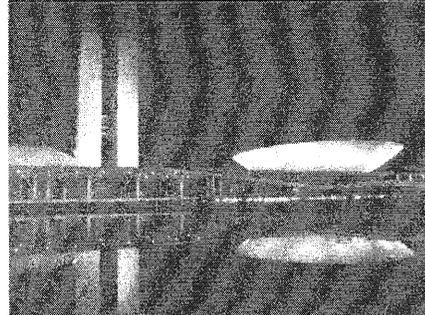
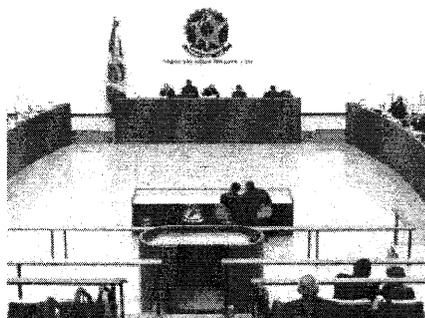




Justiça Criminal e Democracia

II



Justiça Criminal e Democracia

II

BRUNO AMARAL MACHADO
Coordenador

André Vinícius de Almeida
Arthur Trindade M. Costa
Bruno Amaral Machado
Carlo Guarnieri
Diego Zysman Quirós
Evandro Piza Duarte
Geilza Fátima Cavalcanti Diniz
Guilherme Scotti
Lourdes Maria Bandeira
Manuel Maroto Calatayud
Mauricio Martinez Sanchez
Mauro Fonseca Andrade
Myrna Villegas Díaz
Nilo Batista
Raquel Tiveron
Renato Sérgio de Lima
Roger Matthews
Tania Mara C. Almeida
Thiago André Pierobom de Ávila

 Marcial
PONS

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO



Fundação Escola Superior
do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Coleção Direito, Transdisciplinaridade & Pesquisas Sociojurídicas
Coordenador: Bruno Amaral Machado

Conselho Científico Editorial da Coleção (FESMPDFT): Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) / Antonio Henrique Graciano Suxberger (Uniceub/FESMPDFT) / Bruno Amaral Machado (coordenador Uniceub/FESMPDFT) / Cristina Zackseski (UnB) / Ela Wiecko (Unb) / Evandro Piza Duarte (UnB) / Fabio Roberto D'Ávila (PUC-RS) / Gabriel Ignacio Anitua (Universidade de Buenos Aires) / Iñaki Rivera Beiras (Universidade de Barcelona) / Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS) / Jefferson Carús Guedes (Uniceub) / Julio Zino Torrazza (Universidade de Barcelona) / Luis Manuel Fonseca Pires (PUC-SP) / Márcio Pugliesi (PUC-SP) / Máximo Sozzo (Universidade Del Litoral) / Miguel Etinger de Araújo Júnior (UEL) / Nilo Batista (UERJ) / Paulo Gustavo Branco Gonet (IDP/FESMPDFT) / Roberto Bergalli (Universidade de Barcelona) / Roberto Freitas Filho (Uniceub) / Roger Matthews (Universidade de Kent)

Justiça criminal e democracia II

André Vinícius de Almeida / Arthur Trindade M. Costa / Bruno Amaral Machado / Carlo Guarnieri / Diego Zysman Quirós / Evandro Piza Duarte / Geilza Fátima Cavalcanti Diniz / Guilherme Scotti / Lourdes Maria Bandeira / Manuel Maroto Calatayud / Mauricio Martinez Sanchez / Mauro Fonseca Andrade / Myrna Villegas Díaz / Nilo Batista / Raquel Tiveron / Renato Sérgio de Lima / Roger Matthews / Tania Mara C. Almeida / Thiago André Pierobom de Ávila

Preparação e Edição eletrônica

Ida Gouveia / Oficina das Letras®

Imagens: iStock/Getty Images (©izzetugutmen / ©SAKDAWUT14 / ©Leandro Pignatari)

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-66722-32-1

© Bruno Amaral Machado, coordenador

© FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

SCRS Quadra 502, Bloco A, Loja 55, Asa Sul, CEP 70330-510 Brasília-DF

☎ (61) 3226.4643 www.fesmpdft.org.br – fesmpdft@fesmpdft.org.br

Conselho Administrativo FESMPDFT: Roberto Carlos Silva – Diretor-Geral / Nardel Lucas da Silva – Diretor Administrativo-Financeiro / Bernardo de Urbano Resende – Diretor Cultural / José Firmo Reis Soub – Diretor Editorial / Claudia Braga Tomelin de Almeida – Diretora Extraordinária de Cursos de Pós-Graduação e Pesquisa.

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL

Av. Brig. Faria Lima, 1461, Conj. 64/5, Torre Sul, CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ (11) 3192.3733 www.marcialpons.com.br – contato@marcialpons.com.br

Impresso no Brasil [04-2015]

PROCESOS DE REFORMA PENAL EN CHILE: APROXIMACIONES DESDE EL CAMPO DEL DERECHO PENAL POLÍTICO

MYRNA VILLEGAS DÍAZ¹

El artículo versa sobre las tendencias político criminales presentes en el Estado chileno intentando demostrar el tránsito desde el garantismo penal post dictadura hacia tendencias autoritarias heredadas del régimen militar y que hoy se renuevan con el ropaje del modelo securitario y del derecho penal de lucha. El fuerte cuestionamiento social a la Constitución Política y su sistema electoral y la incapacidad del sistema democrático para dar respuesta a ciertas demandas populares, tales como derechos humanos, educación, vivienda, derechos de pueblos indígenas ha dado lugar a ciclos de protesta que se reproducen en el tiempo, y que a medida que avanzan, en algunos casos, han significado un recrudecimiento de la violencia. A ello se ha respondido mediante la aplicación de una política penal de orden en las calles concretada en la producción y aplicación de normas que pertenecen al campo del derecho penal político.

PALABRAS-CLAVE: Estado de excepción – Orden público – Terrorismo.

¹ Doctora en derecho y postgraduada en criminología por la Universidad de Salamanca. España. Licenciada en ciencias jurídicas y sociales y abogada por la Universidad de Chile. Investigadora Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Central y profesora invitada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

I. INTRODUCCIÓN

Chile ha sido considerado mundialmente como ejemplo del tránsito pacífico de una dictadura a una democracia, así como también ejemplo de desarrollo y crecimiento económico. La contrapartida a este modelo ha sido un aumento cada vez más creciente de la protesta social y la inclusión paulatina de una normativa penal que peligrosamente va conduciendo a dicho país hacia el autoritarismo. Este fenómeno, que a juicio de algunos autores no responde a las características del expansionismo propio de las sociedades postindustriales sino simplemente a una mera “intensificación” del derecho penal (NILO, 2010, p. 272) ha podido observarse especialmente en el campo de lo que llamamos derecho penal político, en donde adquieren un rol protagónico leyes especiales tales como la ley de conductas terroristas (aplicada mayoritariamente a indígenas y a jóvenes anarquistas), la ley de seguridad del Estado (aplicada a indígenas y a trabajadores en huelga), y el proyecto de ley del orden público (destinado a reprimir brotes de violencia estudiantil callejera). En el campo del derecho penal adjetivo, la reforma procesal penal chilena (2000), garantista y digna de imitación por parte de varios países hermanos latinoamericanos, fue rápidamente desvirtuada en su espíritu, por la ley adecuatoria (2002), que confirió, entre otros, mayores atribuciones al órgano persecutor y a las policías, así como también reformó el derecho penal político, concretamente, la ley de conductas terroristas, introduciendo institutos hasta ahora desconocidos al menos en este tipo de leyes (testigos protegidos). La ley adecuatoria fue el inicio de un proceso gradual de debilitamiento de garantías propio del derecho penal de lucha que ha impregnado los sistemas penales europeos.

II. UN POCO DE HISTORIA: FIN DE LA DICTADURA MILITAR, EL RETORNO A LA DEMOCRACIA Y LAS SUCESIVAS REFORMAS

1. El problema de derechos humanos

Tras el oscurantismo de régimen militar 1973-1979, a partir de los años 1980 en adelante, las movilizaciones populares opositoras al régimen comenzaron a tomar vigor. Al mismo tiempo, la represión se acentuaba en las calles y barriadas con el objeto de destruir cualquier intento de organización. En este contexto, la violencia política armada que venía rearticulándose en la clandestinidad hace su aparición, sea mediante nuevas organizaciones, o bien resucitando las que la dictadura había intentado eliminar.² Gracias a

² Nace el Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR), en cuanto brazo armado del Partido Comunista y se reagrupa el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) de tendencia foquista. 1986 fue el año que marcó un hito en la historia de la lucha armada, cuando el FPMR

la presión popular, unida a la presión de la comunidad internacional (incluyendo a Estados Unidos que ahora se erigía como defensor de los derechos humanos y reclamaba democracia para Chile), el General Pinochet convoca a un Plebiscito (5 de Octubre de 1988), como un nuevo intento para revestir de legitimidad su gobierno y confirmarse como Presidente, hasta marzo de 1997. El fracaso del General Pinochet quedó marcado por un "NO" rotundo que el pueblo ejerció en las urnas.

