistrados escuchan y dan fe de esta situación. Ahora, nosotros logramos que se levantara la reserva de la investigación, sin embargo después y eso también está documentado, a instancias de alguien de la Fiscalía Nacional se abrió una investigación por lavados de activos, aparte del "Caso Bombas", donde básicamente se realizaron diligencias que tenían que ver con esta causa. De esa forma nosotros no conocíamos cuáles eran esas diligencias, porque obviamente no éramos parte en la otra causa.

Ante esta situación los implicados iniciaron una huelga de hambre que duró más de sesenta días. Obtuvimos a instancias de la defensa, por orden judicial, que se levantará el secreto y la sorpresa era que no había

nada relevante, concreto, sustantivo que permitiera levantar esta imputación. Por lo tanto, lo que nosotros decidimos en acto seguido como defensa proactiva era solicitar la revocación de la prisión preventiva de mi representado que no era ni más ni menos que el líder:

¿Qué es lo que ocurrió? Fuimos a la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte de Apelaciones de Santiago acogió nuestra solicitud pero por mayoría de dos votos a uno. En una norma cuya ubicación y contenido es bastante insólita porque se encuentra contenida ni más ni menos que en la Constitución Política de la República, ni más ni menos que en las partes de derechos constitucionales de las personas. Resulta que el artículo 19 número siete, letra e establece que para cambiar una prisión preventiva en caso de Ley de Conductas Terroristas se requiere una sala integrada solo por ministros y que además haya una unanimidad

En ninguna otra ley se exige esto, menos a nivel constitucional. Por lo tanto, habiendo ganado, perdimos y él quedó en prisión preventiva. Sin embargo somos testarudos e insistimos, con la misma integración y básicamente porque logramos además obtener parte de la carpeta que en el primer alegato no habíamos obtenido. Bueno, básicamente la Corte acogió tres votos a cero la libertad de mi representado y a partir de ese momento se empezaron a revocar todas y cada una las prisiones preventivas.

Se concluyó el periodo de seis meses de investigación. En contra de la voluntad de la Fiscalía, se cerró la investigación en ese momento y aquí viene un evento que es bastante insólito, se procede a formular acusaciones. Se formula acusación también con un gran despliegue mediático: va el fiscal Peña y presenta una acusación con 794 testigos, 221 peritos y 6.744 evidencias o pruebas de material. Tres días después él renuncia y se va a trabajar al Ministerio del Interior que era querellante de esta causa y a cuya instancia se había formalizado esta causa y se habían querellado contra estas personas. Nadie reparó respecto a cuál era la calidad de la prueba. Les señalo a manera ejemplar la calidad de la prueba para pedir a mi querellado presidio perpetuo. Ejemplo: un póster de Axl Rose, que para quienes no saben es un vocalista de un grupo de rock. Literal, "una bolsa azul con pasas". Otro, una copia del libro "El Arte de la Guerra de Sun Tzu". Una polera negra, sin más. Una bolsa de nailon vacía es la prueba I. I 70.

Afortunadamente en nuestro ordenamiento existe un sistema de control respecto de las pruebas que se pretenden llevar a juicio y se llevó a cabo una Audiencia de Preparación del Juicio Oral que duró siete semanas. Trabajamos varios fines de semana y se eliminó 4.428 evidencias materiales, 410 testigos y 75 peritos, o sea, eliminamos en siete semanas 4.913 pruebas. La mayoría por pertinencia pero algunas por infracción de garantías. Por ejemplo, los supuestos testigos introducidos por Fiscalía en la cárcel. También un informe de facultades mentales de un imputado construido a partir de una entrevista en que el imputado señaló que se reservaba el derecho a guardar silencio y rechazó expresamente la pericia. A partir de eso se construyó una amplia pericia para decir que él es culpable. Prueba de traza de nitrito aplicada forzosamente a dos imputados a quienes se les esposó, se les puso de rodillas contra su voluntad, sin orden judicial de detención ni para practicarles examen, y pruebas recogidas en el domicilio de una imputada en una investigación donde ella era víctima de un delito de homicidio frustrado.

Fijense, traza de nitrito que fue un elemento utilizado por la Fiscalía habitualmente. Las trazas de nitrito son átomos dispersos de una sustancia que si usted se toma una copa de vino y alguien le hace la prueba, van a tener trazas de nitritos y pueden ser imputados como terroristas.

Frente a la falta de pruebas, el señor Guzmán que tengo acá presente, -quién asumió después que renunció el Señor Peña y varias semanas después de que este tema estalló- decidió sobreeser definitivamente por el cargo de ser miembro de una asociación ilícita terrorista a todos y cada uno de los imputados. Básicamente por no contar con prueba suficiente para llevar a juicio. Nosotros hubiéramos esperado que la causal fuera más intensa. Pero bueno en pedir no hay engaño. El Ministerio Público fue condenado en costas que todavía estamos litigando, obviamente.

En definitiva y para finalizar absolutamente digo lo que la Ley de Conductas Terroristas debe ser un estatuto que, de existir en la forma como existe, tiene que ser excepcional, y esto no puede quedar sujeto a la mera facultad del Ministerio Público. Es fundamental un control jurisdiccional temprano de fondo para los objetos de poder invocar esta legislación.

Además, no solo hay que pensar esto desde el parámetro de los derechos humanos que es bastante sustantivo, sino también desde el otro punto de vista. Con legislaciones y prácticas de este tipo no solamente no se amparan los derechos de los imputados, sino tampoco se cumplen con aquellos fines que se señala, porque en definitiva producto de esta legislación usted cuenta con malas investigaciones policiales, con malas decisiones que desatienden y desvían los recursos importantes del Estado en imputaciones que no tienen una seriedad o que no pasan por un análisis suficiente o sustantivo y se deja a un conjunto de otras personas que sí están colocando bombas, cosa que hoy día ocurre y no ha disminuido. Por lo tanto, esto también va para los fines de que se pueda corregir aquello sobre todo en el derecho penal. Si uno acoge la tesis del derecho penal del enemigo hay un aspecto garantista en el cual se dice que establecemos esta categoría para no procesar como enemigos a ciudadanos. Acá ni siquiera se respeta aquello.

Muchas gracias.

## Raúl Guzmán Uribe

Fiscal Regional Sur Región Metropolitana

*Raúl Guzmán Uribe es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y abogado magister en Derecho Penal de la misma universidad. Ha sido abogado jefe de la Unidad de Corte de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur donde le corresponde la representación del Ministerio Público ante los Tribunales Superiores de Justicia. Actualmente es Fiscal Regional Metropolitano Sur donde le corresponde la dirección de la persecución penal, el ejercicio de la acción penal y la representación del Ministerio Público en dicha zona geográfica.*



Quiero partir señalando que la investigación o, más bien, los delitos de carácter terrorista o que atentan contra el Estado no son una novedad. Actualmente se han establecido legislaciones especiales, tratados internacionales que los regulan pero ya en nuestro Código Penal existían delitos contra la seguridad interior del Estado. ¿Qué es lo que ocurre? Lo que ha ocurrido es precisamente la actualización de una legislación tanto en el aspecto sustantivo como en el aspecto adjetivo que diga relación respecto a una actividad delictual que va en constante evolución. Los delitos que podrían caer dentro de un concepto terrorista del siglo XVIII, siglo XIX en la actual legislación y en la actual realidad del mundo no serían más allá que delitos de carácter común. Probablemente un grupo de personas con un grupo de mosquetes que atentarán contra varios individuos podrían haber sido calificados como terroristas en aquella época y hoy día podrían ser simplemente imputados como autores de delito de homicidio. Es por ello que dadas las formas de comisión del delito, las finalidades con que se cometen estos delitos terroristas y la magnitud de sus consecuencias es que se hace necesario establecer una evolución en el derecho para la investigación y para la sanción de este tipo de delitos. Aquí surge la pregunta de cómo se considera esta acción, ¿es la acción que emana de un sujeto que podríamos considerar un enemigo respecto del cual vamos a hacer valer la fuerza?, o ¿es precisamente una acción que se encuadra en el marco jurídico de un delito en donde vamos a reaccionar con el derecho y las normas de carácter jurídico? Sin dudas yo creo que estamos todos de acuerdo que frente a este tipo de delitos vamos a actuar en el marco del derecho, vamos a utilizar normas de carácter jurídico.

Teniendo claro aquello, en cuanto al caso concreto de los conflictos de aplicación que presenta la Ley 18.314 respecto a la investigación que lleva adelante el Ministerio Público, para analizar este punto hago un contrapunto a su vez con otras legislaciones especiales que existen hoy en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de delitos que sin dudas son delitos complejos, son delitos de difícil investigación, de una larga investigación y que requieren muchas herramientas de carácter investigativo que la Ley 18.314 no nos brinda. O no nos brinda con una claridad que nosotros podamos utilizarla de manera que también sea eficaz y después, producto de esta investigación, llevar a juicio. Si bien las modificaciones de la Ley 18.314 han apuntado a ello, se han, de alguna forma, resguardado los derechos tanto de los menores como de los imputados. Se mantiene el tema de los testigos protegidos con los cuestionamientos que se han planteado hoy día acá en este seminario, que sin dudas debe ser materia de estudio, materia de una mejor regulación. Es una herramienta que es necesaria para la investigación de este tipo de delitos. Cómo el tribunal va a valorar esta herramienta, es lo que debemos pulir y una vez que concluya este seminario algunas ideas puedan surgir.

Un aspecto relevante -y es un elemento de carencia en la actual Ley 18.314- dice relación con, precisamente, el alcance del secreto de la investigación. Si bien la ley lo contempla en su artículo 21, lo hace para evitar poner en riesgo a peritos y testigos. Es decir, aquí el supuesto de investigación del establecimiento de este secreto es un riesgo respecto de peritos y testigos y no se contempla el riesgo para la eficacia de la investigación. La mantención de este secreto, como es la regla general que contempla

el artículo 182 del Código Procesal Penal en donde precisamente aquí, en este caso, se puede establecer este secreto de la investigación cuando es necesaria para la eficacia de la misma. La duración también ha sido materia de modificación, pero hoy día la ley contempla una posibilidad de hacerlo extensivo hasta un periodo de seis meses.

