



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.168

25 de julio 2014

ISSN 0717-1528

LEY ANTITERRORISTA: SEÑALES ERRÁTICAS

- Los últimos hechos relacionados con la detonación de bombas y, en consecuencia, la decisión del Gobierno de invocar la Ley Antiterrorista ha abierto nuevamente la discusión de cuál es el criterio para utilizar este instrumento en democracia.
- Resulta contraproducente la posición de La Moneda de descartar a todo evento la aplicación de la Ley Antiterrorista a ciertos episodios de violencia ocurridos en La Araucanía.
- Es de esperar que la existencia de una Comisión de Expertos, convocada por el Ejecutivo, sea capaz de exponer los principales puntos a debatir en esta materia y, así, perfeccionar la actual legislación.

MÁS INFORMACIÓN

http://www.lyd.org/wp-content/files_mf/tp1065casobombas.pdf

http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.164pueblosind%C3%8Dgenasml.pdf

La razonable conmoción pública que se ha generado en los últimos días con ocasión de la explosión de una bomba en la Línea 1 del Metro, como asimismo la detonación de otros artefactos explosivos en Santiago, invita a reflexionar respecto de al menos tres temas: el sentido de contar con esta legislación en democracia; lo errática que ha sido la conducta del Gobierno respecto de la procedencia de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad (más conocida como “Ley Antiterrorista”), desde una posición inicial de no aplicarla bajo ningún evento a la actual de criticarla por su ineficacia; y los desafíos institucionales que se enfrentan en esta materia, relacionados, entre otros, con fortalecer los órganos públicos competentes y mejorar su coordinación. La existencia de una Comisión de Expertos convocada por el Ejecutivo que deberá presentar una propuesta en los próximos 60 días, abre espacios importantes para dar una mirada sistémica a esta discusión y perfeccionar un cuerpo legal necesario en democracia.



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.168

25 de julio 2014

ISSN 0717-1528

A nivel comparado, existe preocupación respecto de que no existan acuerdos en aspectos centrales de esta legislación, partiendo por el concepto de terrorismo; controversia respecto de la real eficacia de la cooperación internacional en este ámbito; entre otros aspectos.

TERRORISMO Y DEMOCRACIA

El terrorismo no tiene cabida en democracia. En efecto, se trata de una regla universal, como lo demuestran los diversos instrumentos internacionales sobre la materia. Más aún, desde la perspectiva del derecho comparado, es evidente que existe un antes y un después al 11-S (2001), respecto de la severidad de las legislaciones y la ampliación de potestades para la autoridad administrativa y las agencias especializadasⁱⁱ. Hoy, a nivel comparado, existe preocupación respecto de que no existan acuerdos en aspectos centrales de esta legislación, partiendo por el concepto de terrorismo; controversia respecto de la real eficacia de la cooperación internacional en este ámbito; preocupación respecto a que diversos instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo estén aún pendientes de ratificación por diversos países; diferencias en torno al rol más o menos intenso que deben jugar las fuerzas militares; entre otrosⁱⁱⁱ.

Por su parte, nuestra Constitución tiene regulación expresa sobre la materia, al establecer, en el artículo 9º, inciso primero, que “el terrorismo, en cualquier de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos”. La Ley N° 18.314, de mediados de los 80’s, es el principal cuerpo legal en esta materia, y ha sido objeto de una serie de reformas desde el retorno a la democracia en 1990, destacando la relativamente reciente Ley N° 20.467 de octubre de 2010 que modificó aspectos relevantes de esta legislación^{iv}.

Lo que caracteriza a la Ley Antiterrorista es que ciertos delitos como homicidio, secuestro, atentar contra la vida del Jefe de Estado de otra autoridad política, colocar o detonar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, entre otros; pasan a ser considerados terroristas cuando el hecho se comete 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, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias. Asimismo, el pasar a ser delito terrorista implica un aumento en la sanción del contemplado para la figura base.



