



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Ley Antiterrorista y su viabilidad en un Sistema Constitucional Democrático.

Autoras:

- Tania Valentina Larraín Garrido
- María Constanza Santibañez Bauzá.

Profesor guía:

- Christian Viera Álvarez.

Tesina año 2014.

Ley Antiterrorista y su viabilidad en un Sistema Constitucional Democrático.

Índice:

Introducción.....	pág. 1.
I. Conceptualización del término terrorismo.....	pág.2.
1. Terrorismo	pág.2.
2. Delito Terrorista.....	pág. 7.
II. Inicio y evolución de la Ley 18.314.....	pág.9.
1. Antecedentes históricos.....	pág. 9.
a) Causas sociopolítico en que se funda la legislación antiterrorista nacional.....	pág. 9.
b) Regulación jurídica del Terrorismo antes de 1984.....	pág. 12.
c) Principal discusión en el seno de la Comisión que creaba la Ley 18.314.....	pág. 13.
2. Aplicación de la Ley Antiterrorista en crímenes cometidos durante la Dictadura Militar.....	pág.14.
a) Ilegitimidad de origen y de ejercicio de las actividades realizadas por el Fiscal ad-hoc Fernando Torres Silva.....	pág.14
b) Análisis sobre la causa “Atentado a la Comitiva Presidencial”.....	pág.17.
3. Rol que juega en el período post – dictadura (11 de Marzo 1990 hasta 11 de Marzo del 2010).....	pág.19.
a) Reformas sufridas por la Normativa Antiterrorista.....	pág.19.
b) Aplicación de la Ley nº18.314.....	pág.21.
III. Ley antiterrorista y su relación con la Constitución.....	pág. 24.
1. Principio de igualdad ante la ley: Artículo 1º inciso 1; 19 nº 2 y nº3 inciso 3.....	pág.25.

2. Garantía del debido proceso: Artículo 19 n° 3 inciso 6.....	pág.27.
a) Presunción de inocencia.....	pág.28.
b) Otras vulneraciones al debido proceso.....	pág.31.
3. Derecho a Defensa: Artículo 19 n° 3 incisos 2, 3 y 5.....	pág.32.
IV. Análisis tópic de su aplicación a Comuneros Mapuches procesados por la Ley Antiterrorista.....	pág.36.
1. Caso Celestino Córdova.....	pág.37.
Conclusiones.....	pág.40.
Bibliografía.....	pág.43.

Resumen.

Con fecha 3 de Enero de 1984 se envía a la Sesión Legislativa de la Junta de Gobierno un proyecto destinado a fijar las conductas terroristas y su penalidad. Es desde este momento, que en un período histórico de conflicto para el país, se comienzan a dar diversas discusiones en el ámbito jurídico y político respecto a la necesidad de la existencia de ésta ley. Las discusiones que existen en torno a la Ley Antiterrorista se mantienen hasta el día de hoy, pues no obstante, la realidad nacional ha cambiado, dicha regulación, se mantiene vigente, aunque con diversas modificaciones.

Abstract.

On January 3rd, 1984, a project intended to focus on terrorist conducts and determine their penalty is sent to the Military Junta's legislative session. Since this moment, within the context of historic period of conflicts for the country, diverse discussions in the legal and political spheres in relation to the need for this law commence to emerge. These disputes about Anti-Terrorism Law endure until today; nevertheless, in spite of keeping in force, the regulations have been modified owing to the current nation.

Introducción.

“Una democracia tiene derecho a defenderse, pues empieza reconociendo el derecho de todos. Pero un Estado que no lo reconoce, no tiene facultades para establecer leyes que defiendan su dictadura”. De esta forma se referían los detractores de la Ley antiterrorista a su existencia, ya en la época en que ésta se creaba al amparo de la Junta de Gobierno y el Presidente de la primera Comisión Legislativa José Toribio Merino.

En ésta declaración podemos encontrar el origen ilegítimo que tiene esta ley, la cual fue creada, no con la finalidad de proteger a la sociedad de los ataques terroristas, sino que para utilizarla como otra herramienta de disuasión de las organizaciones políticas que se oponían a la existencia y mantención del poder militar y la derecha chilena a la cabeza del Gobierno.

Sin embargo, los antecedentes históricos, no parecen ser suficientes para declarar la inviabilidad de ésta en el contexto político actual. Es por esta razón, que mediante este trabajo se buscará analizar diversas esferas (políticas y jurídicas) que podrían conducir a que hoy, esta ley sea declarada inconstitucional a la luz de un sistema Constitucionalista Democrático.

De esta forma, para respaldar el pie inicial con el cual se parte éste trabajo, que consiste en la premisa de que ésta ley es inconstitucional para el momento actual de Chile, el cual se erige como un Estado de Derecho, es que la estructura se organiza en cuatro títulos que intentarán ir esbozando una conceptualización de terrorismo, para luego analizar sus diversas esferas, ya sean históricas, políticas y jurídicas, posteriormente se indagará en los distintos aspectos constitucionales vulnerados por ésta legislación, señalándose en determinados momentos, variadas causas penales que en sus aspectos procesales no respetaron las garantías estatuidas en la Carta Fundamental. Así, finalmente se hará un análisis tópico del procedimiento seguido en contra de Celestino Córdova, con la finalidad de demostrar cómo se está utilizando en la actualidad la ley y contra quiénes se recurre principalmente.

La idea central consiste entonces, en demostrar en base a la tratativa común empleada hasta estos días, que la ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad, puede ser utilizada, tal y como se propuso en sus inicios para frenar la protesta social y no para proteger a la sociedad de los ataques considerados realmente terroristas por la comunidad internacional.

I. Conceptualización de Terrorismo y de Delito Terrorista.

Antes que todo es menester indicar que si bien, existe una tendencia a creer que Terrorismo y Delito terrorista son términos sinónimos, la realidad es que entre ellos existe sólo una relación género - especie, en donde el delito terrorista está vinculado estrechamente con el terrorismo¹. Sin embargo, por un carácter metodológico y a sabiendas de su estrecha relación, a continuación se describirán de manera separada y breve cada uno de estos conceptos con la finalidad de tener un mayor entendimiento de ellos en este trabajo.

1. Terrorismo:

Existen razones históricas que permiten señalar que la aparición del concepto terrorismo es moderna, no obstante se pueden encontrar agrupaciones organizadas que infundían el terror para lograr sus objetivos con anterioridad a este período².

Según esto se asigna su surgimiento al año 1798 cuando en el Diccionario de la Academia Francesa se define terrorismo como *systeme, régime de la terreur*, sin embargo, según un diccionario francés publicado dos años antes, los Jacobinos habrían utilizado este concepto al hablar de ellos mismo de una forma positiva y para referirse a la política impuesta por Robespierre durante la

¹ *cf*r Del Barrio Reyna, Álvaro - León Reyes, José Julio, *Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos* - 1º Edición - Santiago, Programa de Derechos Humanos Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 1991, p. 137.

² Una de las primeras manifestaciones del terrorismo es la secta de los sicari, la cual era de carácter religioso y se encontraba muy bien organizada, se conformaba por hombres de las clases bajas. Su existencia se remonta a los años de la rebelión de los zelotes en Palestina “las fuentes sobre sus actividades son escasas y a veces contradictorias, pero se sabe desde Josefo que los sicari usaban prácticas no ortodoxas” utilizaban así a las multitudes para mezclarse y asesinar a sus enemigos. Del mismo modo, con posterioridad aparece la secta de los asesinos, (operaron desde el s. VIII al s. XIV) la cual se extiende por toda Siria, teniendo como objetivo acabar con las autoridades políticas de la época mediante una campaña del terror sistemática y planificadas, así su primer líder Hassan Sibai “parece haberse dado cuenta muy pronto de que su grupo era muy pequeño para enfrentarse al enemigo en campo abierto pero que una campaña del terror bien planeada (...) podía ser un arma política extraordinariamente eficaz” *cf*r Laqueur, Walter, *Terrorismo*, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1985, pp. 28 - 30.

revolución francesa, época en la cual se asociaba la virtud y el terror como método de dominación, pues por medio del terror el gobernante convencía a los ciudadanos de ser hombres virtuosos³.

“En todo caso, terror no era lo mismo que terrorismo. Implicaba algo así como una versión política de la ley marcial, administrada por el gobierno de acuerdo con reglas que ponían los presuntos intereses de la sociedad por encima del individuo. El calificativo de terrorismo en los escritos inmediatamente posteriores a la revolución, se encuentra siempre referidos a un estado de terror institucional y no una estrategia subversiva.

Posteriormente adquirió un significado más amplio en los diccionarios, como un sistema de terror. Terrorista era cualquiera que tratara de promover sus ideas mediante un sistema de coacción basado en el miedo”⁴.

Si bien la historia y algunos autores atribuyen a Robespierre y sus seguidores la primera acuñación del término terrorismo, debido al liderazgo que ejerció durante los años 1793 a 1794, en el llamado “Reino del Terror”, otros autores como Gerardo Pisarello, hacen hincapié en el pensamiento Republicano Democrático de Robespierre, indica así que su participación en el proceso revolucionario fue fundamental para la recuperación de la noción clásica de democracia, también atacó el colonialismo y la esclavitud, defendió la libertad de culto y aunque criticó la crueldad punitiva del Antiguo Régimen, ordenó su aplicación sólo cuando la presión popular lo hizo inevitable⁵.

A modo de conclusión, en esta etapa la aparición del término terrorista tenía una connotación positiva, la idea de infundir terror en la población se encontraba institucionalizado y se veía como un medio para alcanzar el bien común. Sin embargo, con la caída de Robespierre el 9 de termidor del año II, se produce un giro en su concepción inicial y se le otorga un significado negativo, concibiéndose con un carácter delictivo. Así es como pasó en los diccionarios a hablarse de terrorismo como un “reino del terror”, en directa relación al período de Robespierre, a definirse

³ Donoso Sandoval, Paola - Tórtora Aravena, Hugo, *Concepto Jurídico de terrorismo: Precisiones ontológicas para la “perfección” de su marco normativo*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, 2003, p. 9.

⁴ Del Barrio Reyna, Álvaro - León Reyes, José Julio, *Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos*, p. 34.

⁵ *cf.* Pisarello Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático* - 1º Edición - Madrid, Editorial Trotta, p. 79.

como un “sistema del terror”, entendiéndose como terrorista a “cualquiera que trataba de promover sus ideas mediante un sistema de coacción basado en el miedo”⁶.

Con posterioridad, el concepto de terrorismo fue evolucionando de la mano de la sociedad y los diversos conflictos ideológicos que ésta vivía a principios del siglo XIX. Así, Lenin entendía el terrorismo como obra de grupos separados de las masas, que con un carácter individualista, utilizaban estos medios como rechazo a la revolución soviética. Es así como el marxismo conectaba de manera temprana al terrorismo, relacionándolo directamente con ideas anarquistas. En relación con esto es que los anarquistas en el Congreso de Roma de 1876 relacionan la palabra terrorismo con un ideal político, pues es en este lugar cuando es aprobado como programa de acción del anarquismo el hecho colectivo insurreccional⁷.

No obstante lo anterior, no es hasta mediados del siglo XIX cuando aparece en el mundo el terrorismo sistematizado, el cual alcanza su máxima expresión en la Europa occidental a causa de la propaganda generada por el accionar anarquista en los años noventa. El terrorismo apareció así en territorios rusos por medio de revolucionarios que lucharon contra gobiernos autocráticos, pero también en países como Irlanda, Macedonia, Serbia y Armenia a través de grupos nacionalistas que luchaban por la autonomía de sus naciones. En esta reseña no se puede olvidar que el comienzo de la Primera Guerra Mundial tuvo como origen un ataque terrorista que llevó a la muerte del Archiduque Francisco Fernando, heredero al trono del Imperio Austro Húngaro, cometido por un nacionalista serbio⁸.

Si bien, en estos primeros años del terrorismo sistematizado se solía pensar que éste provenía principalmente de partidos de ultraizquierda⁹, es luego de la Primera Guerra Mundial cuando la sociedad comienza a asociar al terrorismo orígenes con contenido diverso, encontrando su fuente principalmente en actividades de grupos de derecha y nacional-separatista.

En el siglo XX es posible advertir un cambio en las nociones que se tenían sobre el terrorismo, y esto no sólo porque se encuentran en él diversos fundamentos, sino también porque nace un nuevo tipo de terrorismo, pues si bien en sus orígenes éste sólo buscaba la eliminación de

⁶ Donoso Sandoval, Paola - Tórtora Aravena, Hugo, *Concepto Jurídico de terrorismo*, pp. 10 - 11.

⁷ *ibid* pp. 12 - 13.

⁸ *ibid* pp. 12 - 14.

⁹ “Pero ni los independentistas irlandeses o macedonios, ni los terroristas armenios o bengalíes eran socialistas o anarquistas en inspiración. Los “Cien Negros” constituían sin duda una organización terrorista, pero su propósito fundamental era combatir la revolución rusa, promover “progroms” antijudíos y, en términos generales, asesinar a los dirigentes liberales-democráticos que se oponían al zarismo” Walter Laqueur *Op. Cit.*, p. 40.

las figuras relevantes, posteriormente los ataques dejaron de ser selectivos, instrumentalizándose las muertes de inocentes. Es posible en este siglo identificar el surgimiento de diferentes grupos terroristas en Europa y América.

