

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 01 de diciembre de 2014 - Sesión 232

Resumen ejecutivo

El presente documento analiza el proyecto de ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal (Boletín N° 9692-07). Con dicho fin, en primer lugar se procede a repasar los principales estándares de derechos humanos aplicables a la legislación antiterrorista, extraídos desde el marco normativo internacional y su desarrollo realizado por diversos órganos de tratados y tribunales supranacionales.

Gran parte de la crítica a la legislación antiterrorista actual, tal cual ha sido expuesta por el INDH en sus Informes Anuales 2010, 2011 y 2012, y en otros documentos de análisis (Minuta sobre reforma a la Ley Antiterrorista, 2011, e Informe Sobre cuestiones a considerar en una Reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el INDH, 2014), emana de la aplicación de dichos estándares, que en definitiva podemos reconducir siempre a la afirmación de la Comisión IDH en el sentido de que “el objeto y el propósito mismo de las iniciativas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo” (Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/SER.I/V/II.116, 2002).

En esta parte, el informe se centra en la definición de delito terrorista, principio de legalidad, garantías judiciales y debido proceso, testigos protegidos y derecho de defensa, secreto de la investigación, libertad personal, detención y prisión preventiva, y finalmente igualdad y no discriminación.

Luego de dicha revisión de estándares, el informe se aboca al análisis concreto del proyecto de ley, destacando sus aspectos positivos y centrándose en varias observaciones puntuales principalmente en lo relativo a la definición de “asociación criminal terrorista”, la regulación de casos de “terrorismo solitario”, la situación de los adolescentes, prohibición de beneficios alternativos, las penalidades propuestas y diversos aspectos procesales penales.

Para finalizar, se agrega una sección con doce conclusiones que abarcan las principales cuestiones tratadas en el informe.

¹ Proyecto de Ley ingresado al Senado con fecha 4 de Noviembre de 2014, encontrándose en primer trámite constitucional.

1. Antecedentes

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) fue creado en el año 2009 por la Ley 20.405, con el objeto de promover y proteger los derechos humanos de las personas que habiten el territorio de Chile, y entre las facultades que con ese fin se le entregan está la del artículo 3 N°4: “Promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva”.

Desde el primer Informe Anual elaborado por el INDH en 2010, la Ley Antiterrorista (LAT) ha sido objeto de preocupación recomendando su aplicación excepcional de manera de evitar que esta legislación especial se utilice respecto de actos de protesta social, además de “avanzar en una nueva reforma que la haga compatible con las garantías del debido proceso”². Posteriormente, en el Informe Anual 2011 se abordó en detalle la crítica de la LAT, antes y después de la reforma efectuada en octubre del 2010 mediante la Ley 20.467³. En el Informe Anual 2012 se analizó en concreto la aplicación de la LAT en ciertos casos de la Araucanía y la Región Metropolitana, además de referir el conjunto de observaciones y críticas realizadas desde el nivel internacional a esta normativa⁴.

Además, en uso de sus facultades el INDH ha realizado observación en juicios en que se ha invocado la LAT⁵.

En abril del 2014 el Gobierno, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, convocó a una Comisión de Expertos para trabajar en una nueva propuesta de regulación jurídica de los delitos terroristas. Durante el tiempo de funcionamiento de esta Comisión el INDH fue consultado por su posición y en cumplimiento de dicha solicitud fue emitido un “Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el INDH”⁶, exponiéndose también en forma oral su contenido y principales conclusiones.

² INDH, Informe Anual 2010, pág. 164.

³ INDH, Informe Anual 2011, capítulo III: acceso a la justicia. 5.- Ley que determina conductas terroristas, páginas 107 a 117.

⁴ INDH, Informe Anual 2012, capítulo I: seguridad democrática y derechos humanos, pág. 28 a 33.

⁵ El INDH ha efectuado observación directa en los siguientes juicios: “Caso Bombas” (Causa RIT 138-2011; RUC 0700277303-6 del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago); Causa “Carla Verdugo e Iván Silva” (RIT 182-2013; RUC 1200393089-9 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago); Caso “Víctor Hugo Montoya” (RIT 24-2014 del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, RUC 1300145684-3); Caso “Peaje Quino” (Causa RUC 0900969218-2; RIT 58-2012 (adultos) y 91-2013 (adolescentes) del Tribunal Oral en lo Penal de Angol); Caso “Fundo Brasil” (Causa RUC 0910021481-1; RIT 195-2014 (adultos) y 188-2014 (adolescente) del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso “Fundos San Leandro y Tres Luces”. (Causa RUC 0900033605-7; RIT 25-22014 (San Leandro) y RIT 23-2014 (Tres Luces), del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso “Tur Bus” (Causa RUC 0900697670-8; RIT 099-2013 del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso “Celestino Córdova” (RUC 1300014341-8, RIT 220-2013 del TOP de Temuco).

Además, se ha realizado seguimiento a otros casos como el de “Hans Niemeyer” (RIT 45-2013 del 7° TOP de Santiago) y “Luciano Pitronello” (RIT 150-2012 del 4° TOP de Santiago) en la Región Metropolitana, se han recopilado las sentencias dictadas y se ha solicitado permanentemente información actualizada sobre estos temas al Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio del Interior.

⁶ Aprobado por el Consejo del INDH el 22 de julio de 2014. Este documento se acompaña en anexo N°1.

El día 13 de octubre del 2014 dicha Comisión hizo entrega al Ejecutivo de un Informe con su propuesta en la materia. A su vez, la Presidenta de la República, mediante Mensaje Presidencial N° 755-362, envió al Congreso Nacional un proyecto de Ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal (Boletín N° 9692-07). Dicho proyecto fue ingresado al Senado y está actualmente en su primer trámite constitucional.

El proyecto de ley presentado por el Gobierno para determinar las conductas terroristas y fijar su penalidad, contempla la modificación tanto del Código Penal como del Código Procesal Penal, en reformas tanto de carácter sustantivo como procesal. No se plantean modificaciones a la regulación constitucional del terrorismo⁷, lo cual es entendible pues se opta por modificar la legislación vigente a través de una Ley de Quorum Calificado, quedando pendiente una reforma constitucional que adecue la regulación de terrorismo del texto constitucional con los estándares internacionales de derechos humanos.

En las modificaciones de Derecho Penal sustantivo, se consagra principalmente la propuesta de tipificación de la “asociación criminal terrorista”, junto con normas que regulan penalmente la “delincuencia terrorista”. En cuanto a las modificaciones de carácter procesal, se trata en lo medular de propuestas dirigidas al establecimiento de diligencias y medidas especiales de investigación para los delitos organizados o complejos.

En cuanto a los fundamentos sobre los cuales declara inspirarse la propuesta, se afirma en el mensaje que la ley antiterrorista vigente es criticada por su origen y que su ineficacia la ha puesto en desuso. En efecto, declara el mensaje que pese a sus modificaciones posteriores, la legislación actual nació bajo una concepción cuyos principios ya no son los predominantes y que su posterior aplicación selectiva conspira contra su legitimidad democrática. El proyecto también asegura que la ley antiterrorista vigente ha sido denunciada por los problemas jurídicos que presenta, además de reconocer expresamente el aumento desproporcionado de las penas que establece, la extensión a delitos contra la propiedad, la dificultad de prueba de los elementos subjetivos del tipo penal y la utilización de testigos protegidos, todo lo cual ha significado el rechazo internacional a la legislación antiterrorista chilena.

Por último, el proyecto pretende derogar la ley 18.314 manteniendo igualmente la regulación en un cuerpo normativo especial, desestimando expresamente su incorporación al Código Penal. Al respecto, se señala, que si bien existe conciencia de la conveniencia de agregar estas reformas al Código Penal, esta incorporación se haría cuando el Código Penal sea modificado en su integridad.

⁷ Entre las disposiciones contenidas en la CPR, se pueden mencionar el artículo 9, el artículo 16 N°2, artículo 17 N°3 y artículo 19 N° 7, letra e). Para el detalle, ver informe INDH (2014) anexo a este informe.

2. Estándares internacionales aplicables a la legislación antiterrorista

2.1 Estándares internacionales sobre la definición de delito terrorista

En el Derecho Internacional existen numerosos instrumentos cuyo propósito es combatir el terrorismo, contándose al menos con 17 convenios y protocolos internacionales que establecen obligaciones para los Estados partes en orden a sancionar los hechos que lo configuran y la adopción de todo tipo de medidas para prevenirlo⁸. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha señalado que “*el terrorismo deber ser condenado ya que “constituye una amenaza contra la paz y la seguridad internacional”*”⁹.