LIBERTAD Y DESARROLLO

Las legislaciones antiterroristas generan una tensión entre dos valores preciados para la sociedad: seguridad y libertad.

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.168

25 de julio 2014

ISSN 0717-1528

Obviamente, las legislaciones antiterroristas generan una tensión entre dos valores preciados para la sociedad: seguridad y libertad. Bienes que, por lo demás, son fundamento central en la existencia del Estado (la protección de ambos bienes). La arquitectura regulatoria específica de la que se dota cada democracia para balancear ambos bienes, es una cuestión de permanente controversia que supera la mera discusión nacional. Como sostiene Carnevali, lo propio de una democracia representativa es velar porque dicho equilibrio se respete: ciudadanos que eventualmente pueden ser víctimas de delitos terroristas tendrán un interés en obtener mayor protección, pero también esos mismos ciudadanos exigirán mayores garantías si se les imputa un delito^v. Precisamente por lo anterior, es que para este autor, existen poderosas razones para tener un tratamiento penal especial, distinto del derecho penal clásico, para enfrentar fenómenos complejos como el terrorismo, flexibilizando el régimen de garantías. Como contrapartida, la existencia del estándar de proporcionalidad o mecanismos de revisión judicial de la ley (la existencia del Tribunal Constitucional), operan como resguardo institucional frente a potenciales excesos^{vi}.

Asimismo, y como han observado de manera aguda dos destacados autores en esta materia, Posner y Vermeule, las legislaciones antiterroristas –ellos analizan la evolución de la norteamericana– suelen enfrentar un ciclo vicioso imposible de escapar a la opinión pública y la presión política: cuando existe un acto terrorista, se exige que el gobierno actúe enérgicamente, que el Congreso asienta y que los jueces fallen de forma deferente. Cuando la emergencia decae, los jueces comienzan a actuar de manera más estricta; la opinión pública se vuelve más crítica. Retrospectivamente la actuación del gobierno se verá injustificada, y se criticará al Congreso y a los jueces por su deferencia. El Congreso responderá pasando leyes más garantistas, limitando las potestades administrativas existentes, y el Poder Judicial buscará encontrar algún tipo de rectificación respecto de aquellos que fueron originalmente condenados. En estos tiempos de normalidad, los expertos escribirán que lo ocurrido en el pasado fue anómalo. Luego, tras un nuevo acto terrorista, el ciclo antes descrito se vuelve a repetir. Para los autores, en todo caso, desde el punto de vista del desempeño institucional, es el Ejecutivo, no el Congreso ni



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.168

25 de julio 2014

ISSN 0717-1528

los jueces, el que está mejor preparado para realizar el balance entre seguridad y libertad frente a actividad terrorista^{vii}.

SEÑALES ERRÁTICAS

La idea de que existiría una persecución judicial selectiva (discriminatorio y desproporcionada) a la comunidad mapuche suele ser un argumento latamente esgrimido, pero sin respaldo.

Hace algunos meses el Gobierno anunció una suerte de “desarme unilateral” en materia jurídica al fijar como política el que no se invocaría la Ley Antiterrorista durante la actual Administración, con particular énfasis respecto de los procesos judiciales penales relacionados con la violencia en La Araucanía. Se trata de una posición que fue, por lo demás, esgrimida por el Relator Especial sobre la promoción de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en una publicitada visita en nuestro país en julio del año pasado^{viii}, y ratificada, de manera reciente, por el sexto informe periódico de Chile sobre la implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por parte del Comité de DD.HH. de dicho órgano^{ix}.

Ya sea por razones de opinión pública, por el fiasco del caso “bombas”^x –que terminó sin condenados, pero en donde dos de los imputados principales terminaron siendo condenados en España por un delito de similar naturaleza–, o por simple pragmatismo; la Ley Antiterrorista fue invocada en la querrela del Ministerio de Interior y Seguridad Pública en el caso de la explosión de un artefacto en el metro (en un vagón desocupado en la estación Los Dominicos cerca de las 23.00 hrs.). Más aún, recientemente se ha criticado la Ley Antiterrorista por su ineficacia, en el sentido de que el uso de otros cuerpos legales como la Ley de control de armas permitiría conseguir mayores sanciones.