Así, en Europa era posible encontrar en España a *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA), movimiento que surge en 1959, luego de la separación entre EKKIN y el Partido Nacionalista Vasco, que en 1961 realiza su primer atentado terrorista al hacer descarrilar un tren que transportaba veteranos de la guerra civil y que en el año 1962 en la celebración de su I Asamblea se definía como un “Movimiento Revolucionario Vasco de Liberación Nacional” que defendía la lucha armada como método necesario para la liberación de Euskadi¹⁰. También se podía ver en Irlanda del Norte a *Irish Republican Army* (IRA), organización irlandesa que admite variadas vertientes y cuyos orígenes se remontan a la rebelión de 1916 en contra del colonialismo inglés, encabezada por *Sinn Féin*¹¹, la cual en los años sesenta, incitó una escalada de violencia que terminó en 1972 en el llamado Domingo Sangriento en donde mueren nueve civiles a causa del Ejército Británico en una accidentada marcha¹².

En Latinoamérica, se debe hablar de Sendero Luminoso, el cual surge en 1970 en Ayacucho luego de la división que sufre el Partido Comunista peruano entre prosoviéticos y prochinos. Sendero Luminoso era la facción prochina que se organizaba bajo el alero de la ideología maoísta y también marxista leninista, durante sus primeros años se dedica a la reconstrucción del Partido Comunista peruano, pero es en 1977 en la II Reunión Nacional de Organismo Generados que deciden iniciar la guerra popular para alcanzar el socialismo, esta decisión generó la muerte de 33.331 personas como víctimas de variados enfrentamientos¹³. Pero, también es necesario mencionar a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), movimiento que tiene su origen luego del asesinato del candidato a la presidencia Jorge Eliécer Gaitán, hecho que genera una violencia bipartidista en donde el Partido Comunista Colombiano se agrupa en guerrillas como mecanismo de

¹⁰Javato Gonzalez, Victor Manuel. “ETA. Origen e Ideología”. En: *Ab Initio*, Núm. 3 (2011), pp. 153 - 155, disponible en www.ab-initio.es

¹¹Fuentetaja Rubio, Pedro - Galvache Valero, Francisco. *Reflexiones sobre la evolución del conflicto en Irlanda del Norte, Capítulo “Los antecedentes del conflicto de Irlanda del Norte”*. Centro superior de estudios de la Defensa nacional, Ministerio de Defensa Español, 2007, p. 13 y 14.

¹² Galvache Valero, Francisco. *Reflexiones sobre la evolución del conflicto en Irlanda del Norte, Capítulo “Los actores estatales a lo largo del conflicto de Irlanda del Norte”*. Centro superior de estudios de la Defensa nacional, Ministerio de Defensa Español, 2007, p. 26.

¹³ Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú, Tomo II, Primera parte: “El proceso, los hechos las víctimas”, Capítulo 1: “Los actores armados”, Sección 1.1: “El Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso”.

autodefensa ante la violencia del Estado. Siendo este su antecedente se debe señalar, sin embargo, que su verdadero inicio se remonta al año 1964, año en que el brazo armado del Partido Comunista Colombiano decide crear una guerrilla móvil, pero no es hasta el año 1978 en donde este grupo decide transformarse en un Ejército Revolucionario cuyo objetivo era la toma del poder. Desde esa época y de manera progresiva, las FARC pasan de tener una estrategia defensiva a una ofensiva que les permitiera alcanzar sus fines, la cual consistía en acribillamientos, secuestros, asesinatos, etcétera¹⁴.

Por último, pasando a la realidad local, se debe señalar que el terrorismo aparece por primera vez en Chile, tal y como se entiende en la actualidad, a causa de la polarización política existente en los años sesenta y principios de los setenta, inicialmente de la mano del movimiento nacionalista Patria y Libertad, los cuales se mostraban como una organización política de ultra derecha que rechazaba la vía chilena al socialismo propuesta por el Presidente Salvador Allende, sin embargo, con posterioridad al Golpe de Estado cívico - militar, el terrorismo se hace presente a través de los grupos disidentes a la Dictadura encabezada por Augusto Pinochet durante los años 1973 a 1989. Estos grupos fueron principalmente el Frente Patriótico Manuel Rodríguez, el Movimiento de Izquierda Revolucionario y finalmente el Mapu Lautaro. Corresponde precisar, sin embargo, que estos grupos en su mayoría no tenían como concepción ideológica el anarquismo, no obstante ello, utilizaban esta forma de manifestación política con la intención de lograr el derrocamiento del Gobierno. Mientras estos últimos ataques ocurrían, Chile por su lado utilizaba el terrorismo de Estado para reprimir a la oposición.

Finalmente, en concordancia a lo descrito anteriormente, se debe señalar que no existe un concepto jurídico de lo que es el terrorismo, sino que sólo procesos históricos que lo explican. Es por esta razón por la que se podría entender la dificultad que existe en definir lo que es el delito terrorista, el cual se enuncia de manera sólo descriptiva.

Aún así, es posible identificar en los actos calificados como terroristas un elemento común el cual sería la realización de un hecho violento que afecta garantías constitucionales¹⁵ con un objetivo político, este objetivo es el de causar temor en la sociedad con la finalidad de desestabilizar las

¹⁴ *cf* Informe del Centro Nacional de memoria Histórica. *Guerrilla y Población civil: Trayectoria de las FARC 1949 - 2013*. Tercera edición. Bogotá: CNMH, 2014, pp.11-17, con Pataquiwa García, Germán Nicolás. “*Las FARC su origen y evolución*”. UNISCI Discussion Papers, N° 19 (Enero / January 2009), pp. 157 - 157.

¹⁵ De acuerdo a la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, R.I.T. 080/2004, en su considerando n°12 donde señala “cualquier definición de terrorismo debe necesariamente contener el concepto de desprecio a la vida humana, propia o ajena”, es que se puede concluir que la afectación a las Garantías Fundamentales, para ser considerado un delito terrorista, debe dirigirse sólo contra la vida humana, no importando para este tipo penal los delitos a la propiedad.

instituciones por medio del terror colectivo y el aumento de la inseguridad. Se debe dejar en claro que este hecho violento puede provenir de organizaciones de particulares como también del Estado, puesto que es la sensación de inseguridad de la población la que puede legitimar la mantención de gobiernos autoritarios o bien es el mismo Estado quien puede por medio de hechos violentos afectar los derechos humanos de la sociedad con la intención de derrocar a la oposición, del mismo modo, los particulares organizados pueden manifestar por medio de estos hechos su rechazo al orden institucional.

2. Delito Terrorista:

En busca de un concepto universal se recurre al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo que define el delito terrorista como: “Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”¹⁶.

Si bien este concepto nos ayuda a acercarnos y delimitar la idea de lo que es el delito terrorista, no parece ser suficiente, pues si bien señala como agente rector el causar la muerte o generar lesiones corporales, éstas según el tenor literal sólo serían constitutivas de delito terrorista cuando se tratara de conflictos armados, cosa que no siempre ocurre, pues el delito terrorista puede perpetrarse al interior de un Estado, sin que necesariamente en él haya un conflicto armado.

De esta forma, más vale poner atención a lo que señala Gonzalez, quien entiende que el concepto de delito terrorista se puede abordar desde una óptica objetiva y otra subjetiva, de esta forma lo primero se refiere al carácter político del bien jurídico protegido y el siguiente busca un análisis con una mirada más amplia, desde la cual se logre percibir los intereses inmersos en la motivación del tipo penal. Para este autor se debe estudiar a partir de los motivos que impulsan al sujeto para llevar a cabo la acción, en sus palabras “el delito político debe determinarse teleológicamente, teniendo en cuenta los móviles perseguidos que eventualmente pueden ser también apreciados a través de la calidad del bien jurídico lesionado”¹⁷.

¹⁶ ONU, *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, artículo 2 número uno letra b.

¹⁷ Gonzalez Lapeyre, Edison, *Aspectos jurídicos del terrorismo*. Montevideo, Amalio M. Fernandez, 1972, p.11.

En conclusión, ésta metodología analiza de manera abstracta lo que constituye el delito terrorista, pues indica que se debe atender primeramente al fin que se desea obtener considerando para esto el móvil que se persigue y la calidad del bien jurídico que se lesiona, de este modo, cualquier hecho que atente contra la vida y la integridad física y que tenga como finalidad el desestabilizar la institucionalidad (ya sea por parte de disidentes, como por parte del Estado) debiese ser considerado delito terrorista.

Sin embargo, desde otra perspectiva, esto parece resultar insuficiente pues para reconocer conductas terroristas muchas veces se buscará como móvil cuestiones políticas, que dependiendo de quien las aprecie permitirán catalogar estos hechos como cuestiones puramente terroristas o como simples manifestaciones de grupos opositores. Así por ejemplo Hamas es visto por grupos palestinos como una organización política, y en cambio para Israel es una organización terrorista¹⁸.

¹⁸ *cf.* Carnevali, Raul, “El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular Y sobre el tratamiento de la tortura”. En *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Num. 35, 2010, p.10.

II. Inicio y evolución de la Ley 18.314.

1. Antecedentes históricos:

a) Causas socio-políticas en que se funda la legislación antiterrorista nacional:

No obstante lo indicado hasta ahora, la regulación vigente hasta el año 1984 no era considerada por el Gobierno como un instrumento suficiente para frenar el terrorismo, terrorismo que tal y como lo indicaba la Constitución original de 1980 en su artículo 9¹⁹, se oponía a los Derechos Humanos.

Para clarificar el panorama social y político imperante en aquella época, Garretón indica que bajo el contexto histórico impuesto por el Golpe de Estado perpetrado en contra del Gobierno democrático de Salvador Allende con Augusto Pinochet a la cabeza, se trató de imponer a la sociedad una doctrina, que recibe el nombre de doctrina de seguridad nacional, la que a nuestro parecer terminó decantando para el año 1984 en la Ley Antiterrorista²⁰.

¹⁹ “Artículo 9º.- El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer los empleos, funciones o actividades a que se refiere el inciso cuarto del artículo anterior, sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

No procederá respecto de estos delitos la amnistía ni el indulto, como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos. Estos delitos serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales.”

Respecto al inciso primero de este artículo y la importancia que tiene para el Consejo de Estado el establecer al Terrorismo como un hecho por esencia contrario a los derechos humanos, es necesario saber que en el acta número 54, al hablarse de que los delitos terroristas serían juzgados por Tribunales Militares, se dice también que actuarían al margen de los Tribunales Ordinarios, se señala que esta decisión “es una de las maneras de evitar que el día de mañana el terrorismo se pueda introducir en nuestro país”.

Del mismo modo, en la sesión número 56 el señor Philippi señala que todos los delitos son contrario a los derechos naturales del hombre a lo que los señores Ortúzar y Carmona le indican que en este artículo se ha intentado recalcar la gravedad que tiene el terrorismo.

Finalmente es necesario mencionar que el 17 de agosto de 1989 es publicaba la ley n° 18.825 en donde la segunda oración del inciso segundo es reemplazada, aumentándose el número de inhabilidades para aquellas personas que cometieran conductas terroristas.

A modo conclusivo se desprende que el terrorismo como un hecho realizado por los detractores del Gobierno de aquella época no sólo buscaba erradicar a estas personas de una participación política en ese momento, sino también para el futuro. Así se instrumentalizaba la idea del terrorismo para disminuir la participación política en la democracia venidera.

²⁰ *cf.* Garretón, Manuel Antonio, *El proceso político chileno*, Santiago, Flacso, 1983, p.89.

“El término seguridad nacional define los problemas de subsistencia y mantención de la soberanía que se le plantean a todo Estado Nacional. Ello no puede confundirse con las conceptualizaciones que se hagan en torno a estos problemas.

Transformadas estas conceptualizaciones en cuerpos sistemáticos de carácter normativo, sancionadas con algún rasgo de oficialidad y convertidas en objetos de socialización, estamos en presencia de Doctrinas de Seguridad Nacional”²¹.

La Doctrina de Seguridad Nacional nace en el año 1955 en Estados Unidos, luego de un período de crisis respecto a cómo se estaba manejando la política internacional norteamericana. De este modo se pasó de un enfoque tradicional donde existía una separación de corte clásico entre las esferas políticas y de defensa a un enfoque donde la política internacional y la defensa nacional se encontraban mezcladas, creándose así la Doctrina de Seguridad Nacional²².

“La política exterior norteamericana, en otras palabras, fue “militarizada”, en la medida en que la política interna de defensa nacional se convirtió en la política internacional de Estados Unidos”²³, así, en un contexto mundial de bipolaridad entre Estados Unidos y la Unión Soviética la forma de sumar adeptos a su bloque y finalmente acabar con el germen marxista en latinoamérica fue la formación de militares, los que posteriormente en sus países de origen incorporaban esta doctrina aumentando así la aprobación al actuar de Estados Unidos dentro del continente, disminuyendo de esta forma las críticas hacia su política internacional.

“El ejército defensivo se transforma, por virtud de esta doctrina en policía político - militar. Además la subsistencia de unas FF.AA hipertrofiadas y la marginación de la familia militar, las transforma en fuerzas de ocupación del propio territorio, en instrumentos de dominación interna.”²⁴

De este modo y siguiendo a Viera esta doctrina tiene tres rasgos sobresalientes:

“Lo primero, es que para la DSN [Doctrina de Seguridad Nacional] los conceptos fundamentales son la Nación y el Estado, siendo éstos intercambiables y asimilables el uno con el

²¹ *Ibid* p. 89.

²² *cf* Tapia Valdés, Jorge, *El Terrorismo de Estado, la doctrina de la Seguridad Nacional en el Cono Sur* - 1º Edición-, México, Nueva Imagen, 1980, p. 45.

²³ *Ibid* p. 45.

²⁴ Del Barrio Reyna, Álvaro - León Reyes, José Julio, *Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos*, p.100.

otro. Al producirse la identificación, también se realiza una identificación con el régimen político establecido y como se trata de gobiernos militares - al ser esta una doctrina castrense - se produce una triple identificación: Nación, Estado, FFAA (gobierno militar), transformándose éstas últimas en el baluarte nacional y garantía de su continuidad histórica.