A nivel regional la Convención Interamericana contra el Terrorismo¹⁰ obliga a los Estados a sancionar el terrorismo y a que en dicho cometido respeten los límites y garantías que impone el respeto a los derechos fundamentales. De esta forma, la obligación jurídica de sancionar el terrorismo va aparejada de la necesidad de delimitarlo con precisión puesto que, de lo contrario, a pretexto del combate antiterrorista se podrían vulnerar derechos humanos y libertades que precisamente se trata de proteger frente a este fenómeno.

El respeto y garantía de estos derechos constituyen el límite al accionar del Estado en la ejecución del deber de investigar y sancionar hechos de particular gravedad que alteren la convivencia social. Así, dicha Convención interamericana señala en su artículo 15.1 que “*las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales*”, y en el 15.3, refiriéndose a las personas que sean encausadas por este tipo de delitos, dispone que se les “*garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se*

⁸ Los instrumentos internacionales son los siguientes: Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Convenio de Tokio), 1962; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de La Haya), 1970; Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 2010; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal), 1971; Convención para prevenir y sancionar los actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional, 1971; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 1973; Convención internacional contra la toma de rehenes (Convención sobre los rehenes), 1979; Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Convención sobre los materiales nucleares), 1980; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 1988; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, 1988; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, 1991; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, 1997; Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 1999; Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, 2005; El Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional, 2010 (Nuevo Convenio de Aviación Civil).

⁹ Resolución del CS N° 1368, de 12 de septiembre de 2001.

¹⁰ Convención Interamericana contra el terrorismo, adoptada el 3 de junio de 2002, ratificada en Chile mediante Decreto Supremo 263, de 24 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial el 10 de febrero de 2005.

encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional”. Ello porque, como lo ha dicho la Comisión IDH, “[e]l objeto y el propósito mismo de las iniciativas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo”¹¹ y malamente podrían darse sin apego a dichas normas.

Lo anterior también ha sido reafirmado por la misma Comisión IDH (2010), que señala que el terrorismo “[c]onstituye una forma de violencia de naturaleza particularmente infame y abominable que no es justificable cualesquiera que sean sus protagonistas o sus objetivos, y merece el rechazo más contundente por lesionar tanto a los individuos como a la sociedad en su conjunto”¹².

Por otra parte, en relación al concepto de terrorismo no existe hasta ahora una definición consensuada internacionalmente. No obstante, sí existe acuerdo en cuanto a que se trata de actos de particular gravedad que no caben dentro de la categoría de delitos comunes. Así entonces los instrumentos internacionales en la materia se refieren sólo a diversas formas de delito terrorista y no contemplan una definición oficial¹³. En este sentido la Estrategia Global de Naciones Unidas contra el Terrorismo ha establecido un conjunto de elementos que dan cuenta de su finalidad. De acuerdo a dicho documento aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el terrorismo comprende “[a]ctividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizando los gobiernos legítimamente constituidos”¹⁴.

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

¹¹ Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, Resumen Ejecutivo, párrafo 2.

¹² Comisión IDH. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaue y Otros Vs Chile. 5 de noviembre de 2010, párrafo 124. La misma Comisión IDH (2002) ha habido establecido iguales criterios al sostener que la “[l]ucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto al derecho nacional e internacional, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, para preservar el estado de derecho, las libertades y valores democráticos en el Hemisferio, elementos indispensables para una exitosa lucha contra el terrorismo” (Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, Resumen Ejecutivo, párrafo 8)

¹³ En este sentido también Ambos, Kai, “La lucha antiterrorista tras el 11 de septiembre de 2001”, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículos N° 39, año 2007, pag. 9 y ss. Este autor señala que los esfuerzos para alcanzar una definición antiterrorista son anteriores a la Segunda Guerra Mundial y desde entonces quedó patente que el principal problema para adoptar una definición jurídica de terrorismo, es precisamente, su falta de unanimidad. Por esta razón afirma Ambos, la comunidad internacional decidió “salvar el obstáculo a corto y mediano plazo, acudiendo a un enfoque pragmático y proscribir una serie de conductas determinadas que sería definidas como actos terroristas” (Ibid.)

¹⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, Estrategia Global contra el terrorismo, A/RES/60/288, 8 de septiembre de 2006.

La mencionada convención regional, sin definir el delito terrorista, acude para ello directamente a 10 convenciones, protocolos y convenios internacionales destinados a la prevención, prohibición y sanción de formas delictuales que para los efectos de los instrumentos respectivos se consideran terroristas¹⁵. Se trata de actos criminales particularmente graves, como el apoderamiento ilícito de aeronaves y actos contra la seguridad de la aviación civil; delitos contra personas internacionalmente protegidas; toma de rehenes; protección de materiales nucleares; violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional; delitos contra la seguridad de la navegación marítima; actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental; atentados terroristas cometidos con bombas y financiación del terrorismo, entre otros.

A pesar de la ausencia de una definición aceptada internacionalmente, es posible advertir en el derecho internacional comparado y en la doctrina criterios normativos que conciben el terrorismo como un atentado organizado contra la institucionalidad política-jurídica, que por la finalidad y naturaleza de los medios empleados, así como por la afectación y daño indiscriminado a determinados bienes jurídicos, requiere de una respuesta punitiva especialmente rigurosa por parte del Estado.

En el Derecho Internacional, en el Derecho Comparado y en la doctrina existen criterios normativos que concuerdan en concebir el terrorismo como un atentado organizado contra la institucionalidad política-jurídica, que por la finalidad y naturaleza de los medios empleados, así como por la afectación y daño indiscriminado a determinados bienes jurídicos, requiere de una respuesta punitiva especialmente rigurosa por parte del Estado. En palabras del profesor Manuel Cancio existirían tres elementos propios que configuran desde una perspectiva jurídico-penal el concepto de terrorismo, “[...]por un lado, la organización y su especial peligrosidad, y, por otro, la utilización del terror como estrategia de comunicación, sumado al tercer factor, la dirección política”¹⁶.

¹⁵ Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973); Convención Internacional contra la toma de rehenes (1979); Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1988); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítimo (1988); Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988); Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, (1997) y el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999).

¹⁶ Cancio Meliá, Manuel (2010). Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto. REUS, Madrid, pg. 184. En esto Cancio coincide con la doctrina mayoritaria, que también se inclina por entender el delito terrorista como organización criminal, sobre esto ver Villegas Díaz, Myrna (s/f). Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal. La autora detalla, entre otros, los siguientes: LAMARCA, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*. En: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985; *La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*. En: ADPCP, núm. 42, sep-dic. 1989; *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*. En: ADPCP, 1993. GARCÍA RIVAS, N. *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*. En: PJ n°10, 1984. MESTRE DELGADO. *Delincuencia terrorista y*

El Tribunal Constitucional español ha refrendando este concepto señalando que “[e]l terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como ‘terrorista’, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de ‘banda’, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas”¹⁷.

Si bien de los instrumentos internacionales destinados a la prevención y sanción del terrorismo no puede desprenderse expresamente la conclusión de que para su comisión se requiere de la existencia de un grupo, es posible sostener que por la naturaleza de los hechos incriminados ello es aconsejable. De hecho, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas identifica expresamente este elemento, pues comete delito el que “[c]ontribuya de algún modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 o 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o delitos de que se trate” (art. 2, 3.c). La misma exigencia contiene el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (artículo 2, 4.c).

De lo contrario, se corre el riesgo de que la definición legal de terrorismo se extienda a otro tipo de fenómenos que no tienen la naturaleza organizada de la amenaza que representa el terrorismo. Tal cual he señalado el relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinen, al identificar *Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo*, “la adopción de definiciones de terrorismo demasiado amplias pueda dar lugar a tergiversaciones deliberadas del término, por ejemplo, para responder a reivindicaciones y movimientos sociales de pueblos indígenas, así como a violaciones no intencionales de los derechos humanos” y que “si la legislación antiterrorista y las actividades asociadas no se circunscriben a combatir conductas que son realmente de carácter terrorista, también se corre el riesgo de que, si tienen por efecto restringir el disfrute de los derechos y libertades, se quebranten los principios de necesidad y proporcionalidad, sobre cuya base se autoriza toda restricción de los derechos humanos”¹⁸.

Audiencia Nacional. Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987. CALDERÓN CERREZO- CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Penal*. tomo II. Parte Especial; editorial Bosch, 1999. PRATS CANUT. *De los delitos de terrorismo*. En: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, et. al *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Editorial Aranzadi, 1999. DE PRADA SOLAESA. *Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*. En: JpD nº 25, marzo de 1996. PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Editorial Debate, Madrid, 1990. BARÓN QUINTERO. *Legislación y Jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución*. En: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borrallo, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, 199/1987, párrafo 4. En: <http://constitucion.rediris.es/juris>

¹⁸ A/HRC/C/16/51, 22 de diciembre de 2010, párrafo 26.