¿Qué argumento puede justificar la diferencia de criterio entre hechos ilícitos que pueden ser constitutivos de delito terrorista realizados en dos regiones diversas del país? El Ministerio Público, actor principal en el ejercicio de las acciones penales públicas en nuestro país, no realiza tal distinción. La idea de que existiría una persecución judicial selectiva (discriminatorio y desproporcionada) a la comunidad mapuche –siendo el grupo de imputados dentro del sistema penal al cual se buscaría aplicar con especial intensidad la legislación antiterrorista–, suele ser un argumento latamente



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.168

25 de julio 2014

ISSN 0717-1528

El problema de la violencia en La Araucanía es un tema complejo, de causas múltiples y que requiere ser considerado y abordado con mirada de Estado. Pero obviamente el respeto al Estado de Derecho es condición *sine qua non*.

esgrimido, pero sin respaldo. En general, se trata éste –la aplicación de la Ley Antiterrorista– de un debate con poca evidencia^{xi}.

Ahora bien, esta suerte de “desarme unilateral” en la no aplicación de la Ley Antiterrorista en La Araucanía es doblemente grave. En primer lugar, porque sabemos que junto con el efecto propiamente sancionatorio de una ley, es particularmente relevante su efecto disuasivo –especialmente en instrumentos específicos como la Ley Antiterrorista–, el que sólo opera cuando existe la probabilidad cierta de ser aplicado. Segundo, debilita la posición de los fiscales que litigan en dicha zona al invocar esta norma ante los jueces, en un escenario en que existe temor fundado de los fiscales (y eventualmente los jueces) a sufrir atentados contra su integridad física y las de sus familias. Ello llevó, por lo demás, de manera reciente, a un fiscal de la zona a renunciar^{xii}.

Tiene razón el Ministro de Interior y Seguridad Pública, cambiando la posición del Gobierno inicial, de que la Ley Antiterrorista debe ser invocada de acuerdo al mérito de los hechos, esto es, cuando se estime puedan ser constitutivos de un delito terrorista; una posición contraria, sea invocarla a todo evento o nunca, o bien realizando distinciones geográficas para su aplicación, no parece una posición sensata. Se trata, además, de un debate que debe ser evaluado en su mérito; en caso alguno este análisis puede obviar que el problema de la violencia en La Araucanía es un tema complejo, de causas múltiples y que requiere ser considerado y abordado con mirada de Estado. Pero obviamente el respeto al Estado de Derecho es condición *sine qua non*^{xiii}.

DESAFÍOS INSTITUCIONALES

Bajo este escenario, la existencia de una Comisión de Expertos convocada por La Moneda abre un espacio importante para evaluar de forma sistémica cómo ha sido utilizada esta norma, de más de tres décadas de vigencia. Con todo, la composición de sus miembros, y declaraciones que han realizado, dejan entrever que más que perfeccionar la normativa, que ya es de difícil aplicación, se haría más restrictiva.



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.168

25 de julio 2014

ISSN 0717-1528

Parece relevante fortalecer la capacidad técnica, humana, tecnológica, pero sobre todo de coordinación entre los distintos órganos que cumplen un rol central en este ámbito: la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI), el Ministerio Público y las policías.