Las elecciones presidenciales se celebraron en Diciembre de 1989 y asume como primer gobernante de la transición, Patricio Aylwin (Partido Demócrata Cristiano en adelante PDC), líder en la "Concertación para la Democracia". Sin embargo, los militares no abandonan realmente el poder. Se condiciona el advenimiento de la transición democrática a una serie de restricciones al poder del gobierno civil, garantizando la representación militar en instituciones claves: el General Pinochet siguió ejerciendo poder, como Comandante en Jefe del Ejército, hasta Marzo de 1998 y designó, con base en la Constitución, a nueve senadores. Bajo el mandato de Patricio Aylwin se adoptan medidas para abordar el problema de los derechos humanos y se crea la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, cuyo producto final fue el *Informe Rettig*. En 1993 se celebran nuevas elecciones presidenciales y Eduardo Frei (PDC), presidente elegido, inaugura un nuevo período presidencial con la "Concertación para la Democracia". Es en éste período, donde se comienza a observar que la democracia chilena adolecía de una debilidad que puso en tela de juicio su legitimidad: la ambigüedad respecto al juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos (KAI AMBOS, 1997)

En esta primera etapa el debate se centró fundamentalmente en la interpretación y aplicación de la Ley de Amnistía de 1978. Ley impuesta por decreto durante el gobierno militar y que evita el procesamiento de individuos implicados en ciertos actos criminales entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978; primer periodo de Pinochet, cuando la represión fue más cruenta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró: "Si bien la autoamnistía fue promulgada con anterioridad a la iniciación del gobierno Democrático y a la ratificación de la Convención, la responsabilidad que se le imputa al Estado de Chile por esta cuestión deriva del hecho de que su legislación interna no ha sido ajustada a los términos de la Convención y que, al ser declarada (en forma arbitraria) constitucional

fracasa en el atentado al General Pinochet. El Partido Comunista, al ejercer la hegemonía de la Izquierda, decide abandonar su estrategia política de Rebelión Popular y su táctica, la Sublevación Nacional (copamiento de los centros de poder mediante las masas organizadas), para unirse al resto de los Partidos opositores; aunque no integró la coalición de Partidos políticos que se enfrentaron electoralmente a la dictadura.

por el Poder Judicial, sus efectos se han mantenido en el tiempo al convalidar ello la aplicación de poder, violatorio de derechos humanos” (Informe de la CIDH. OEA. 1996. E/CN.4/1995/111, p. 185-186).³ En igual sentido declaró Amnistía Internacional (Amnistía Internacional, 1996, p. 9).

Sin embargo, nuevamente la presión internacional unida a la de amplios sectores sociales en Chile, otorgó fuerza necesaria a la demanda del esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos, y comenzaron los intentos por parte de la Justicia para juzgar y condenar a sus autores. Esto fue lo que ocurrió en la investigación de los hechos sobre la *Operación Albania o Matanza de Corpus Christi*. En 1987, un grupo de doce militantes del FPMR, fueron asesinados en presuntos enfrentamientos con agentes de la Central Nacional de Informaciones (CNI). El proceso, en un principio fue incoado en la justicia militar, la que en 1995, esto es, en plena democracia, dictó auto de sobreseimiento. Posteriormente el 23 de marzo de 1998, la Corte Suprema ordenó su reapertura y encargó la investigación a la justicia ordinaria a través de un Ministro en Visita. Casi diez años más tarde (2005) se dictó fallo de primera instancia que condenó a sus autores a sendas penas de cadena perpetua al Ex director de la CNI, a quince años de presidio al ex jefe operativo de la misma, y a diez años aun oficial de Carabineros. El fallo fue confirmado en 2007.

Un camino similar se avizoraba en el denominado caso *Caravana de la Muerte*, comandada por el General Sergio Arellano Stark, dado que en julio de 1999 la Corte Suprema había confirmado el auto de procesamiento de cinco altos oficiales del Ejército por el delito de secuestro calificado en contra de 18 presos políticos que continúan desaparecidos y 57 homicidios calificados respecto de otros tantos prisioneros (ESCALANTE, 2000). La “gira” que Arellano encabezaba como oficial “delegado” del General Pinochet, azotó en 1973 a las regiones del Norte del país, principalmente a la ciudad de Calama, y tenía por misión “agilizar los procesos de los que se encontraban prisioneros”. Las víctimas se encontraban privadas de libertad en cárceles públicas de varias localidades, y habían sido condenadas por los Consejos de Guerra a penas que oscilaban entre tres y veinte años de prisión.

Arellano y su comitiva, pasando por alto estas decisiones, dejó sin efecto estas sentencias, y aplicándoles la “ley de fuga”, procedió a realizar ejecuciones y fusilamientos sumarios sin derecho a ninguna clase de garantías. Estos hechos fueron los que motivaron el auto de procesamiento dictado en contra del General Pinochet (enero 2000), su desafuero como senador de

³ En relación a la denuncia formulada de 27.03.1991 en contra del Estado de Chile por violación del derecho a la justicia y por la situación de impunidad en el desaparecimiento forzado de personas. Informe n. 36/96 Caso 10.843.

la república y su posterior arresto domiciliario (2006). Queremos recordar aquí la brutalidad de sus procedimientos plasmadas tan enfáticamente por un militar (Gral. Lagos) ante los tribunales y ante la opinión pública, con motivo de estos hechos:

“En la forma que procedieron me sentí con dolor, con impotencia, con rabia... ante un hecho de esta naturaleza que hicieron en mi zona jurisdiccional y a mis espaldas”. Preguntado por los cadáveres de las víctimas al momento de entregarlos a sus familiares señaló: “Me costó porque daba vergüenza verlos. ¡Si estaban hechos pedazos! ¡ Si no eran cuerpos humanos! ¡De manera que yo quería armarlos por lo menos, dejarlos en una forma decente, más o menos!. Pero eso no se pudo. ¡Les sacaban los ojos con los corvos, les quebraban las mandíbulas y todo, les quebraban las piernas!. Al final les daban el golpe de gracia. Se ensañaron.”⁴

El proceso judicial está aún pendiente, a pesar de que las primeras querellas presentadas datan de hace veinte años. Recién en diciembre de 2013 se dictó condena, todavía en primera instancia (procedimiento penal antiguo), para ocho militares por hechos acaecidos en la ciudad de Antofagasta. Pocos meses antes se había rechazado la solicitud de procesamiento en contra de un General en retiro, quien en ese momento ocupaba un alto cargo público en el Servicio Electoral, por hechos ocurrido en La Serena.⁵ En Febrero de 2014 se dictó acusación en contra de otros quince militares por hechos acaecidos Copiapó.⁶ Lo mismo ha ocurrido con el esclarecimiento del homicidio de Víctor Jara, en donde recién a cuarenta años de su muerte, esto es, en 2012, se sometió a proceso a ocho militares, sin embargo, uno de los principales acusados, huyó a los Estados Unidos obteniendo la nacionalidad estadounidense. Se envió una solicitud de extradición ante dicho país, el que optó por iniciar una investigación por el presunto delito de falsificación de los datos para obtener la ciudadanía norteamericana.⁷

⁴ Entrevista prestada a Televisión Nacional de Chile de 25 y 26 enero 2001. http://elpais.com/diario/2001/01/28/internacional/980636404_850215.html (consultado: 20-06-2013).

⁵ Se trata del que fuera presidente del Consejo Directivo del Servicio Electoral (Servel), bajo el mandato del Presidente Sebastian Piñera, General (R) Juan Emilio Cheyre Espinosa, <http://www.lanacion.cl/rechazan-procesar-a-cheyre-en-el-caso-caravana-de-la-muerte/noticias/2013-07-02/111232.html> (consultado: 30-08-2014). La solicitud de auto de procesamiento motivaron la Renania del Sr. Cheyre a dicho cargo.

⁶ <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/02/06/643592/caso-caravana-de-la-muerte-dictan-acusacion-contra-nueve-personas-por-homicidio-y-secuestro.html> (consultado: 30-08-2014).

⁷ <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/dd-hh/caso-victor-jara-preparan-informe-sobre-supuestos-antecedentes-falsos-de-acusado/2013-12-09/113223.html> (consultado: 30-08-2014).