Estas normas que si bien parecen excepcionales también las encontramos replicadas en otros ordenamientos jurídicos dentro de nuestra actual legislación y que se aplican frecuentemente. Estas se traducen en investigaciones, se traducen en juicios y se traducen en condenas que son validadas y legitimadas en las respectivas sentencias. Particularmente la Ley del Lavado de Activos 19.913, en su artículo 31 contempla este secreto y contempla periodos que son incluso más largos que la propia Ley de Conductas Terroristas y la Ley de Tráfico Ilícito de Drogas 20.000.

Un segundo aspecto que afecta también en las investigaciones que lleva adelante el Ministerio Público en estos delitos de carácter complejo donde, el secreto -o más bien la actuación soterrada de quienes cometen este delito- requiere a su vez, que la investigación se lleve con sigilo dice relación con la aplicación, sin más del control judicial previo a la formalización. Es decir, una persona que estime que está siendo investigada respecto de algún hecho de carácter ilícito, puede solicitar al tribunal que cite a audiencia al Ministerio Público a fin de explicarle por qué hecho está siendo investigada. Sin dudas, esta garantía que contempla el Código Procesal Penal respecto de ciertos delitos específicos, entre ellos estimo el delito de terrorismo, puede restarle eficacia y viabilidad a una investigación. Y son investigaciones extensas y largas en el tiempo como ya ha quedado demostrado. Esta situación de control judicial previo contempla también excepciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico y nuevamente en los dos cuerpos legales ya señalados. Esto es la Ley de Lavado de Activos en donde cuando ya se ha impuesto el secreto previo por parte del Ministerio Público, las actuaciones son secretas para todos los terceros y también para los imputados. Y, también, para la Ley de Drogas que contempla una norma similar.

Teniendo presente que existen estos otros cuerpos que contemplan esta posibilidad de mantener este secreto, no se ven razones para que tratándose de conductas de carácter terrorista puedan aplicarse normas de carácter similar:

También existe una actuación que es el archivo provisional, que consiste en archivar una investigación respecto de la cual no hay más antecedentes para poder continuar con ella adelante cuando realizadas las labores investigativas, no se reúnen antecedentes para establecer el delito o algún grado de participación de esta persona en este delito. Se puede proceder a este archivo sin control judicial cuando no ha existido intervención judicial previa. Sin embargo, esta regla es aplicable también a la Ley de Conductas Terroristas de modo tal que, existiendo una intervención judicial previa y el Ministerio Público requiere aplicar un archivo provisional, se requiere también de esta intervención judicial y muchas veces ello implica develar antecedentes que se han reunido durante la investigación para justificar este archivo provisional.

Nuevamente, esta institución del archivo provisional contempla sus excepciones en la Ley de Lavado de Activos y en la Ley de Drogas. Es decir, también si contemplamos esta situación de excepción respecto de delitos que si bien son delitos que afectan la salud pública, que afectan el orden público y económico, bienes jurídicos de carácter colectivo, también podemos contemplar normas de similar carácter en la Ley de Conductas Terroristas.

Luego, y más rápidamente, hay algunas herramientas de carácter de investigación que están contempladas en leyes especiales y las mismas leyes ya citadas que dicen relación con el uso de informantes, el uso de agentes encubiertos que sin duda son de principal relevancia en las investigaciones por delitos de drogas, de lavado de activos, que tampoco pueden ser utilizados y no están contemplados en la Ley de Conductas Terroristas. Las entregas vigiladas y controladas que contempla la Ley de Drogas, las entregas vigiladas que contempla la Ley de Lavado de Activos tampoco se encuentra consagrada en la Ley de Conductas Terroristas y también son instrumentos y herramientas que permiten establecer una investigación para reunir antecedentes de calidad que, en definitiva, puedan reproducirse en juicio.

Por último, en materia de restricción de derechos, está la interceptación de las comunicaciones en donde nos vamos a las normas generales contempladas en el Código Procesal Penal. Éste sólo la permite para aquellos delitos que tienen asignado una pena de crimen y en la Ley de Conductas Terroristas existen también figuras ilícitas que tienen asignada una pena menor; de modo tal que tampoco puede ser utilizada esta herramienta.

Con esta pequeña revisión de la existencia de herramientas de investigación -que sin dudas son útiles para el Ministerio Público para llevar adelante investigaciones de calidad- consagradas en legislaciones penales especiales en nuestro propio ordenamiento jurídico, no se justifica y tampoco existe alguna razón para no consagrarla en una ley que precisamente busca sancionar conductas particularmente graves, establecer responsabilidades de manera efectiva y además identificar de manera cierta a los autores, cómplices o encubridores de estos delitos y no quedar sujetos a lo que ya se ha señalado en las críticas válidamente planteadas, de utilizar o solamente regular o plantear de manera específica el tema de los testigos protegidos que, en definitiva, cuestiona la decisión jurisdiccional.

También es importante sobre este punto y recojo un poco de lo que se ha indicado. Dada la forma de la investigación, dada la prueba como se produce y particularmente la generación de pruebas mediante testigos protegidos, el sistema recursivo que establece el Código Procesal Penal resulta bastante limitado en algunos casos tanto para las defensas cuanto para el Ministerio Público. ¿Por qué lo señalo? Y aquí me hago cargo de lo que se ha indicado por quien me precedió en la exposición. Particularmente una causa en concreto en donde efectivamente cuando yo asumo el cargo no me hago cargo de una debacle, sino lo que a mí me corresponde simplemente es aplicar el ordenamiento jurídico vigente y conforme a este ordenamiento jurídico vigente existe una norma que al Ministerio Público lo faculta a no llevar adelante un juicio cuando

no tiene prueba suficiente, que es lo que ocurrió acá. Esto ocurre, que se elimina una prueba insuficiente, en una audiencia destinada a este fin, que es la Audiencia de Preparación de Juicio Oral, de modo tal que en la medida que direccionemos todo nuestro ordenamiento jurídico, los mecanismos procesales están para resguardar los derechos de cada uno de los intervinientes. Ahora bien, dentro de uno de los motivos o causales invocadas para una mayor exclusión de prueba decía relación con la impertinencia que precisamente es una causal que no permite la revisión por un tribunal superior jerárquico y que nos impide llegar y revisar nuevamente la discusión respecto de ese tema, que es lo que ocurrió en este caso concreto. En cuanto a la vulneración de garantías, ésta se dio solamente respecto de ciertos y determinados medios de prueba que se reunieron mediante la investigación en donde el Tribunal de Alzada por un fallo de mayoría, 2 a 1, decide mantener lo resuelto por el tribunal inferior. Es decir, tan mal no estaba tampoco esta investigación y tanta vulneración de derechos tampoco existía, tanto es así que hubo un voto de minoría.

Para concluir, sin dudas, es necesario efectuar una revisión de las descripciones típicas de la Ley de Conductas Terroristas. Hay que hacer y también efectuar una revisión respecto a las herramienta investigativas lícitas y válidas o la regulación de estas herramientas y la actuación del Ministerio Público en este tipo de delitos.

Tanto es así como se ha señalado en la mañana, anticipar la punibilidad de la conducta y respecto de la figura contemplada particularmente en la ley que es la asociación ilícita terrorista, que como se ha indicado acá se trato de configurar a través de una asociación informal, horizontal y democrática que si bien pueden no ser conceptos oportunos u adecuados, sí debe establecerse la posibilidad de sancionar la agrupación, porque en definitiva esta agrupación informal, horizontal y quizás democrática entre ellos era una agrupación que estaba destinada a la comisión de un ilícito determinado.

Muchas gracias.

## Preguntas, comentarios e intercambio de ideas



**Pregunta 1.** *¿Cómo se afectaría al trabajo del Ministerio Público el que la calificación de terrorista fuera hecha por la instancia judicial?*

**Raúl Guzmán.** Antes de la reforma del 2005 efectivamente me parece que había una calificación previa que efectuaba el tribunal para efecto de dictaminar si la conducta descrita era, o no, una conducta constitutiva del delito de terrorismo. Hoy día yo entiendo, y las audiencias así lo demuestran, que cuando se formalizan esta investigación y se hace esta descripción de hecho y se debate sobre todo respecto de las medidas cautelares. Existe la posibilidad para la defensa de cuestionar la calificación que está efectuando el Ministerio Público en esta descripción de hechos como una conducta de carácter terrorista. En definitiva también el tribunal es quien en esa audiencia de formalización debe conforme con estos argumentos, conforme a los antecedentes que lleva la carpeta investigativa, confirmar si efectivamente aquello constituyen o no la figura de la conducta terrorista que se quiere formalizar. De tal medida que el control judicial aun existe respecto de esta calificación. Así lo entiendo.

**Pregunta 2.** *¿Por qué son aceptadas las condiciones de encarcelamiento de máxima seguridad y se establece por ocho meses un tratamiento que puede ser tipificado como tortura?*

**Raúl Guzmán.** Entiendo que esta pregunta dice relación con lo que ha señalado uno de los expositores que incluso ha motivado una denuncia y existe un régimen carcelario que regula este tipo de encarcelamiento. De modo tal que cuando se solicita la prisión preventiva, el destino de esta medida cautelar es tanto resorte de Gendarmería como a su vez lo que solicite el Ministerio Público, previa aprobación del tribunal y, sobre todo, teniendo presente las medidas de seguridad a las que debe estar sujeto el imputado en prisión preventiva, si es que no entra a un régimen común. La ley y el sistema judicial lo permiten y es una de las cosas a debatir: ¿es válido mantener un régimen de esta naturaleza? ¿hay que regularlo de otra forma? Efectivamente se estimó que era un trato denigrante o constitutivo de tortura. Es una investigación que se está llevando en curso. Eso ya es una decisión de carácter político que van a tener que tomar los órganos legislativos en su minuto cuando se plantee el debate: ¿cómo se cumplen las medidas cautelares de prisión preventiva y en qué condiciones? Y ha sido ya materia de debate. Sobre todo las condiciones carcelarias que precisamente el año pasado provocaron un incendio donde murieron ochenta y una personas que estaban sujetas a regímenes de prisión preventiva, a condenas. De modo tal que es una obligación que el Estado hoy día debe dar respuesta de cómo se cumplen estas medidas cautelares.