2.2 El principio de legalidad penal como punto de partida de la regulación del terrorismo

El principio de legalidad forma parte de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se alza como un derecho fundamental y que no puede ser suspendido, incluso en tiempos de emergencia pública, prescribiendo que *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*.

Lo anterior implica que la imposición de la responsabilidad penal está limitada a disposiciones claras y precisas, de manera de respetar el principio de certidumbre del derecho y de velar por que no esté sujeto a interpretaciones que amplíen indebidamente el alcance de la conducta prohibida. Los Estados no pueden utilizar las definiciones excesivamente vagas o amplias del terrorismo como un medio para abarcar acciones pacíficas encaminadas a proteger, entre otras cosas, derechos laborales, los derechos de las minorías o los derechos humanos o, más en general, para limitar cualquier tipo de oposición política¹⁹.

En el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”* (art. 9). Luego, aun cuando se trate de conductas especialmente repudiables, el Estado sólo puede perseguir y determinar la responsabilidad penal de una persona, cuando la conducta ha sido previamente descrita, de manera nítida en la forma y por los medios que el ordenamiento jurídico establece. Como lo señala la Corte IDH (1999), *“la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”*²⁰.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte, la Comisión IDH (2010) ha señalado que *“la determinación de las conductas que van a ser calificadas como delitos y respecto de las cuales se activa el poder punitivo del Estado, corresponde en principio a éste último en el ejercicio de su política criminal, con base a sus particularidades históricas, sociales y de otra índole. Sin embargo, del artículo 9 de la Convención Americana se derivan ciertos elementos que deben ser observados por los Estados al momento de ejercer la potestad de definir tipos penales. En lo relevante para el presente caso, y tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el principio de legalidad trae como corolario la regla según la cual la legislación penal debe estar formulada sin ambigüedades, en*

¹⁹ Véase un ejemplo regional en Castillo Petrucci y otros vs. Perú (párr. 121).

²⁰ Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y Otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párrafo 121.

*términos estrictos, precisos y unívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos*²¹.

En nuestro país, la Constitución Política de la República dispone que *“ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella”* (art. 19 N° 3 inciso 8). El Tribunal Constitucional por su parte ha sostenido que *“el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su núcleo esencial, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior”*²² y distingue entre principio de legalidad y principio de tipicidad, sosteniendo que *“el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero”*²³. Así, mientras *“la legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley (...) la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”*²⁴.

También el TC ha señalado que *“el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su núcleo esencial, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior”*²⁵ y que se traduce en un *“límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y en un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona”*²⁶.

2.3 Garantías judiciales y debido proceso aplicables al terrorismo

Las garantías procesales constituyen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde sus inicios y se encarnan, entre otros, en el principio de contradicción que *“incluye (...) la noción de que las normas del procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja frente a la otra”*²⁷. La Declaración Universal de Derechos Humanos (art.10), la Declaración Americana (art. XXVI), la Convención Americana (art.8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) establecen que toda persona tiene derecho *“a ser oída”*, lo que incluye la facultad de controvertir la prueba de cargo y la participación de la asistencia letrada para el control de la prueba rendida en juicio.

²¹ Comisión IDH. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupé y Otros Vs Chile. 5 de noviembre de 2010, p. 116

²² STC Rol 479-06, de 8 de agosto de 2006, c. 20.

²³ STC Rol 244-96, de 26 de agosto de 1996, c. 10.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ STC 479, c. 20

²⁶ STC 1443, c. 23. En el mismo sentido, STC 1432, cc. 26 y 28.

²⁷ Defensoría Penal Pública (2003). Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos. Santiago, pág. 89.

El Comité de Derechos Humanos aprobó la Observación General N° 32, en que revisó su observación general sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, afirmando que el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia es un elemento fundamental de la protección de los derechos y sirve para salvaguardar el imperio de la ley por medios procesales²⁸.

Las garantías procesales, se establecen en los artículos 14 y 15 del Pacto e incluyen el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído con las debidas garantías y en un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial, y el derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisados por un tribunal superior que reúna los mismos requisitos²⁹.

2.3.1 Los testigos protegidos y el derecho a defensa

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

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

²⁸ Observación General CDH N° 32, Julio de 2007 señala que *“El artículo 14 del Pacto tiene por objeto garantizar la adecuada administración de la justicia y a tal efecto garantiza una serie de derechos específicos, incluida una garantía general de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, si enfrentan una acusación de carácter penal o si sus derechos y obligaciones tienen carácter civil, que todas las personas acusadas de un delito tienen derecho a la presunción de inocencia en tanto no se demuestre su culpabilidad con arreglo a derecho y que todas las personas condenadas por un delito tengan derecho a que su condena sea revisada por un tribunal superior con arreglo a derecho”*.

²⁹ Véase, en general, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 13 (1984).

detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo al presente Convenio gozará de un trato equitativo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y con las disposiciones pertinentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional en materia de derechos humanos” (art. 14).

La igualdad de medios procesales forma parte y dota de contenido el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, “*esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que importe ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado*”³⁰.

A nivel regional, la Convención Interamericana contra el Terrorismo dispone que “*toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional*” (art. 15.3).

En el sistema interamericano, la Corte IDH ha indicado que “*dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa*”³¹. La Comisión IDH, siguiendo esta jurisprudencia y a propósito del análisis de este derecho en el marco de la acción antiterrorista, ha refrendado que el derecho a interrogar a los testigos de cargo “*(...) constituye una de las garantías mínimas a las que tiene derecho toda persona, en condiciones de igualdad, durante cualquier juicio penal que se siga en su contra, por estar directamente relacionado con la oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan, lo cual es esencial para asegurar que el juicio sea justo...*”³². Por tanto, el examen de la prueba testimonial rendida es parte del derecho a la defensa en igualdad de condiciones y representa el medio eficaz para controlar la aptitud, imparcialidad e idoneidad de este medio de prueba. El irrespeto a este derecho altera seriamente la naturaleza adversarial del procedimiento penal.

³⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32. Artículo 14. El Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. CCPR/C/GC/32. 23 de agosto de 2007, párrafo 13.

³¹ Corte I.D.H., Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 154 En el mismo sentido, Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas v. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 152. Este Tribunal ha señalado anteriormente que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa; Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía v. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 184. “La Corte Interamericana ha señalado, como lo ha hecho la Corte Europea, que el inculpado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.

³² Comisión IDH, OEA/SER.L/V/II.116, Op. Cit., párrafo 235.

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

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

b. Que la adopción de dicha medida no afecte las garantías esenciales del debido proceso, lo cual ha de ponderarse en la especificidad del caso particular. En los términos de la CIDH, *“dichas medidas deben evaluarse caso por caso, aunque siempre disponiendo que su carácter o aplicación no comprometan las garantías inderogables de los encausados a un juicio justo, incluidos su derecho a la defensa y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial”*³³.

c. En cuanto medio de prueba, el testimonio prestado por el testigo bajo reserva de identidad, debe haber sido compensado *“con otras medidas dentro del proceso, a ser evaluadas caso por caso, que reparen el desequilibrio en el ejercicio del derecho de defensa del acusado, y las declaraciones de las personas con reserva de identidad no pueden ser las pruebas determinantes para llegar a una condena”*³⁴.

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

En este mismo sentido, una sentencia reciente del Tribunal Constitucional se ha referido al tema señalando que la garantía constitucional de un proceso racional y justo obliga al juez a velar por la vigencia tanto del derecho a la libre producción de la prueba como del derecho al examen y objeción de la prueba rendida y que, para que la medida de reserva de identidad de los testigos cumpla con lo anterior, debe resguardarse lo siguiente: que la medida se limite a casos en que es estrictamente necesaria; que se debe proteger la posibilidad de las partes de interrogar a dichos testigos en el contexto del derecho a defensa; que los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos o víctimas citados/as a declarar, lo que obliga a examinar en cada caso si la reserva de identidad es útil e imperiosa; que la reserva de identidad se decrete sólo en la persecución de delitos de extrema gravedad y que se disponga únicamente si hay datos concretos que permitan presumir un atentado grave en contra del testigo. Agrega también que el anonimato del testigo realmente sirva para evitar tal atentado y que no exista otra forma de impedir dicho atentado menos lesiva del derecho de defensa del imputado (como la caracterización física

³³ Ibídem, párrafo 233.