Lo segundo, es que la inserción de la nación en el mundo contemporáneo la enfrenta a dos tipos de oposición relevantes para su seguridad. Una oposición es la que se da entre mundo socialista y capitalista; la otra, entre naciones desarrolladas y subdesarrolladas. Para el caso específico de Chile, es la primera oposición la que ocupa el rol central: la DSN se construye a partir de su lucha contra el enemigo del marxismo.

Lo tercero, es que la DSN postula ciertos principios que se identifican con la esencia de la tradición nacional, de los cuales fluyen los objetivos nacionales que son grandes aspiraciones que permiten construir el proyecto nacional que compromete a toda la nación”²⁵.

De acuerdo a lo anterior, en Chile, la necesidad de mantener el poder político por parte del sector hegemónico (Fuerzas Armadas) y asimismo de frenar la arremetida de un sector opositor que se resistía a la dominación, genera la necesidad de legitimar las medidas represivas empleadas para lograr sus objetivos, esto lo hizo sistemáticamente durante los primeros años, sin embargo, el momento culmine de esta operación basada en las Doctrinas de Seguridad Nacional, lo encontramos en la promulgación de la Ley 18.314 en Mayo del año 1984.

De este modo, la doctrina de seguridad nacional estadounidense incorporada en Chile por los grupos militares, no sólo servía para respaldar la política internacional antimarxista de su país fundante, sino que también como forma de dar legitimidad por vías legales a quienes detentaban el poder,“(…) en estos regímenes hay un problema de hegemonía interna del bloque dominante que inicialmente es resuelto por la legitimidad jerárquica militar, pero que requiere ser replanteado cuando se afrontan las tareas de gobernar más allá del puro ejercicio represivo”²⁶.

²⁵ Viera Álvarez, Christian, *Libre iniciativa económica y estado social* - 1º Edición -, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 117.

²⁶ Garretón, Manuel Antonio, *El proceso político chileno*, p. 126.

b) Regulación jurídica del Terrorismo antes de 1984.

La regulación jurídica que se le da al Terrorismo en Chile, tiene su origen mucho antes de la promulgación de la ley 18.314. Existen diversos cuerpos normativos que vienen a sancionar las conductas terroristas antes de la creación de la Ley que aquí se comenta²⁷.

1. Decreto Ley 2.621 Publicado en el Diario Oficial el 28 de Abril de 1979: Este Decreto Ley es el primero que introduce modificaciones en el Código Penal, sus disposiciones se ubican principalmente en el Párrafo “De las asociaciones ilícitas”, contenido en el Libro de “Crímenes y Simples Delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares”, se modifica además el Código de Procedimiento Penal. Dentro de las modificaciones más importantes están:
 - Agregar el inciso segundo al artículo 292 donde se establece una presunción de culpabilidad respecto de personas que no habiendo participado directa o indirectamente en la comisión de los delitos de asociación ilícita, pertenecen a la misma asociación que los autores.
 - Se establece otra presunción, respecto de delitos señalados en la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado; D.F.L 221 sobre Navegación Aérea; Ley 17.798 sobre Control de Armas, y para determinados delitos del Código Penal. Esta presunción, referida también a las asociaciones ilícitas exige que solamente uno o más de sus miembros “haya dado principio a la ejecución” de los delitos que indica; esto es, que tales delitos se hallen en grado de tentativa.
 - Se agrega al art. 294 un 294 bis en virtud del cual se establece que el delito específico de asociación ilícita se penará sin perjuicio de la pena que corresponda por otros delitos cometidos con ocasión de tales actividades.
 - A continuación del art. 295 se agrega el artículo 295 bis el cual crea el delito de omisión respecto de quienes teniendo noticias verosímiles de actividades delictuales y que no las diera a conocer, sería castigado con la pena señalada en el artículo.
2. Decreto Ley 3.451 publicado en el Diario Oficial el 17 de Julio de 1980: Este decreto tiene un único artículo, el cual permite la ampliación hasta por 20 días, del plazo existente para arrestar a las personas que tiene el Presidente de la República en virtud de la facultad que le

²⁷ *cf*r Barra Peñaloza, Vivian, *Antecedentes, establecimientos y aspectos penales de la Ley Antiterrorista*. Memoria para optar al Grado de Licenciado Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, 1986, pp. 29 - 37.

otorga la declaración de Estado de Emergencia. Esta ampliación procederá cuando se investigaran delitos contra la Seguridad del Estado los cuales provocaran la muerte, lesiones o secuestro de personas.

3. Decreto Ley 3.627 publicado en el Diario Oficial el 21 de Febrero de 1981: Su vigencia se mantuvo sólo hasta que terminaron de tramitarse las conductas terroristas anteriores a la Ley 18.314. En su artículo único estipula la entrada en funcionamiento de inmediato de los Tribunales Militares en tiempos de guerra, con la jurisdicción militar de ese tiempo, en los casos de delitos en que, como acción principal o conexas hubiere resultado de muerte para determinadas personas allí indicadas.

c) Principal discusión en el seno de la Comisión que creaba la Ley 18.314²⁸:

Es importante señalar, para el desarrollo de éste trabajo cuáles eran las intenciones que existían al momento de penalizar el Terrorismo en Chile, situación que se vio motivada por la creciente beligerancia existente entre las distintas posiciones que rodeaban el contexto político en aquella época.

El propósito de la Ley antiterrorista era penalizar aquellas conductas que alteraran el orden público, y que tuvieran acentuado carácter político estableciendo presunciones que rompían con el principio de inocencia, mientras no se demostrara lo contrario.

Se construye así la figura del terrorismo en función de cualquier crimen o simple delito de la legislación penal con el agregado político, llegando finalmente a convertirse en una presunción de derecho, constituyéndose delitos terroristas aunque no se cumpla con todos los requisitos que configuran el tipo penal ya tipificado en el Código, y que por tanto, por definición no admitiría prueba en contrario.

La discusión central que se daba al interior de la Comisión consistía en determinar a quién le correspondía el ordenar el cumplimiento de diligencias que debía llevar a cabo la Central Nacional de Información CNI (artículo 12) pues en principio el Ministerio del Interior propone que sean los Tribunales ordinarios quienes desarrollen esa función, con el objetivo que se rompan las especulaciones de que la institución funciona al margen de los Tribunales de Justicia. El almirante Merino admite que la CNI está facultada por el decreto ley que la creó (DL 1.878 año 1977 artículo 1) para llevar a cabo todas las medidas necesarias para resguardar la seguridad nacional, de hecho en

²⁸ Para efectos de la historia a continuación, *cf* Historia de la Ley N° 18.314. Acta de la Junta de Gobierno, pp. 66 – 76.

la Ley de Control de Armas se le otorgaban amplias facultades en función de la lucha contra actividades terroristas. No obstante lo anterior se considera que políticamente no sería apropiado que la ciudadanía sea consciente de estas atribuciones, por lo que se propone que no se redunde sobre la idea.

Finalmente, la discusión queda zanjada, al entregarse la tarea de ordenar el cumplimiento de diligencias a los Tribunales Militares, diferenciando así a éstos de los Tribunales Ordinarios, los cuales podrían ordenar el cumplimiento de diligencias sólo a las Fuerzas del Orden y Seguridad.

2. Aplicación de la Ley Antiterrorista en crímenes cometidos durante la Dictadura Militar:

Sin duda, una de las causas más emblemáticas de la que se tuvo noticia durante el período desde que entró en vigencia la ley hasta la vuelta a la democracia es la que atañe al Atentado a la Comitiva Presidencial, investigación dirigida por el Fiscal Militar Fernando Torres Silva y que tuvo su origen luego de que el día domingo 7 de Septiembre de 1986, veintiún jóvenes militantes del Frente Patriótico Manuel Rodríguez, vertiente armada del Partido Comunista, atentaran contra Augusto Pinochet Ugarte y su comitiva en la cuesta Las Achupallas, camino al Cajón del Maipo, Región Metropolitana.

Sin quitarle mérito a la causa antes mencionada, es necesario precisar que Fernando Torres Silva no sólo investigaba ésta, sino también otras más que él consideraba necesarias para desbaratar la organización terrorista que desestabilizaba la Dictadura Militar. De este modo y sólo con carácter enunciativo, se señalará que conocía además los procesos Vicaría de la Solidaridad, también conocido como Asalto a la panadería Lautaro, Internación ilegal de armas en el norte y centro del país y Secuestro del coronel Carreño²⁹.

a) Ilegitimidad de origen y de ejercicio de las actividades realizadas por el Fiscal ad-hoc Fernando Torres Silva:

Las actividades de investigación llevadas a cabo por el Fiscal Militar *ad-hoc*, en relación al caso Atentado a la Comitiva Presidencial, eran motivo de fuertes críticas por los abogados defensores de los derechos humanos en aquella época, es así como Fernando Guzmán señala que el desempeño de sus funciones adolecían de una ilegitimidad, la cual era tanto de origen como de ejercicio. De este

²⁹ Guzmán, Fernando, "Justicia, ¿Signo de violencia?". En *Mensaje* N° 373, Octubre de 1988, p. 424.

modo para el desarrollo de este punto se realizará un breve resumen de los puntos por él señalado en el análisis jurídico antes mencionado³⁰.

Respecto a la ilegitimidad de origen, ésta se fundaba en dos hechos puntuales que habían otorgado competencia para investigar a Fernando Torres como Fiscal *ad-hoc* del Tribunal de Justicia Militar y no a un Fiscal Militar regular en caso de que la sede siguiera siendo el Tribunal Militar, o bien a la Corte de Apelaciones en caso de que recayera en ellos la competencia para investigar y juzgar.

El primer hecho puntual consiste en la facultad del Juez Militar de designar a un Fiscal *ad-hoc*, decisión que debía tener como fundamento, según lo indicaba el Código de Justicia Militar vigente en su artículo 29 inciso segundo, “cuando las necesidades del servicio lo requieran, ya sea para tramitar una causa o para efectuar una diligencia determinada”, así las cosas su designación estaba sujeta a la aparición de alguna dificultad administrativa y siempre para determinada gestión, dotadas sus funciones por tanto de un carácter esencialmente temporal.

De esta forma, al ser investigado por este tipo de Fiscal, se pierden las garantías de un debido proceso, pues el sujeto persecutor era designado sólo con la finalidad de investigar delitos perpetrados con anterioridad a su designación y contraviniendo además norma expresa que le otorgaba sólo un carácter temporal. No se debe olvidar además la constante interrelación del mencionado funcionario con el gobierno, lo que generaba que su actuar tuviera un carácter parcial.

Por otro lado y como un fundamento más histórico a la utilización de este tipo de funcionarios, a pesar de que la facultad de designarlos (con las condiciones y tiempo establecidos) estaba consagrada en el ordenamiento jurídico, no fue utilizada en los gobiernos previos, pese a que ocurrieron circunstancias similares³¹.

Ahora, en cuanto al segundo hecho en que se funda la ilegitimidad de origen, se debe indicar que de acuerdo al artículo 50 del Código Orgánico de Tribunales³² se entrega el conocimiento a un Ministro de la Corte de Apelaciones en causas criminales en las que sea parte o tenga interés el

³⁰ Cfr. *ibid* pp.424 - 427.

³¹ En octubre de 1970 el Comandante en Jefe del Ejército René Schneider sufrió un intento de secuestro, conspirando así contra el orden constitucional y por tal situación se designó sólo al fiscal militar de turno para su conocimiento.

³² “Art. 50. Un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, según el turno que ella fije, conocerá en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)2º De las causas civiles y de las criminales por crímenes o simples delitos en que sean parte o tengan interés el Presidente de la República,(...)”.

Presidente de la República. Pero por otra parte, el artículo 5 del Código de Justicia Militar³³ entregaba a los Tribunales Militares la competencia para conocer causas criminales cuando un miembro de las Fuerzas Armadas o Carabineros se encontrara involucrado. Teniéndose en conocimiento estas dos normas, se puede descubrir la existencia de un doble fuero por parte de quien fuera el principal objetivo de este atentado, así las cosas, las causas criminales en las que estuviera involucrado Augusto Pinochet Ugarte podían ser conocidas por la Corte de Apelaciones competente en su calidad de Presidente de la República como también por los Tribunales Militares por su calidad de Comandante en Jefe del Ejército.

Teniendo en consideración este doble fuero, el razonamiento obvio al que se llega es que los legitimados para conocer de esta causa debía de ser la Corte de Apelaciones competente por tener el cargo de Presidente de la República un rango mayor que el de Comandante en Jefe del Ejército. Sin embargo, los jueces militares a quienes se les entregó competencia no arribaron a la misma conclusión, pues de manera evidente, era conveniente para los intereses políticos y la estabilidad institucional de aquella época que la investigación se llevara de la manera más reservada posible, vulnerando el debido proceso y el derecho de defensa de los imputados.

En cuanto a la Ilegitimidad de ejercicio, corresponde señalar que es para ser más preciso un abuso de las potestades otorgadas al Fiscal. Sin embargo, siguiendo la argumentación desarrollada por Guzmán, se indicará como ilegitimidad de ejercicio a las causales que hacían que la investigación desarrollada por Fernando Torres Silva adoleciera de vicios que vulneraban los derechos fundamentales de los acusados. De esta forma parece necesario describir las actividades que realizaba el Fiscal Militar *ad-hoc* con la finalidad de desempeñar correctamente sus funciones, éstas se dirán sólo a modo ejemplificador, existiendo además muchas otras.

- Decretaba incomunicaciones que se prolongaban más allá de las permitidas legalmente.