**Pregunta 3.** *¿Por qué son aceptadas las condiciones de encarcelamiento de máxima seguridad que se establece por ocho meses y el gobierno defiende su postura de violar la independencia del poder judicial y juzga pidiendo cadena perpetua a determinadas personas?*

**Mauricio Daza.** Muy breve. En aras del tiempo. Esto en definitiva tiene una explicación que es anterior: En el "Caso Bombas" en cierta medida la justicia funcionó. O sea, de hecho, hubo un tribunal que excluyó la

prueba. La analizó y se juzgo en derecho. Hubo, además, un análisis de estas decisiones en una Corte de Apelaciones. El tema es que tenemos que llegar a una situación en la cual hay personas que estuvieron ocho meses en la cárcel de máxima seguridad imputados por estos delitos en una investigación que fue declarada secreta durante gran parte de la misma. Nosotros estimamos que no. Si realmente nos tomamos en que la legislación de conductas terroristas es una norma de carácter excepcional - e insisto- que quienes sostienen la tesis del denominado *derecho penal del enemigo* reconocen que tiene un ámbito penal de garantía. En qué sentido, en el sentido de distinguir la aplicación de este estatuto excepcional en realidad al enemigo y usted diferencia al ciudadano del enemigo. Incluso desde esa perspectiva – que yo no comparto – si aceptáramos parte de esa tesis, necesitamos una legislación estricta cuya posibilidad aplicación sea objeto de un escrutinio intenso y real, no al final, no al momento del juicio oral. Si no pasa lo que ocurrió en Cañete donde más de catorce, dieciséis personas fueron acusadas de ser parte de una asociación ilícita terrorista con dos años de prisión preventiva. Resultado del juicio oral: absueltos; el control tiene que ser al comienzo y no basta los estándares que el distinguido colega Guzmán ha señalado. El señala: “sí, claro. Yo formalizo y pido prisión preventiva y hay revisión de cautelares. Entonces, ahí está el artículo 140 letra a y letra b del Código Procesal Penal”. Pero es un estándar que no es suficiente para los efectos de establecer si se aplica el régimen excepcional o no. Se requiere un estándar superior al del 140. Por eso nosotros consideramos que se tiene que volver a aquella autorización judicial que pueda ser además objeto de un recurso que le permita a un tribunal superior analizar en forma amplia los supuestos de la discusión. Debe volverse a ese régimen estableciéndose desde ya en la Ley de Conductas Terroristas.

Desde luego también les señalo que a raíz de lo que ocurrió con el "Caso Bombas" se formó una mesa entre familiares y abogados. Entre ellos está Julio Cortés, Miguel Soto, Rodrigo Román, Washington Lizana. También Valentina Horvath que sin dudas fue la artífice con la que pudimos dar vuelta esta causa. Con ellos hemos participado en esto, y generamos una iniciativa legal suscrita por diputados de todas las bancadas en que proponemos establecer y restablecer este control. Por lo tanto creo que esa es la mejor respuesta para mantener este régimen, pero mantenerlo en serio sin vulneración de garantías y además dando cuenta de investigaciones que sean útiles para el fin que se declara.

**Pregunta 4.** *¿Cree usted que por el hecho de constituirse como delito la organización o compartir un elemento organizativo, deberían tener el mismo procedimiento? Esto está vinculado con la pregunta siguiente: entonces, ¿las bandas que roban autos deberían tener un procedimiento como el de la Ley 18.314?*

**Raúl Guzmán.** Nuevamente yo creo que aquí hay que atender a la trascendencia del bien jurídico que se pretende proteger con las distintas normativas de carácter penal y, tal como se señaló en la mañana cuando estamos hablando de organizaciones o tener un elemento organizativo dentro de los elementos que se describieron para configurar el delito o la conducta terrorista, se requería de la presencia de varios individuos no solamente uno o al menos una célula; que exista violencia en la comisión de los delitos y que además tenga finalidades de carácter político. Atendiendo a esos elementos, entiendo que se puede

configurar una figura especial ajena a la asociación ilícita terrorista sino que como una organización destinada a cometer el delito. Y en relación al delito de vehículos por parte de bandas: es un delito de carácter común que si existe algún tipo de organización dentro de ello podemos recurrir a las normas comunes de las asociaciones ilícitas del propio Código Penal y no establecer un procedimiento especial en relación al lavado de activos, narcotráfico o el terrorismo.

**Pregunta 5.** *¿Tiene el Ministerio Público un reglamento que es posible conocer dentro de la aplicación por la defensa? y si es así ¿tiene algún límite?*

**Raúl Guzmán.** Dentro de la orgánica del Ministerio Público hay una Unidad de Protección a Víctimas y Testigos, URAVIT. Todo lo que dice relación con la vinculación con víctimas, la vinculación con testigos, el financiamiento de los costos que tiene un testigo para ir a un juicio, el traslado de los testigos, lo ve esta unidad. Esta unidad tiene un fondo que maneja la Fiscalía Nacional que lo distribuye a las distintas fiscalías regionales y cuando es necesario efectuar gastos que exceden el fondo que se distribuye hay que solicitar los respectivos suplementos y eso está reglamentado en el Ministerio Público. ¿El control judicial cubre hasta qué montos? Salvo la tutela de garantías, si es que en la defensa existe alguna vulneración de garantías no hay un control judicial que podría ser válido para transparentar la institución de protección de testigos.



## Sección IV

# Debate en torno a la reforma de la Ley N° 18 314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad



## Presentación

A continuación daremos inicio a la conversación en torno a las propuestas de modificación de la Ley 18.314. Para ello contaremos con la opinión de destacados profesionales provenientes de diversos órganos del Estado. Tendremos con nosotros a don Hugo Dolmestch, Ministro de la Excelentísima Corte Suprema de Chile; a don Claudio Fierro Morales, abogado de la Defensoría Penal Pública; a don Juan Domingo Acosta, abogado del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; y al senador por la región de Aysén, don Antonio Horvath Kiss. Cada uno de los integrantes del panel expondrá su experiencia con la legislación en análisis desde la institución que integra.

A cargo de la moderación estará la Oficial de Derechos Humanos de la Oficina Regional para América del Sur para el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Anna Batalla.



## Hugo Dolmestch Urra

Ministro de la Excelentísima Corte Suprema

*Hugo Dolmestch Urra es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción y abogado. Comenzó su carrera en el Poder Judicial en 1978 en Parral, llegando en 1995 a ser nombrado Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Ha sido también y es profesor titular de Derecho Procesal Penal en la Academia Superior de Ciencias Policiales de Carabineros de Chile. Ha sido profesor de Derecho Procesal Penal en la Escuela Técnica de Investigaciones de Chile. En 2006 fue nombrado Ministro de la Corte Suprema de Chile, cargo que desempeña hasta la actualidad.*



Gracias por la invitación.

Cierto es que el terrorismo representa un flagelo que azota a la humanidad y que debemos combatir. En un país democrático como el nuestro y donde impera el Estado de Derecho, ello se hace a través del derecho penal y sus organismos jurisdiccionales. Su instrumento básico es evidentemente la ley y, al efecto, tenemos la número Ley 18.314 de 16 de mayo de 1984, que ha sido más de una vez modificada pero la última fue producto de presiones y movilizaciones sociales que concluyeron en la dictación de la Ley 20.467 de 8 de octubre de 2010. Eso es lo que tenemos.

Tal vez sea útil destacar que tanto el nacimiento de esta ley como su modificación más sustancial ya señalada representan momentos de anormalidad. Sea institucional o de simple convivencia democrática, lo cierto es que esta ley nació durante el gobierno militar para reprimir el terrorismo y se adaptó por presión a un gobierno democrático también para combatir el terrorismo. Aquí viene el primer problema a mi modo de ver las cosas: ¿Qué es entonces el terrorismo? ¿a quien en toda época tan denodadamente combatimos? ¿está definido en la ley? ¿lo conocemos directamente en Chile en su verdadera expresión? Pareciera que no, motivo por el cual su instrumento o arma de destrucción que es la ley ha sido utilizada alternativamente como una clara forma de intimidación y represión ante los movimientos sociales reivindicativos de grupos políticos y/o étnicos.

En efecto, como no se define ni se sabe qué es el terrorismo cuya lucha legítima es el objeto de la ley y que todos compartimos, ésta, al describir los tipos penales -esto es los delitos que se dicen de carácter terrorista- lo ha hecho de un modo indirecto y defectuoso, entregando al interprete la misión de establecerlos. Así, ayer y hoy, tanto al nacer como al modificarse más sustancialmente la ley, se ha dicho de un modo y otro que serán tales, o sea delitos terroristas, los delitos comunes que se señalan en el artículo segundo y dice que son el homicidio, el secuestro, la sustracción de menores, el envío de cartas o encomiendas explosivas, el incendio, el descarrilamiento de ferrocarriles, pero esos son delitos comunes y están en el Código Penal y se pueden perseguir respecto de cualquier persona, siempre que reúnan las características de cometerse *“con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de un delito de la misma especie”*, miedo este que puede gestarse dice la última ley *“sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir soluciones de la autoridad o imponerle exigencias”*.

