

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO TERRORISTA Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO, BASADO EN DIFERENTES ARTICULOS SOBRE EL PARTICULAR

El presente informe pretende entregar sobre consideraciones sobre algunos aspectos del terrorismo a la luz de la opinión de diversos autores que se han pronunciado sobre aspectos relevantes del mismo.

Un tema controvertido en esta materia es la consagración en la Constitución del terrorismo. Algunos autores han planteado que frente a la idea de cambios constitucionales en nuestro país, hay que evitar que nuestra normativa constitucional se contamine con la ola de emergencia y sensibilidad que se vive en algunos países de Europa y Estados Unidos como consecuencia de actos terroristas islámicos principalmente. Hay quienes piensan que un pronunciamiento constitucional en esta materia sólo podría conducir a un medio de protección represivo de la democracia, que se expresa en restricciones a los derechos humanos, esta protección podría garantizar la estabilidad de la democracia pero no de su legitimidad.<sup>1-</sup>

En el derecho comparado no existe un patrón común en la Constitución desde el punto de vista de su regulación en ella del terrorismo. Así por ejemplo, la española que establece la suspensión de algunos derechos para casos del terrorismo.

En efecto, el artículo 55 número 2 en el capítulo V señala: Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2 y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”

“La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidas por las leyes”

Por otra parte, la ley fundamental de Alemania da competencia legislativa a la Federación para regular los mecanismos de defensa frente a los peligros del terrorismo internacional, pero no establece la suspensión de garantías individuales.

Como contrapartida, en países que han sufrido atentados terroristas graves como Estados Unidos el año 2001 no está el terrorismo en su Constitución, tampoco en el Reino Unido. En Francia, es conocido que se ha presentado un proyecto para incorporar en la Constitución el estado de emergencia y priva de la nacionalidad a quienes tienen doble nacionalidad y sean condenados por delitos terroristas, es claro que puede estar dirigida a inmigrantes, especialmente musulmanes.

En América Latina existe referencia al terrorismo en la Constitución en Brasil, Perú y Chile. En la peruana se establece la prórroga de los plazos en que una persona puede estar detenida en casos de delitos terroristas.

La Constitución de Brasil en su art. 4 señala: “La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

Número 8 “repudio del terrorismo y del racismo”

Del mismo modo, priva a los delitos terroristas de la posibilidad de fianza, indulto o amnistía. En efecto, el art,5 número 42 dispone: “La ley considera delitos no afianzables y no susceptibles de indulto o amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, el terrorismo y los delitos definidos como repugnantes, respondiendo de ellos los incitadores, los ejecutores y los que pudiendo evitarlos se abstuvieron “.

Este artículo establece responsabilidad penal a los que se abstienen de evitar un delito. También dispone como delitos no afianzables e imprescriptibles las acciones de grupos armados civiles o militares contra el orden institucional y el estado democrático, es decir, conductas propias del terrorismo.

En Chile, la Constitución se refiere al terrorismo en las bases de la institucionalidad, en las normas sobre nacionalidad y ciudadanía y en los derechos y deberes fundamentales.

El tratamiento de este tema en nuestra Constitución de 1980 se hace cargo de las ideas que inspiraban la dictadura militar de la época. Conocido es, el texto y su inspiración y propósito del famoso artículo 8 que fue usado para perseguir a dirigentes políticos de la época. Esta norma fue modificada por la reforma de 1989. No obstante esto, persiste el art. 9 que según algunos tiene el mismo fundamento ideológico y el art. 16 y 17 que establece la suspensión de derechos políticos.

Sobre las normas de nuestra Constitución referidas al terrorismo y su significado y efectos, preferimos citar textualmente a la profesora Myrna Villegas:

Del conjunto de los arts. 9, 16 y 17 puede deducirse que el pronunciamiento que la Constitución hace respecto del terrorismo implica el reconocimiento de su carácter político, pero, como veremos, en una determinada dirección. Desde el punto de vista normativo, el art. 9 es un mandato de punición cuya justificación política se encontraría en la declaración de ser este esencialmente contrario a los derechos humanos, lo que no deja de ser mera retórica constitucional, pensando en el terrorismo de Estado. Complementando esta afirmación, y yendo al origen del art. 9, la contradicción con los derechos humanos no parece apuntar al sentido clásico de las mismas ( violaciones masivas y sistemáticas de derechos por parte del estado a ciudadanos), sino más bien al atentado contra el sistema establecido, pues de otra forma no se explica el tipo de sanciones accesorias que la norma establece, todas estas se refieren a la posibilidad de participar en la vida política, económica

y social, así como las suspensiones de derechos políticos. Pero no se trata de cualquier sistema establecido, sino el sistema establecido por la dictadura militar. Entonces, más que retórica constitucional, hay una falacia argumentativa, pues quién designa al terrorismo como contrario a los derechos humanos es el poder constituyente de un Estado que tuvo a su cargo una estrategia masiva de violación de los mismo, que es el auténtico sentido a las violaciones a derechos humanos que podría encontrarse en el terrorismo.