³³ “Art. 5 Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

1º De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este código o en leyes especiales que sometan el conocimiento de sus infracciones a los Tribunales Militares. (...)” Vincularlo con el artículo 429 del mismo código:

“Art. 429 El conocimiento de las causas relacionadas con Ejército y Carabineros, corresponde a los Juzgados que se denominan en este Código ‘Juzgados Militares’; y el conocimiento de las causas relacionadas con la Marina, a los Juzgados que se denominan en este Código ‘Juzgados Navales’”.

- El derecho a defensa de los imputados tardaba en poder ejercerse debido a que los traslados continuos de los detenidos y la imposibilidad de saber el domicilio específico del II Juzgado militar, hacían muy difícil poder trabajar a los abogados defensores.
- Las incomunicaciones prolongadas, los apremios ilegítimos, llevados a cabo por los servicios de inteligencia, sumado a los constantes traslados, hacían que los detenidos desconocieran el espacio temporal en el que se encontraban, no teniendo la capacidad de reconocer ante quien se encontraban durante los interrogatorios, “diluyendo así los contornos definitorios entre juez y policía”.

b. Análisis sobre la causa “Atentado a la Comitiva Presidencial”³⁴.

Respecto al proceso por medio del cual se investigó la causa, revisando la carpeta de investigación y los distintos procesos que se abrieron paralelamente a causa de recursos de protección, recursos de amparo y recursos de queja es posible constatar diversos hechos.

En primer lugar, como ya se indicaba anteriormente, la designación del Fiscal *ad-hoc* fue por medio de un decreto para conocer por sumario los casos Atentado a la Comitiva Presidencial, Internación de armas en el norte y centro del país y caso Clínica Chiloé.

El que Fernando Torres Silva se hiciera cargo de diversas investigaciones generó en la práctica una acumulación de causas, así por cada enfrentamiento en donde eran capturados nuevos sospechosos, sin importar realmente el delito cometido, resultaban todos acusados de delitos terroristas y asociación ilícita, procesándose por tanto como autores en el atentado a Augusto Pinochet. Sucedió esto por ejemplo con Mauricio Fabio Arenas Bejas, quien es encargado reo por infringir los artículos 1 n° 11 y 11 de la ley 18.314. . Mauricio Arenas el día 19 de Febrero del año 1987, a causa de un enfrentamiento con miembros de la Central Nacional de Inteligencia, es herido de gravedad y encontrado posteriormente por Carabineros de Chile, los que lo trasladaron de urgencia al Hospital Sotero del Río. La causa de ser encargado reo obedecía al encontrarse con armas al momento del enfrentamiento. No obstante, sin tener preliminarmente relación con el Atentado a la Comitiva Presidencial, se acumuló su causa con ésta investigación. Frente a esto su defensa presentó un Recurso de Protección utilizando como argumento que nadie puede ser

³⁴ Los hechos que se señalan en éste apartado tienen su fuente en la revisión de la carpeta de investigación de la Fiscalía *ad-hoc* sobre la causa “Atentado a la Comitiva Presidencial”, Rol 1919 - 86, además de otras carpetas facilitadas por la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC) y que fueron utilizadas por sus abogados defensores como guías de lo obrado, en un proceso caracterizado por su sumario y por tanto por la dificultad de acceder a las actuaciones realizadas.

juzgado por comisiones especiales, sin embargo el Juez del 2º Juzgado Militar de Santiago recurrido informó que él había impuesto que el parte de Carabineros fuera acumulado a la causa del atentado.

En segundo lugar, del mismo modo como se indicaba en el primer apartado, la discusión principal respecto a quiénes tenían competencia para conocer sobre el atentado obedecía al doble fuero que tenía Augusto Pinochet. En razón de esto es que el abogado Juan Miguel Pavín Villar, el día 4 de mayo de 1987 promueve una cuestión de competencia por inhibitoria, donde solicita que la Corte de Apelaciones de San Miguel comience a conocer sobre la causa que sumaba una cantidad alta de acusados, todos en prisión preventiva y que continuaba en sumario desde el inicio de la investigación. Esta solicitud es acogida por la Corte y se encarga al Ministro de Turno que asuma la investigación bajo el Rol de la Corte de Apelaciones 866-87, sin embargo, este triunfo del defensor no duró demasiado, porque el Ministerio del Interior presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema a causa de la resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, decretando la Excelentísima una orden de no innovar. Ante esto, Juan Miguel Pavín señaló que lo que buscaba hacer el Ministerio del Interior era abrir una tercera vía para devolver la investigación al Fiscal ad - hoc, ya que la resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel era inapelable.

Así transcurrían las cosas legalmente en las causas investigadas por Torres Silva, con pequeños triunfos para la defensa que buscaba proteger las garantías de los acusados ante una Ley antiterrorista que no tenía consideración con los imputados y que permitía que se mantuvieran largos períodos de incomunicación y el secreto en la investigación por medio de constantes prórrogas autorizadas por el Juez del 2º Juzgado Militar de Santiago.

Sin embargo, el día 31 de agosto del mismo año la pasividad con la que asumían los procesos los acusados, las cuales se habían interrumpido antes a causa de huelgas de hambre, negativas a declarar y recursos donde denunciaban apremios ilegítimos se vio interrumpida por la fuga de dos reos de la Cárcel de Valparaíso, Marcial Moraga y Sergio Buschmann. Este hecho fue determinante para que Torres Silva ordenara el regreso de todos los reclusos que se encontraban fuera de Santiago a la capital, quedando todos los inculcados aislados en la Cárcel Pública de Santiago en la Galería N°6. Lo mismo ocurrido en el año 1987 ocurrió en 1990, cuando faltaban pocos meses para el cambio de mando, fugándose de la Carcel Pública de Santiago 24 militantes del Frente Partido y 25 del Frente Patriótico, de éstos últimos fueron recapturados 6 personas esa misma noche y otros tanto en los días posteriores, quedando todos estos junto a los otros presos políticos.

No obstante seguir siendo procesados y pidiéndose para los principales involucrados incluso pena de muerte o condenas de presidio efectivo altísimas, para el año 1991, luego de las reformas de

las Leyes Cumplido se solicita por parte del abogado Alberto Espinoza el cambio en la calificación jurídica respecto a los hechos realizados por sus representados. Esto teniendo como motivación principalmente el pensamiento jurídico de quien reformó la ley antiterrorista para adecuarla a los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes, quien señalaba que jurídicamente el delito terrorista se define por los métodos e instrumentos empleados y no por una ideología contraria a la institucionalidad. En ese sentido, no bastaba con pertenecer a un grupo ideológicamente antisistema para calificar a ese grupo o asociación como terrorista. Del mismo modo y en relación de lo anterior, la derogación del antiguo artículo 1, por medio del cual se sustentaban de manera principal las acusaciones le otorgaba un sustento legal al requerimiento presentado por Alberto Espinoza y que fue acogido por la Corte de Apelaciones respectiva. Actualmente la causa “Atentado a la comitiva Presidencial”, según lo señalado por Alberto Espinoza, continúa en trámite en la Corte de Apelaciones señalada anteriormente bajo el rol 1 - T - 91.

El indicar todo estos hechos, realizados por el Fiscal Militar y sus colaboradores, ayuda a demostrar que la legislación antiterrorista desde su origen fue creada con la finalidad de ser utilizada por quienes detentaban el poder de manera abusiva para obtener sus fines.

Así, como es posible apreciar, la mayoría de las actuaciones vulneraban garantías fundamentales consagradas en la Constitución vigente en ese momento y se realizaban por estar amparadas por la ley en comento o bien, aun no estando permitidas de manera expresa en ella, por concluirse éstas de interpretaciones parciales de la voluntad de sus creadores.

De este modo, es posible dislumbrar que la ley 18.314 es un arma útil para combatir la disidencia política en cualquier época y de cualquier tipo por tener en sus orígenes implícitamente intenciones de dominación de la sociedad por medio de abusos de poder de quienes la aplicaban.

3. Rol que juega en el período post - dictadura (11 de Marzo de 1990 hasta 11 de Marzo del 2010).

a. Reformas sufridas por la normativa antiterrorista:

Durante el Gobierno Militar, la ley en comento sufrió variadas críticas, relacionadas principalmente con los procedimientos a los que daba lugar y que vulneraban los derechos fundamentales de los imputados. Se esperaba de este modo que con la vuelta a la democracia esta ley disminuyera su severidad, pues se entendía que ella operaba bajo la lógica de disminuir la disidencia y

era ésta disidencia, acompañada de quienes regresaban del exilio, a quienes les correspondería guiar al futuro del país.

Sin embargo, la Ley 18.314 que fija las conductas terroristas y su penalidad, durante los años 1990 a 2010 sufrió sólo dos modificaciones importantes en su texto original. Tal vez una de las causas que justifique esto sea que la norma en la que se sustenta la legislación antiterrorista es el artículo 9 de la Carta Fundamental, en el cual se establece que únicamente la regulación podrá ser modificada por una ley de quórum calificado.

La primera modificación es del año 1991 (ley 19.027), durante el Gobierno del Presidente Patricio Aylwin, siendo este cambio conocido como una de las Leyes Cumplido³⁵, en esta oportunidad se buscaba que la legislación vigente fuera compatible con la normativa internacional sobre derechos humanos. Posteriormente en el año 2002, mientras la Presidencia de la República le correspondía a Ricardo Lagos, se realiza una nueva reforma (ley 19.806), ésta se hizo con la intención de adecuar la normativa especial a la Reforma Procesal Penal³⁶.

Así las cosas, la primera reforma apuntaba principalmente a definir lo que se consideraba como delito terrorista, modificando el anterior artículo 1° que enumeraba dieciséis tipos de delitos terroristas. Esta nueva definición³⁷ incluía criterios subjetivos a los tipos penales de terrorismo. Así ésta conceptualización del terrorismo es según Villegas “lo que trajo los mayores problemas con el principio de legalidad y una total y absoluta inadecuación del concepto de terrorismo en la ley chilena

³⁵ Se conoce como “Leyes Cumplido” a las que en su función de Ministro de Justicia durante el período presidencial de Patricio Aylwin promovió el Jurista Francisco Cumplido. Éstas leyes apuntaban a una mayor protección de los derechos humanos, entre ellas estaban la reforma a la ley antiterrorista, la derogación de la pena de muerte (suprimida finalmente en el año 2001) y el reforzamiento de los derechos de las personas en el proceso penal.

³⁶ Muñoz Torres, Francisco Gerardo. *Aplicación de la Ley Antiterrorista a personas de la etnia mapuche y el derecho fundamental al debido proceso*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2010, p. 9.

³⁷ "Artículo 1°.- Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

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

Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos.

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

respecto al concepto constitucional e internacional del terrorismo”³⁸, esto pues porque el artículo 1° implicaba el concebir a estos delitos de forma libre, ya que se apreciarían estos delitos como comunes pero agravados por sus características terroristas, las cuales eran; en primer lugar, causar temor en la población, o en parte de ella, de ser víctimas de delitos de la misma especie y en segundo lugar, la de arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias.

La primera de estas dos finalidades colisionaba con el principio de inocencia, pues para darle un carácter objetivo a la norma, en el inciso segundo de la parte primera del artículo primero, se establece una presunción de finalidad terrorista que implicaba que se consideraría terrorista todo acto que se realizara a través de determinados medios. Sin embargo, ningún Tribunal aplicó tal presunción, por el carácter inconstitucional de la misma. Al mismo tiempo, se afectaba la máxima *non bis in ídem* del derecho penal pues la utilización de bomba era ponderada para darle a quien la utilizaba el carácter de terrorista y al mismo tiempo era un elemento del tipo penal de artículo 2 n° 4 donde se enumeraban parte de los 16 tipos penales que antes constituían el artículo 1.

En la actualidad, si bien la mayoría de los Tratados Internacionales reconoce la finalidad política del concepto de terrorismo, la legislación nacional luego de las reformas en la materia, a través de las cuales se logró por ejemplo la eliminación de la presunción en cuanto a la finalidad del concepto terrorismo, sigue manteniendo la concepción de que el terrorismo se define por las consecuencias que conlleva, esto es, el temor en la población, dejando amplio espectro de posibilidades en cuanto a la determinación de lo que puede entenderse por terrorismo³⁹.

Ahora, en relación a la segunda reforma, la cual como ya se señaló es del año 2002, lo que se hizo fue “reemplazar las antiguas referencias de los Juzgados del Crimen a los Juzgados de Garantía, y las relativas a las facultades investigativas y persecutoras de los Jueces del Crimen, por las que corresponden al Ministerio Público”⁴⁰. Sin embargo estos cambios no hicieron que ésta ley pasara a tener un carácter más garantista en base a los principios que regulaban esta reforma y que tenían relación con la publicidad de las actuaciones del Ministerio Público o la protección de los derechos fundamentales de los imputados. De este modo las modificaciones allí presentes sólo fueron de

³⁸ Villegas, Myrna. “Los estándares de Derechos Humanos en materia de Terrorismo”. En *Instituto Nacional de Derechos Humanos*, Santiago, Primera Edición, 2012, p. 41.

³⁹ *Cfr. ibid* pp. 42 - 43.

⁴⁰ Aylwin Oyarzún, José Antonio. *La aplicación de la ley N° 18.314 que “Determina conductas terroristas y fija su penalidad” a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos*, 2010, p. 4.

carácter formal, no generando esto una regulación jurídica más favorable a los imputados en lo relacionado a la persecución de los delitos denominados terroristas.

b. Aplicación de la Ley n° 18.314.