³⁴ Comisión IDH (2010), Op. Cit., párrafo 240.

del testigo o impedir el ingreso del público a la sala de audiencias), así como también que el tribunal sí conozca la identidad del testigo; que la defensa del imputado pueda interrogar al testigo; que la declaración prestada por el testigo durante la investigación haya podido ser revisada por la defensa del acusado con el tiempo suficiente para preparar el contrainterrogatorio; que el tribunal sea más exigente para atribuir fuerza probatoria a los dichos del testigo de cargo cuya identidad la parte desconoce, que a los del testigo de descargo cuya identidad el acusador sí conoce (por la desigualdad de armas en el plano de la contradicción) y que la eventual condena no se fundara solamente ni de modo principal en las declaraciones del testigo con identidad reservada³⁵.

2.3.2 El secreto de la investigación

En cuanto a lo relacionado con el secreto de las investigaciones, se puede afirmar que para ejercer con plenitud el derecho de defensa las personas imputadas tienen que tener acceso a todos los antecedentes que se manejan en la investigación dirigida en su contra.

Esta exigencia está contenida en el artículo 14.3 letra b) del PIDCP³⁶, que garantiza que los acusados sean informados sin demora de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra, y que cuenten con los medios y facilidades adecuados para la preparación de su defensa. Garantías similares son consagradas en el artículo 8.2 letra c) de la CADH³⁷.

Contemplar la posibilidad de declarar el secreto sobre ciertas piezas de la investigación claramente contraviene ese derecho y sólo podría autorizarse de manera excepcional, por plazos de tiempo lo más acotados que sea posible, cuando se debe ponderar el derecho del imputado junto con otros intereses legítimos como lo ya señalado respecto a protección de testigos, o el éxito de la investigación. Con todo, en esos casos deben aplicarse, al igual que lo señalado respecto del uso de testigos protegidos, criterios de legalidad, estricta necesidad y el uso de mecanismos de contrapeso que permitan resguardar los derechos del imputado.

Una solución que demuestra una correcta comprensión del problema es aquella por la que se optó al aprobar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que en su artículo 54.3 letra e), no permite que la prueba confidencial sea usada por el Fiscal como base de la acusación, sino que sólo la autoriza “a los efectos de obtener pruebas nuevas”, que una vez obtenidas deben ser puestas en conocimiento del imputado y su defensa³⁸.

³⁵ STC Rol 2657-2014, de 9 de julio de 2014, Considerando Jurídico 23.

³⁶ “Art. 14.3: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”.

³⁷ “Art. 8.2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”.

³⁸ Estatuto de Roma, art. 54.3 “El Fiscal podrá: e) Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información”.

Debe además tenerse en cuenta que el derecho del imputado y su defensa a conocer todos los antecedentes de la investigación necesariamente debe respetarse de manera más intensa cuando el imputado se encuentra privado de libertad. Así lo ha declarado la Corte EDH en sentencias como la del Caso Lamy vs. Bélgica, de 30 de marzo de 1989, y la del caso Nicolova vs. Bulgaria, de 25 de marzo de 1999, pues sólo teniendo acceso a toda la información es posible que la defensa pueda efectivamente impugnar la procedencia de la detención o prisión preventiva. En especial la Corte EDH ha declarado que *“reconoce la necesidad de que las investigaciones penales sean conducidas con eficiencia, lo cual puede implicar que parte de la información recabada durante ella sea mantenida en secreto, con el fin de evitar que los imputados puedan manipular la evidencia y perjudicar la acción de la justicia. Sin embargo, un fin legítimo como éste no puede alcanzarse a costa de sustanciales restricciones a los derechos de la defensa. Por lo tanto, aquella información que resulte esencial para evaluar la legalidad de la detención debe ponerse, de manera adecuada, a disposición del abogado del imputado”*³⁹.

A nivel interamericano, la Corte IDH ha sostenido que *“El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”*⁴⁰.

A nivel constitucional, todos estos estándares deben entenderse como parte del derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos.

2.4 El derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal constituye un eje fundamental en la protección de los derechos civiles y políticos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el artículo 3 que *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. Por su parte el artículo 9 del PIDCP lo consagra expresamente al afirmar que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales.

Respecto a la Declaración Americana de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 1 se consagra el *“Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. Por su parte, la CADH, dispone en cuanto al derecho a la libertad personal, en su artículo 1° que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal y que las causas que la limiten deben estar fijadas de antemano por la Constitución y las leyes.

Asimismo, la posibilidad de restricción del derecho a la libertad personal exige la concurrencia de distintos requisitos. En primer lugar, cualquier privación de la libertad física tiene como primer requisito su legalidad. Lo anterior implica la existencia de normas legales que regulen en cada Estado, desde las causales que justifican la afectación hasta el

³⁹ Corte IDH, Caso García Alva vs. Alemania, sentencia de 13 de febrero de 2001, parr. 42.

⁴⁰ Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009, parr. 29

procedimiento para llevarlo a cabo. Al respecto, la Corte IDH ha señalado, en relación al artículo 7 de la CADH, que este tiene una doble dimensión, una formal y otra material, declarando que “*el aspecto material significa que nadie puede verse privado de libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley*” y en cuanto al aspecto formal “*se refiere a que esta privación sólo puede llevarse a cabo con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma*”⁴¹.

El segundo requisito para la restricción de este derecho, dice relación a que, junto a la legalidad, es necesaria la exigencia de ausencia de arbitrariedad, la cual debe estar presente tanto en el aspecto material como formal antes referido, es decir, tanto en la normativa como en la práctica de los funcionarios que la aplican. El Comité de Derechos Humanos, en el caso Van Alphen c. Holanda, estimó que “*la detención que sigue a un arresto legal debe ser razonable y necesaria en todas las circunstancias, condición que no se daba en el caso, por lo cual declaró que Holanda había violado el artículo 9 del Pacto Internacional*”⁴².

En el sistema interamericano, por su parte, existe una tercera limitación en cuanto a que sólo se permiten restricciones “*necesarias en una sociedad democrática*”. Este requisito se establece explícitamente para los derechos de reunión pacífica, libertad de asociación y libertad de movimiento. Sin embargo, su aplicación como un límite a las restricciones de cada uno de los derechos de la Convención se puede deducir del contexto mismo de la Convención, especialmente a la luz de su objeto y propósito⁴³.

2.4.1. El plazo de detención

El artículo 7.5 de la CADH obliga al Estado a que “*toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales*” y en el punto 6 se consagra el derecho de toda persona privada de libertad a “*recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales*”.

Por su parte, el artículo 9.3 del PIDCP reconoce el derecho de las personas detenidas a ser llevadas sin demora ante un juez y en el punto 4 el derecho a recurrir ante un tribunal que decida sobre la legalidad de su privación de libertad.

La consagración de situaciones que autorizan plazos más largos de detención inicial tiende en sí misma a contravenir estos estándares. En efecto, los plazos que se consagran en cada Estado a efectos de presentar al detenido ante la justicia forman parte del derecho al debido proceso y no admiten suspensión o restricción, como otras normas de derechos humanos⁴⁴.

⁴¹ Caso Gangaram Panday, de 4 de diciembre de 1991, párr. 47; caso Bámaca Velásquez, párr. 139, 22 de Febrero de 2002; caso Duran y Ugarte, párr. 85,16 de Agosto de 2000, entre otros.

⁴² CDH, caso Van Alphen c. Holanda, N° 305/1988.

⁴³ MEDINA, *ob. cit.*, pág. 267.

⁴⁴ Ver la Opinión Consultiva N°9 de la Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia, 6 de octubre de 1987.

A nivel regional, la Corte IDH ha entendido que la demora tolerable en materias de puesta a disposición de un detenido ante el tribunal es la necesaria para efectuar el traslado⁴⁵.

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha referido en algunos casos a que un plazo de detención de 4 días, incluso a pretexto de investigar delitos terroristas, es excesivo y viola la garantía de ser puesto sin demora a disposición de la autoridad judicial⁴⁶.

2.4.2. La prisión preventiva

Sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva y la necesidad de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, previsibilidad y excepcionalidad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintos fallos ha sostenido que *“las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”*⁴⁷ y que, por lo mismo, en el entendido de que la prisión preventiva constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, *“debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal (...) En este sentido, el Tribunal ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”*⁴⁸. Por lo mismo, en el entendido de que la prisión preventiva constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, *“debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal (...)”*⁴⁹.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Castillo Petrucci vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, par. 105, a) (citando a la Comisión IDH): “el Perú violó el artículo 7 de la Convención al no haber puesto a las supuestas víctimas a la orden del juez dentro del plazo razonable establecido en la Convención. En el caso en estudio el “juez militar recién [fue] notificado de las aprehensiones, de los allanamientos, de las requisas y de las pericias que se llevaron a cabo, treinta días después”, cuando la norma convencional establece que quienes sean detenidos deben ser llevados ante el juez sin demora, o bien con una demora tolerable. Puede entenderse como demora tolerable “aquella necesaria para preparar el traslado”.