La existencia de un tratamiento jurídico especial frente al terrorismo no es algo sólo legítimo para una sociedad democrática, sino que lo encontramos en diversas democracias desarrolladas. El debate sobre su perfeccionamiento es necesario, aunque por perfeccionamiento las posiciones son divergentes. Desde la comisión, desde una perspectiva más bien crítica al cuerpo legal, se cuestiona la amplitud del tipo penal o la existencia de la figura de los testigos protegidos. Algunos incluso han planteado la derogación de la norma. Si bien el Presidente de la comisión al inicio del trabajo del grupo no descartaba la derogación del cuerpo legal, recientemente ha sostenido, dada la dificultad de probar la finalidad de causar terror, el que se reemplace dicha condición subjetiva por la protección, más bien, de la establecer un marco de protección a valores del sistema democrático. Por otro lado, desde el Ministerio Público se ha planteado las dificultades de presentación de prueba en la etapa de preparación de juicio oral o la posible reformulación de una serie de herramientas investigativas para profundizar en este tipo de ilícitos, sobre la base de las facultades contenidas en la Ley N° 20.000 (Ley de Drogas). Para Carnevali, por ejemplo, dadas las graves consecuencias que pueden derivarse de actos terroristas, adquiere particular relevancia el recurso de instrumentos dirigidos a la minimización de riesgos, debiendo tener el ordenamiento un enfoque prospectivo más que retrospectivo, por ejemplo, disponiendo de normas que supongan la punición de determinados actores preparatorios^{xiv}.

Junto con lo anterior, parece relevante fortalecer la capacidad técnica, humana, tecnológica, pero sobre todo de coordinación entre los distintos órganos que cumplen un rol central en este ámbito: la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI), el Ministerio Público y las policías. De particular relevancia es tanto el perfeccionamiento de nuestro sistema de inteligencia, como también la coordinación entre fiscales y policías, puesto que en los juicios paradigmáticos de los últimos años, los cuestionamientos de los jueces han estado centrados en la baja calidad de las pruebas presentadas. La actual discusión en el Congreso Nacional del proyecto de ley de fortalecimiento del Ministerio Público (Boletín N° 8265-07), hoy en segundo trámite constitucional en el Senado, en particular la discusión en torno a reforzar las unidades de alta complejidad (o la



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.168

25 de julio 2014

ISSN 0717-1528

creación de una dependiente del Fiscal Nacional) es otro espacio para abordar esta cuestión.

Una mirada sistémica también debe abordar la posición que han tenido algunos jueces y tribunales en casos emblemáticos, sentando precedentes que han marcado el debate, y en donde parecieran haberse aplicado estándares probatorios exorbitantes.

Finalmente, respecto del caso específico de violencia en La Araucanía y la aplicación de la Ley Antiterrorista, y ante las amenazas recibidas por fiscales y eventualmente a jueces, pueden pensarse en diseños institucionales que aumenten los niveles de seguridad e independencia de los juicios donde se esté evaluando la aplicación de la Ley Antiterrorista, sobre la base de contar con autoridades externas a la región. El Fiscal Nacional puede –y lo ha hecho en el pasado en casos de alta connotación pública– nombrar un fiscal especial para estos casos. Respecto de los jueces, es discutible si hoy la figura de la subrogación legal por razones de buen servicio permitiría la intervención de jueces provenientes de otras regiones. Dado el carácter excepcional que tiene una regla como ésta, y coordinar ciertos aspectos procesales, podría derechamente establecerse de manera expresa como regla de subrogación.

CONCLUSIONES

Las recientes detonaciones de artefactos explosivos, afortunadamente sin víctimas, y el que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública haya invocada la Ley Antiterrorista, vuelven a poner sobre la mesa el uso de este instrumento en democracia. La preservación de dos bienes sociales valiosos, seguridad y libertad, y su justo equilibrio frente a estos escenarios, es un gran desafío para la sociedad libre. Tanto el uso indiscriminado de este instrumento como una política como la originalmente planteada por el actual Gobierno de no uso, son poco sensatas; se trata de un instrumento de excepción que debe ser invocado frente a los méritos del caso, y en todo caso, existiendo una serie de contrapesos a su utilización entre otros que será finalmente el Poder Judicial quien debe fallar sobre su aplicación. La existencia de una Comisión de Expertos convocada por el Ejecutivo que se encuentra discutiendo perfeccionamientos a esta



legislación, es un espacio que, es de esperar, sea bien utilizado e informe el debate en esta materia.

ⁱ La comisión es presidida por Juan Pablo Hermosilla y también está compuesta por los académicos Javier Couso, María Inés Horvitz, Juan Pablo Mañalich, José Ignacio Nuñez, Enrique Aldunate, Juan Pablo Cox y Héctor Hernández.