Desde el año 2001 hasta el año 2010 la ley antiterrorista fue aplicada principalmente para perseguir a personas mapuches o personas relacionadas con este pueblo por hechos de protesta social vinculados a sus demandas de recuperación de territorios ancestrales, esto por petición del Ministerio Público, Ministerio del Interior o personas particulares. Los delitos por los cuales se les ha acusado son amenazas, incendio, asociación ilícita, homicidio frustrado y lesiones, todos con carácter terrorista⁴¹.

Así, la primera vez que se utilizó esta legislación excepcional contra el pueblo mapuche o personas relacionadas con ellos, fue bajo el mandato del Presidente Ricardo Lagos. Hasta el año 2010 habían sido condenadas diez personas mapuches o vinculadas con dicho pueblo, se encontraban procesadas cincuenta y tres en donde cuarenta y dos de ellas estaban en prisión preventiva y sólo once cumpliendo medidas cautelares en libertad. El fundamento para procesar a todas estas personas residía en el artículo 1 de la ley, pues los hechos por ellos realizados se consideraban actos de protesta social.

“La protesta social del pueblo mapuche encuentra su fundamento en la situación de desprotección en que hasta antes de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT [Organización Internacional del Trabajo] se encontraban sus derechos en el ordenamiento jurídico, en particular frente a proyectos de inversión extractivos que se impulsan en sus tierras y territorios con la autorización del Estado, así como también en la demora de la política pública para atender a sus reclamaciones de tierras basadas en derechos de propiedad legal y/o ancestral”⁴².

Así las cosas, a continuación se señalan las personas y las razones por las cuales hasta el año 2010 estaban siendo condenadas conforme a la legislación antiterrorista⁴³:

“1.-**José Huenchunao Mariñan**. Comunidad de El Malo, Lago Lleu Lleu, Tirúa.

⁴¹ Si bien objetivo de este trabajo se corresponde con el período ya señalado, es necesario indicar que en la actualidad la Ley Antiterrorista es utilizada para la posterior investigación y posterior condena de grupos anarquistas vinculados con la colocación de artefactos explosivos en diversos puntos de la ciudad de Santiago.

⁴² Aylwin Oyarzún, José Antonio. *La aplicación de la ley N° 18.314 que “Determina conductas terroristas y fija su penalidad”*, p. 19.

⁴³ Muñoz Torres, Francisco Gerardo. *Aplicación de la Ley Antiterrorista a personas de la etnia mapuche y el derecho fundamental al debido proceso*, p. 22.

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco Condena: 10 años y un día Situación: Preso en CET de Angol.

2.- **Patricia Troncoso Robles.** Solidaria con el Pueblo Mapuche.

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco Condena: 10 años y un día Situación: Presa en CET de Angol con libertad dominical.

3.- **Juan Bautista Millalen Milla.** Comunidad Catrio Ñancul, Collipulli

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco Condena: 10 años y un día Situación: Preso en CET de Angol con libertad dominical.

4.- **Juan Carlos Huenulao Lienmil.** Comunidad de Tricauco, Victoria

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco Condena: 10 años y un día Situación: Preso en Cárcel de Victoria.

5.- **Florencio Jaime Marileo Saravia.** Comunidad Cacique José Guiñón, Ercilla.

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco Condena: 10 años y un día Situación: Reclusión nocturna en centro policial de Collipulli.

6.- **Juan Patricio Marileo Saravia. Comunidad Cacique José Guiñón, Ercilla.**

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco Condena: 10 años y un día Situación: Reclusión nocturna en centro policial de Collipulli.

7.- **Juan Ciriaco Millacheo Licán**

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco Condena: 10 años y un día Situación: Clandestino.

8.- **Victor Ancalaf Llaupe**

Causa: "Incendio Terrorista" de un camión que prestaba servicios a la empresa Endesa España en sector Guayali, comuna del Alto Bío Bío, Provincia del Bío Bío. Condena: 5 años y un día. Situación: cumplió una condena efectiva de 5 años.

9.- **Pascual Pichún Paillalao**

Causa: "Amenaza Terrorista" en contra del propietario y administrador del fundo Nanchahue.

Condena: 5 años y un día. Situación: cumplió una condena efectiva de 5 años.

10.- **Aniceto Norín Catriman**

Causa: "Amenaza Terrorista" en perjuicio de los propietarios del fundo San Gregorio

Condena: 5 años y un día. Situación: cumplió una condena efectiva de 5 años."

Cabe destacar que los delitos por los cuales estas personas fueron condenadas siempre se mantienen dentro de la categoría de amenazas o atentados a la propiedad privada, no generando

daños en las personas que los padecen, así de este modo se dice que estos delitos “(...) no revisten graves violaciones contra las personas en relación tanto a su integridad física y psíquica como a sus derechos humanos fundamentales, lo cual aporta un argumento contundente a la hora de criticar la aplicación de una legislación estricta, dura y de carácter excepcional, ya que internacionalmente se sostiene que un elemento esencial para calificar un acto como terrorista, es la probabilidad cierta de peligro grave o daño en sí a las personas.”⁴⁴

⁴⁴ Cayuqueo Pichicón, Álvaro - Montesinos Saavedra, Pablo - Saavedra Cea, Sebastián - Soler Guerra, Grethel. *Conflicto mapuche y legislación antiterrorista: análisis crítico para un estado de derecho democrático*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2007, p. 111.

III. Ley Antiterrorista y su relación con la Constitución.

“El Código Leopoldino tuvo la osadía de dar un paso inédito para las monarquías del Antiguo Régimen: la supresión de los delitos de lesa majestad. Su artículo LXII, haciéndose cargo de la abusiva extensión que éstos habían alcanzado a lo largo de los siglos, hasta el punto de abarcar acciones en sí mismas no delictuosas, pero que se convirtieron en tales sólo por la ley, declara abolido el abuso, elimina todo especial título delictuoso de la denominada lesa majestad y ordena que las violencia y los atentados contra la seguridad, libertad y tranquilidad del Gobierno sean considerados en el género de las violencias públicas y castigadas según la mayor o menor atrocidad de la violencia en sí misma, ‘sin considerar la gravedad mayor añadida por la ley so pretexto de la *lesa majestad*’. Dicho de otra manera, convirtió el infame cenotafio del delito político en delito común.”⁴⁵

Esto ocurre en el año 1786 y generó un cambio radical en aquella época en donde se sancionaban como delitos de lesa majestad un amplio espectro de hechos que iban desde traición hasta imprecaciones, signos y gestos que se realizaban ante el soberano o una imagen de él, la idea era proteger al dominio político y sus detentadores, considerando las agresiones no por la certeza de ella sino por la sola amenaza según “estimaciones subjetivas nacidas del capricho y el temor”⁴⁶.

Con la caracterización de este tipo de delito, claramente se puede evidenciar que el origen del delito político encuentra su semilla en la *lesa majestad* y por tanto que las sanciones al terrorismo tienen sus cimientos ahí. Así, como lo postula Guzmán, el vínculo entre lesa majestad y terrorismo se evidencia aún más en la faceta procesal. “Para nadie es un misterio que el resquebrajamiento de los principios punitivos y el desmonte de las paredes que circundan y contienen el ejercicio del derecho de castigar, lucen con particular visibilidad en las reglas sobre jurisdicción y procedimientos de los hechos terroristas, sea por las facultades acrecentadas y los poderes autónomos de la policía, la demora autorizada para que ésta deja al inculpado a disposición de la judicatura, la facilidad de disponer, alargar y endurecer las condiciones de la prisión preventiva, la intervención de las comunicaciones del sospechoso, el empleo de agentes investigadores y soplones en la investigación, el premio jurídico 3.º dinerario a delatores y felones, el castigo de la omisión de denuncia, el secreto de la investigación y otras modalidades del cercenamiento del derecho de defensa, la admisión de

⁴⁵ Guzmán Dalbora, José Luis, *El Terrorismo como delito común*. Proyecto Internacional de Investigación sobre Derecho Penal Internacional, 2014, p. 1.

⁴⁶ *Ibid* p. 3.

testigos o peritos sin rostro y de otras pruebas privilegiadas, impedimentos diversos en el régimen de recursos, etc.”⁴⁷.

Así las cosas, es necesario realizar un análisis de nuestra Constitución, la cual formalmente protege los derechos fundamentales de todas las personas, pero, no obstante ello, éstos son vulnerados constantemente por medio de leyes especiales bajo el argumento de proteger un bien mayor que es el bien común. De esta forma, lo que se hará es un análisis de las prerrogativas otorgadas por nuestra Carta Fundamental, las cuales se contrastarán con la realidad de nuestra actual ley antiterrorista. La idea es demostrar que en Chile existen ciudadanos de primera y segunda categoría y que los sindicados como terroristas forman parte del último grupo, encontrándose nuestro país en una situación similar a antes de 1786, cuando se eliminan los delitos de lesa majestad, pero con la diferencia de que en el momento histórico actual la evolución del derecho nos debiera haber conducido a un respeto a las garantías fundamentales sin limitaciones.

1. Principio de igualdad ante la ley: Artículo 1° inciso 1; 19 n° 2 y n°3 inciso 3.

“Artículo 1° inciso 1: Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”

“3° inciso 3 La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”

En atención a las normas antes indicadas, corresponde señalar en primer lugar que es posible ver en el artículo primero y en el enunciado del artículo 19 una consagración a la igualdad sin limitaciones, de carácter abstracto, es decir, al señalar “las personas” se entiende que son todas, sin distinguir entre nacionales y extranjeros, en segundo lugar además se puede entender que en el artículo 19, el cual constituye la norma más importante de la Constitución chilena, el principio a la igualdad no basta con ser enunciado, sino que se debe ir más allá, de este modo en el numeral 3

⁴⁷ *Ibid* p. 4.

inciso 3° el término clave sería la palabra ejercicio, el cual se refiere “al reconocimiento efectivo del derecho particularmente en los procesos judiciales y administrativos.”⁴⁸

“En definitiva, el principio de igualdad constitucional en Chile a nivel de texto tiene un amplio reconocimiento. Este principio sirve de fundamento para proteger una concepción de la persona en sentido amplio que caracteriza la constitución chilena. También sirve para definir y delimitar el rol del Estado y su relación con las personas y es el principio matriz que debe guiar el sistema electoral y la vida política. En particular la igualdad constitucional sirve de referencia para la actividad legislativa en todas sus facetas, especialmente respecto de la legislación procesal y penal.”⁴⁹

No obstante lo anterior, hasta antes de 1990 los tribunales chilenos otorgaban ésta prerrogativa con bastante timidez, esto a causa de los artículos transitorios con los que contaba la Constitución de 1980 y que mantenían en suspenso las libertades civiles y políticas. Es quizás por ésta misma razón que Atria afirma que “por alguna razón que sería interesante estudiar, *Chile no tiene Constitución* [destacado es de Atria] salvo para materias económicas. La relevancia que en la práctica forense tienen las garantías constitucionales, como el debido proceso y la igualdad ante la justicia, en materia procesal penal, la libertad personal frente a prácticas como las detenciones por sospecha o las largas prisiones preventivas, etc., es prácticamente nula. Sólo son operativas las garantías de relevancia para la actividad económica: el derecho de dominio, la libertad a desarrollar cualquier actividad económica, la no discriminación arbitraria (pero en materias económicas, como se verá: la discriminación entre hijos naturales e ilegítimos hasta hace muy poco no era tema, y hoy sólo lo es con dificultad), etc.”⁵⁰.

Es quizás la existencia de éstos artículos transitorios una de las razones por las cuales no sólo se aplicaban de manera restringida las normas contenidas en la Constitución, sino además la poca aplicación de estos principios en la creación de nuevas leyes. Dicho de otro modo, la Ley Antiterrorista fue creada en un momento en donde al encontrarse las libertades civiles y políticas limitadas, a pesar de estar enunciadas en la Carta Fundamental, éstas no fueron consideradas en la creación de la ley.

⁴⁸ Ruiz - Tagle Vial, Pablo. “*Apuntes sobre la igualdad constitucional en Chile*”. En Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, visto el 29 de octubre de 2014 a las 23:08 en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/Especiales_SELA/SELA%201999%20-%20Ed%202000/04SELA99Juridica02.pdf p. 23.

⁴⁹ *Ibid* p. 24.

⁵⁰ Atria, Fernando, “Los Peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional”. En *Cuadernos de Análisis Jurídico* n°36, Universidad Diego Portales, 1997, pp. 189 -190.

Volviendo a la idea de igualdad se debe señalar que ésta puede ser entendida como un hecho que “se cumple cuando se trata de la misma manera a dos elementos que se considera iguales entre sí y cuando se trata de diversa manera a dos elementos que se considera desiguales entre sí.”⁵¹. Así las cosas, es posible concluir que la idea de igualdad vista desde una perspectiva política permite la organización de la sociedad en distintos grupos sociales, que buscan tener una mayor participación en las decisiones nacionales, a modo de ejemplo se pueden señalar los estudiantes, que buscan que el Estado intervenga el sistema educacional nacional, los pescadores artesanales, que luchan por una ley de pesca que no los prive de su fuente laboral, los trabajadores que intentan mejorar las condiciones actuales en el ámbito laboral y finalmente los mapuches que buscan la recuperación de sus tierras ancestrales.

Sin embargo, este derecho a la igualdad se ve truncado con la disposición que se encuentra en el artículo 1 inciso primero parte final de la ley 18.314, la cual dispone que se considerarán delitos terroristas aquellos que “se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.”, esto pues cualquier forma de protesta social lo que busca es obtener determinadas resoluciones de la autoridad, y por tanto, sólo por el hecho de que ellas en algún momento utilizaran medios violentos, podrían ser catalogados, a causa de esta amplia disposición como terroristas y sus actuaciones ser procesadas de acuerdo a esta ley, únicamente por encontrarse organizados y realizar en ocasiones actos de violencia. Así la igualdad en materia política se ve limitada pues la organización de agrupaciones políticas al margen de las vías institucionales (entiéndase partidos políticos) y que utilizan sus espacios para fomentar la protesta social, podrían ser perseguidos por buscar cambios sociales. Un ejemplo de esto sería la persecución que sufre hoy el pueblo Mapuche por hechos de violencia social en sus demandas de reivindicación de sus tierras, que los tiene siendo juzgados por la Ley antiterrorista a causa de adolecer ésta de una cierta ambigüedad que permite que los operadores jurídicos la puedan evocar arbitrariamente.