⁴⁶ Corte EDH, Caso Brogan vs. Reino Unido, sentencia de 29 de noviembre de 1988, y Caso O’Hara vs. Reino Unido, sentencia de 16 de octubre de 2001. Ambos casos son referidos y comentados por Cecilia Medina, Derechos humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, Informe en derecho encargado por la DPP, 2012.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, Párrafo 197; *Caso Acosta Calderón*, supra nota 189, párr. 74; *Caso Tibi*, supra nota 206, párr. 180; y *Caso Ricardo Canese*, supra nota 172, párr. 153.

⁴⁸ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, Párrafo 67; *Cfr. Caso García Asto y Ramírez Rojas*, supra nota 7, párr. 106; Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, Párrafo 69; Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párrafo 228.

⁴⁹ *Ibíd.*

De este modo y para precaver el uso punitivo, es necesario garantizar que no existan delitos inexcusables *per se* y tener en cuenta que, incluso ante acusaciones graves como la de terrorismo, la prisión preventiva debe ser una medida excepcional y no constituirse en una pena anticipada, en sintonía con lo señalado recientemente por la Comisión IDH en su Informe de 2013 sobre prisión preventiva⁵⁰.

Ahora bien, en cuanto a los fines legítimos que debe tener la prisión preventiva, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido sistemática en sostener que para que esta sea respetuosa de los valores de una sociedad democrática debe trazarse como fines legítimos únicamente asegurar que el/la acusado/a no evada la acción de la justicia y no impida el desarrollo del procedimiento. Sobre el punto la Corte ha dicho que *“para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia”*⁵¹. Por lo mismo destaca la Corte IDH que nunca se debe perder de vista su carácter cautelar y no punitivo, puesto que de lo contrario, por ejemplo, una *“prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida”*⁵².

2.5 Igualdad y no discriminación

El ejercicio de derechos para todas las personas en igualdad de condiciones es requisito esencial en una sociedad democrática. En virtud del principio de igualdad y no discriminación, fundamento del sistema internacional de protección de los derechos humanos, se establece como una obligación del Estado de Chile adoptar aquellas medidas legislativas que sean necesarias para garantizar el efectivo goce de los derechos.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que *“la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”*⁵³.

⁵⁰ Comisión IDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13, 30 de diciembre de 2013, citado por INDH, 2014, página 19.

⁵¹ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, Párrafo 111; Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 101 y Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 90; Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, supra nota 58, párr. 103; Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, supra nota 58, párr. 90, y Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, supra nota 22, párr. 111.

⁵² Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela op. cit., Párrafo 111.

⁵³ Comité de Derechos Humanos Observación General No. 18 “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párr.1. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que “*Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos*”⁵⁴.

Los órganos del Estado responsables de investigar e impartir justicia deben adoptar sus decisiones sobre la base de la razonabilidad y proporcionalidad en relación al fin perseguido. En caso contrario, se incurrirá en un tratamiento diferenciado respecto de las demás personas que integran la comunidad que no se justifica, y por tanto, sería un trato arbitrario y discriminatorio. Para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la aplicación selectiva está sometida a un escrutinio estricto, recayendo la carga de la prueba en el ente estatal, a fin de no contravenir la prohibición absoluta de discriminación⁵⁵.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a propósito de los/las migrantes indocumentados señaló en su Opinión Consultiva que “... *el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico*”⁵⁶.

Igualmente la Constitución Política de la República en su Artículo 1° inciso 1° consagra que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Esta igualdad exige tanto un reconocimiento formal y también demanda una igualdad sustantiva, es decir, que el ejercicio de los derechos por parte de las personas no se vea obstruido por impedimentos fácticos. En otras palabras, el derecho no solo debe ser legalmente reconocido, sino que debe ser en la práctica ejercido libremente sin restricciones arbitrarias.

⁵⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 16 “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 34° período de sesiones, 2005, párr. 7. E/C.12/2005/4.

⁵⁵ Comisión IDH (2002), OEA/SER.L/V/II. 116, Op. Cit., párrafo 355: “[*l]a investigación efectiva de los delitos de terrorismo, debido a su motivación ideológica y los medios colectivos con los que se ejecutan, podrían requerir la investigación de individuos o de grupos conectados con determinados movimientos políticos, ideológicos, religiosos, o, en el caso del terrorismo instigado por un Estado, los gobiernos de ciertos Estados. La Comisión también debe subrayar, sin embargo, que las iniciativas antiterroristas que incorporan criterios de esta naturaleza, a efectos de no contravenir la prohibición absoluta contra la discriminación, deben basarse en una justificación objetiva y razonable en el sentido de que deben perseguir un objetivo legítimo, respetando los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y asegurando que los principios sean razonables y proporcionados con el fin perseguido. Las distinciones basadas en factores mencionados explícitamente en los artículos pertinentes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto*”.

⁵⁶ Corte IDH, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

3. Análisis del proyecto de ley

El INDH valora la apertura a legislar en torno a la materia para, como dice el mensaje del proyecto de referencia, actualizar la legislación antiterrorista a los estándares internacionales de derechos humanos. En este sentido constituye un avance que, coincidentemente con lo sostenido por el INDH, se constaten los problemas de los que adolece la actual ley 18.314 en materia de derechos humanos.

En términos generales, el proyecto en análisis intenta dar un paso decisivo en dirección a superar las deficiencias en materia de definición de terrorismo y garantías del debido proceso, punto que estuvo a la base del cuestionamiento que hiciera el INDH en relación con la Ley 18.314. En este sentido, la opción por una definición más precisa de los delitos de terrorismo que tiene en cuenta que en principio estos son cometidos por un tipo de organización criminal, el aumento de resguardos para los eventuales imputados, así como la búsqueda de un tratamiento sistémico a los crímenes de más alta complejidad resultan un esfuerzo en dicha dirección.

Sobre las modificaciones de carácter procesal penal en particular, el proyecto introduce medidas y diligencias tendientes no solo a fortalecer la investigación de los delitos terroristas, si no que abarca un ámbito de aplicación mucho más amplio consagrando medidas para facilitar la investigación de los delitos más complejos como la criminalidad organizada.

Destaca la exigencia de autorización judicial para la aprobación de medidas intrusivas y utilización de agentes encubiertos y agentes reveladores en los procedimientos en que ellas se utilicen. Por su parte, en cuanto al denominado uso indirecto de la ley antiterrorista, se establece que en ningún caso se podrá fundar una condena para un delito diferente con medios probatorios permitidos para estos casos.

También resulta un avance el régimen propuesto para los testigos protegidos, el que resulta más respetuoso de los derechos de los acusados que el de la legislación vigente, toda vez que se resguarda el ejercicio del derecho de defensa. Así, se establece que en ningún caso la duración de la reserva de dichos testigos podrá exceder de seis meses desde la primera declaración del testigo protegido y siempre cesará la reserva una vez cerrada la investigación. Igualmente se señala que en ningún caso la reserva del testigo impedirá el ejercicio del derecho a la defensa a que se le revele la identidad del testigo que sea(n) ofrecido(s) como medios de prueba por el Ministerio Público en su acusación y garantizándose igualmente el derecho a contrainterrogarlos en la oportunidad que corresponde.

No obstante lo señalado, persisten puntos de preocupación. Uno de ellos dice relación con la ausencia de modificaciones a la Constitución Política en materia de terrorismo. En el Informe del INDH entregado a la Comisión de Expertos para la Revisión de la Ley 18.314 se criticó especialmente el hecho de que la Constitución establezca que por el sólo hecho de que una persona sea acusada de la comisión de esta clase de delitos se le suspenda el derecho a sufragio, lo que vulneraría el derecho a la presunción de inocencia. Además se cuestionó la existencia de requisitos adicionales que se imponen para la obtención de la

libertad provisional. Es comprensible que esta materia no sea abordada en el proyecto de ley, considerando que se trata de una reforma legislativa que requiere de una ley de quórum calificado. La modificación de los aspectos de la regulación constitucional del terrorismo tendría entonces que ser objeto de un futuro proyecto de reforma constitucional.

También queda pendiente otro aspecto que preocupa al INDH. Se trata de la falta de regulación legal y, por lo tanto, de garantías respecto del modo en que se ejecutan en Chile las resoluciones internacionales relativas a la lucha contra el terrorismo internacional⁵⁷.