Esta lentitud en el juzgamiento va aparejada con la forma en la cual la clase política chilena ha enfrentado el problema de derechos humanos, cuyo paradigma fue la reacción política que generó la detención, solicitud de extradición y posterior procesamiento del General Pinochet y que servirán para ilustrar, en nuestra hipótesis, un profundo conservadurismo en los distintos poderes del Estado, y que luego se trasunta en la creación y aplicación de una normativa penal de tinte autoritario. Recordaremos que la detención de general Pinochet en Inglaterra (1998) a raíz de la denuncia en su contra por crímenes de lesa humanidad hecha por el Presidente de la Unión de fiscales Progresistas de España, (GARCÉS, J. 1997, p. 92-99) generó molestia en el gobierno chileno, quien se opuso férreamente a la aplicación del principio de universalidad y a su juzgamiento por un tribunal no nacional. Se apeló a la soberanía nacional, a la territorialidad de la ley penal, a la no intervención en asuntos internos de la política chilena, y en su interior se produjo un quiebre en las opiniones. Mientras el PS exigía la extradición de Pinochet a España, la Democracia Cristiana y la bancada conservadora (Renovación Nacional y Unión Demócrata Independiente) se oponía a la misma y bregaban por su regreso a Chile. Partidarios de Pinochet reaccionaron en forma hostil, y algunos de los grupos paramilitares de antaño realizaron declaraciones cuyo objetivo era amedrentar a los sectores de la izquierda parlamentaria y extraparlamentaria, y denostar a los familiares de las víctimas⁸. En este marco, el Presidente Frei Ruiz Tagle, dado el escozor que a nivel nacional e internacional suscitaba el problema de los derechos humanos, decidió crear una instancia destinada a intentar la llamada “reconciliación nacional” y que reunió a representantes de todas las ramas de las Fuerzas Armadas, representantes de la Iglesia, abogados de derechos humanos y personalidades políticas diversas. La denominada *Mesa de Diálogo* tenía por objeto buscar los mecanismos para resolver el tema de los detenidos desaparecidos⁹.

⁸ El grupo paramilitar *Patria y Libertad* realizó una campaña de represión psicológica a través de amenazas de muerte a diputados socialistas, llamó a los militares a sublevarse, la prensa local presentó “encapuchados” que amenazaron con un nuevo golpe de Estado; se realizaron acciones durante este período en las que abiertamente se incitaba a la población a cometer delitos en contra de ciudadanos españoles. Véase, *El Mundo*. 27-10-1998, p. 20 y -11-12-1998, p.1. Mientras Pinochet se encontraba detenido en Londres sus partidarios arrojaron *huesos de animales* a las afueras del Congreso Nacional señalando a las madres de los desaparecidos: “ahí tienen a sus muertos”. (MONTEALEGRE, 2003, p. 74). Y al momento en que Pinochet fue notificado de su procesamiento, realizaron una manifestación a las afueras del Fundo Los Boldos en la que atacaron a la Prensa y a los coches de la comitiva judicial. La actuación de la policía (Carabineros de Chile), según declara la misma prensa, fue inesperadamente a favor de los manifestantes pinochetistas, limitándose a hacer una barrera de contención, sin llegar a reprimir para defender a los periodistas. Información aparecida en TVN (31-01-2001).

⁹ La Mesa de Diálogo se constituyó el 21 de agosto de 1999, convocada por el ex Ministro de Defensa, Edmundo Pérez Yoma. Esta iniciativa recibió críticas por parte de

Con Pinochet detenido en Londres, se llevan a cabo nuevas elecciones presidenciales resultando electo R. Lagos (Partido Socialista), quien al asumir el mando de la Nación se comprometió a garantizar la independencia de los jueces admitiendo la posibilidad de que Pinochet fuere procesado en Chile.¹⁰ Pocos días antes de que se iniciara este nuevo período presidencial (11 marzo 2000) los intentos de procesamiento por parte de los tribunales españoles se frustraron. Pinochet volvió a Chile después de dos años de “detención” en Inglaterra,¹¹ como un verdadero patriarca, sobrevolando la casa de gobierno como antaño en 1973, para recordar al gobierno civil el pacto que se había realizado para transitar a la democracia. Bajo el tercer gobierno democrático, en 2001 fue declarado inimputable a causa de la “demencia senil”, argumento que utilizó con fuerza su defensa. Contrasta profundamente con el tratamiento jurídico penal que comenzaba a darse al conflicto en la Araucanía, el que ya en 1998 había detonado en la aplicación de la ley de seguridad del Estado (Ley 12.927) para los mapuche que habían cometido delitos en el contexto de la protesta por el Conflicto Ralco, (VILLEGAS, 2009) y a partir de 2001, con la implementación de la reforma procesal penal en la IX Región de la Araucanía, con el juzgamiento y posterior condena por delitos de terrorismo a dos autoridades ancestrales (LONKOS, 2003), y otros dirigentes y comuneros mapuche (Caso Incendio al Fundo Poluco Pidenco, 2004).

Pero continuemos con la relación cronológica iniciada. Por la Ley 19.672 de *Reforma constitucional* de 29 abril del 2000 se modificó el art. 30 de la Constitución, estableciéndose una nueva causal de fuero parlamentario basada en la dignidad de ex presidente de la República,¹² reforma que favorecía directamente a Pinochet, para entonces senador vitalicio, toda vez que se agregaron al art. 30 de la Constitución, que se refiere a la cesación en el cargo de Presidente de la República, los siguientes incisos: “*El que haya desempeñado este cargo por el período completo, asumirá inmediatamente*

grupos de derechos humanos, entre ellos, los de los familiares de las víctimas, que no fueron considerados como parte. Resulta incomprensible que, en la búsqueda de solución del conflicto, se haya dejado fuera a la principal de las partes involucradas. Amnistía Internacional siguió su desarrollo subrayando que, la adopción de medidas cuyo resultado no fuere la verdad o la justicia plena eran insuficientes y tardías. Véase las declaraciones de AI de 14-6-2000. Índice de AI: AMR 23/014/2000. Ampliamente www.derechos.org/nizkor/chile/doc/mesa.html. (consultado el 03-03-2013).

¹⁰ Información en “*El País*” 17-01-2000, p. 3.

¹¹ *El País*, viernes 3 de marzo 2000.

¹² La reforma fue promovida por cinco Senadores de la República, un senador designado en razón de ex presidente de la Corte Suprema, y cuatro pertenecientes a las bancadas de RN, UDI, DC y PS. La moción parlamentaria fue aprobada por el Senado, en sesión extraordinaria (núm. 33 de 15-09-1999), otorgándosele el carácter de “suma urgencia” (19-01-1999), en cuya virtud el 25-01-2000 la Cámara de Diputados lo aprobó, sin modificación alguna.

y de pleno derecho, la dignidad oficial de Ex Presidente de la República... En virtud de esta calidad le serán aplicables las disposiciones de los incisos segundo, tercero y cuarto del art. 58 y el artículo 59.”¹³ [...] “Quien actualmente o en el futuro se desempeñe como senador vitalicio, podrá renunciar a dicho cargo, en cuyo caso mantendrá la dignidad de Ex Presidente de la República”. Esto implicaba otorgar un nuevo fuero al General, ya que si éste renunciaba a su calidad de Senador Vitalicio, tendría el fuero parlamentario como ex presidente de la República, lo que significaba que no podría ser sometido a proceso, sin que previamente se le hiciera un procedimiento procesal de desafuero. Sin embargo, esta reforma no tuvo efecto, dado que Pinochet fue posteriormente desaforado como senador vitalicio, por la Corte de Apelaciones y confirmado por la Corte Suprema,¹⁴ lo que mostraba una voluntad por parte de los Tribunales de Justicia para esclarecer los delitos cometidos.

En enero del año 2001 la *Mesa de Diálogo* emitió su informe final, y las Fuerzas Armadas se comprometieron a entregar toda la información disponible sobre los detenidos desaparecidos. Varios días se sucedieron de infructuosas búsquedas de osamentas en diversos lugares, principalmente en un sector de Santiago (cuesta barriga) donde presumiblemente se encontrarían los cuerpos de seis militantes del Partido Comunista ejecutados en 1976. Algunas osamentas fueron encontradas, otras no. La información entregada no ha sido suficiente y existen dudas acerca de su fiabilidad.¹⁵ A los pocos días de culminadas las conversaciones de esta instancia, se produjo el auto de procesamiento del general Augusto Pinochet, en calidad de autor de los delitos cometidos por la *Caravana de la Muerte* (1973).¹⁶ Parece ser que con ello se abría una nueva etapa en el régimen político chileno que traería la verdadera “transición a la democracia”. En marzo 2001 el Gral. Pinochet fue puesto en libertad provisional, habiéndose modificado el auto de procesamiento para imputarle responsabilidad como *encubridor* de los crímenes, y no autor. A pocos meses (julio 2001), fue declarado inimputable por demencia senil, con lo que se sobreseyó la causa. Si el auto de procesamiento en contra del Gral. Pinochet había significado un avance en materia de derechos humanos, el sobreseimiento significó un grave retroceso (VILLEGAS, 2002, cap. 1). Dos años más tarde, en 2004, se revocó este sobreseimiento y fue declarado por la Corte de Apelaciones apto para ser juzgado,

¹³ Los arts. 58 y 59 de la CPRCH regulan el derecho a la inviolabilidad parlamentaria y a percibir la dieta parlamentaria.