2. Garantía del debido proceso: Artículo 19 n°3 inciso 6.

“Artículo 19 n°3 inciso 6: Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

⁵¹ Díaz García, Iván, “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto Iusfundamentalidad y Consecuencias”. En *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 33 - 76. Universidad de Talca, p. 38.

La Constitución no regula de forma expresa el debido proceso, pero debe entenderse incorporado en el inciso anteriormente indicado. La razón que subyace en esta decisión, no debiese ser criticada sin antes conocer los motivos en que se fundan, que al contrario de lo que podría especularse son bastante razonables; esto, en el entendido de que la Carta Fundamental nunca buscó ser un catálogo que enumerara taxativamente lo que se entiende por debido proceso, pues sus redactores tenían el temor de olvidar algún elemento importante de su composición, así se decide que es preferible solamente consignar que los procedimientos y la investigación deben ser racionales y justos, dando pie a que ésta concepción se adecúe al tiempo y desarrollo social.⁵²

El debido proceso, se ha ido construyendo en la sociedad moderna como un derecho fundamental de carácter esencial en materia penal, como una herramienta de protección de carácter principal en la defensa de los derechos humanos y un requisito indispensable en el desarrollo de un real Estado de derecho. “Este contenido esencial incluye el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), el principio de la presunción de inocencia, y los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, con consideración debida al derecho a la igualdad y no discriminación.”⁵³

A continuación se indican situaciones que ocurren en los juicios en los que se aplica la Ley antiterrorista, que actúan como agentes restrictivos de las garantías consagradas en el debido proceso:

a) Presunción de Inocencia:

En directa relación con el debido proceso se encuentra la garantía de que “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.”, esto es lo enunciado en el inciso que sigue al que consagra el debido proceso, es decir, el artículo 19 n° 3 inciso 7. La posibilidad de que esta garantía se encuentre vulnerada en la ley antiterrorista obedece a la figura procesal penal de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares de acuerdo al artículo 122 del Código Procesal Penal son utilizadas únicamente para “asegurar la realización de los fines del procedimiento”, sin embargo, en los casos en los cuales se solicita la prisión preventiva para imputados por la ley antiterrorista, ésta la mayoría de las veces será concedida por el Juez de Garantía, esto en razón únicamente de la agravante calificación de terrorista, sin utilizarse razones fundadas como las indicadas en el artículo 139 inciso 2

⁵² Cfr Muñoz Torres, Francisco Gerardo. *Aplicación de la Ley Antiterrorista a personas de la etnia mapuche*, p. 3

⁵³ Aylwin Oyarzún, José Antonio. *La aplicación de la ley N° 18.314 que “Determina conductas terroristas y fija su penalidad”*, p. 12

del Código Procesal Penal que señala que procederá la prisión preventiva “cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.”, o también lo que señala el artículo 140⁵⁴ del mismo Código.

Se puede señalar como ejemplo de ello, el largo período en que se encontraron prisioneras las personas indicadas como autores del caso “Atentado a la Comitiva Presidencial” ya antes señalado, del mismo modo, 12 de las 14 personas acusadas en el connotado “Caso Bombas”⁵⁵ por el Fiscal Peña también fueron dejadas en prisión preventiva durante el período que durara la investigación, el cual fue fijado en seis meses⁵⁶.

Así también, en relación a las causas vinculadas con la etnia Mapuche, el caso “Norín Catrimán y otros”⁵⁷, presentado ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos, fue una muestra clara del abuso de la prisión preventiva, de acuerdo a lo que indica la sentencia dictada por la Corte ya señalada, el día 17 de octubre del año 2002 (bajo el antiguo procedimiento penal chileno) se dictó por parte del Ministro Instructor de la Corte de Apelaciones de Concepción un auto de procesamiento en contra de Victor Ancalaf Llaupe, despachándose al mismo tiempo una orden de aprehensión en su contra, así desde el 6 de noviembre desde el mismo año ésta persona quedó en

⁵⁴ Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. (.)”

⁵⁵ “Caso Bombas” fue denominado el proceso que se realizó en contra de un grupo de jóvenes, principalmente anarquistas, por estar acusados de la colocación de artefactos explosivos en la ciudad de Santiago durante los años 2006 a 2010.

⁵⁶ Cfr Daza Carrasco, Mauricio. *Los estándares de Derechos Humanos en materia de Terrorismo*. Seminario Internacional Terrorismo y estándares en Derechos humanos. Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, Primera Edición, 2012, p. 92.

⁵⁷ La causa “Norín Catrimán y otros” fue presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por considerar las víctimas que los procesos penales abiertos, contra ellas, en Chile durante los años 2001 y 2002 en las Regiones VIII (Biobío) y IX (Araucanía), vulneraban garantías fundamentales consagradas en Chile por la Constitución de la República y refrendadas a través de diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

A las ocho víctimas de este caso les fueron dictadas medidas de prisión preventiva en dichos procesos penales

prisión preventiva, con posterioridad, el día 23 de abril del año 2003 el abogado defensor de Ancalaf solicita la libertad provisional, considerando el tiempo que llevaba su representado privado de libertad, ésta solicitud fue denegada, posteriormente se vuelve a realizar la misma diligencia, esta vez el 7 de Julio del 2003, fecha en que la investigación en su contra ya había concluido, la cual fue nuevamente denegada en los mismo términos por el Ministros Instructor, así Víctor Ancalaf se mantuvo en prisión preventiva hasta el 30 de diciembre del mismo año, fecha en que se dictó su sentencia condenatoria.⁵⁸

“Como no se había establecido legalmente su responsabilidad penal, el señor Ancalaf LLaupe tenía derecho a que se le presumiera inocente, con arreglo al artículo 8.2 de la Convención Americana. De ello derivaba la obligación estatal de no restringir su libertad más allá de los límites estrictamente necesarios, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. En consecuencia, el Estado restringió la libertad del señor Ancalaf sin respetar el derecho a la presunción de inocencia y violó su derecho a no ser sometido a detención arbitraria consagrado en el artículo 7.3 de la Convención.”⁵⁹

Lo anteriormente señalado es el más claro indicio de la constante vulneración al principio de inocencia que sufren los inculpados de delitos terroristas, el uso de la prisión preventiva sin que existan antecedentes claramente manifiestos de la responsabilidad en los hechos señalados y la falta de razonabilidad en los criterios, acompañado de prisiones preventivas que se extienden durante toda la investigación, sin que necesariamente el imputado revista peligro para la sociedad o para el correcto desarrollo del procedimiento, muestran de manera fidedigna la vulneración no sólo de lo preceptuado en la Constitución Política de la República, sino que además en los diversos Convenios Internacionales sobre Derecho Humanos ratificados por Chile. Así, los cargos formales que enfrentan los imputados revisten una seriedad tal, que sin mediar pruebas, es posible sólo por medio de la acusación, obtener la prisión preventiva, vulnerándose así el principio de inocencia. “Al decidir investigar un delito como un acto terrorista, el fiscal aumenta la probabilidad de que el sospechoso permanezca en prisión durante todo el período previo al juicio, o una parte considerable de éste.”⁶⁰

⁵⁸ Cfr Sentencia Corte Interamericana de Derechos humanos. *Norín, Catriman y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche VS. Chile)*, 29 de mayo del 2014 p.111.

⁵⁹ *Ibid* p.113.

⁶⁰ Aylwin Oyarzún, José Antonio. *La aplicación de la ley N° 18.314 que “Determina conductas terroristas y fija su penalidad”*, p. 15.

b) Otras vulneraciones al debido proceso:

Como lo señala Aylwin no sólo se vulnera el debido proceso con los altos períodos de prisión preventiva, sino además con los testigos sin rostro, lo cual se relaciona también con el derecho a defensa y por tanto se describirá en ese apartado, el cual se abordará más adelante.

Pero lo que se indicará en esta parte es aquello vinculado con la falta de criterios racionales por parte de quienes deben hacer cumplir la ley antiterrorista o más bien deben ejecutarla. Efectivamente esta ley en sus disposiciones, permite que muchas decisiones que pueden eventualmente afectar garantías fundamentales queden al arbitrio de las autoridades.

De esta forma corresponde indicar que en su artículo 11 inciso 1 se señala que “Siempre que las necesidades de la investigación así lo requieran, a solicitud del fiscal y por resolución fundada, el juez de garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación.”, así, en el caso de delitos terroristas, el plazo para poner al detenido a disposición del Juez de Garantía puede ampliarse hasta por una semana más en relación a un delito común tipificado en el Código Penal, quedando a criterio del Ministerio Público solicitarlo y del Juez de Garantía resolverlo, sin indicar qué razones pueden considerarse fundadas, quedando bajo criterio de ellos dilucidarlo, hecho que los puede hacer caer en arbitrariedades, considerando que aquellas personas ni siquiera han pasado por la acusación y por tanto no han sido formalizados.

Continuando con lo mismo el artículo 14 de la Ley indica dos hechos que llaman la atención, en primer lugar se indica que una vez realizada la acusación de delito terrorista contra él o los imputados, el Ministerio Público puede solicitar al Juez de Garantía permiso para intervenir teléfonos, restringir el régimen de visitas, y recluir al imputado en recintos especiales, esto siempre permitiendo mantener contacto con el abogado. Esto hace notar la tratativa especial que tienen los presos terroristas, pero no sólo es posible encontrar esto, sino que además en su inciso final, el artículo 14 indica que éstas medidas no podrán adoptarse con determinadas autoridades del Estado, lo que hace notar que ésta legislación desconoce la existencia del terrorismo de Estado e impide la aplicación de las medidas que ésta ley especial establece para los terroristas a quienes detentan el poder político. Este último hecho indica no sólo la no consideración del principio de igualdad consagrado en nuestra constitución, sino además los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad que se encuentran intrínsecos en la idea de debido proceso.

3. Derecho a Defensa: Artículo 19 n° 3, incisos 2, 3 y 5.

“Inciso 2°, Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.

Inciso 3°, La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Inciso 5°, Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

Si bien, inicialmente al leer ésta declaración de derechos del artículo 19, no es posible distinguir a primera vista una vulneración de derechos por parte de la ley objeto de estudio, en el caso particular del derecho a defensa, éste se ve vulnerado principalmente por algo que ya se expuso anteriormente, esto es la figura de los testigos sin rostro, lo cual se encuentra regulado entre los artículos 15 al 21 de la ley 18.314.

En primer lugar en el artículo 15 se señala que el Ministerio Público puede disponer de oficio o a petición de parte medidas de protección para un testigo o perito, así como para su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o personas con quienes se encontrara ligado por relaciones de afecto, siempre que considerara durante la etapa de investigación que se corre serio riesgo de afectar la integridad física o su vida. Las formas de protección de identidad son variadas y se encuentran allí descritas, no obstante ello, hay casos en que ésta decisión no tiene una vital relevancia y sólo afecta al derecho a defensa a causa de la dificultad de poder realizar preguntas a un testigo del cual se desconoce absolutamente todo.

Así, el Defensor Nacional Georgy Schubert Studer señala que la dificultad más grande que ha experimentado el derecho a defensa dice relación con los testigos sin rostro. Indica que aunque el Código Procesal Penal indica que no existen testigos inhábiles, en la práctica se pueden realizar preguntas para corroborar la veracidad del relato que ellos entregan, así como también su idoneidad e imparcialidad y por tanto, un testigo puede sólo constituir prueba en la medida en que esa persona cumpla con las características indicadas. Así las cosas, como señala Schubert, los testigos no se

cuentan sino que se pesan, sin embargo, el poder contrarrestar el peso de un testigo sin identidad reviste una dificultad mayor, pues al conocer completamente la identidad de una persona, no hay posibilidad de que un tribunal pueda evaluar éstas características, así el tribunal podrá verificar la coherencia, interna o con otras pruebas del proceso, pero no su veracidad, ya que al desconocer su identidad es imposible desacreditar su veracidad por ejemplo, situándolo en un lugar diferente al lugar y momento donde ocurrieron los hechos⁶¹.

Del mismo modo, la ley en su artículo 18 entrega la posibilidad de que “(...)el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas [testigos y peritos] se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal”, adicionalmente la defensa puede no conocer en momento alguno la identidad de los mismos, de allí la denominación “testigos sin rostro. En lo sucesivo podría estimarse que dicha normativa especial tiene concordancia con la normativa general, lo cual no resulta ser del todo cierto pues “(...) el CPP [Código Procesal Penal] contiene una norma de protección de “la seguridad del testigo” (art. 308), no de su identidad, aunque se contempla una sanción por la divulgación de la identidad cuando un testigo ha hecho uso del derecho a no responder la pregunta sobre su domicilio.”⁶² Es evidente que el desconocer la identidad de la persona que declara en contra entorpece el procedimiento de confrontar la prueba, de manera que se vulnera el derecho a la defensa del imputado, a lo cual Lillo dice “Se produce inevitablemente un conflicto entre el derecho a la vida y/o a la integridad del testigo o perito, y el derecho a defensa del imputado. Para resolver este conflicto podemos recurrir a las reglas de necesidad y proporcionalidad enunciadas por Alexy; conforme a ellas, será posible acceder a la protección de la identidad del testigo sólo cuando se acredite que no hay otra forma de proteger la integridad de un testigo o perito que se encuentra realmente en peligro. Por lo anterior, una actitud rigurosa de los jueces –en orden a proteger las garantías de los imputados– implicaba en estos casos hacer este análisis y exigir a la fiscalía demostrar el riesgo que corrían los testigos y peritos, para no transformar estos mecanismos de protección (que además incluían pagos, traslados y construcción de cercos y caminos) en instrumentos que favorezcan el falso testimonio y su impunidad.”⁶³

⁶¹ *cfr.* Shubert Studer, Georgy. “Los estándares de Derechos Humanos en materia de Terrorismo”. En *Instituto Nacional de Derechos Humanos*, Santiago, Primera Edición, 2012, p. 77.