En cuanto al contenido del proyecto, preocupan algunas modificaciones que desmejoran situaciones en relación al régimen de la ley 18.314, reflejado en la regulación que se propone sobre los niños, niñas y adolescentes cuya exclusión del ámbito de la legislación antiterrorista es más restringida en este proyecto que en la actual legislación. En efecto el proyecto solo los/as excluye para efectos de sanciones y determinación de penas.

Preocupa también que el proyecto establezca limitaciones a los beneficios alternativos de cumplimiento de las penas de la ley 18.216 (reformada por la ley 20.603), excluyendo en algunos casos la posibilidad de estos beneficios a quienes resulten condenados por la nueva ley, pudiendo llegar a ser inconstitucional por discriminatoria y vulneratoria del principio de igualdad.

Por su parte, en materia procesal penal el INDH advierte algunos problemas en relación a la incorporación de medidas de carácter investigativo respecto de la criminalidad compleja u organizada, con prescindencia que se trate o no de la delincuencia terrorista. Con lo anterior se pretende que la normativa sea aplicable para todos los delitos de mayor gravedad, lo que atendido su alcance muy amplio nos parece que requeriría de mayor justificación ya que se trata de casos que exceden la motivación fundamental del proyecto, que es la investigación y persecución de los delitos terroristas.

En este mismo sentido, además no se define que se entiende por “*delitos complejos*” y, si bien existe una lista de delitos respecto de los cuales operaría la modificación, también es cierto que se considera una clausula que permite al Fiscal solicitar su aplicación a otros delitos no contemplados en el referido catálogo, con lo que en la práctica podría terminar aplicándose en la generalidad de los casos, cuestión que no responde a ninguno de los motivos expresados por este proyecto de ley.

3.1. Observaciones Específicas al proyecto de ley

a) Definición del delito de asociación criminal terrorista

El Proyecto declara entender el terrorismo como crimen organizado y establece como figura penal básica el delito de asociación criminal terrorista. El artículo 1° del proyecto prescribe:

⁵⁷ A modo de ejemplo, podemos señalar que el cumplimiento de importantes medidas como las contenidas en las resoluciones 1267 (1999) y 1455 (2003) del Consejo de Seguridad ha quedado entregado a Decretos como el N° 106-2002 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

“Artículo 1º.- Constituirá asociación criminal terrorista toda organización o grupo cuando, a través de la perpetración de los crímenes por ella proyectados, y siempre que éstos consistan en aquellos establecidos en los artículos 141, 142, 150 A, 315, 316, 391, 395, 396, 397 o 398 del Código Penal y artículos 5º, 5º b) y 6º de la Ley N° 12.927 el delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios establecido en la Ley N° 17.798, se persiguiera socavar o destruir el orden institucional democrático, alterar gravemente el orden público, imponer exigencias a la autoridad política, arrancar decisiones de ésta o infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de los derechos fundamentales. Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente, la asociación se entenderá efectivamente organizada en atención a la cantidad de sus miembros; su dotación de recursos y medios; la división de tareas o funciones, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo.”

De la definición propuesta por el proyecto, se puede observar que ella contiene al menos tres elementos esenciales, a saber: un elemento de carácter estructural, un elemento de carácter instrumental y un elemento de carácter teleológico. El elemento estructural se encuentra dado por la exigencia de que se trate de una organización o grupo, inclinándose con ello por la fórmula o modelo de terrorismo como forma de crimen organizado. Para estos efectos, el inciso segundo del citado artículo se encarga en entregar los criterios para saber cuando se trata o no de una organización de personas en tal sentido.

Respecto al elemento instrumental, este se encuentra dado por la existencia de los denominados delitos medios, necesarios para el actuar de la asociación. El proyecto establece más de 25 tipos penales que pueden servir de base para el delito de la asociación terrorista, incluidas figuras del Código Penal, la Ley 12.927 de Seguridad Interior del Estado y la Ley 17.798 de control de armas y explosivos.

Sobre las figuras del Código Penal incluidas, en términos generales el INDH no tiene comentarios puesto que en general se trata de conductas que revisten la gravedad suficiente para ser incluidas y, en relación al catálogo actual de delitos que pueden ser considerados terroristas, se excluyen aquellas figuras que importan delitos contra la propiedad. Habría sido deseable, sin embargo, incluir la figura del artículo 150 B, que en los casos de apremios ilegítimos o tortura sanciona a los particulares que realicen estos actos a instancias de agentes del Estado, situación que parecería adecuado agregar en la lógica de lo que se pretende regular con esta iniciativa legal.

Llama la atención en todo caso que, en ausencia de una figura que se refiere específicamente a la colocación de artefactos explosivos, el listado de delitos del CP no incluya la figura del artículo 403 bis (envío de cartas o encomiendas explosivas).

Respecto, en cambio, al catálogo la ley 12.927 el INDH ya ha señalado en su Informe Anual de 2012 que desde el punto de vista de los derechos humanos esta normativa

“*exacerba la penalidad y el rigor de la sanción penal de manera especial*”⁵⁸, en circunstancias que la protección del orden público en el Título VI del Libro II del Código Penal sería suficiente con el conjunto de disposiciones que ofrece, partiendo por la figura de desorden público del artículo 269. Además, el INDH ha afirmado que esta ley “*lesiona las garantías judiciales básicas al contemplar tipos penales que contravienen los principios de legalidad y tipicidad*”⁵⁹.

Por lo tanto, no es aconsejable desde el punto de vista de los derechos humanos que el listado de delitos señalados en el artículo 1 haga remisiones a una amplia cantidad de figuras penales contenidas en la Ley de Seguridad Interior del Estado, toda vez que se corre el riesgo que la nueva legislación se aboque más a la criminalización de la disidencia política que al fenómeno propiamente terrorista.

Por otra parte, la remisión a la ley de control de armas y explosivos (17.798) también resulta en principio problemática, por cuanto tiene el grave problema de que en dicha ley no hay alusión alguna a un delito de “colocación de artefactos explosivos”, sino que a su porte o posesión en contravención al régimen regulado en dicha Ley. Los delitos de porte o posesión de artefactos explosivos o bombas son a lo menos tres (artículos 9, 13 y 14) y no queda claro si en el proyecto se están refiriendo a una o más de estas figuras. Sería deseable crear una norma penal que específicamente aborde ese tema en el proyecto, cuestión que se hacía en la propuesta contenida en el Informe de la Comisión de Expertos⁶⁰.

⁵⁸ INDH, Informe Anual 2012, Capítulo 1, página 34.

⁵⁹ INDH, Informe Anual 2012, Capítulo 1, página 34. También se puede decir que resulta complejo que en una disposición legal que crea un tipo penal se haga una remisión a lo que de una simple lectura de la Ley en cuestión resulta que existen a lo menos una docena de figuras penales que al igual que las ya mencionadas del Código Penal pueden engrosar las actividades de una “asociación criminal terrorista”. El artículo 5 que se cita directamente, en realidad remite a su vez a las figuras del artículo anterior, que son siete. El artículo 6 contempla directamente otras siete figuras delictivas. Por su parte, el artículo 5 b) sanciona a “los que con el propósito de alterar el orden institucional o la seguridad pública, o de intimidar a la población o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad, privaren de libertad a una persona”. Como se puede observar, es una especie de secuestro distinta a la del CP, figura calificada por la referencia a ciertos fines que se asemejan bastante a la definición de terrorismo que se extrae del Proyecto en comento.

⁶⁰ En dicha propuesta se agregaba al CP una figura nueva, el artículo 403 ter, que consagraba directamente dentro de la legislación penal común un crimen relativo a la colocación de bombas o artefactos explosivos (“que pudieren afectar la vida o la integridad corporal de las personas”, si la bomba o artefacto se *instala, activa o hace detonar* “en cualquier lugar de uso público, redes de transporte público, instalaciones de Estado o instalaciones de infraestructura”). Cabe agregar que la aplicación de la Ley de Control de Armas a casos de colocaciones de bombas obedece más bien a una solución jurisprudencial alcanzada en años recientes, luego de la eliminación de las presunciones que en el artículo 1 de la Ley 18.314 permitían dar por establecida la finalidad terrorista salvo que la defensa probara lo contrario. El caso más conocido en que se efectuó este razonamiento fue el de Luciano Pitronello, condenado por la colocación de una bomba en una sucursal bancaria, acción que fue estimada como constitutiva de infracción a la ley 17.798 y delito de daños (RIT 150-2012 del 4° TOP de Santiago). Confirmando la sentencia del TOP, el considerando vigésimo quinto de la sentencia que rechaza el recurso de nulidad impetrado por el MP señala que, aunque los tipos de la Ley de Control de Armas no incluyan expresamente la “colocación” de un artefacto explosivo, las conductas demostradas “necesariamente quedan comprendidos por ellos, ya que para instalar o colocar una bomba ha de portarse o tenerse previamente” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2384-2012). Por todo lo anterior, una propuesta con estos reparos podría vulnerar los principios de legalidad y tipicidad, desde la óptica de la incertidumbre en que queda el/la ciudadano/a potencialmente imputable de cometer esta clase de delitos.