A mayor abundamiento, el mandato del art. 9 no protege al ciudadano frente al estado, sino al revés, protege al estado del que se transforma en terrorista. Es un mandato de la Constitución al estado para ejercer esa potestad compeliéndolo a punir. No es un simple un mandato de criminalización del terrorismo, sino de tipificación. Esto porque en sintonía con la norma antecesora, el art. 9 tuvo por fin confrontar a la disidencia política, espíritu que desgraciadamente todavía parece resonar en algunas posturas parlamentarias e interpretaciones judiciales.

#### DEFINICIONES DEL TERRORISMO EN EL DERECHO COMPARADO

En Alemania el terrorismo se vincula a la participación de una organización terrorista y estas no persiguen finalidades políticas o no se hace referencia a tal finalidad. En Francia se define “como aquellas actuaciones individuales o colectivas cuyo objetivo es alterar gravemente el orden público empleando la intimidación o el terror”.

Asimismo, constituye un acto terrorista en la misma forma y finalidad el hecho de introducir en la atmósfera, sobre el suelo, el subsuelo o en las aguas, con inclusión del mar territorial, una sustancia susceptible de poner en peligro la salud humana o de los animales o el medio natural.

También se castiga la pertenencia a una organización terrorista como la financiación del terrorismo. En Italia, no hay un precepto específico que se refiera al delito terrorista, hay artículos en el CP que se refieren a él.

Una legislación a la cual se recurre con frecuencia en nuestro país es la Española, incluso han viajado diversas autoridades a ese país, con el objeto de conocer su experiencia en esta materia. Por eso, nos pareció interesante recurrir a una memoria de grado de Sara Carreras García sobre el terrorismo en ese país.

En el CP de 1995 se “configura el terrorismo como una agravación genérica o específica de los delitos comunes en razón de su base organizativa y la finalidad perseguida. Las conductas calificadas son contra la seguridad colectiva y de riesgo catastrófico y para ser terroristas estas conductas deben llevarse a cabo por sujetos que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos y cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Y se preveía una agravación de la pena si el delito se cometía contra diversas autoridades.

Sin embargo, y como consecuencias de actos como el de 11 de marzo del 2004 cometido por una organización islámica, la legislación española deja de tener una mirada nacional o local, toda vez que, la principal organización terrorista conocida era la ETA. Entonces se conoce un nuevo terrorismo más complejo de poder combatir.

Por último, hay una reforma del año 2015 y obedece a la amenaza del terrorismo internacional denominado "yihadista". En ese sentido la ONU el año 2014 pedía a los estados que comprobaran si su legislación interna en materia de terrorismo contaba con instrumentos legislativos suficientes y eficaces para luchar contra el terrorismo internacional.

Según la citada autora, la reforma de la ley 2-2015 se ha excedido en el establecimiento de un amplio catálogo de delitos comunes que si persiguen unas finalidades tasadas se pueden calificar como delitos terroristas a delitos que no lo son y establecen penas que traspasan los límites de la proporcionalidad. Según algunos, el mayor peligro no se encuentra en la elevación de las penas o en el establecimiento de nuevos delitos, sino en el afán de la autoridad de someter a control penal toda actividad relacionada o relacionable con el terrorismo. Así va a depender de la voluntad de los poderes públicos que esta legislación no se convierta en una excusa para la represión política de toda manifestación de crítica al orden político y social.

En la reforma se tipifican como delitos terroristas un gran catálogo de delitos comunes siempre y cuando se cometan con algunas de las 4 finalidades actuales. Hasta la reforma las finalidades que se debieran perseguir eran dos: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Ya no se requiere operar en el seno de una organización o grupo criminal, ahora lo que importa para convertir un delito común en terrorista es la finalidad que se persigue y que se han ampliado.

En efecto, el legislador español ha introducido como finalidades que se deben perseguir como delito terrorista son las siguientes:

Subvertir el orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas y sociales del Estado u obliga a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo

Alterar gravemente la paz pública

Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional y finalmente provocar un estado de temor en la población o en una parte de ella.

Del mismo modo se castiga el enaltecimiento o justificación pública del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo.

En otra materia y relacionada con nuestro país, la profesora Myrna Villegas en su artículo "Tratamiento Jurisprudencial del Terrorismo en Chile" realiza un análisis de la jurisprudencia de nuestro país en relación a los fundamentos para calificar como terrorista o no una determinada conducta.

En efecto, ella señala que se constata una diferencia en el período de la dictadura y después de iniciada la transición a la democracia. En la dictadura el elemento fundamental para determinar si una conducta era o no terrorista era el hecho que la persona perteneciere a una organización política de ideas contrarias al régimen militar, la asociación ilícita terrorista, aún cuando este elemento no se exigía ni se exige en el tipo penal.