Esto no ha cambiado en lo sustancial, salvo por ejemplo en cuanto a que en la norma antigua dictada por el gobierno militar para obtener la convicción de que se ha producido dicho temor en la población había actos materiales que constituían presunción legal de que sí era delito terrorista. La diferencia está ahora en que la Constitución prohíbe presumir la responsabilidad penal, por que ésta debe ser probada,

al igual que la concurrencia del delito. En otras palabras, debe probarse que concurren los elementos que lo hacen tal y queda sometida a la decisión del intérprete, partiendo como se dijo reiteradamente por el Ministerio Público que es el que sostiene esto. Pero hay alguien que lo califica antes, cuando lo utiliza como medio de presión, cuando lo utiliza como medio de intimidación. Normalmente es el gobierno, los querellantes o cualquiera que lo califique así. En tales condiciones resulta evidente que con esta ley para cuya configuración las autoridades de gobierno, los querellantes, el Ministerio Público y los jueces han de interpretar los antecedentes, sin que se llegue a una conclusión unívoca. Con ello entonces afirmo que con este método se vulneran los principios de legalidad y tipicidad que son fundamento básico de nuestra Carta Fundamental que exige la descripción básica típica previa en materia penal. Esa es una conclusión que para mí no admite duda. Se violentan y se vulneran principios de tipicidad porque no están descrito en la figura, hay que buscarlos, establecerlos.

En el segundo aspecto de nuestro enfoque, y en lo procesal, nos atrevemos también a anunciar que por lo mismo antes dicho, agregando el tratamiento que durante el proceso habrán de tener los imputados, testigos y peritos, se atenta contra el principio de igualdad y no discriminación. Ello básicamente porque la experiencia nos dice que se utiliza como un arma de amedrentamiento para la persecución de responsabilidades penales en hechos que, claramente, no son terroristas, si no que obedecen a movilizaciones sociales en que se reclaman derechos o reivindicaciones por persona o grupos que los estiman legítimos. Por tanto, requeribles y exigibles.

Creo que esta es nuestra realidad. De hecho en mi experiencia profesional, especialmente en la Corte Suprema, la ley antiterrorista se ha aplicado además del “Caso Bombas”, solo con ocasión de las protestas y delitos comunes cometidos por el pueblo mapuche, de lo que yo recuerdo en cuanto a la aplicación de la ley antiterrorista y de las consecuencias. Del camino tortuoso que deben recorrer no solo los imputados, sino también los testigos y toda la gente que circula alrededor:

Recuerdo dos casos. Uno, un recurso de amparo que se vio en la Corte Suprema el 28 de diciembre del 2010. Allí ocurrió lo siguiente: había un señor llamado José Huenchunao Mariñán condenado a diez años y un día por el delito de incendio terrorista. Diez años y un día, ¿de dónde salía la pena? El establecimiento del delito ya lo sabemos: es uno de los delitos comunes que está en el artículo segundo, que algunos llaman delitos base y entonces como se utilizó fuego y explosión se le da el carácter de delito terrorista. Entonces, ese delito se castiga, de acuerdo con la ley común pero aumentada en uno, dos o tres grados porque es terrorista. Este delito está penado en el artículo 476 número 3 del Código Penal con presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es cinco años y un día a veinte años. Esa es la penalidad. Entonces el juez al momento de aplicar la pena tiene que someterse a analizar la figura de la persona; quién es; del delito, la participación y todas las circunstancias que modifiquen la responsabilidad de él. Una vez que hace esto modifica la pena base. En este caso el señor Huenchunao probable que tenía conducta anterior

irreprochable y le era aplicable el mínimo, cinco años y un día, pero la ley antiterrorista decía que había que aumentarle por el solo hecho de ser tal, uno, dos o tres grados. El juez o los jueces, le aumentó un solo grado. O sea quedó en un presidio mayor medio, esto es diez años y un día.

Cuando salió la modificación del año 2010; modificó el artículo tercero:

*“modifíquese el artículo tercero, se suprime y agréguese la siguiente acepción final. Con todo, en el caso de los numerales 1 y 2 del artículo 476 la pena se aumentará en uno o dos grados”.*

Y este delito está en el número tercero, no en el primero ni el segundo donde se aumenta en un grado pero en el tercero no se aumenta de grado. Le agregan los señores parlamentarios:

*En el caso del numeral tercero se aplicarán las sanciones previstas con excepción de la pena de pena mayor en su grado mínimo.*

Las penas son sencillas. En este caso se aplica del grado medio para arriba. Queda igual de diez años y un día.

Y presentó un recurso amparo porque tiene que reconocerse y rebajar a cinco años y un día y con eso salgo libre porque estoy cumplido, llevo más de cinco años y un día. La Corte de Apelaciones de Temuco dijo no, si queda igual porque lo que el pidió fue que se le aplicará el artículo 18 del Código Penal que se dice que es una alteración o una excepción a la irretroactividad penal, la ley penal no corre para atrás sino siempre para adelante. Por lo que la nueva ley no le es más favorable porque usted queda igual con los diez años y un día. Pero en esa oportunidad hubo un voto en la Corte Suprema que señalaba: *“hay que acoger el recurso de amparo de este señor porque la norma posterior que fija una nueva pena, cuando esa pena es mayor y la eleva, no se aplica. Por lo tanto, los cinco años y un día que el juez estimó como pena base queda firme. Lo que debe aplicarse es solo lo que favorece y eso dice la ley. Entonces ¿qué es lo que dice la nueva ley que le favorezca? Que no se aumenta en uno, dos o tres grados. Entonces debería habersele aplicado la pena base, cinco años y un día.”*

La otra experiencia en la cual yo participé es en el caso Cañete. Se formalizó, se acusó por delitos terroristas y en definitiva el juez oral absolvió de todo aquello que fuera terrorista y quedó vigente un delito común que era el robo que habían practicado a la casa de un señor y otro delito más que llegó a la Corte Suprema por el atentado, la muerte o el homicidio frustrado del fiscal cuando le pegaron una encerrona a la comitiva y ahí iba un fiscal. Ese es un delito específico que está en el Código Penal, quince años y un día. Y le dieron quince años. Allí recurrieron a recurso de nulidad, que es una bolsa de gatos, bolsa de payasos o bolsa de ciego, no sé cómo llamarlo pero no se llena nunca y no se cierra nunca. Es como llegar y sacar cosas no más, como decía antes la gente que era la jurisprudencia. Dicen que la jurisprudencia es como un curanto: usted mete la mano y saca lo que quiere. Saca cholgas, pollo, lo que se le antoje. La nulidad es una cosa que no da ninguna facultad a la Corte de Apelaciones y Corte Suprema para resolver los problemas. Alguien criticaba que en la ley penal hoy día el procedimiento es de única instancia. Entonces es muy difícil

arreglarlo. En este caso felizmente, un poco imbuidos por el viejo Aristóteles que decía que la justicia si no era con un poquito de compasión no tenía sentido. Entonces, acogimos la nulidad diciendo que estos quince años y un día que se le aplican por homicidio frustrado están mal calificados. Tiene que saber la persona a quién va a matar. Tiene que haber certeza, un dolo directo. En este caso era un grupo que no sabía que ahí iba el fiscal. No tenían porque saberlo, por lo tanto se transformó en lesiones y quedaron con una pena baja. No es muy frecuente que la Corte Suprema haga estas cosas pero ocurrió y esa es la experiencia que tengo.

Ante esto, ¿qué dicen las exigencias de organismos internacionales sobre la materia y la experiencia legislativa internacional? Mi papel es proponer reformas, ¿no es cierto? Pues dicen que el terrorismo ha de concebirse en su verdadera acepción, esto es, un atentado organizado contra la institucionalidad política o jurídica que por la finalidad y naturaleza de los bienes empleados así como por la afectación y daños indiscriminados a determinados bienes jurídicos requiere de una respuesta punitiva especialmente rigurosa por parte del Estado. Para ello entonces, para que haya delito terrorista resulta como requisito que tales ilícitos sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados esto es que se trate de asociaciones ilícitas que estén destinadas a subvertir el orden nacional o la paz social. O sea el delito terrorista es para echar abajo al gobierno, llegar a La Moneda y suplantar este señor que está ahí. No para incendiar. Eso es el delito terrorista y debe estar clasificado, tipificado.

Atendida la experiencia que he reseñado me parece indispensable y urgente la adecuación que se discutió. Tanto porque la paz social interna lo necesita para evitar mayores discriminaciones y porque creo que estamos obligados a ello si queremos mantenernos en el mundo civilizado como creemos que estamos.

Varias veces he pensado y sigo pensando, ahora más que nunca, que la única solución sana sería derogar esta ley. Derogarla y estudiar otra que sí pueda ser útil para su objeto, para lo cual es indispensable definir en su verdadera acepción el terrorismo y describir como la Constitución manda los tipos penales que estime necesario sancionar. Reitero que el terrorismo si bien aun no lo conocemos en su verdadera intensidad en Chile sabemos que es un flagelo para cuya lucha debemos de tener armas jurídicas que nos puedan defender de él. Para atentados como aquellos, debemos tener bien guardada un arma fuerte y suficiente, pero sabiendo con claridad cuándo y hasta dónde ha de ser usada y no vale la pena tener otra que aunque en apariencia tiene menor calibre como esta pero que puede ser usada discrecionalmente con un margen tan amplio de error y equivocación. Eso habría que eliminar. Eso es lo que yo pienso, nada más.

## Claudio Fierro Morales

Abogado de la Defensoría Penal Pública

*Claudio Fierro Morales es abogado y profesor de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad Católica. Ha sido Defensor Penal Público desde el año 2004, abogado de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional y abogado de la Unidad Jurídica y Judicial del Instituto Nacional de Derechos Humanos donde ha actuado como observador de derechos humanos. Actualmente se desempeña en la Unidad de Corte de la Defensoría Penal Pública donde presentando alegatos ante la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.*



Muchas gracias.