¹⁴ S. Corte Suprema de 8 agosto 2000, n. 1920-2000.

¹⁵ Véase la prensa chilena del mes de enero 2001: *El Mercurio*, *La Tercera de la Hora*, *Las últimas Noticias*, *Rev. Punto Final*, *El Siglo*, entre otras.

¹⁶ Resol. de 29-01-2001, pronunciada por el Ministro de Fuero Sr. Juan Guzmán Tapia, Proceso Rol 2.182-98-A, (Considerando 14°).

resolución que fue ratificada por la Corte Suprema. Esto permitía someterlo a proceso por los delitos cometidos en el marco de la *Operación Cóndor*, sin embargo en junio de 2005, este auto de procesamiento fue dejado sin efecto. Fue el Caso Riggs (2005)¹⁷ el que posibilitó un nuevo procesamiento, pero que tampoco llegó a término.

Si bien es cierto, en comparación con América Latina, Chile es el país que tiene mas personas cumpliendo penas por violaciones a los derechos humanos durante dictaduras militares, esto no es mas que la punta del iceberg del aparato estatal de criminalidad organizada que operó en nuestro país. Las condenas a los violadores de derechos humanos han sido bastante bondadosas en relación a la gravedad de los delitos cometidos (delesa humanidad) y las tardanzas en el juzgamiento por los crímenes cometidos en dictadura, demostrada en todos los hechos recientemente descritos, dan la impresión de una inclinación de la clase política ante las oligarquías nacionales. En palabras de Luis Sepúlveda:

“... El lenguaje de dueño de fundo se instaló también en el gobierno de Patricio Aylwin, luego en el de Eduardo Frei, magnificado en demostraciones de orgullo patrio herido durante la detención de Pinochet en Londres, y su eventual extradición a España, y es empleado ahora por el gobierno de Lagos, en un inusitado extremo de vileza, puesto que se pretende imponer a las víctimas la obligación de agradecer a los militares que en la Mesa de Diálogo, reconocieran algunos ‘excesos’ y dieran a conocer los supuestos paraderos de doscientas víctimas de un total que suma mucho más de dos mil [...] La infame historia de la infamia recitada con tono de dueño de fundo, acusa a las víctimas, demoniza a las víctimas, las desprestigia, por no considerar suficiente el gesto de las Fuerzas Armadas que, en un arresto de generosidad han indicado los lugares en los que, posiblemente estén los restos de doscientos hombres y mujeres asesinados, atrocemente torturados y que, casualmente sus nombres son parte de los muchos procesos a que se enfrenta Pinochet...” (SEPÚLVEDA, 2001, p. 1,16-17)

Como ha dicho entre nosotros Mañalich (2010, p. 45), el proceso reconciliatorio se esgrime sobre una falacia o al menos un argumento “ciego”, pues da por sentado que el “perdón” de la víctimas, en cuanto acto unilateral de liberación de culpabilidad al otro, supondría perse la llegada de la reconciliación nacional, partiendo de la base que existe una vinculación recíproca entre el que debe ser perdonado y el que debe perdonar. Y es esta vinculación la que resulta cuestionable cuando se está ante una “comunidad políticamente quebrada”. Así las cosas “cualquier alegato a favor del olvido,

¹⁷ Pinochet y su familia mantenían cuentas en el Banco Riggs en Londres, varios de cuyos dineros presumiblemente provenían de arcas fiscales, y a través de las cuales evadían impuestos, lo que motivó una investigación judicial por malversación de caudales públicos y evasión tributaria.

equivale a un alegato a favor de una forma de comunidad que renuncia a registrar el hecho de su fractura y de la contingencia de su eventual reconstitución, es decir, a favor de una comunidad estructurada sobre una falsa conciencia” (MAÑALICH, 2010, p. 45).

En 2006, ya bajo el gobierno de Michelle Bachelet, Pinochet fue desaforado nuevamente por el caso del secuestro y desaparición del sacerdote español Antonio Llidó y casos de torturados del Campo de Concentración de Villa Grimaldi,¹⁸ negándosele este desafuero para el Caso Caravana de la Muerte. Es en este punto donde la muerte sorprende al veterano dictador el 10 de diciembre de 2006, precisamente en el día internacional de los derechos humanos.¹⁹

Transformación política, crecimiento económico y desigualdades sociales

En el plano socioeconómico, si bien se han producido grandes cambios políticos durante los años de “democracia”, lo cierto es que no ha existido una transformación estructural de la sociedad, pues la participación política es autónoma en relación a la defensa de los intereses sociales. Es cierto, que en relación a la dictadura existe una mayor libertad y un pluralismo político, pero también es cierto, que el Estado puede modificar, extender la participación social y política de las clases medias y populares, sin que por ello, como diría Touraine, se atente contra el poder de la oligarquía (TOURAINÉ, 1989, p. 298). De hecho, el sistema económico de Chile, es un sistema económico neoliberal y al igual que en el período comprendido entre 1932 y 1973, si bien el Parlamento juega un papel importante, se encuentra limitado en la práctica por el hecho de que los grandes partidos, agrupados en coaliciones, se consideran portadores de “programas globales” y funcionan en bloque. Esta práctica está amparada por una ley de partidos políticos cuyo sistema electoral responde al binominalismo.

La democracia en Chile se ha identificado históricamente con los intereses de la oligarquía, pero se halla abierta en forma progresiva (aunque no sin crisis) a las clases medias. De una política económica que se trató de sustentar en la burguesía industrial hubo de transitarse, durante los últimos años de la dictadura militar, a un capitalismo de Estado que en el curso

¹⁸ http://www.archivochile.com/Chile_actual/16_hue_dict/chact_huedict0002.pdf y www.cooperativa.cl (consultado: 26-07-2013).

¹⁹ Nuevamente en esta oportunidad, partidarios de Pinochet denostaron a las víctimas (vid. Nota 6), en una manifestación a favor del dictador, en los alrededores de la Escuela Militar donde se hallaba el féretro. Los manifestantes arrojaron huesos comprados en una carnicería gritando: “ahí están los desaparecidos”. <http://www.justopastormellado.cl/edicion/index2.php?option=content&task=view&id=395&pop=1&page=0> (consultado: 10-06-2013).

del sistema democrático ha sido acompañada progresivamente de medidas propias de una economía liberal de mercado (ej. Privatizaciones).²⁰ Con ello se avanzó hacia un marcado crecimiento económico en relación con el resto de los países latinoamericanos. Pero el crecimiento económico no supuso una integración social, ni la disminución de las desigualdades sociales. Ciertamente que Chile, como se ha dicho al inicio, ha sido catalogado como uno de los países de mayor desarrollo económico en América Latina, pero esta afirmación tiene lugar si consideramos los indicadores económicos tradicionales (Niveles de producción e inversión, Producto Nacional Neto, renta per cápita, etc.), desligados de factores sociales. Si, por el contrario, ponderamos estos factores sociales, se advierte claramente que la distribución de las riquezas obtenidas sigue siendo desigual. En 2013, estudios realizados por economistas chilenos, lo han calificado como el país más desigual del mundo,²¹ y la OCDE ha concluido que es el segundo país con la educación más onerosa del mundo, y cuya salud privada se encuentra también entre las más caras del mundo.²² El poder económico y financiero se concentra en grandes grupos económicos, tanto chilenos como extranjeros, en los que el protagonista principal es el Fondo Monetario Internacional. Ello origina una mantención de los niveles de marginalidad y pobreza, pese a los intentos de los sucesivos gobiernos de erradicarlas (MAIRA, 1995). Por otra parte, de un capitalismo dependiente y limitado en relación a los países desarrollados, Chile ha pasado a su vez a ejercer el mismo tipo de política respecto de otros

²⁰ La debilidad de la burguesía industrial en Chile determinó que durante la dictadura militar se le sustituyera por la acción de la Corfo (Corporación Nacional de Fomento de la Producción) y Odeplan (Oficina de Planificación Nacional), con lo que se dio paso al capitalismo de Estado. La transición democrática mantuvo la Corfo y transformó a Odeplan en Ministerio (Ministerio de Planificación Nacional).