ⁱⁱ Entre las medidas legislativas que se tomaron, se incluyó, por ejemplo: el aumento del tiempo de duración de la detención preventiva (Estados Unidos, Reino Unido y Francia); la tutela judicial efectiva, con la creación de Tribunales Militares de Excepción (Estados Unidos); interceptación de comunicaciones telefónicas sin mandato judicial (Estados Unidos), admitiendo la “interceptación preventiva” (Italia) u obligando a los operadores telefónicos o las empresas de internet a entregar registros de la actividad y correos electrónicos de los sospechosos de terrorismo (Estados Unidos); facilidades en el intercambio de información entre las distintas agencias, el acceso a determinados datos de carácter personal sin autorización judicial, un mayor control sobre las comunicaciones; etc. Enrique Alvarez Conde y Hortensia González (2006): *Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de derechos fundamentales* (Real Instituto Elcano), p. 2.

ⁱⁱⁱ Enrique Alvarez Conde y Hortensia González (2006): *Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de derechos fundamentales* (Real Instituto Elcano), p. 2.

^{iv} Destacan entre las principales modificaciones el que se impida juzgar a menores de 18 años (aunque el delito terrorista subsiste respecto de ellos como agravante); se eliminó la presunción de dolo terrorista; se redujeron las penas para delitos de incendio cuando estos constituyan conductas terroristas; aumento a las penas de financiamiento del terrorismo; entre otras.

^v Raúl Carnevali (2010): “El Derecho Penal frente al Terrorismo”, *Revista de Derecho PUCV*, vol. 35, p. 117.

^{vi} Carnevali (2010) pp. 117-121.

^{vii} Eric A. Posner y Adrian Vermeule (2007): *Terror in the balance. Security, liberty and the courts* (Oxford University Press), pp. 3-6.

^{viii} Ver <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=27081#.U86mHf5OHA>

^{ix} Ver informe preliminar del Comité en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2014/07/CCPR-CHILE-2014.pdf>

^x Ver Temas Públicos N° 1.065 – “Caso Bombas: Impunidad y Reformas”. Disponible en: http://www.lyd.org/wp-content/files_mf/tp1065casobombas.pdf

^{xi} El propio Boletín estadístico del Ministerio Público no contiene información estadística desagregada sobre estos delitos. De acuerdo al Barómetro de conflictos con connotación Indígena en La Araucanía, entre 2008 y 2013, han sido más de 1.000 los delitos denunciados en este ámbito Sólo durante 2013, poco más del 20% de dichas denuncias correspondieron a incendios. Informe disponible en: <http://www.multigremialaraucania.cl/dv/Bar%F3metro%202013.pdf>. Sin embargo, como se ha sostenido recientemente por parte de un medio de comunicación, la Ley Antiterrorista sólo se ha aplicado en 10 procesos desde 2001. Ver El Mercurio, “Difícil aplicación de la Ley Antiterrorista”, viernes 14 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/blogs/2014/02/14/19458/Difícil-aplicacion-de-Ley->



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

www.lyd.org

Nº 1.168

25 de julio 2014

ISSN 0717-1528

[Antiterrorista.aspx](#). Ello es consistente con la información recientemente entregada por el Ministro de Interior y Seguridad Pública: de 111 personas procesadas por la Ley Antiterrorista en los últimos años, sólo 10 fueron condenadas. Ver noticia en: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/07/680-587853-9-penailillo-la-ley-antiterrorista-se-debe-usar-especificamente-en-algunos-casos.shtml>

^{xii} Ver <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/05/14/660244/fiscal-que-renuncio-por-amenazas.html>

^{xiii} Ver Temas Públicos N° 1.164 - “El Complejo Tema Indígena: Urge Revisar Política de Tierra”. Disponible en: http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.164pueblosind%C3%8Dgenasml.pdf

^{xiv} Carnevali (2010) pp. 122.