En este sentido, preocupa al INDH que no resulte claro el tipo de comportamiento que en definitiva se pretende sancionar, puesto ello podría constituir una afectación a los principios de legalidad y tipicidad, establecidos en el artículo 19 N° 3 de la CPR así como en el artículo 9 de la CADH.

Respecto del elemento teleológico, existe poca claridad en cuanto al sentido y alcance de las “finalidades” que se señalan en el Art. 1 del proyecto. En efecto, no queda claro si estas deben concurrir conjuntamente a la configuración del ilícito o independientemente unas de otras. Además, en relación con las expresiones como “*alterar gravemente el orden público*” o “*imponer exigencias a la autoridad política*” pueden generar numerosas dificultades a la hora de la aplicación en el caso concreto por parte de los tribunales de justicia. Por último, en relación a la expresión “infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de los derechos fundamentales” si bien objetiva la finalidad en relación con la privación de derechos, no la aclara en torno a la población de que se trate, dejándolos a la completa discrecionalidad del juez en cada caso concreto.

b) La regulación del “terrorista solitario”

La regulación de los denominados casos de terrorismo individual (artículo 3° del proyecto) genera preocupación para el INDH en tanto resulta contradictoria, en términos generales, con los fundamentos del mismo proyecto, en cuanto afirma entender el terrorismo como crimen organizado. En efecto, el proyecto pierde coherencia en cuanto a sus propios fundamentos de entender el terrorismo como criminalidad organizada. Al respecto, el Informe de Expertos que asesoró al Ministerio del Interior en la elaboración del proyecto en comento, propuso como fórmula de tipificación el modelo de asociación criminal o delito organizacional y excluyó de toda consideración esta figura⁶¹.

No obstante lo anterior el proyecto considera dos hipótesis distintas de terrorismo individual para efectos de punibilidad. En el primer caso, castiga a quien, sin pertenecer a una agrupación, actúa adhiriendo positivamente a los propósitos de una organización terrorista (actuar por adherencia). Esta adhesión positiva, de acuerdo al texto podría darse en forma expresa o tácita y por cualquiera sea el medio en que se realice. Aquí no resulta del todo clara la fórmula diseñada para la vinculación con la asociación, en el sentido de que no se encuentran criterios para determinar su sentido y alcance. En el segundo caso es evidente la desconexión de esta figura y solo bastará que se cometa con la finalidad y a través de los crímenes que establece el artículo 1°.

c) La situación de los niños, niñas y adolescentes en el proyecto de ley

La situación de los niños, niñas y adolescentes en el proyecto constituye un importante motivo de preocupación, toda vez que la actual propuesta desmejora el régimen que establece la ley 18.314, según la cual los menores de edad están totalmente excluidos de su ámbito de aplicación.

⁶¹ Informe de la Comisión de expertos sobre la regulación jurídica de las conductas terroristas, octubre de 2014

Este tema había sido objeto de preocupación bajo la legislación antiterrorista actual, producto de la cual en el 2010 mediante la reforma efectuada por la Ley 20.467 se agregó al artículo 1 de la Ley 18.314 la siguiente frase: *“por aplicación del principio de especialidad se aplicarán siempre el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente”*. Dicho intento legislativo por excluir a los adolescentes de la aplicación de la LAT no fue suficiente, puesto que el Ministerio Público insistía en que en principio sí era posible aplicarles esta normativa, pero realizando los ajustes contemplados en el sistema de responsabilidad penal adolescente. Por eso fue necesaria una nueva modificación legal mediante la Ley 20.519 de junio del 2011 que señaló claramente y de manera tajante que *“La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años”*.

La propuesta actual vuelve a introducir confusión en esta materia, dado que el inciso 1° del artículo 8 señala que *“en ningún caso, adolescentes podrán ser juzgados por los delitos señalados en los artículos 1, 3, 5 y 6”*. Esta formulación resulta defectuosa, toda vez que deja fuera el artículo 2, que en conjunto con el artículo 1 es lo que permite establecer distintos tipos de responsabilidad por distintas formas de participación en las actividades de la asociación a la que se refiere el artículo 1.

Más complejo aún es que luego, en el inciso 2° del Art. 8 del proyecto, la exclusión que aparentemente consagra el inciso anterior se desdibuja al señalar que ella *“no se extenderá a las medidas de investigación y demás disposiciones que no digan relación con la determinación y cuantía de la sanción a imponer a los adolescentes responsables de algunos de los delitos a que se refieren los artículos anteriores”*. De esta forma, la propuesta de reforma legislativa deviene en regresiva respecto de los estándares ya contemplados y garantizados por la Ley 20.519, abriendo el camino para nuevas formas de aplicación más o menos directa de la normativa antiterrorista a personas menores de 18 años, lo que claramente contraviene lo dispuesto en instrumentos tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Opinión Consultiva 17-2002 de la Corte IDH y la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño⁶².

d) La prohibición de beneficios alternativos de acuerdo a la ley 18.216

El proyecto niega la posibilidad de sustitución de las penas conforme a los beneficios alternativos de cumplimiento de estas, consagrados en la ley 18.216, cuyo ámbito de aplicación es de carácter general. En efecto, en el caso de tratarse de los delitos de los artículos 1, 5, y 6 del proyecto se encuentra proscrita su procedencia. Lo anterior podría llegar a ser inconstitucional por discriminatoria, vulnerando con ello el principio de igualdad, toda vez que no se avizoran argumentos razonables para impedir a priori la procedencia de estos beneficios, sin un desarrollo argumentativo más consistente.

⁶² Observación General N° 10, Comité de los Derechos del Niño, 25 de abril de 2007.

Efectivamente, hay un conjunto principios y normas que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha venido desarrollando en relación a las personas condenadas, que se orientan a prohibir el establecimiento de medidas fundadas en violación al principio de igualdad y no discriminación. Así, por ejemplo, las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de Naciones Unidas estatuyen que las mismas deben ser aplicadas imparcialmente sin hacer diferencias de trato fundadas entre otras categorías, en la raza, color, sexo, religión, opinión política u otra situación cualquiera (principio 6.1) y además alienta a los Estados a que “[a]ntes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia (...)” (Principio 60.1)⁶³.

La posibilidad que personas que purgan condenas por esta clase de delitos puedan acceder a beneficios en la etapa de ejecución de la pena, no contraviene la obligación a cargo del Estado, consistente en investigar y a garantizar en todo tiempo y lugar el acceso a la justicia, incluida la determinación de responsabilidades penales y la consecuente aplicación de sanciones efectivas y proporcionales a la gravedad de los ilícitos perpetrados, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario reclaman respecto de los delitos terroristas. Esta ha sido por lo demás también la opinión del INDH en informes anteriores⁶⁴.

e) Penalidad

En cuanto al tipo penal que castiga al “integrante que hubiere fundado o contribuido a fundar o a quien provea o haya proveído fondos para su financiamiento”, despierta preocupación la alta penalidad asignada, que va desde los diez años y un día a 20 años. Estas penas son mucho más intensas que las penas asignadas al integrante no fundador y a las penas que señala el artículo 5, norma en que las penas tienen un rango mínimo de 541 días y 10 años en su máximo, cuestión que permitiría a los/las jueces/juezas mayor flexibilidad para adecuar criterios de proporcionalidad necesarios.

En comparación a la regulación actual relativa a la “asociación ilícita terrorista” del artículo 2 N° 5 de la Ley 18.314 (que aumenta dos o un grado en relación al sistema de penas contemplado en los artículos 293 y 294 en el CP para la asociación ilícita común), el sistema de penas se vuelva más rígido e inflexible, sobre todo si tal como parece ser en el modelo propuesto, se pretende que siempre los hechos se sancionen como crímenes.