²¹ "El real problema de distribución en Chile está en lo más alto de la distribución y no tanto dentro del grueso de la población (90% o aún 99% de ella) donde la distribución tiende a ser relativamente pareja. Es realmente en el 1% más rico y sobretodo en el 0,1% y 0,01% más rico donde se concentra el ingreso [...] el 1% más rico de Chile recibe 2,6 veces más ingresos como proporción del ingreso total del país que lo que en promedio recibe el 1% más rico en los siete países para los cuales existen datos que incluyen ganancias de capital para el periodo considerado. Más aún, mientras que el 0,1% más rico en Chile se lleva cuatro veces más que el promedio de la muestra de países, el 0,01% más rico se apropia de casi seis veces (5,8) de la proporción de la que se apropia el 0,01% más rico en los otros seis países de la muestra". En comparación con otros países: "Se observa que, en general, la participación del 1%, el 0,1% y el 0,01% de los más ricos en el ingreso total del país es más alta en Chile que en los otros países para los que existen estas estimaciones; salvo dos excepciones: las participaciones del 0,1% y el 0,01% más ricos en los Estados Unidos. Más aún, de modo muy general, las cifras muestran que, en promedio, la participación de estos estratos más ricos en el ingreso total del país es alrededor del doble de la participación media que se verifica en los otros 20 países de la muestra". Fuente: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/03/22/chile-es-el-pais-mas-desigual-del-mundo/> (consultado: 10-06-2013).

²² <http://www.elmostradormercados.cl/destacados/salud-privada-en-chile-al-igual-que-la-educacion-universitaria-entre-las-mas-caras-del-mundo/> (consultado: 20-07-2013).

países latinoamericanos. Manifestación clara de ello es que los grandes grupos económicos chilenos dominan en los mercados peruano y boliviano.

El Estado de Derecho bajo el régimen democrático

En este contexto económico y social, se yergue un Estado de Derecho que tras 20 años, aún mantiene el sesgo de la política imperante en los últimos años de la dictadura militar. Durante los primeros gobiernos de la transición democrática se realizaron reformas a la Constitución de 1980, más su esencia siguió intacta. En primer lugar, hasta la reforma constitucional de 2005 (ley n. 20.050) las Fuerzas Armadas continuaron siendo consideradas como garantes de la institucionalidad²³ y se mantienen instituciones tales como el *Consejo de Seguridad Nacional (Cosena)*²⁴ y el *Tribunal Constitucional*,²⁵ cuyo origen no es la elección popular, y que tienen por función la protección del sistema político y económico, y que hasta 2005 tenían facultades amplias en materias de seguridad y orden público. En segundo lugar, la participación de la voluntad popular se ve seriamente afectada toda vez que el sistema electoral establece un sistema binominal que pone en serio cuestionamiento la efectividad, eficacia, objetividad y en suma, legitimidad de los canales de participación política. El sistema binominal permite la elección de solo dos cargos por cada circunscripción y a una minoría del 33,4% del electorado tener la misma representación que la mayoría, entre

²³ El entonces art. 90 de la Constitución de 1980 señalaba: "...Las Fuerzas Armadas... son esenciales para la Seguridad Nacional y *garantizan el orden institucional de la República...* Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública... constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen las respectivas leyes orgánicas, Carabineros se integrarán, además, con las Fuerzas Armadas en la misión de *garantizar el orden institucional de la República*".

²⁴ Hasta la reforma de la Ley n. 20.050 de 26 de agosto de 2005 participaban como *miembros del Consejo, con derecho a voz, los ministros encargados del gobierno interior, de las relaciones exteriores, de la defensa nacional y de la economía y finanzas del país, y actuaba como Secretario el Jefe del Estado Mayor de la Defensa Nacional...*". Esto significa que casi dos tercios de su composición total recaía en militares. Una de sus funciones principales era asesorar al Presidente de la República en cualquier materia relacionada con la seguridad nacional, intervenir en la designación de los miembros del TC. Actualmente se compone de los Presidentes del Senado y de la Corte Suprema, por los Comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República

²⁵ El Tribunal Constitucional (creado por la LOC n. 17997 de 19 de mayo de 1981), tras la reforma de 2005 se integra por diez miembros, tres designados por el Presidente de la República. Cuatro elegidos por el Congreso nacional. Tres elegidos por la Corte Suprema, (art. 92 CPRCH). Entre sus atribuciones, además de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, resolver las cuestiones que se susciten con motivo de la constitucionalidad de Decretos leyes, y también en relación a la constitucionalidad de la convocatoria a un plebiscito, cabe destacar que puede declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos.

otras falencias.²⁶ De manera tal que la plasmación de la voluntad popular se ve burlada. Actualmente se alzan voces para una Asamblea Constituyente²⁷ para una reforma constitucional que permita a Chile avanzar en una democracia, lo que ha provocado reacciones en el Ejecutivo quien intenta una reforma al sistema binominal²⁸ pero no a la constitución en su conjunto.

En tercer lugar, se mantiene una normativa constitucional de sesgo autoritario y antidemocrático en relación a la elección de representantes del pueblo. Nos referimos a la figura de los senadores designados. Hasta 2005 el senado se componía de 38 senadores elegidos por votación directa, 9 designados, de entre los cuales 4 correspondían a miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas (un ex comandante en jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea y un ex Director General de Carabineros) que hubieren desempeñado el cargo a lo menos por dos años, elegidos por el Cosena. Asimismo eran senadores designados los *ex Presidentes de la República que hubieren desempeñado el cargo durante seis años en forma continua. Estos senadores lo eran por derecho propio y con carácter vitalicio (art. 45)*. Esta disposición permitió al General Pinochet abandonar el poder manteniendo primero su cargo como comandante en jefe del ejército durante el gobierno de la transición democrática y con posterioridad a partir del 11 de marzo de 1998, asumir como senador vitalicio. Es pertinente recordar que al momento de elaborarse la Constitución de 1980 y de entrar en vigor, el único que cumplía estos requisitos era el General Pinochet. La reforma constitucional de 2005 eliminó esta clase de senadores designados, pero dejó otros: *“Las vacantes de diputados y las de senadores se proveerán con el ciudadano que señale el partido político al que pertenecía el parlamentario que produjo la vacante al momento de ser elegido. Los parlamentarios elegidos como independientes no serán reemplazados”* (art. 51) con lo cual se asegura la protección al binominal.

Como puede observarse, la democracia chilena ha tardado en adecuarse a los parámetros de las democracias occidentales, quedando reminiscencias de autoritarismo e institucionalización, consecuencia de la aplicación de un entramado sistema político que reunió (defectuosamente) a demócratas y militares. Ello ha direccionado las reformas penales en el campo de derecho penal político manteniendo la tradición heredada del régimen militar. De esta forma continúan en vigor, aunque con modificaciones, leyes que fueron, o bien creadas en tiempos de dictadura, o ampliamente usadas por la misma

²⁶ Ley n. 18.799 sobre Votaciones Populares y Escrutinios de 6 de mayo de 1988.

²⁷ Mas información en www.asambleaconstituyente.cl.

²⁸ Ha habido dos iniciativas legislativas a este respecto la primera, bajo el gobierno de S. Piñera (Boletín 8343-07) de 06-06-2012, y la segunda, bajo el actual gobierno de Bachelet (Boletín 9326-07) de 06-05-2014. Disponibles en www.bcn.cl.

en contra de la disidencia: la Ley 18.314 que regula conductas terroristas, la ley 12.097 de Seguridad del Estado y la Ley 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos. Tales leyes penales especiales tradicionalmente han sido mecanismos en los que impera la ideología de los gobiernos y la coyuntura política del momento, sobre la defensa de la paz y la justicia social. Y en ellas generalmente se violentan los principios garantistas del sistema penal utilizándolo como herramienta para el “castigo social”. La amplitud de los tipos penales, plagados de elementos subjetivos conculcan los principios generales del derecho. La amplitud de atribuciones a los organismos policiales, la suspensión de derechos y garantías fundamentales, recuerdan a una situación de emergencia que en Chile no se vive.