En este artículo la mencionada profesoras en la conclusión de su trabajo hace una síntesis de la jurisprudencia en materia de ley antiterrorista, que parece indispensable reproducir, porque permite conocer las principales criterios de nuestros tribunales, sin entrar en el detalle de diversos fallos en esta materia y cuya cita suple las limitaciones en este tema que tiene el suscrito,

Ella señala: ante la amplitud de los tipos penales de la ley los tribunales han ido construyendo un concepto de terrorismo en base a consideraciones doctrinarias, lo que implica acudir a constructos teóricos que les permitan comprender que es lo que diferenciaría un delito común de un delito terrorista. Así en varios fallos se ve que se fija la atención en dos elementos que no están descritos en el tipo penal, de un lado, el atentado al orden constitucional, de otro lado, el elemento estructural u organizacional, el que asumen como de gran importancia a la hora de decidir si el delito cometido es o no terrorista. Esto con independencia del delito de asociación ilícita terrorista. En general se asume que no puede haber terrorismo que no sea organizado. Por otra parte, indica que todos coinciden en las dificultades probatorias del elemento subjetivo del art. 1 de la ley, lo que aparece de manifiesto, por ejemplo, en el caso LUCHSINGER-MACKAY que en segundo fallo se hace referencia detallada a cada una de las evidencias allegadas al juicio, para demostrar por qué no sirven para dar por acreditado el elemento subjetivo.

Continúa señalando que en los fallos post reforma procesal penal se observa una tendencia a investigar varios hechos. En otras palabras, existe un hecho, el principal, pero junto a él se investigan otra serie de hechos que pueden ser o no próximos en el tiempo, y de la misma o distinta naturaleza. Esto ha ocurrido especialmente en relación al conflicto de tierras en la VII y IX regiones, en donde nunca se investiga un hecho aisladamente, siempre se lo enmarca dentro de un contexto. De los argumentos de la acusación, se desprende que la finalidad de este tipo de estrategia es intentar probar la existencia de un plan premeditado de atentar contra una categoría de personas que permita por dar acreditada la finalidad de causar temor.

En orden de relevancia, al plan premeditado como elemento que permite objetivar la finalidad terrorista, le sigue el recurso al medio comisivo, observándose nítidamente en los

casos de conductas relacionadas con artefactos explosivos, en donde en más de una oportunidad los tribunales han aludido a la idoneidad del medio. Pero casi nunca aisladamente, generalmente va acompañada de referencias a un plan premeditado de atentar contra personas.

Las cifras de condena por delitos de terrorismo post reforma procesal penal revelan que se emplea la ley de conductas terroristas para llevar adelante una investigación conforme al estatuto procesal restrictivo de garantías que la ley 18314 contempla, incluidas las restricciones constitucionales, sin que finalmente en las sentencias, cuando éstas son condenatorias, los jueces califiquen los delitos como terroristas. De esta forma, la ley de conductas terroristas se emplea como herramienta procesal para fines de eficacia de la investigación, más que para obtener una sanción agravada por la especial condición de la conducta que se cometa.

Agrega, una valoración global de la jurisprudencia muestra el carácter de herramienta política que tiene la ley de conductas terroristas, en donde la amplitud del tipo penal juega un papel oscilante según los vientos que corran. Así lo demuestra el malabarismo jurídico de los fallos de los inicios de la transición a la democracia, para no aplicar el estatuto terrorista ni a la violencia insurgente ni a la violencia del Estado.

Donde se observa una confusión es entre responsabilidad penal con responsabilidad política como sucede en casos tan distintos como el atentado al Senador Guzmán y el juicio contra los loncos Pichún y Norín. El estereotipo y el prejuicio, que es una de las cuestiones que Corte Interamericana de Derechos Humanos le reprocha al Estado de Chile, en el caso Norín Catrimán versus Chile sigue observándose en el tratamiento de la criminalidad asociada al conflicto mapuche, aunque no haya condenas por este tipo de delitos, pues la ley de conductas terroristas ha seguido usándose para sustanciar las investigaciones judiciales.

Concluye señalando “ Todo lo anterior nos llama a revisar la necesidad y pertinencia de una reforma a la ley de conductas terroristas, pues tanto las cifras de condenas reales, dos entre 2000 y 2006 y ambas contra una misma persona, (un ex colaborador de las policías), así como los razonamientos judiciales ya comentados, nos conducen a pensar que el derecho penal sustantivo y procesal común es el camino adecuado para sancionar las conductas que en nuestro país hoy se investigan bajo la calificación terrorista”

“Ello implicaría un esfuerzo de recalificación en los procesos que se encuentran pendientes y una orientación político criminal de no aplicar esta ley y usar en cambio el derecho penal común, mientras no se concrete una reforma legislativa que rediseñe completamente la tipificación de los delitos de terrorismo incluyéndolos en el” .

La opinión de esta autora difiere de la posición del actual gobierno que ha insistido en invocar la ley en comento y reformarla siempre sin recurrir a esta discusión del lugar donde

debiera tratarse las conductas terroristas y considerar las observaciones de los organismos de derechos humanos tanto nacionales como internacionales.

ALDO CORNEJO GONZALEZ

ABOGADO

TEXTOS CONSULTADOS Y REFERIDOS

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL TERRORISMO EN CHILE 1984-201

AUTORA MYRNA VILLEGAS DIAZ

-EL TERRORISMO EN LA CONSTITUCION CHILENA

AUTORA MYRNA VILLEGAS DIAZ

-MEMORIA DE GRADO EN ESPAÑA SOBRE TERRORISMO EN DICHO PAIS

SARA CARRERAS GARCIA