⁶² Contesse, Jorge; Rivas, Antonia; Seelau, Laura; Seelau Ryan. *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, Universidad Diego Portales. 2011, visto el 11 de noviembre 2014 a las 0:10 hrs. en http://www.derechoshumanos.udp.cl/force-download.php?file=wp-content/uploads/2011/10/udp_ddhh_2011_cap_07.pdf p. 188.

⁶³ Lillo Vera, Rodrigo. *Pueblos Indígenas, Terrorismo y Derechos Humanos, Anuario de Derechos Humanos*, 2006, p. 231.

De este modo y para ver la aplicación de éstos preceptos a casos próximos, es necesario señalar las variadas dificultades que tuvo la defensa en el emblemático “Juicio Cañete”⁶⁴ a causa de la existencia de éstas disposiciones.

En primer lugar, señala Schubert que durante este juicio existió un testigo bastante particular el cual era el llamado “Testigo N° 26”, este testigo era a pesar de su secreto conocido por todos, las razones eran simples, había sido imputado por los mismos delitos por los cuales resultaron condenados cuatro procesados de este juicio. Él estuvo en prisión preventiva y fue ahí donde se acercó a él un fiscal, luego de ellos se termina su prisión preventiva y no sólo eso, se decide no perseverar y además se aplica suspensión condicional del procedimiento en Audiencia respecto de otro delito que para el caso resultaba improcedente.

Así las cosas, señala el Defensor Nacional que la protección de identidad del testigo n° 26 eran improcedentes, puesto que dentro de la comunidad a la que pertenecía, todos conocían quién era y por lo mismo las represalias de la comunidad llegaron de todos modos, sin importar que apareciera ante tribunales “sin rostro”. Así es posible entender que si bien es necesario proteger a los testigos, ésta medida deja de ser útil si todos saben quien es y cuando eso ocurre, la mantención de éstos sólo afecta la garantía de defensa.

En segundo lugar, Ortega, abogado defensor del mismo juicio, indica que en éste no sólo se afectó al derecho a defensa a causa de los testigos sin rostro, sino además a causa del secreto en la investigación, etapa muy importante para poder contrarrestar las pruebas que podría presentar el Ministerio Público y que en esta causa duró muchos meses. Sin embargo, el dato anecdótico y aún más esclarecedor respecto al derecho a defensa tiene relación con la potestad que tuvo el Ministerio Público, por medio del artículo 18 inciso primero vinculado con el artículo 19 de la ley 18.314, de solicitar medidas adicionales a la protección de los testigos y que decían relación con que éstos declararan en otra sala y que los abogados defensores sólo tuvieran acceso a ellos por medio de una pantalla y un circuito de audio. Esto en la práctica menoscabó la participación de la defensa, sobre todo en lo que respecta a la declaración del testigo n° 26, pues debido a que el sonido no viaja a la velocidad de la luz, se pudieron practicar 24 objeciones de las cuales 22 fueron rechazadas por

⁶⁴ El “Juicio Cañete” es conocido con este nombre por el Tribunal en donde fue ventilada la causa, esto es el Tribunal de Juicio Oral de Cañete. Aquí se procesaron a 17 comuneros mapuches acusados del ataque al Fiscal Mario Elgueta y otros delitos. Durante toda la investigación y juicio que duró más de dos años en total, los comuneros estuvieron en prisión preventiva, sin embargo en la instancia final, el tribunal dejó en libertad a la mayoría de los imputados por falta de pruebas, lanzando una fuerte crítica al funcionamiento del Ministerio Público.

extemporáneas, ya que cada vez que se objetaba en una sala, al llegar la objeción a la otra sala, la respuesta ya había comenzado⁶⁵.

En conclusión, el derecho a defensa en materia de ley antiterrorista es letra muerta, tanto dogmáticamente como en la práctica cuando el Ministerio Público, ya sea de oficio o a petición de parte hace uso de éstas normas que le facultan a solicitar el secreto de la investigación o la protección de los testigos.

⁶⁵ Cfr. Ortega Manosalva, Pablo. “Los estándares de Derechos Humanos en materia de Terrorismo”. En *Instituto Nacional de Derechos Humanos*, Santiago, Primera Edición, 2012, pp. 81 - 87.

IV. Análisis tópico de su aplicación a Comuneros Mapuches procesados por la Ley Antiterrorista.

La aplicación de la ley antiterrorista en contra del Pueblo Mapuche comienza en el marco del movimiento de recuperación de tierras ancestrales en el gobierno de Lagos, donde ocurren los primeros actos de violencia como respuesta ante la indiferencia del gobierno en el cumplimiento de sus promesas de campaña⁶⁶. La respuesta de Lagos frente a estos actos de presión política fue la represión de los disidentes “criminalizando la protesta social indígena y aplicó la ley de conductas terroristas, siendo emblemáticos en este sentido el caso del Incendio al fundo Poluco Pidenco (2001), y el Caso Lonkos donde se enjuició a dos autoridades tradicionales (...)”⁶⁷

De acuerdo a lo indicado anteriormente pareciera ser que las autoridades políticas cuando comenzaron a hacer uso de esta ley en contra del pueblo Mapuche no tomaron en consideración la Constitución Política de la República, la que en su artículo 5 inciso segundo expresa el respeto a los derechos humanos incorporados vía ratificación de Tratados Internacionales. Dejando así una puerta abierta a la calificación terrorista de cualquier acto de protesta social, marginando a sus involucrados de la protección de las diversas garantías fundamentales consagradas por la Constitución.

En lo sucesivo, cabe considerar que en Chile entró en vigencia en el año 2009 el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo, en el que se consagra, como observa Lillo “El reconocimiento que los indígenas constituyen pueblos, es decir, sujetos colectivos de derecho, constituye la mayor novedad del Convenio desde la perspectiva de los derechos humanos; pues si bien, con anterioridad el sistema internacional reconocía derechos específicos a los indígenas, es la primera vez que se establece derechos que se ejercen por todo el pueblo considerado como tal.”⁶⁸ La ratificación de este Convenio supuso que para la legislación nacional los pueblos indígenas serían reconocidos culturalmente, y ya no serían procesados como sujetos intelectualmente inferiores, como era el razonamientos de los tribunales para absolver y

⁶⁶ “Se prometió la ratificación del convenio 169, reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, modificación de la ley indígena, y la devolución de alrededor de 150.000 hectáreas a las comunidades”. En Villegas, Myrna. “Pluralismo Cultural y Derecho Penal. Diagnóstico del Caso Chileno”. En *Congreso Latinoamericano Derecho Penal y Criminología*, Chile. 2011, p. 9.

⁶⁷ *Ibid*, p. 9.

⁶⁸ Lillo Vera, Rodrigo. “El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas”. En *Minuta Defensoría Regional*, 2010, p.4.

rebajar la pena, puesto que se entendía que no podían comprender las prohibiciones penales, debido a que se encontraban alejados de la civilización.⁶⁹

1. Caso Celestino Córdova:

El 28 de febrero del presente año se dictó sentencia en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco contra Celestino Cerafín Córdova Tránsito en causa sobre incendio de casa o lugar habitado con carácter de terrorista, robo con violencia, incendio de bienes muebles e incendio causando muerte con carácter de terrorista.

El carácter de terrorista a la calificación jurídica es atribuido por la parte acusadora debido a la amplia y subjetiva redacción de la norma, que permite que cualquier delito común pueda ser atribuido como terrorista, asumiendo cierta intencionalidad al imputado. En relación a la aplicación directa de la ley en cuestión, la defensa en su alegato (considerando número sexto) apunta a que no se logró probar el ánimo subjetivo y que el calificar los instrumentos utilizados para cometer los actos es utilizar los mismos ya valorados para el delito común, vulnerando con esto el principio *non bis in idem*.

Es el Tribunal quien concluye, a partir de citas a autores como Villegas, del Barrio, León y Hernández que la ley 18.314 tiene una exigencia subjetiva, pues tal y como está redactado el artículo primero abarca exigencias más allá de lo objetivo de un tipo penal. Sin perjuicio de aquello, los sentenciadores consideran que en el incendio en la casa patronal del Fundo Granja Lumahue si se cumple con el carácter terrorista, en sus palabras “El fundamento de ello lo encontramos en que además profirieron expresiones como: “que querían tierras y armas”, desestimando incluso el ofrecimiento de dinero para cesar su acción; “que se trataba de un atentado Mapuche”; “que querían ver a los huincas arrodillados frente a ellos”; es decir son datos objetivos que permiten deducir el dolo especial exigido por el legislador de la ley 18.314., puesto que nos habla de manera inequívoca que lo que realizaban tenía por objeto, finalidad y motivación provocar temor en una parte de la población de esta región, especialmente la que habita, por cierto, los predios aledaños al sitio del suceso.”⁷⁰ No obstante, no se pudo acreditar en juicio más allá de toda duda razonable la participación del imputado en los hechos en cuestión.

⁶⁹ Cfr *Ibid* pp. 6 - 7.

⁷⁰ De acuerdo a la sentencia pronunciada ante la segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, R.I.T. 220/2013, con fecha 28 de febrero 2014, p.116.

En relación a la valoración del hecho de provocar la muerte de los ocupantes de la casa, se da por probado el dolo en este delito común, no obstante el Tribunal estima que no se encuentra presente el dolo propio del delito terrorista en los hechos, debido a que no se logra probar en juicio el elemento subjetivo del tipo penal, se agrega que a partir de la prueba incorporada en juicio sólo se logra identificar la intención delictiva común de los hechores, no así una terrorista.⁷¹ Luego, la explicación del Tribunal que enfatiza la diferencia entre el delito común y el terrorista, señala “De igual modo es necesario expresar, a fin de que este razonamiento sea completo, que constatamos que matar a una persona utilizando para ello la quema de su residencia es un ilícito de suyo grave- por ello la pena asociada al mismo, una de las más alta de nuestro ordenamiento jurídico-, empero la conducta por sí misma no es constitutiva de un delito terrorista, sólo lo será en virtud de la demostración de la finalidad terrorista presente en el agente. Así la figura criminal que hemos asentado es un delito común, en el sentido técnico de la expresión.”⁷²

En relación a la autoría de Celestino Córdova en los hechos, la parte acusadora se funda en el artículo 15 número 3 del Código Penal, es decir, es un cómplice castigado como autor, pues bastó la sola presencia de él en el lugar de los hechos para ser considerado responsable.

Por otro lado, en apoyo de lo anterior, el Tribunal estima que al momento de la detención el imputado no tuvo la actitud de “una persona media”, lo cual podría apreciarse como desconsiderado de acuerdo a las circunstancias del caso. Sin embargo, los jueces al realizar esta apreciación no toman en cuenta que se trata de un herido a bala mapuche y que por tal motivo tiene otra cosmovisión de la sociedad, que por lo mismo, no puede pretenderse que reaccione igual que una persona media. De la misma forma parece contradictorio con el reconocimiento al Convenio 169, el hecho que a los jueces no les parezca importante el informe antropológico en el cual se revela que para la cultura mapuche la desnudez, por ejemplo tenga otro significado, siendo que este mismo hecho fue el que antes fue determinante en la valoración de su actitud y disposición para colaborar con la investigación.

Finalmente a Celestino Córdova se le condena por delito consumado en calidad de autor por “incendio con resultado de muerte”.

De este modo, la conclusión a la que arriba el Tribunal no se funda en el informe antropológico, entendiéndose así el desconocimiento que se hace a la pertenencia del imputado a una comunidad indígena y que en atención a la ratificación del Convenio 169 es una obligación de los

⁷¹ *Cfr Ibid*, p. 161.

⁷² *Ibid.*, p. 164.

sentenciadores, teniendo como principales requisitos a cumplir dirigir el procedimiento observando la relación del imputado con su cultura, poniendo especial énfasis en su cosmovisión y procedimientos internos de enjuiciamiento de su comunidad, situación que para el particular se negó, pues se ignoró el informe antropológico al momento de dictar sentencia. Ante esta negativa, lo que ocurre es que se resuelve en contravención a Tratados Internacionales y por tanto a la legislación nacional, puesto que doctrinariamente se entiende que la ratificación de éstos Convenios de Derechos humanos se incorporan a la Carta Fundamental con rango de ley.

Por otro lado, consecuentemente con el procedimiento seguido, que al ser dirigido por el Ministerio Público existe una tendencia a vulnerar determinadas garantías fundamentales, tal como se indicó en apartados anteriores. Se siguió así el criterio de la parte acusadora, pese a que en un primer sentido se reconoció que en razón de la naturaleza del delito incurrido fue necesaria la participación de un grupo de individuos, y que no es posible por tanto, debido a falta de pruebas, determinar la participación de Celestino Córdova en los hechos, no obstante aquello y pese a tratarse de delitos similares en su origen, en un segundo momento si se considera posible determinar la participación del mismo individuo en los hechos. Tal razonamiento por parte de los sentenciadores más allá de ser contradictorio, afecta la seguridad jurídica en función de la defensa del imputado.