Primero, después de la presentación del Ministro Dolmestch con esta propuesta de derogación creo que está todo dicho por hoy día y creo que es la gran conclusión que podríamos sacar: derogar la Ley 18.314. Quiero agradecer al Instituto Nacional de Derechos Humanos esta oportunidad de participar en este seminario. Quiero agradecer a mis ex compañeros del Instituto Nacional de Derechos Humanos que me han permitido estar acá y también aprovechando que estamos cerrando y no va quedando tanta gente quiero saludar la presencia de dos personas que me parece son importantes hoy día de destacar dentro del contexto que se ha generado en este seminario. Quiero saludar a mi amiga Natividad Llanquileo. Quiero saludar, en nombre de un grupo de personas, a Omar Hermosilla.

A modo de introducción y a modo de generar un contexto fáctico o establecer algunos hechos que dan cuenta de esta modificación que sufre la Ley 18.314 en octubre del año 2010 nos parece que hay que hacer un análisis en torno a por qué esta es una mala ley, ¿por qué permiten todas las perversiones que hoy día hemos escuchado en torno a su aplicación?, ¿por qué permite deficientes investigaciones?, ¿por qué permite deficientes acusaciones?.

Evidentemente durante el transcurso de este año se ha planteado una vez más dentro del debate público la legitimidad de esta ley y su compatibilidad con principios y garantías que están contenidos dentro de los estándares internacionales de derechos humanos y que evidentemente están en absoluta tensión con la ley chilena. Este debate también, como ya lo adelanté, se da en un contexto o marco de dos casos bastante emblemáticos. Primero el caso de persecución penal a diecisiete comuneros mapuche donde empezaron diecisiete y terminaron cuatro condenados. Y luego el "Caso Bombas" o la "Operación Salamandra" como se señalaba en el panel anterior; donde empezaron quince imputados que fueron formalizados por la Ley 18.314 y que hoy día van seis estando en la mitad del proceso. Falta y queda pendiente el juicio oral y evidentemente ambos se cruzan con procesos de movilización social, con medios de presión que son bastante importantes para poder generar un debate dentro de la autoridad y así facilitar, agilizar reformas que entendemos son absolutamente insuficientes y me queda aún más claro que el legislador habría de revisar en forma absoluta esta ley y acoger la propuesta que se ha hecho hoy día de una derogación absoluta de esta normativa.

También toda esta situación se cruza con un informe de fondo que evacua la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en torno a una demanda que llega a este organismo interamericano de protección de derechos humanos en el denominado caso "Lonkos contra el Estado de Chile" y que concluye que la actuación del Estado de Chile en ese proceso penal contraría cada una de las normas que están contenidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Me parece importante señalarlo porque el Estado de Chile ya contestó ese informe de fondo y la Comisión Interamericana ya presentó una demanda

ante la Corte Interamericana. Ese hecho judicial también está presente en todo este desarrollo, en toda esta vertiginosa forma de ver y desestimar la ley antiterrorista.

Como señalaba la moderadora, dentro de las funciones como abogado del Instituto Nacional de Derechos Humanos me tocó tener la calidad de observador de estos dos casos y ante eso he realizado dos misiones de observación en la ciudad de Cañete. Ahí pudimos constatar directamente lo que estaba transcurriendo en ese juicio oral con todas las limitaciones que tuvo la defensa que un poco ya las explicó detalladamente el Defensor Nacional que en esa oportunidad era el Defensor Regional del Biobío, y pude constatar directamente todas las falencias y todo el desequilibrio que había en este principio de igualdad de armas en torno a un proceso penal.

Dentro de este contexto, el Instituto Nacional de Derechos Humanos presentó ante la Excelentísima Corte Suprema una opinión jurídica, en torno a los testigos sin rostro. Una de las funciones que cumple el Instituto Nacional de Derechos Humanos es dar una opinión jurídica respecto a un tema que estima relevante y donde estima que es necesario elevar los estándares internacionales de derechos humanos.

También dentro de todas estas observaciones se realizó una visita al Centro de Internación Provisoria y al Centro de Cumplimiento en la localidad de Cholchol, Región de la Araucanía. Se fue a visitar a tres jóvenes menores de 18 años que también participaron de este largo proceso de huelga de hambre.

En esa misión el Instituto Nacional de Derechos Humanos se constituyó como observador y espero que todo esto vaya a estar bien plasmado en el Informe Anual que va a ser entregado al Presidente de la República. Como también una forma de generar alguna tensión dentro del contexto legislativo para proceder a superar toda esta contradicción que existe con el sistema internacional de los derechos humanos.

En este mismo orden de ideas del contexto fáctico, el Ministerio Público ha informado que entre los años 2010 y 2011, cuarenta y ocho personas han sido sometidas al régimen procesal de la ley antiterrorista. Treinta y dos de las cuales están relacionadas o son integrantes del pueblo mapuche. Es decir, nuevamente estamos ante a una reacción del Estado frente a problemas que tienen una raíz bastante más compleja que se caracteriza por demandas de reconocimiento de derechos individuales y colectivos a tierras, territorios y recursos naturales. Esa reacción del Estado le llamó la atención al Instituto Nacional de Derechos Humanos. Le llamó la atención porque evidentemente podría tener alguna relación dentro de la forma de reaccionar del Estado para criminalizar la protesta social donde también hoy día fue algo que se discutió en torno a la aplicación de esta norma de excepción que se cruza con otros hechos que han merecido a juicio de la autoridad la aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado. Entonces, nos parece que hay aquí también un llamado de atención al respecto.

Terminando este contexto fáctico, en el mes de octubre del 2010, luego de la huelga de hambre que sostuvieron estos treinta y cuatro comuneros acusados de delitos terroristas a lo largo de ochenta y dos días,

el Poder Ejecutivo dentro de la iniciativa o la voluntad de descomprimir este conflicto se comprometió a desistir de la aplicación de la ley antiterrorista. Claramente la voluntad del Ejecutivo no fue la misma de la del Ministerio Público quien persistió en aplicar esta norma de excepción pero creo que hay que llamar la atención frente a un pequeño sabor amargo que les dejó tanto a las personas privadas de libertad, a sus familias como a los observadores. Es decir, el Ejecutivo se comprometió a no aplicar la ley antiterrorista. Lo dijo, fui testigo y lo vi en el juicio de Cañete, somos testigos. Decían los abogados del Ministerio del Interior que esto no es un delito terrorista pero igual solicitaron penas, se presentaron a los alegatos en la Excelentísima Corte Suprema y el sabor amargo que deja esto es que para el esclarecimiento de esos hechos que derivaron en las penas que ya mencionó el ministro Dolmestch estuvieron apercados de todas las ventajas procesales que concede la ley antiterrorista. Ese es un sabor amargo que dejó y evidentemente no sirvió para descomprimir el conflicto.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos desde el Informe Anual del año 2010, alineado con el sistema universal e interamericano de derechos humanos, con el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, con el Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas pudo coincidir en que efectivamente el Estado de Chile tiene una deuda pendiente con los derechos humanos en torno a poder igualar los estándares de la ley antiterrorista con los estándares que provienen del sistema de protección universal e interamericano.

En conclusión, existen tres puntos que son bastantes destacables. Mantiene una deficiente definición de delito terrorista que vulnera los principios de legalidad y tipicidad, esto ha sido dicho en todos los paneles. Establece normas excepcionales que afectan el derecho al debido proceso y en su aplicación práctica se observa un patrón de conducta que violenta el principio de igualdad y no discriminación por su invocación preferente y selectiva a grupos discriminados por la sociedad. No es casual que estos dos casos que, de una u otra forma, tuvieron una génesis parecida. En uno se aplicó a comuneros mapuche que estaban por la reivindicación histórica de sus tierras, su cultura, etcétera y en otro -un punto que nos parece bastante importante señalar y no se ha dicho hoy día- que gran parte de las pruebas incautadas constituían libros, o sea, había una persecución de ideas y también genera un punto de conflicto al momento de optar el órgano persecutor o por la norma común o por la legislación especial.

En este mismo orden de ideas también se pronunció la sociedad civil, muchas organizaciones no gubernamentales y finalmente el informe anual elaborado por la Universidad Diego Portales.

En segundo término, yendo a la modificación de la Ley 18.314, quizás como primera idea y es quizás también una gran conclusión, las modificaciones sufridas a la ley antiterrorista en octubre del año 2010 en ningún caso lograron superar la tensión de la legislación doméstica con la legislación internacional, es decir, está muy lejos de cumplir con los estándares. ¿Por qué? Porque en definitiva la definición de conducta terrorista continúa siendo imprecisa, esta descripción imprecisa de esta conducta no permite para quien la interpreta poder distinguirla de otros delitos. En el caso de los comuneros mapuche, de los tres jueces que

constituían el Tribunal Oral en lo Penal los tres estuvieron por considerar que no existía asociación ilícita terrorista, pero dos de ellos estimaban que los hechos que estaban siendo investigados y por los cuales fueron acusados estos comuneros, sí constituían hechos terroristas. Cosa distinta es que después concluyeron que los imputados no estaban vinculados en la participación de los mismos, pero efectivamente los dos jueces en mayoría y el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete estimaba que sí constituían hechos terroristas. Por lo tanto, no está precisa la definición típica y tampoco está precisado el bien jurídico protegido. Por ejemplo, se ha señalado también que se mantiene la figura del delito de incendio que está contenida en el artículo 476 del Código Penal. Algo también decía el ministro Dolmestch que evidentemente pese a la reforma, en el caso de José Huenchunao quedó donde mismo. Es decir, no hubo ningún tipo de ganancias para las personas que reclamaban algún tipo de modificación de acuerdo a estos tipos penales basales.