Cabe destacar que hasta la entrada en vigor de la ley 20.477 de 2010, bajo el Estado de derecho chileno, se permitía el juzgamiento de civiles por parte de militares en tiempo de paz, lo que en mi modesta opinión vendría a demostrar una especie de ausencia de sometimiento real del poder militar a las autoridades políticas y civiles, lo que a su vez se ve reafirmado por la institucionalización de legislaciones extraordinarias que fueron dictadas en estados de emergencia. Esto llevó a la utilización de la jurisdicción militar en cuanto arma de represión política con la consiguiente vulneración de los derechos fundamentales. Uno de los casos emblemáticos ha sido el juzgamiento de mapuche por tribunales militares.²⁹

III. LA RESPUESTA POLÍTICO CRIMINAL A LA EFERVESCENCIA SOCIAL. UN BOTÓN DE MUESTRA

En los últimos quince años, producto de las desigualdades económicas y sociales, así como de la ausencia de solución a ciertas problemáticas sensibles, ha venido gestándose un clima de efervescencia social cada vez más creciente. Así por ejemplo, el problema de vivienda ha sido uno de los detonantes de conflictividad social desde que se ha transformado en una excelente fuente de ingresos para inmobiliarias y bancos. Si las inmobiliarias han proliferado generando cual germen de una verdadera burbuja, los bancos se han enriquecido con el cobro de intereses derivados de los créditos hipotecarios, inflando el valor de las viviendas a tal punto que algunas personas han terminado pagando hasta dos veces el valor del préstamo original. Esto llevó a la aparición de nuevos actores sociales, movimientos sociales por la defensa de los derechos de los deudores habitacionales, que hicieron entrada

²⁹ P.ej. Primera Fiscalía Militar de Concepción, Rol 890-2008; v/s Héctor LLaitul, ramón LLanquileo y otros.

en el escenario nacional a través de sucesivas protestas, algunas de las cuales han sido reprimidas en forma violenta.³⁰

Pero sin duda han sido el derecho a la educación y los derechos de pueblos indígenas, los que han marcado hitos en el ciclo de protestas. El movimiento por la educación detona violentamente en 2005 con las protestas masivas de los estudiantes secundarios, a los cuales se sumaron los universitarios. Era el germen de un nuevo actor en el escenario político, el Movimiento Social por la Educación, que emergen con fuerza en 2011 a través de protestas multitudinarias que tuvieron amplia cobertura internacional. Demandas por el término del lucro, la gratuidad y calidad de la educación, se tomaron las calles. Ya en 2005, y ante la ausencia de respuesta a las demandas estudiantil comenzaron a proliferar, aun tímidamente, algunos focos de violencia, con otro actor social: “los encapuchados”, personas que durante la protesta cubren su rostro para ocasionar desordene públicos y daños.

La respuesta política al movimiento de los estudiantes secundarios de 2005 fue sinóptica: se reclutó los elementos, incluidas dirigencias estudiantiles, más permeables, con lo cual la efervescencia social bajó (PARADA, 2008, p. 79, nota 146). En 2011 y con el recrudecimiento de la protesta, los encapuchados proliferaron todavía más, y si ya a esta época se advertían en las protestas alrededor de una treintena de ellos, aislados políticamente, a 2013, se pudo apreciar más de un centenar en cada protesta cometiendo diversos delitos: arrojó de artefactos incendiarios, desordenes públicos, daños a la propiedad pública o privada. La respuesta política han sido intentos de aislamiento a estos sectores, en la ya tradicional estrategia utilizada por todos los gobiernos para no enfrentar problemas sociales consistentes en la división “amigo-enemigo”. El estudiante “amigo” es el que se manifiesta pacíficamente, danzando, bailando. El “enemigo” son los *encapuchados*, a los cuales se clama por aplicarles todo el rigor de la ley. El lenguaje de patrón de fundo se instaló nuevamente en el discurso,³¹ pero finalmente hubo de ceder en parte a la presión social generada por el amplí-

³⁰ Es el caso de la Federación de Deudores Habitacionales, que reúne al Movimiento Social por una Vivienda digna y al Movimiento Andha-Chile (<http://aluchar.es.tl/>) y la Federación de Pobladores que agrupa a organizaciones de allegados, sin casa, damnificados y deudores habitacionales, entre ellos el Movimiento de Pobladores en Lucha (www.mplchile.cl)

³¹ En entrevista realizada el entonces Ministro de Educación Felipe Bulnes señaló: “No compartimos que una reforma estructural a la educación pasa por darle gratuidad a todos”, en cambio propuso “impulsar becas garantizadas para todo alumno meritorio que ingrese a la educación superior y que pertenezca al 40% más vulnerable de nuestro país”. Los estudiantes se manifestaron en desacuerdo con esta postura, presentando sendas propuestas de reforma tributaria para financiar una educación gratuita, lo que fue descartado por el entonces Ministro de Educación: <http://www.lanacion.cl/bulnes-descarta-reforma-tributaria-para-financiar-educacion/noticias/2011-07-28/110548.html> (consultado: 21-06-2014).

simo apoyo ciudadano a los estudiantes, impulsándose sendos proyectos de ley proponiendo una reforma tributaria.³² Pero al mismo tiempo se agudizó la política de orden en las calles, como veremos seguidamente.

Los derechos de pueblos indígenas también han marcado un hito dentro del ciclo de protestas que ha causado escozores en la democracia chilena. El reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas por parte del estado de Chile ha sido muy tardío y ha ido de la mano con políticas públicas de integración dentro de la “máquina de captura” del Estado de la que nos hablan algunos autores (ej. Sánchez Botero, 2008), funcionales a las necesidades de producción. Porque da por supuesto que los indígenas, como en otros lugares el campesinado indígena (ej. Perú), pueden ser portadoras del proyecto nacional que por definición requiere del desarrollo capitalista (BERGALLI, 2012, p. 111).

Chile no tiene reconocimiento constitucional a sus indígenas. Entre 1999 y 2014 se han presentado 8 proyectos de reforma constitucional, dos de los cuales han sido archivados, uno retirado, otro sin movimiento desde 2004, dos sin movimiento desde la fecha de ingreso (2010 y 2012), y otros dos sin tramitación real desde 2009.³³ A ello se suma la ausencia de *Consulta* a los pueblos indígenas como establece el Convenio 169 OIT (VILLEGAS, 2012, p.191). En algunos de estos proyectos, y concretamente en el último (2012) lejos de reconocer verdadera autonomía, cierra esta posibilidad en pos de la productividad,³⁴ y más bien, como diría Zizek (2007, p. 60), “tolera al otro (indígena) mientras no sea un otro real”, lo tolera en la medida en

³² El gobierno actual presentó un proyecto de ley para una reforma tributaria para financiar la educación (Boletín 9290-05 de 2 de abril de 2014) que no ha estado exento de polémica y crítica por parte de las fuerzas conservadoras. Ellas desplegaron una campaña mediática logrando efectos en la opinión pública, y especialmente en las clases medias. Vease por ejemplo la encuesta Cadem <http://plazapublica.cl/temas/politica/el-programa-de-gobierno/reforma-tributaria/> y <http://www.lanacion.cl/noticias/economia/reforma-tributaria/encuesta-sube-rechazo-a-reforma-tributaria-y-68-piensa-que-afectara-a-la-clase-media/2014-05-12/100636.html> (consultado: 02-09-2014).

³³ Boletín 2360-07 de 06-07-1999, Boletín 4069-07 de 10-01-2006, Boletín 5324-07 de 06-09-2007, Boletín 5402-07 de 11-10-2007, Boletín 5427-07 de 30-10-2007, Boletín 5522-07 de 23-11-2007, Boletín 7208-07 de 14-09-2010, Boletín 8438-07 de 11-07-2012. Disponibles todos en www.bcn.cl.

³⁴ Así por ejemplo, el proyecto (Boletín 8438-07) fue enviado por el Ejecutivo al Congreso sin el trámite de consulta a los pueblos indígenas según las normas del Convenio 169, no reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derechos (habla de personas indígenas y comunidades indígenas), solo reconoce derechos culturales, mas no los de participación según las normas internacionales, las fuentes de derecho indígena no son las leyes internacionales, sino las propias leyes chilenas pues los derechos culturales serán ejercidos “en la forma que establece el orden jurídico nacional”, y finalmente suprime el régimen especial de protección existente sobre los derechos de aguas aymaras y atacameñas (indígenas del Norte), y somete las aguas indígenas al régimen general.

que se trata de otro folklórico, de costumbres autóctonas simpáticas, pero cuando se enfrenta al “otro real”, el que reclama su tierra que está siendo usada en función de la producción de empresas y particulares, se acaba la tolerancia y se entra al Estado de excepción (AGAMBEN, 2004), o lo que en derecho penal y criminología conocemos como Derecho penal del Enemigo (VILLEGAS, 2013, p. 4-5).