La aplicación actual de la ley antiterrorista, como se ha señalado en los últimos dos apartados es, en la actualidad, principalmente en contra del pueblo mapuche, aún conociéndose la negación que tienen éstos a someterse a un procedimiento enjuiciador distinto a su cultura. El sistema judicial chileno es indiferente al deber de aplicar el Convenio 169 como legislación nacional vigente, acentuando cada vez más las diferencias culturales, y negando la diversidad que existe en nuestro país y por tanto el trato diferente que merecen nuestros pueblos originarios. Esta realidad no sólo demuestra la poca aplicación que tiene nuestra Constitución en normas dispositivas como lo son la incorporación de los Tratados Internacionales, sino también la poca importancia que tiene para el sistema jurídico la protección de derechos fundamentales como el principio de igualdad que consiste en reconocer a los grupos diferentes y tratarlos de manera diferente en lo que los distingue, o también en el reconocimiento al debido proceso frente a la existencia de leyes penales especiales dictadas en momentos donde la Democracia no era la característica principal con la que contaba Chile

Conclusiones.

1. Entre Terrorismo y Delito Terrorista existe una relación de género a especie. Siendo así el término terrorismo en sus inicios tuvo una valoración positiva con miras a obtener el bien común, empero con la caída de Robespierre cambia, adquiriendo una connotación negativa. La evolución del terrorismo pasa de ser un acto político realizado principalmente por anarquistas y exclusivamente en contra de quienes detentaban el poder para, en el siglo XX iniciarse un nuevo terrorismo en el que los ataques dejan de ser selectivos, generando con esto la muerte de inocentes.
2. No existe un concepto jurídico de terrorismo, y ante la consecuente dificultad de construir una definición de delito terrorista se acude a descripciones de la figura penal, de esta forma se identifican elementos comunes, como que se trata de un hecho violento que afecta garantías constitucionales, con un objetivo político de causar temor colectivo y aumento de inseguridad en la población, de modo que se logre la desestabilización de las instituciones de la sociedad. Esta dificultad de definir terrorismo, tanto en nuestro país como por los distintos organismos internacionales genera confusión en los legisladores al momento de tipificarlo y por consecuencia al momento de su aplicación, lo que podría conducir a equívocos o arbitrariedades en uso de los poderes públicos.
3. En Chile se comienza a regular el terrorismo de manera sistemática bajo el Gobierno Militar de Augusto Pinochet, inicialmente por medio de leyes y decretos aislados, para luego formarse un único cuerpo legal que sería la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad. El antecedente directo por medio del cual se puede entender su aparición dice relación con la Doctrina de la Seguridad Nacional, que consistía básicamente en una política militar internacional para combatir el marxismo.
El objetivo de la ley, desde su origen es penalizar aquellas conductas que alteran el orden público, y que contienen un mensaje político de oposición al régimen imperante en aquella época.
4. La ley antiterrorista en sus inicios es principalmente tramitada por los Tribunales Militares y en causas relacionadas a actuaciones del Frente Patriótico Manuel Rodríguez, se otorgan amplias facultades al fiscal ad-hoc designado y de acuerdo al contenido de ésta se trata de un procedimiento sumario que debe ser aprobado por medio del Juez Militar competente y que puede ser prorrogado luego de cumplirse los cuarenta días estipulados para el secreto de la

investigación. Es durante este período que se comienzan a poner de manifiesto las irregularidades a las que podía conducir la Ley Antiterrorista, cuando ésta era utilizada por las instituciones políticas para obtener determinados objetivos.

5. Luego de la vuelta a la democracia en Chile, la ley antiterrorista nuevamente volvió a ser empleada en el año 2001 por el Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar, quien la utilizó en contra de comuneros mapuches que realizaban protestas sociales a causa del incumplimiento del Gobernante de sus promesas de campaña para la etnia en particular y para los pueblos originarios en general.
6. El uso de la Ley Antiterrorista en el Chile democrático actual, a pesar de las modificaciones que ésta ha sufrido para adecuarse a las prerrogativas internacionales acerca de los derechos fundamentales de los hombres no deja de ser criticado, esto por diversos motivos; en primer lugar la utilización de procedimientos abusivos que vulneran principios relacionados con el debido proceso, el derecho a defensa y el derecho a la igualdad y, en segundo lugar por no considerar en la aplicación de ésta la existencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en lo que respecta a las comunidades mapuches.
7. Así las cosas, a pesar de Chile encontrarse en una democracia y contar con una Constitución que promociona y protege las garantías fundamentales, éstas en la práctica son vulneradas por el Estado de Chile cada vez que la ley estudiada es aplicada. Encontrando su habitual aplicación generalmente en causas vinculadas con la protesta social, sin embargo éstas causas investigadas por medio de la Ley antiterrorista no cuentan con las características necesarias indicadas por los organismos internacionales para ser sancionadas por ésta normativa. Es decir, los atentados a cajeros automáticos de noche, a sucursales bancarias, la quema de camiones en el sur de Chile, la quema de predios agrícolas, etcétera, muy pocas veces han lesionado o atentado contra la vida de personas, muy por el contrario, quienes los ejecutan muchas veces han resultado muertos o dañados por la realización de dichos actos.
8. Por otro lado, ésta ley no ha sido aplicada en hechos cometidos por el Estado de Chile en tiempos de Dictadura y que constituyen verdaderos actos de terrorismo de Estado e incluyen detenciones ilegítimas, desapariciones forzadas, vejaciones, torturas y apremios ilegales, más un sinnúmero de otras vulneraciones. Los implicados en estas causas de abuso de derechos humanos no son procesados por la ley antiterrorista, desconociéndose de este modo el empleo de dicha ley para todo acto de terrorismo siempre que cumpla con las calificantes estipuladas por ella, es decir, causar un temor fundado en toda o parte de la población o

arrancar resoluciones de la autoridad por medio de actos de fuerza. Para hacer esto aún más clarificador es necesario señalar que durante la época en que estos hechos ocurrían por parte de el aparato coercitivo del Estado, las personas disidentes o contrarias al régimen de Augusto Pinochet vivían atemorizadas y de manera clandestina, escondiéndose para evitar que las diversas Policías arremetieran contra ellos utilizando las herramientas propiciadas por el Gobierno. Esto configura para la ley actual delitos terroristas por el hecho de que generaba temor en una parte de la población y por tanto, los diferentes procesos levantados y por levantar contra ellos debieran ser conocidos por medio de ésta normativa, vigente en Chile desde el año 1985.

9. En orden a todo lo señalado anteriormente, es pertinente concluir entonces que la Ley antiterrorista ha sido y es aplicada fuera de toda concepción acerca de lo que es verdaderamente un Estado de Derecho democrático y pluralista. Ella continúa teniendo en su germen un alto contenido totalitario que no podrá ser eliminado por medio de ninguna reforma a la misma y que por tanto no conviene mantener vigente. Su vida útil debió de haber expirado con la vuelta a la democracia y del mismo modo jamás se tuvo que haber utilizado para la persecución de la protesta social, pues su contenido amplio permite que en cualquier momento pueda emplearse no sólo contra dirigentes mapuches, sino también contra pescadores, estudiantes, obreros, y todas aquellas personas que tengan reclamos legítimos a la autoridad.
10. Por ende, corresponde la derogación de la misma ley, por no sustentarse ésta en los principios democráticos necesarios para desenvolverse en los tiempos actuales. Su mantención sólo indica la necesidad de todo Gobierno de contrarrestar a sus disidentes y del temor que se tiene a la existencia de divergencias. Sin embargo develar esto, no es un buen indicativo del trabajo realizado por todos los Gobiernos posteriores a 1991 y que debiesen de regirse por valores demócratas efectivos.

Bibliografía.

I. LIBROS.

- Cayuqueo Pichicón, Álvaro - Montesinos Saavedra, Pablo - Saavedra Cea, Sebastián - Soler Guerra, Grethel. *Conflicto mapuche y legislación antiterrorista: análisis crítico para un estado de derecho democrático*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2007.
- Barra Peñaloza, Vivian, *Antecedentes, establecimientos y aspectos penales de la Ley Antiterrorista*. Memoria para optar al Grado de Licenciado Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, 1986.
- Del Barrio Reyna, Álvaro - León Reyes, José Julio, *Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos - 1º Edición* - Santiago, Programa de Derechos Humanos Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 1991.
- Donoso Sandoval, Paola - Tórtora Aravena, Hugo, *Concepto Jurídico de terrorismo: Precisiones ontológicas para la "perfección" de su marco normativo*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, 2003.
- Fuentetaja Rubio, Pedro - Galvache Valero, Francisco. *Reflexiones sobre la evolución del conflicto en Irlanda del Norte, Capítulo "Los antecedentes del conflicto de Irlanda del Norte"*. Centro superior de estudios de la Defensa nacional, Ministerio de Defensa Español, 2007.
- Galvache Valero, Francisco. *Reflexiones sobre la evolución del conflicto en Irlanda del Norte, Capítulo "Los actores estatales a lo largo del conflicto de Irlanda del Norte"*. Centro superior de estudios de la Defensa nacional, Ministerio de Defensa Español, 2007.
- Garretón, Manuel Antonio, *El proceso político chileno*, Santiago, Flacso, 1983.
- Gonzalez Lapeyre, Edison, *Aspectos jurídicos del terrorismo*. Montevideo, Amalio M. Fernandez, 1972.
- Laqueur, Walter, *Terrorismo*, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1985.
- Muñoz Torres, Francisco Gerardo. *Aplicación de la Ley Antiterrorista a personas de la etnia mapuche y el derecho fundamental al debido proceso*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2010.
- Informe del Centro Nacional de memoria Histórica. *Guerrilla y Población civil: Trayectoria de las FARC 1949 - 2013*. Tercera edición. Bogotá: CNMH, 2014, p.11-17 vincularlo con Pataquiva García, Germán Nicolás. *Las FARC su origen y evolución*. UNISCI Discussion Papers, N° 19 (Enero / January 2009).

- Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú, Tomo II, Primera parte: "El proceso, los hechos las víctimas", Capítulo 1: "Los actores armados", Sección 1.1: "El Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso".
- Ortega Manosalva, Pablo. *Los estándares de Derechos Humanos en materia de Terrorismo. Anuario de Derechos Humanos*, 2006.
- Pisarello Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático* - 1º Edición - Madrid, Editorial Trotta.
- Tapia Valdés, Jorge, *El Terrorismo de Estado, la doctrina de la Seguridad Nacional en el Cono Sur* - 1º Edición-, México, Nueva Imagen, 1980.
- Viera Álvarez, Christian, *Libre iniciativa económica y estado social* - 1º Edición -, Santiago, Legal Publishing, 2013.

II. REVISTAS, PUBLICACIONES, CONFERENCIAS O MINUTAS.

- Atria, Fernando, "Los Peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional". En *Cuadernos de Análisis Jurídico n°36*, Universidad Diego Portales, 1997.
- Aylwin Oyarzún, José Antonio. *La aplicación de la ley N° 18.314 que "Determina conductas terroristas y fija su penalidad" a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos*, 2010.
- Carnevali, Raul, "El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular Y sobre el tratamiento de la tortura". En *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Num. 35, 2010.
- Díaz García, Iván, "Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto Iusfundamentalidad y Consecuencias". En *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 33 - 76. Universidad de Talca
- Guzmán Dalbora, José Luis, *El Terrorismo como delito común*. Proyecto Internacional de Investigación sobre Derecho Penal Internacional, 2014.
- Lillo Vera, Rodrigo. "El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas". En *Minuta Defensoría Regional*, 2010, p.4.
- "Los estándares de Derechos Humanos en materia de Terrorismo". Seminario Internacional Terrorismo y estándares en Derechos humanos. En *Instituto Nacional de Derechos Humanos*, Santiago, Primera Edición, 2012.
- Guzmán, Fernando, "Justicia, ¿Signo de violencia?". En *Mensaje* N° 373, Octubre de 1988.

- Villegas, Myrna. “Pluralismo Cultural y Derecho Penal. Diagnóstico del Caso Chileno”. En *Congreso Latinoamericano Derecho Penal y Criminología*, Chile. 2011.

III. INTERNET.

- Contesse, Jorge; Rivas, Antonia; Seelau, Laura; Seelau Ryan. *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, Artículo Universidad Diego Portales. 2011, visto el 11 de noviembre 2014 a las 00:10 hrs. en http://www.derechoshumanos.udp.cl/force-download.php?file=wp-content/uploads/2011/10/udp_ddhh_2011_cap_07.pdf.
- Javato Gonzalez, Victor Manuel. “ETA. Origen e Ideología”. En *Ab Initio*, Núm. 3 (2011), disponible en www.ab-initio.es.
- Ruiz - Tagle Vial, Pablo. *Apuntes sobre la igualdad constitucional en Chile*. Artículo de Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, visto el 29 de octubre de 2014 a las 23:08 en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/Especiales SELA/SELA%201999%20-%20Ed%202000/04SELA99Juridica02.pdf

IV. NORMAS.

- Constitución Política de la República de Chile.
- Código de Justicia Militar.
- Antiguo Código de Procedimiento Penal.
- Código Procesal Penal.
- Ley 18.314 que “Determina conductas terroristas y fija su penalidad”.
- Historia de la Ley N° 18.314. Acta de la Junta de Gobierno.
- ONU *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*.

V. SENTENCIAS.

- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, R.U.C. 02 00 14 24 99 - 0 / R.I.T. 080/2004.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, R.U.C. 1300014341-8 / R.I.T. 220/ 2013.
- Corte Interamericana de Derechos humanos. *Norín, Catriman y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche VS. Chile)*. Veintinueve de mayo del 2014