Respecto a la construcción que hoy día quizás pudimos entender y aprender o poder discutir en torno a la definición de terrorismo, quizás, el concepto de terrorismo que da el profesor Manuel Cancio debe estar siempre aparejado de una organización y su especial peligrosidad. Por otro la utilización del terror como estrategia de comunicación y sumado al tercer factor de una dirección política. Pero también debemos entender que este delito terrorista debe estar asociado a bienes jurídicos que no están precisos, no son claros porque hoy día la legislación chilena mete en este mismo saco de bolsillo de payaso a delitos que atentan contra la vida como delitos que atentan contra la propiedad y evidentemente hoy día eso genera varias complicaciones en el "Caso Bombas". En el caso bombas se genera la paradoja de que ya no exista asociación ilícita pero si subsisten dos acusados por ser financistas de esa asociación ilícita. Es decir, genera algún tipo de complicación y algún grado de ruido con estas normas internacionales de derechos humanos que están tendientes a superar estos vacíos en torno a la legalidad y tipicidad.

Respecto a lo mismo, en este informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se señala que el Estado de Chile de acuerdo a la modificación sufrida en la norma el año pasado se mantiene en vigor los problemas de amplitud, vaguedad, impresión 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. Continúa este informe en el fondo que dice:

*154. la CIDH concluye que si 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.*

Por otro lado, respecto al catálogo de delitos considerados por la legislación se modificó su penalidad y el catálogo de delitos comunes, o delitos base, que reuniendo las características señaladas en el artículo 1 devienen en delitos terroristas. De acuerdo a lo establecido por el profesor Cancio y de conformidad a lo que señaló también la Comisión Interamericana, la propiedad puede ser objeto de protección por la ley común, por la ley interna como señalaba el Ministro Dolmestch con la excepción de que cuando se atente contra la propiedad ésta esté asociada a una infraestructura que esté destinada a cobijar bienes y servicios públicos. Esta es la única acepción en que entra a detallar la propiedad.

Otro elemento que también subsiste y se mantiene con este cambio cosmético a la Ley 18.314 es la rebaja a los estándares del debido proceso en especial el derecho de defensa, algo se ha dicho o mucho se ha dicho hoy día en torno a los testigos y peritos con identidad protegida. Ya lo decía el Defensor Nacional que los testigos se pesan y no se cuentan.

También se mantiene que la reforma explicitó la posibilidad del defensor de dirigir las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación. Nos parece que es una norma absolutamente de buenas intenciones o desconocemos las intenciones que tuvo esa modificación, pero en la práctica lo que pudimos constatar en nuestras observaciones y ya lo decía Pablo Ortega, defensor de comuneros mapuche en el caso Cañete, cada vez que la defensa quería contrastar; contrainterrogar; establecer la credibilidad del testigo aparecía un objeción por parte del fiscal, objeción que fue acogida siempre en base a la norma citada. Nuevamente la interpretación judicial dos contra uno por los jueces del Tribunal Oral en lo Penal. O sea, nunca hubo la posibilidad de dar contenido a esta norma del artículo 18 inciso tercero. También se mantiene que el Ministerio Público mantenga que ciertas actuaciones y registros sean mantenidas en secreto de uno o más intervinientes por un total de seis meses.

Asociado a esto, nos parece que aparte de esta idea o discusión en torno a la derogación de esta ley, nos parece que también se hace urgente la reforma constitucional a lo que establece la norma en el artículo 19 número 7, letra e, inciso segundo en torno a poder discutir la prisión preventiva de personas que estén vinculadas con delitos terroristas. Nos parece que atenta contra todo principio de igualdad y así, como decía Mauricio Daza: "ganamos en la Corte pero igual perdimos". O sea, ganamos dos contra uno pero igual la persona quedó presa. Nos parece que tiene que existir ahí una reforma constitucional, puesto que cuando se conoce en apelación un recurso sobre la prisión preventiva de una persona tienen que existir tres ministros, no puede existir un abogado integrante, tres ministros titulares y los tres tienen que estar de acuerdo en conceder la libertad a esa persona. Es decir, nos parece una situación bastante ajena a los principios que emanan de los derechos humanos en el contexto internacional.

Todas estas situaciones que contradicen la igualdad de armas contenida en la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en las sugerencias que se hacen al Estado de Chile por el Comité de Derechos Humanos en la observación N° 33, la Corte Interamericana en el caso Castillo Petruccia. Respecto a los testigos sin rostro ¿qué dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos? Ha refrendado que el derecho a interrogar a los testigos de cargo constituye las garantías mínimas a las que tiene derecho cualquiera persona en condiciones de igualdad ante cualquier juicio penal que se siga en su contra por estar directamente relacionada con la oportunidad adecuada y efectiva de defenderse. Después dice que el anonimato de quienes intervienen en un proceso penal, en particular de los testigos, priva a los acusados de las garantías básicas de la justicia. El acusado no sabe quiénes lo están acusando por lo tanto no están en condiciones de saber si las personas están calificadas para ello, etc. Como lo adelantó el Defensor Nacional, acá nadie está hablando de dejar en la indefensión máxima a los testigos o peritos que puedan

concurrir a un juicio oral. Siguiendo los postulados de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos se establece que existen condiciones y requisitos que efectivamente de concurrir debe procederse a esta protección, pero en ningún caso las declaraciones de estos testigos pueden ser determinar un juicio de culpabilidad. Situación que no se vio reflejada en el juicio de Cañete donde pudimos observar que el famoso testigo 26 favoreció que cuatro personas hayan sido condenadas por delitos comunes aprovechándose de todas las ventajas que concede la ley antiterrorista.

Para terminar, quisiera referirme a lo que han significado las modificaciones a la Ley 18.314 en la aplicación a casos concretos. Quizás las principales conclusiones que podemos establecer del caso de Cañete es que también hubo una vulneración del principio *non bis in idem*, es decir, hubo un doble procesamiento en la sede civil y militar, donde paradójicamente la justicia militar absolvió de algunos hechos a los comuneros y la justicia civil los condenó. El concepto de conducta terrorista y su alejamiento de los contenidos mínimos aceptados por el derecho internacional, una disminución de las garantías procesales mediante los testigos sin rostro y la aplicación discrecional en violación al principio de igualdad y no discriminación. Respecto al caso de adolescentes hubo que hacer una nueva reforma a la Ley 18.314 para poder excluirlos de aquella, y tuvo que concurrir la Senadora Alvear con el ex Ministro Bulnes ante la oficina del Ministro Juica para explicar que el espíritu de la ley no era mantener a los adolescentes bajo el alero de la Ley 18.314. Se tuvo que hacer una nueva modificación porque a pesar de las modificaciones de octubre del 2010, nuevamente el Ministerio Público persistió en la aplicación de la ley antiterrorista a personas menores de 18 años.

Por último, la aplicación de la ley antiterrorista al "Caso Bombas" empezó con quince imputados y quedan seis acusados. No sabemos cuántos van a terminar ahí. De acuerdo a lo que resta de juicio ya dijimos que existe la paradoja y aquí tengo copia de la acusación que formuló el Ministerio Público donde dice que dos personas tomaron parte de la asociación como colaboradores y a sabiendas facilitando medios e instrumentos para el bien criminal, además de, directa e indirectamente por diversos medios recaudar y proveer fondos económicos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de los delitos de colocación de bombas y artefactos explosivos de carácter terrorista. Esa asociación ilícita hoy día no existe, pero lo que sí existe es la paradoja de que dos personas van a un juicio oral acusados de ser financistas de una asociación ilícita terrorista. Esas son las perversiones que señalaba al inicio de mi exposición en torno a la mala Ley 18.314. Por último, de esos dos jóvenes quedan cuatro más que creemos que -de acuerdo a todo lo que hemos escuchado hoy día- es posible sustraerlos de esta ley de excepción y someterlos a investigación, no estoy hablando de condena, por delitos de la ley común, por ejemplo, la Ley de Control de Armas u otros delitos que están contenidos en el Código Penal.

Como conclusión adhiero profundamente a la derogación de la ley antiterrorista. Me parece que hoy día se debiera repensar. Si existen los recursos humanos, la experiencia fáctica para poder generar una nueva ley que se ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos y también quizás discutir aunque

sea controvertido, la facultad del Juez de Garantía para que pueda establecer, o no, si un hecho constituye delito terrorista. Quizás debiese ser estudiado, fortalecido. Empoderar al poder judicial al respecto.

Y, por último, creemos que no todo acto violento es terrorismo y desde ese punto de vista analizar y precisar los conceptos de terrorismo porque evidentemente existe una tentación de efervescencia no nacional sino internacional de seguir criminalizando la protesta social.

Muchas gracias.



## Juan Domingo Acosta

Abogado del Ministerio del Interior y Seguridad Pública

*Juan Domingo Acosta Sánchez, Licenciado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile y abogado. Ha trabajado en diversas universidades, desempeñándose actualmente como profesor de derecho penal de la Universidad Nacional Andrés Bello y como abogado del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.*



Buenas tardes.

Voy a intentar contextualizar o explicar lo que por lo menos desde mi punto de vista me tocó ver cuando se dictó la Ley 20.467. En esa oportunidad me tocó asesorar externamente al Ministerio del Interior y también al Congreso, como lo hago habitualmente, y fue una ley que -no es ningún misterio- fue compleja, fue difícil, en un contexto bastante complicado. Lo que salió definitivamente como ley, efectivamente, no es exactamente lo mismo que se presentó como proyecto de ley. Hubo aspectos que fueron suprimidos durante la tramitación legislativa, aspectos que fueron incorporados por distintos parlamentarios de distintas sensibilidades y tenemos, entonces, esta modificación que me parece que de todas las que se han hecho es la más importante desde la dictación de la ley. Yo tengo contado aquí siete modificaciones anteriores a la ley, una a fines de la dictadura el año 1995 durante el gobierno de don Patricio Aylwin y una durante el gobierno de don Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Originalmente la idea de este proyecto era hacer un proyecto que modificara, revisara los aspectos procesales de la ley. Se trabajó en ese contexto primero para dejar para un segundo momento una revisión sosegada, tranquila de los aspectos sustantivos, porque evidentemente es una ley compleja, ha sido objeto de críticas, tenía problemas de penalidad muy alta, problemas de normas circulares, sistema de presunciones que son ajenos al sistema procesal penal vigente. Entonces la idea era dejarlo para un segundo momento.