El mensaje que contiene el proyecto, afirma estar consciente que una de las problemáticas de la actual legislación es el desproporcionado régimen de penas. No obstante, más allá de

⁶³ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C(XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

⁶⁴ Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad, aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013 – Sesión 153.

esta declaración se puede observar que no contiene criterios reconocibles de proporcionalidad, entendiéndose que debe existir una adecuación o correspondencia entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita⁶⁵.

f) El ámbito general de aplicación de las medidas propuestas

El proyecto describe en el Art. 226 una serie de delitos a los que le serán aplicables las nuevas medidas investigativas. Posteriormente establece que, además, en casos que el Ministerio Público justifique, podrán proceder igualmente las referidas medidas. Lo anterior puede terminar generalizando el estatuto de excepción y con ello endureciendo los marcos de persecución penal a la totalidad de los ilícitos del sistema. Dicha posibilidad socava el sistema de garantías y límites del Derecho Penal, que se expresa en el propio CPP cuando señala en su artículo 5 que "*las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente (...)*".

En todo caso, es fundamental que el proyecto consagre disposiciones que, aun cuando restrinjan derechos fundamentales, lo hagan de acuerdo a la ley y respetando siempre las exigencias provenientes del principio de necesidad, proporcionalidad y legalidad contenidas en los estándares nacionales e internacionales. Ello quiere decir que cualquier intervención que tenga por objeto limitar el ejercicio de los derechos fundamentales resulta válida siempre que cumpla con a lo menos tres requisitos: primero, que la limitación constituya un medio idóneo para el fin perseguido por el legislador; segundo, que sea además necesaria; y, tercero, que entre los sacrificios y los beneficios perseguidos exista proporcionalidad, en sentido estricto⁶⁶.

g) Plazo máximo para la detención

En cuanto al plazo máximo para la detención, se propone un límite de cinco días, cuestión que constituye un avance respecto de la ley actual y que se enmarca dentro de los límites que establecen estándares de derechos humanos en la materia. Sin embargo, dicho plazo no sólo rige para los delitos terroristas si no que será de aplicación general respecto de los delitos que señala el artículo 226 m) del proyecto. Lo anterior es contrario a lo que el INDH ha recomendado⁶⁷, en cuanto a que el plazo máximo para los delitos terroristas se igualara a la regla general. Además, se produciría un evidente retroceso en cuanto a cómo opera este derecho en la actualidad, siendo que el plazo máximo para los delitos que no estén dentro del marco de la ley 18.314 es de 24 horas, ampliables a tres días como máximo.

⁶⁵ "El Derecho penal y procesal penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2006-2010), p. 68.

⁶⁶ Tribunal Constitucional STC Rol 541, considerandos 15 y 16; STC Rol 519, considerando 19; y las sentencias allí mencionadas. Del Tribunal Constitucional Español, STC 66/1995; STC 55/1996; STC 207/1996, entre otras. Del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 19, 342 [348]; BVerfGE 90, 145; BVerfGE, 75, 108 [154 y siguientes], entre muchas otras.

⁶⁷ INDH, 2014, punto 10: Conclusiones, letra e).

h) Plazo de las investigaciones

Igualmente en materia de plazos, el art. 226 c) establece como plazo máximo para la investigación de los delitos complejos tres años, aumentando en un año el plazo contenido en las reglas generales del sistema, decisión que podría tensionar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, garantía inspiradora del actual sistema procesal penal en concordancia directa con el artículo 8.1 de la CADH, el cual dispone que “*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...*”.

i) Secreto de las investigaciones

El art. 226 d) sobre secreto de la investigación establece que en casos justificados el Ministerio Público podrá ampliar el plazo general del art. 182, el cuál con autorización judicial no podrá exceder de seis meses. Lo anterior es contrario a lo sostenido por el INDH en su informe, empeorándose la situación actual ya que se aplicará a una mayor cantidad de delitos⁶⁸.

j) En cuanto a la prisión preventiva

En relación a la prisión preventiva, se agrava el régimen normal existente para estos delitos. Lo anterior podría ser contrario a la especial y excepcional naturaleza que tiene esta institución, de acuerdo a lo que informa en forma categórica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el propuesto artículo 226 N, establece medidas especiales en prisión preventiva, en cuanto a la posibilidad de recluir al imputado en lugares públicos destinados a ese objeto, establecer restricción al régimen de visitas e interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones. Todo lo anterior es contrario a la excepcionalidad y finalidad de la prisión preventiva según los estándares internacionales de derechos humanos ya vistos.

4. Conclusiones

En cuantos a los aspectos positivos del proyecto de ley se pueden mencionar los siguientes:

- a) De la propuesta se valora la intención expresa de adecuar la legislación vigente a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- b) En esa adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos, constituye un avance lo que se propone respecto a la necesidad de autorizaciones judiciales para las medidas intrusivas y para la actuación de los agentes encubiertos e informantes.
- c) En relación al uso de la figura de los testigos protegidos es destacable que se busque compatibilizar su aplicación con el pleno ejercicio del derecho de defensa, tal como se han recomendado el INDH y órganos de los tratados de derechos humanos.

⁶⁸ INDH, 2014, punto 8: secreto de piezas de la investigación.

No obstante la valoración positiva de los aspectos mencionados, el proyecto adolece de los siguientes problemas desde el punto de vista de los derechos humanos:

- d) Al tratarse de un proyecto de ley de quórum calificado, subsisten los problemas ya señalados por el INDH acerca de la regulación constitucional del terrorismo, esto es, la suspensión de derechos políticos por el sólo hecho de ser acusado, con lo cual se contraviene la presunción de inocencia, y la existencia de requisitos adicionales para la concesión de libertad provisional. La necesidad de modificar estos aspectos criticables de la regulación constitucional queda a la espera de un futuro proyecto de reforma constitucional.
- e) La definición de terrorismo que está contenida en el artículo 1 del proyecto sigue siendo ambigua e insuficiente a la luz de los estándares relacionados con los principios de legalidad y tipicidad, y amplía la definición anterior al incorporar más finalidades alternativas, que hacen más difusa y problemática la definición.
- f) Resulta particularmente problemático desde el punto de vista de los derechos humanos que el listado de delitos señalados en el artículo 1 haga remisiones a una amplia cantidad de figuras penales contenidas en la Ley de Seguridad Interior del Estado, con lo cual se corre el riesgo que la nueva legislación se aboque más a la criminalización de la disidencia política que al fenómeno propiamente terrorista. La remisión que se hace a una figura de la Ley de Control de Armas y Explosivos es confusa y contraviene también los principios de legalidad y tipicidad, puesto que un corolario de estos principios es que “la legislación penal debe estar formulada sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos y unívocos” (Comisión IDH, Informe de Fondo 176/10, p. 116).
- g) La opción por consagrar legalmente el “elemento estructural” de los delitos de terrorismo parece razonable, pero al legislar formas de participación que incluyen la posibilidad del “terrorismo solitario” la propuesta legislativa adolece de problemas de coherencia.
- h) El proyecto desmejora claramente la condición jurídica de niños, niñas y adolescentes, que desde la modificación efectuada por la Ley 20.519 a la Ley Antiterrorista estaban totalmente excluidos de su aplicación.
- i) La consagración de un sistema de ejecución de penas que prohíbe la aplicación de beneficios alternativos o penas sustitutivas resulta problemática en tanto podría vulnerar el principio de igualdad y no discriminación.
- j) Se aprecia como resultado general de la propuesta una tendencia al aumento de las penas que podría afectar el principio de proporcionalidad y al uso de la prisión preventiva, lo que es contrario a los estándares de derechos humanos desarrollados respecto a dicha medida cautelar.

- k) En materia procesal penal, preocupa al INDH que el régimen especial de investigación incorporado por el proyecto y que constituye un Párrafo completo que se agrega al CPP termine extendiéndose excesivamente a otro tipo de ilícitos y por esa vía se normalicen regulaciones de medios que por definición deben ser excepcionales y de aplicación restrictiva.

- l) Específicamente en cuanto al plazo de detención inicial, el plazo de hasta cinco días para formalizar disminuye a la mitad el plazo actualmente regulado en la Ley 18.314, pero aumenta en dos días el plazo máximo permitido en el sistema del CPP, aumentando su procedencia para otro tipo de delitos (todos los señalados en el artículo 226 A). Respecto al plazo de investigación de 3 años contemplado para todos los delitos a que hace referencia el nuevo título propuesto, se valora positivamente que dicho plazo comience a contarse desde que hay una intervención judicial, pero se estima que la extensión de 1 año por sobre el tope máximo contemplado en el sistema del CPP puede vulnerar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. El secreto de las piezas de investigación puede extenderse hasta por 6 meses, lo cual no es distinto a lo señalado en la LAT actual, con la diferencia de que ahora se podrá extender dicho plazo máximo a un conjunto de otros delitos.