Las vías de participación democrática ofrecidas a indígenas, a través de la posibilidad de presentar demanda territorial para la recuperación de su territorio ancestral, han sido fuente generadora de conflictos más que aportes a una solución. Ello se ha debido a que mediante la relocalización de comunidades, se han creado artificialmente conflictos entre ellos y divisiones en el movimiento indígena. (VILLEGAS, 2009, p. 11-12).

Desde el conflicto Ralco en adelante (que coincidió con la detención de Pinochet en Londres), la biopolítica del Poder manifestada en los sucesivos gobiernos trajo consigo políticas públicas que tendían ante todo a la protección de los intereses económicos en la zona. Primero se ocultó en problema de tierras mediante mecanismos tales como Diálogos comunales (Pacto por el Respeto Ciudadano), creación de un Fondo especial para el Desarrollo Indígena, Programa Orígenes, etc. Luego hubo promesas electorales de devolución de tierras, ratificación de convenio 169, y reconocimiento constitucional, algunas de las cuales tardaron mucho en cumplirse (p.ej. ratificación del Convenio 169) y proyecto de ley de reforma constitucional. Hasta llegar a un control punitivo exacerbado sobre gran parte de las comunidades.

Similar al caso del movimiento estudiantil, y ya desde mucho antes, el Estado de Chile vuelve a usar la estrategia divisoria entre “amigo-enemigo”. El mapuche “amigo” es el elemento permeable, al que se puede beneficiar con tierras y recursos a cambio de no cuestionar el modelo de desarrollo. Amigo es también aquel mapuche que decide presentarse como testigo con reserva de identidad en juicios por ley de conductas terroristas. Enemigo es el que se aparta del modelo de desarrollo y de los cauces institucionales y pretende recuperar el territorio al margen de la legalidad. A ellos se les aplica el panóptico que va desde registros frecuentes a comunidades, que han motivado más de alguna denuncia a organismos internacionales por violación a derechos fundamentales, incluyendo violencia contra niños, hasta el uso del derecho penal político (ley de seguridad del Estado, ley de conductas terroristas, ley de control de armas) en combinación con legislación penal común más gravosa (ej. Delitos de abigeato) (VILLEGAS, 2013).

Sobre este punto, me he referido in extenso en otros trabajos ya citados, solo quisiera destacar en esta oportunidad el contraste que se produce entre el tratamiento que han recibido personas que han cometido violaciones a derechos humanos y el tratamiento jurídico penal que se ha dado al

conflicto por la recuperación de tierras indígenas. En 1998, mientras a los indígenas que protagonizaban protestas en reclamo por la construcción de la hidroeléctrica Ralco sobre el cementerio donde estaban sus antiguos, buena parte de la clase política chilena se oponía a la extradición de Pinochet que estaba detenido en Londres. A los indígenas se les aplicó la Ley de Seguridad de Estado. Al General Pinochet se le argumentaron razones humanitarias. Mientras a mapuche se les ha aplicado con sistematicidad la ley de conductas terroristas, ésta no se ha aplicado a ninguno de los violadores de derechos humanos, a pesar de haber cometido conductas que son autentico terrorismo de Estado, y dada la amplitud de los tipos penales, perfectamente podrían haberse recalificado dichos delitos, al menos respecto de conductas acaecidas con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley (1984). Mientras uno de los autores del crimen de Orlando Letelier fue condenado a solo siete años de presidio por este hecho,³⁵ los mapuche que fueron juzgados por el incendio al Fundo Poluco Pidenco, incendio de un pastizal, fueron condenados a la pena de diez años y un día como autores de incendio terrorista (vid. cuadro de sentencias). En 2014 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Chile por estos hechos (Sentencia Caso Norín Catrimán y otros V/S Chile, de 29-05-2014).

Finalmente, otro actor social que emerge con fuerza son los movimientos libertarios y anarquistas, que han sido objeto también de la aplicación de la ley de conductas terroristas, acusados de colocación de artefactos explosivos caseros. En este punto, el polémico “Caso Bombas” marcó un hito en la historia de la aplicación de esta ley, debido al bochorno que significó para el órgano persecutor el descubrimiento y que se hizo público, de la presentación de pruebas ilícitas en contra de los acusados, que no solo provocaron una desestimación de la calificación terrorista de los delitos, sino también la absolución de todos ellos³⁶ (CORTÉS, 2013, p. 165 y ss.).

³⁵ Se trata del General Manuel Contreras, ex Jefe de la DINA (Dirección Nacional de Inteligencia) quien fuera condenado en 1993 por el crimen de Orlando Letelier, condena que cumplió en 2001, y luego de la cual estuvo bajo arresto domiciliario por diversos procesos tanto en Chile como en el extranjero, en algunos de los cuales fue condenado, llegando a sumar en 2012 penas que alcanzan al presidio perpetuo. Radio Bío Bío (6 de julio 2012): “Corte Suprema ratifica nueva condena contra general Manuel Contreras, (consultado: 10 agosto de 2012).

³⁶ Entre 2006 y 2009 detonaron en Santiago al menos 30 artefactos explosivos, todos de fabricación artesanal, en una oportunidad un joven murió a consecuencia del artefacto que portaba. En 2010 se detuvo a 14 personas, la mayoría de ellos, jóvenes *ocupas*, en varios allanamientos simultáneos en Santiago y Valparaíso en el marco de la denominada “Operación Salamandra” de la Fiscalía Santiago Sur. Fueron acusados por delitos de asociación ilícita terrorista y colocación de artefactos explosivos e incendiarios, llegando a comprobarse en el juicio la inocencia de los acusados, quienes habían sido víctimas de un entramado fáctico y jurídico por parte del Fiscal que ordenó dichos allanamientos, en donde las pruebas ilícitas eran las reinas)

A este caso le sucedió el caso del joven Pitronello, joven al que le estalló un artefacto casero cuando intentaba ponerlo en la puerta de un banco, a altas horas de la madrugada, perdiendo sus manos. También fue acusado de haber cometido una conducta terrorista, calificación que el tribunal desestimó condenándole solo por delitos comunes, y el polémico juicio en contra del sociólogo Hans Niemayer, quien fue acusado por delitos de terrorismo (colocación de artefacto explosivo y financiamiento al terrorismo) y finalmente condenado por delitos comunes.³⁷

1. La política criminal durante la democracia

Algunos autores sostienen que la política criminal en Chile en los últimos veinte años ha estado marcada por el modelo securitario (MATUS, J. 2008; FERNÁNDEZ, 2006), aunque, según otros, no puede afirmarse que la seguridad ciudadana en Chile haya sido instalada en democracia como un modelo nuevo de intervención estatal (RAMÍREZ, 2012, p. 190). Pienso, como este último, que el modelo securitario no es nuevo, viene del autoritarismo del régimen militar. Lo que sucede es que no podemos identificar nuestro modelo securitario con el europeo, no solo porque no estamos ante una sociedad postindustrial, sino porque la historia de nuestra Latinoamérica, y especialmente en el cono sur, está marcada por el autoritarismo peculiar de nuestras dictaduras locales. En el caso de Chile, estas tendencias autoritarias se observan en forma mucho más marcada que en países limítrofes y hermanos, probablemente por la necesidad de proteger las bases del modelo de transición pactada entre civiles y militares.

Durante la primera década de vuelta a la democracia (1991-2000), la discusión parlamentaria se centró en una nueva institucionalidad procesal penal para Chile, y que culminó con una nueva regulación: el Código Procesal Penal (RAMÍREZ, 2012, p. 176) que tuvo como fuente el Código Procesal Modelo para Latinoamérica (HORVITZ-LÓPEZ, 2003, p. 23) y el diseño de la Reforma Procesal Penal. Las garantías del imputado frente al Estado recobraron vigor acogiéndose postulados minimalistas en la dirección apuntada por Ferrajoli. Era un proceso previsible después de la legislación autoritaria, la necesidad de implementar políticas criminales que eliminaran el sesgo militar. La reforma procesal penal cambió el sistema inquisitorio de persecución penal, por un sistema acusatorio, en el que se esgrimen como principios legitimadores de las decisiones judiciales todas las garantías de un juicio contradictorio, p.ej., intermediación, oralidad, publicidad, que permiten establecer la verdad procesal sin tanto cuestionamiento

³⁷ <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/07/680-532662-9-se-condena-a-cinco-anos-de-presidio-efectivo-a-hans-niemeyer-por-porte-de-bomba.shtml>

como la que se podía establecer en un sistema inquisitorio (HORVITZ-LÓPEZ, 2003, p. 28).

En la segunda década de la democracia (2001 a 2012) la política criminal ostenta como una de sus características centrales el hecho de ocupar un rol protagónico entre otras políticas públicas. Durante este período la productividad parlamentaria en leyes penales fue muy alta, pudiendo contarse a los menos 35 leyes relevantes, mientras que en 1932-1973, es decir, en 41 años, se habían registrado solo 15 (RAMÍREZ, 2012, p. 177-178).