Ocurrió que el conflicto que todos conocemos en el sur con un grupo de comuneros mapuche se agudizó, una huelga de hambre, entonces hubo sensibilidades políticas que estimaron podía ser una buena herramienta que contribuyera a solucionar este conflicto una modificación sustantiva de la ley. Por eso es que se trabajó en una modificación de ese tipo que afectara e hiciera relación con la primera parte, el primer capítulo de la ley y como todos saben se convocó al Congreso a trabajar de emergencia un día viernes 10 de septiembre y se ingresó ese mismo día un proyecto, un ladrillo en realidad, como lo calificaron algunos parlamentarios: 34 artículos de aspectos materiales y aspectos procesales. Fue complicado en su momento porque lo que se pensó se iba a revisar era este proyecto y la verdad es que no estaba siquiera ingresado formalmente. Se empezaron a revisar proyectos anteriores que habían incorporado algunas mociones parlamentarias, otras de la Presidenta Bachelet y hubo bastante problema interno en ese momento. Finalmente se logró colocar ese proyecto, pero a indicación de algunos parlamentarios que consideraron que dada la emergencia de legislar no se podía ver un proyecto de esta naturaleza y se dividió en dos. Uno de aspectos sustantivos, que dio lugar a esta ley y otro de aspectos procesales, que es el que está hoy día en el Congreso esperando su turno.

En este contexto al momento primero de preparar un anteproyecto y luego al momento de debatirlo era el tipo del modelo. ¿Qué modelo se quiere de la ley? Nosotros teníamos un modelo muy criticado que venía de la Ley 18.314 y obviamente en ese momento se podían plantear dos opciones. O se modificaba de

raíz el modelo, cosa que me parece legítima, se podía optar por un modelo alemán o el modelo argentino, que discuten sobre la base de una normativa muy simple, muy sencilla asociada a la organización terrorista. O se mantenía el modelo vigente que de alguna manera tiene algunas semejanzas con el modelo español, en que coexisten normas relativas a organizaciones terroristas y normas en que se puede incurrir en actos terroristas sin que haya al menos una organización detectada en el proceso. El tema era complejo. De hecho, en esa oportunidad abogados de la Biblioteca del Congreso Nacional entregaron un informe en que encontraron ciento diecisiete definiciones de terrorismo en distintos tratados internacionales, bilaterales o multilaterales. O sea el tema obviamente no es simple, desde un punto de vista dogmático.

Adoptar un modelo como restringir el terrorismo solamente a organizaciones ilícitas era una opción. Evidentemente eso generaba problemas con causas vigentes, con causas sentenciadas y hubo mociones en tales sentidos. Hubo una moción, por ejemplo, en la Comisión de Constitución del Senado en que se restringió esto de la asociación ilícita terrorista pero solamente a los casos que se presentaban armas de alto poder destructivo. Entonces, qué pasó ahí. Se dijo el caso del homicidio del senador Jaime Guzmán y el homicidio de don Bernardo Leighton quedan fuera y eso significó que se cayera inmediatamente esa alternativa, porque evidentemente ellos habían sido asesinados o se les había disparado con armas consideradas de alto poder destructivo, no eran ni pistolas ni revólveres.

El problema que tiene o tenía el delito asociación ilícita es un problema complejo. Todos sabemos que las organizaciones criminales es un tipo que se suele usar como un tipo de recogida en el sentido en que cuando muchas veces no se encuentra un delito concreto al cual imputar una persona o un grupo de personas, entonces, se recurre a la asociación ilícita. Tanto es así que nuestra doctrina ha tenido que ir elaborando toda una serie de requisitos en materia de organizaciones criminales como es el caso Spiniak. Ahí hay todo un desarrollo de cuáles son los requisitos que se requieren para estos efectos. O también entre la organización criminal y la mera participación hay muchos matices. Por ejemplo en España, a partir de la Ley 5 del año 2010 se reemplazó el concepto de banda armada por el concepto de organizaciones criminales. Además hay un tipo para organizaciones criminales terroristas y, luego otro para los llamados grupos criminales. Es decir, son organizaciones de dos o más personas que, sin tener las características de una organización criminal definida en el artículo anterior tienen como finalidad u objeto la perpetración concertada de delito o la comisión concertada de falta. ¿Complejo no? Pero además en ese sistema coexiste el artículo 577 del Código Penal, al que no requiere que haya un grupo u organización terrorista para que se pueda realizar el tipo de estos delitos.

Frente a esto se prefirió mantener en sustancia la estructura actual con algunas correcciones a los efectos exagerados de la ley. Uno de ellos la presunción del artículo primero sobre actos terroristas que afectaba la presunción de inocencia, generaba problemas de normas circulares. Y además se fusionó, se sacó como hipótesis alternativa el infundir terror o miedo, se sacó la figura que era que se comete con el fin de arrancar decisiones o imponer exigencias y se fusionó eso con el número primero de manera que siempre se va

a requerir el elemento subjetivo de infundir injusto temor o producir delitos en la población o un grupo de ellas. Y quedó como una hipótesis más.

El tema fue complejo. Entre las múltiples interpretaciones que se incorporaron, y tengo una que es la número 19 del Senador Navarro que decía lo siguiente: *“artículo segundo transitorio: concédase amnistía a todas las personas que entre el año 2000 y el 13 de agosto del 2010 hayan sido formalizados por delitos contemplados en la presente ley”*. Entonces, esto fue rechazado por unanimidad en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, pero refleja un poco el ánimo que había en ese minuto. Ni siquiera se buscaba una solución razonable. Podemos hacer una recalificación de los hechos, pero no se pedía amnistía, es decir que los hechos no eran delito no más. Eran posiciones muy radicales, eso es lo que quiero transmitir:

En materia de bienes jurídicos, uno de los temas más debatidos fue el problema del incendio terrorista, obviamente porque estaba asociado a un tema contingente y obviamente porque era aquel delito incorporado al tipo terrorista que se prestaba para mayor discusión porque en nuestra ley, en nuestro Código Penal, el delito de incendio está considerado como un delito contra la propiedad. Por lo tanto, no podía haber un delito terrorista contra la propiedad y había habido varios proyectos de ley, uno de la Presidenta Bachelet y otras mociones parlamentarias en algunos casos eliminando por completo el artículo 476 y en otros casos eliminando el artículo 476 número tercero y en otros casos manteniéndolo pero siempre y cuando se afectara a la vida de las personas. En fin, había varias mociones en ese sentido.

Mi opinión respecto a este hecho, sin perjuicio de que se requiriera algún cambio que me parece que sí produce efectos en la penalidad, es que es un error sostener que el delito de incendio es un delito contra la propiedad. Eso no es así. Que esté en el Código Penal entre el título IX de la propiedad no es algo definitorio. Todos sabemos que el delito de aborto está en un título que no tiene nada que ver con la vida sino que está en los delitos contra la indemnidad sexual, en los delitos contra la familia. ¿Qué tiene que ver el aborto con eso? O la injuria y la calumnia está entre los delitos contra las personas, o sea ante la vida, no tiene nada que ver. Por lo tanto la ubicación geográfica no es definitiva.

Termino esto. La opinión unánime de los tratadistas penalistas chilenos es que el delito de incendio es un delito de peligro común. Es decir, el incendio genera un peligro que puede ser un daño contra la propiedad y que además es un peligro para otros bienes jurídicos cuyo control no depende de quién generó el peligro. Como ocurre, por ejemplo, con los delitos contra la seguridad nuclear; como ocurre en los estragos, etc. Eso es un antecedente unánime.

Dos antecedentes más. En el Código Penal español el delito de incendio no está en el título de los delitos contra la propiedad, sino que está tratado como delito de peligro común contra la seguridad colectiva. Y en el caso de anteproyecto del Código Penal, ese anteproyecto se trabajó durante cinco años por un grupo de penalistas que se lo entregó al presidente Lagos en su oportunidad y me tocó formar parte

de ese grupo, se considera también el incendio como un delito de peligro común. De tal manera de que no es cierto de que fuera un delito contra la propiedad. No lo es. Es un delito de peligro común. Pero, efectivamente sí requería a nuestro juicio de algunas correcciones desde el punto de vista de la pena. Como anécdota también, por ejemplo, se propuso entre otras mociones parlamentarias, restringir estos delitos de incendio a aquellos que afectaran a lugares de uso público o redes de infraestructura. Con lo cual un incendio intencional con fines terroristas, o para producir terror de este edificio del Congreso no sería terrorista porque no es infraestructura para los efectos de red de alcantarillado, energía, etcétera.

Lamentablemente el tiempo no me acompaña. Traía una presentación de cada uno de los artículos y en líneas muy generales el artículo primero se modificó, el artículo segundo también se le introdujeron algunas correcciones básicamente eliminando algunas figuras como el parricidio que no tiene ningún sentido, y las lesiones menos graves, e incorporando las lesiones graves por el artículo 398 del Código Penal, o sea, cuando se usan sustancias nocivas. Además el descarrilamiento se corrigió del punto de vista de que estaría nominado según el Código Penal por la Ley de Ferrocarriles. Luego, se corrigió la referencia a causar daños respecto a los artefactos explosivos. También se eliminó la norma que presume que el secuestro cometido por una asociación ilícita terrorista es siempre terrorista, ya que era una norma pernicioso porque en los delitos de secuestro siempre se presume -cuando son cometidos por un grupo- que hay asociación ilícita, o sea es un argumento circular: es asociación terrorista aquella que se constituye para cometer actos terroristas, ¿pero si es por secuestro es por sí terrorista? Eso es absurdo, se eliminó.

En la penalidad se hizo una corrección respecto del incendio. En términos prácticos sí produce un efecto, porque al no aplicarse el grado mínimo y no aplicarse las reglas de determinación de la pena que están en la ley, si la persona tiene una o dos atenuantes pueden rebajar la pena, puede rebajarla un grado. Se le dio una pena autónoma al caso y a esta figura porque se le aplicaba la de estrago y la verdad es que se le aplicó una pena autónoma porque no tenía mucho sentido mantenerla así. Y hubo normas que no llegaron a puerto, por ejemplo mejorar esto de la cooperación eficaz, quedó tal cual. El tema de la tentativa -eso fue un tema bastante debatido porque tenía una pena muy alta y en eso hubo consenso-, se rebajó la pena de la conspiración, de la tentativa y de la amenaza terrorista. Y se estableció una norma sobre el desistimiento de la tentativa conforme a los criterios que hoy día se manejan en términos de desistimiento. Lo exime de toda pena y si es de una tentativa en que hay coparticipación ésta tiene que ser eficaz.

Fue en todo caso un esfuerzo por tratar de mejorar lo que había, que era una norma que era mala. Yo creo que se mejoró de manera importante. Evidentemente estos temas siempre se pueden discutir, mejorar, pero creo que fue un paso que no se había dado antes. Las reformas que se habían dado antes sí eran cosméticas. Esta me parece que no es cosmética. Tiene aspectos relevantes que han contribuido a, por lo menos, tener una visión crítica del tema y por supuesto que aplaudo esta iniciativa, porque siempre es bueno poder sentarse y discutir con altura de miras el cómo poder cambiar nuestra legislación.

## Antonio Horvath Kiss

Senador de la República de Chile

*Antonio Horvath Kiss es Ingeniero Civil de la Universidad de Chile y magister en Ciencias de la Ingeniería de la Universidad de Purdue, Estados Unidos. Adicionalmente estudió Bellas Artes en la Universidad de Chile. En 1989 fue elegido diputado por el distrito 59 y desde 1993 ha sido elegido sucesivamente senador por la Región de Aysen, cargo que actualmente desempeña.*



Quisiera agradecer a los organizadores del seminario Terrorismo y Estándares Internacionales en Derechos Humanos, a la Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos y al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su representante de América del Sur, don Amerigo Incalcaterra. Saludar a los participantes, a los distinguidos académicos, juristas, jueces, defensores de los derechos humanos, ministros de la Corte Suprema en quienes tenemos puesta nuestras esperanzas en justas causas.

Esta relevante y delicada materia desde luego es una amenaza permanente para la cual permanentemente tenemos que movernos en prevención y sanción. En términos más ciudadanos, desde luego el ataque a inocentes en busca de implantar el miedo y el terror para decidir cuestiones de poder; obviamente, como aquí se ha señalado, está claramente vinculado con la política. Esto, además, vulnera la confianza y rompe el delicado e imprescindible tejido social. Así como prevenir y combatir el terrorismo tenemos que evitar que en esta acción se vulneren temas esenciales de los derechos humanos como la presunción de inocencia, la garantía del debido proceso; es decir, también en términos ciudadanos, cómo protegemos de los protectores.

La baja valoración ciudadana en nuestro país, en particular de los poderes del Estado, y la mayor credibilidad de los medios de comunicación como la radio, demuestran la clara necesidad de reformular en nuestro país instancias de participación social, participación ciudadana oportuna, real y también legitimar la generación de los poderes del Estado, si nos quedamos solo en lo formal genera frustración ciudadana que también es un caldo de cultivo. Por otro lado, la concentración del poder económico, político y social, por ende de los medios de comunicación, no resiste más. Algo hemos avanzado recientemente.

Quiero destacar la ley de antidiscriminación en la cual se ha buscado un balance entre las distintas garantías constitucionales, el perfeccionamiento de la democracia claramente pendiente en nuestro país y la participación eficaz de las personas en las soluciones y en las decisiones de carácter político. Evitar vulnerabilidades desde proyectos que - no puedo dejar pasar la ocasión - pretender resolver los problemas de la energía eléctrica en Chile a través de una línea de 2300 km. desde aquí hasta la Patagonia es un anzuelo, la guinda de la torta, para los actos terroristas. O sea, hacer las vulnerabilidades también juega su rol.

Los programas sociales y la movilidad positiva de esta, la clase media víctima del exceso de liberalismo sin regulación. También intentar resolver esto apunta en la sana y correcta dirección que nos ha señalado en estos diez puntos el Relator Emmerson. Nuestro país, además, al igual que muchos tiene enormes inequidades. Los indicadores de Desarrollo Humano del PNUD señalan a nuestro país y sobre todo a comunas del sector oriente de Santiago, con estándares de todo tipo -incluidos de derechos humanos- equivalentes de países altamente desarrollados. Pero también tenemos comunas que están en el nivel de desarrollo humano de África, con el debido respeto a esos países.

No voy a entrar, obviamente por la calidad y características de ustedes, en temas más conocidos como los siete pecados capitales del terrorismo del historiador Paul Johnson. Pero no puedo dejar de recordar el que millones de personas fuimos testigos de la caída de la segunda torre gemela. Eso es un fenómeno nuevo, presenciar un acto terrorista en directo desde luego ha cambiado la perspectiva con que nosotros miramos estos hechos en el mundo. Tampoco voy a entrar en detalle de la ley porque hay personas aquí mejor calificadas, pero a modo de ejemplo la falta de control de la aplicación de la propia ley, que el Ministerio Público decida someter a los imputados a su arbitrio, sin un adecuado control jurisdiccional. En esta materia los testigos protegidos impiden el ejercicio del derecho de la defensa material, ya que si bien pueden ser contrainterrogados, no se puede entrar en ningún antecedente de detalle porque se vulnera su identidad.

Otras áreas que nos abren desafíos son neologismos tal vez como el eco-terrorismo o el terrorismo ambiental. Lo que también se está haciendo frecuente es el crimen o el terrorismo contra la imagen de determinados personajes o áreas políticas. Solamente quisiera señalar que, como Congreso Nacional y, especialmente, como Senado estaremos particularmente receptivos a lo que ustedes nos señalen y esta oferta que ha hecho el Relator; la aceptamos no solo al gobierno sino que al Congreso. Nosotros tenemos potestades en esta materia. Así, la verdad es que les deseo éxito en lo que están emprendiendo, les agradezco sinceramente lo que están haciendo y desde luego esta es una causa justa en la que nos vamos a sumar en plenitud.

Muchas gracias.

## Preguntas, comentarios e intercambio de ideas



**Pregunta 1.** *¿Qué justificación existe para que la Corte Suprema ante la apelación hecha por los cuatro condenados de Cañete a la Corte Suprema hayan usado como aseveración central las informaciones de los testigos protegidos y la confesión de uno de los condenados obtenida bajo tortura?*

**Hugo Dolmestch.** No se olvide que los procesos hoy día son de única instancia. No hay apelación a la Corte Suprema. La Corte Suprema sólo ve el recurso de nulidad. Entonces tiene que haber alguna infracción durante el procedimiento o en la dictación de la sentencia a normas constitucionales. Entonces, los hechos no los revisa la Corte Suprema y no los ha revisado nunca. Solo sobre la base de la nulidad. Por eso quedo firme, por ejemplo, la condena que venía hecha por el robo. La Corte Suprema no se mete en eso. No se ha metido nunca. De hecho con la casación también, es cuestión de derecho no más. Los hechos quedan establecidos no más a no ser que puedan atacarse, pero en este caso los hechos se mantienen. Esa no es función de la Corte Suprema.

**Pregunta 2.** *¿Por qué la Corte Suprema al ver el caso de Cañete no cuestionó la utilización de la Ley 18.314 cuando finalmente los comuneros mapuche fueron condenados por delitos comunes?*

**Hugo Dolmestch.** Es lo mismo. Si los hechos fueron establecidos a través de un procedimiento que utilizó la ley antiterrorista, pero en los delitos propiamente tal ya el Tribunal Oral en lo Penal los había absuelto a todos. Entonces, lo que estaba allí se utilizó. No alcanza a la Corte Suprema esto.

**Pregunta 3.** *¿Habiendo ciento diecisiete conceptos de terrorismo por qué ninguno existe en Chile?*

**Juan Domingo Acosta.** Supongo a que se refiere a que si alguno se tomó en la ley. Si es que se tomó algún concepto. A mí me parece que no siempre la ley tiene que tomar un concepto de algo. Cuando cite que había ciento diecisiete conceptos lo hice porque quiero decir que es un tema que es debatido en el mundo, sobre el cual hay múltiples tratados, convenciones y múltiples opiniones. Eso quise significar primero. Segundo, que la ley no tome un concepto es perfectamente válido. Por ejemplo los códigos más modernos no definen qué es delito y eso no tiene nada de grave. Los códigos más antiguos, el nuestro por ejemplo, que es el segundo más antiguo del mundo si no es el más antiguo, todavía contiene una definición. Entonces eso no es algo gravitante. Y tercero, como dije en mi exposición, lo que se hizo aquí fue un cambio sin alterar lo que era el concepto tradicional de terrorismo, se mejoró ese concepto pero no se alteró. Existiendo la opción por supuesto de tomar un concepto distinto como podría haber sido el concepto alemán, pero eso es algo que evidentemente había que hacerlo con otra perspectiva, con otra misión y no en ese momento me parece. Se tomó y mejoró el concepto de terrorismo que estaba en la Ley 18.314.







**INDH**  
INSTITUTO NACIONAL DE  
DERECHOS HUMANOS



NACIONES UNIDAS  
**DERECHOS HUMANOS**  
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

*América del Sur*  
*Oficina Regional*