A comienzos de 2001 tiene lugar la implementación de la Reforma Procesal penal, que debuta en la IV Región, al norte de Chile y en la IX Región de la Araucanía. Es sintomático que dos de los juicios emblemáticos por ley de conductas terroristas contra autoridades ancestrales mapuche y otros indígenas, fueran el conejillo de indias de la reforma en esta última región. Me refiero al Caso de los Lonkos Pascual Pichún y Aniceto Norín,³⁸ y al Incendio a Fundo Poluco Pidenco,³⁹ ambos hoy en la Corte Interamericana por denuncias a infracciones al debido proceso legal.

El minimalismo rápidamente comienza a perder terreno pudiendo sostenerse que la gran mayoría de las leyes publicadas en la última década fueron en una dirección punitivista (RAMÍREZ, 2012, p. 188). Como ejemplo, puede citarse la primera ley adecuadora a la reforma procesal penal (Ley 19.806 de 31 de mayo de 2002), que a solo dos años de su implementación, amplió las facultades del Ministerio Público durante la etapa de investigación, introduciendo, entre otros, una figura hasta ahora no usual en el proceso penal chileno, los testigos con reserva de identidad tanto para casos de tráfico de estupefacientes como de terrorismo. Este punitivismo se manifiesta por cierto, en la política nacional de persecución del Ministerio Público, que ha sido catalogada por algunos autores de “moderada maximización punitiva” en el sentido de desestimular las salidas alternativas y los términos anticipados (MATUS, 2008, p. 100).

³⁸ Los lonkos de la comunidad de Temulemu (IX Región) fueron investigados en 2001, después de haber sido absueltos por una primera sentencia, tras recurso de nulidad impetrado por la parte querellante y el ministerio público, que motivó una nueva realización del juicio fueron condenados en 2003 a 5 años y 1 día por el delito de amenazas terroristas en contra de la persona de Juan Agustín Figueroa Yavar y absueltos del delito de incendio terrorista por no haberse acreditado su participación en los hechos. Sentencia absolutoria TOP Angol de 31-03-2003; S. Corte Suprema de 02-07-2003 anula sentencia absolutoria; Sentencia condenatoria TOP Angol de 27-09-2003. RUC 0100083503- 6.

³⁹ El incendio al fundo Poluco Pidenco, que fue perpetrado por una cincuentena de mapuche, también tuvo lugar en 2001. El hecho no tuvo riesgo para personas, quemándose pinos y eucaliptus, dio lugar a varias condenas, algunas por delitos de terrorismo y otras por delito común. Ver fallos sucesivos en cuadro de jurisprudencia.

Cabría preguntarse el porqué de este giro que va desde el garantismo postdictadura a un modelo neo punitivista. Una de las explicaciones pudiera ser la que nos sugiere Diez Ripollés en su análisis general del modelo securitario, y es que pareciera ser que el garantismo no estaba respondiendo a una nueva realidad, por lo que era preciso realizar una reformulación. Esta reformulación consistió en una intensificación de la respuesta penal, dando paso a sucesivas reformas a la reforma procesal penal, que van despojándola de su espíritu inicial: el constituirse en una trinchera de garantías del individuo frente al poder punitivo del Estado. Interpretando el modelo securitario, Diez Ripollés (2009, p. 251-253) sugiere que el inmovilismo del garantismo no ha sabido responder a las sociedades y a la creciente demanda social por seguridad, por lo que cabría formular un *modelo penal bienestarista* que anteponga una aproximación penal a una aproximación represiva de la delincuencia. Modelo penal que rescate como baluarte el garantismo en cuanto trinchera frente a los excesos del poder punitivo y trate de convencer a la sociedad de los peligros que acarrea el despojo de las garantías para los delincuentes, porque potencialmente lo son para todos los ciudadanos. No obstante no creo que sea ésta la situación chilena, la “intensificación” en la respuesta penal, que más bien responde a un modelo de “expansión” del derecho penal⁴⁰ consustancial a la tercera fase del capitalismo (BERGALLI, 2012, p. 95; BORÓN, 2012, p. 28) se centra en la idea de eficacia de la respuesta penal dando origen a un modelo penal de primario, en donde –como ha puesto de manifiesto Bergalli– la mediatización de los medios de comunicación cumple un rol central y ha sido consecuencia directa de la defensa de un derecho penal de raigambre sistémica (BERGALLI, 2012, p. 97).

En este trabajo quisiera hacer referencia a dos cuerpos normativos que marcan una objetable *huida al derecho penal*, y concretamente hacia el campo del derecho penal político, para poner paños fríos a una conflictividad social creciente. Tales son: los proyectos de reforma de ley de orden público y la ley de conductas terroristas. Ambos comparten ciertas características comunes y que han sido descritas por Jakobs como centrales del “derecho penal del enemigo”: anticipación de la punición, aumento de penas y restricciones de garantías. Por los límites de este trabajo, no discutiremos aquí las críticas a este constructo teórico, pues ríos de tinta sobre el punto han corrido. Simplemente dejar indicado que en mi opinión, no es derecho penal, es simplemente aplicación de leyes de guerra (estado de excepción)

⁴⁰ Si bien es cierto el término expansión es acuñado por Jesús Silva para referirse al proceso de modernización del derecho penal en las sociedades postindustriales, a la vista de la aparición de nuevos actores colectivos que demandan mayor seguridad, se usa en este trabajo el término expansión según su sentido natural y obvio. No se pretende aquí hacer un símil de la situación chilena con la europea.

en el marco del totalitarismo moderno, esto es, una verdadera guerra civil legal (AGAMBEN, 2004, p. 25).

1.1 La política de orden en las calles

Para explicar la reaparición de la política de orden en las calles, es preciso combinar a lo menos dos componentes. Un primer componente dice relación con la dilatación por parte de los sucesivos gobiernos en dar solución a las demandas sociales, especialmente en materia educacional, lo que generó cada vez una mayor violencia. Por otra parte, se observa también un componente moderno y que está presente en el nuevo escenario mundial, en donde la crítica desde el garantismo penal parece incomprendida (DIEZ RIPOLLÉS, 2009, p. 224), y en donde la valoración de la política criminal y su dirección está fijada por un sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana (DIEZ RIPOLLÉS, 2009, p. 226 y ss.), una revalorización de la víctima real al punto que la opinión pública empieza a hacer carne los sentimientos y experiencias de las víctimas (DIEZ RIPOLLÉS, 2009, p. 228). Es el caso de los transeúntes y comerciantes que sufren las consecuencias de la violencia desatada por los “*encapuchados*”. Es también el caso de la propiedad pública que resulta dañada.

Una política criminal que, por otro lado, se yergue sobre una revalorización de componente afflictivo de la pena (DIEZ RIPOLLÉS, 2009, p. 232 y ss.) y la generación de una sensación que vincula el acto de promulgación de una ley con la solución inmediata de un conflicto social, siendo en este sentido, la respuesta penal, una respuesta útil e inmediata a efectos políticos, para enfrentar problemas propios de la política pública (MALDONADO, 2008, p. 79), pero que no va a resolver el problema real, ni a nivel de la criminalización primaria como tampoco de la secundaria y mucho menos de la terciaria.

Paradigma de esta situación fue un paquete legislativo constituido por el proyecto de ley que “fortalece el resguardo al orden público” (Boletín 7975-25), y el proyecto de ley que modifica el código penal con el objeto de establecer el ocultamiento como circunstancia agravante” (Boletín n. 7903-07).⁴¹ El primero de ellos, coloquialmente denominado “ley Hinzpeter”, debido al apellido del entonces ministro del interior, fue rechazado en el Congreso Nacional después de una larga y polémica discusión, en diciembre de 2013.⁴² Sin embargo, parte del mismo subsiste en el segundo (Boletín n. 7903-07) cuya tramitación legislativa continúa, aunque sin urgencia.

⁴¹ Disponibles en www.bcn.cl.

⁴² Rechazado por la Comisión Mixta, y luego por C. Diputados el 19-12-2013. Información disponible en www.bcn.cl.

Este paquete legislativo tuvo por objeto hacer frente a la violencia desatada en las manifestaciones, especialmente estudiantiles, dando concreción a la estrategia "amigo-enemigo" a la que hacíamos referencia antes, y señalando a los "enemigos" como *personas ajenas* a las causas que motivan las manifestaciones que actúan en forma violenta (Vid. Mensaje del proyecto de ley que fortalece resguardo del orden público). Estos enemigos son los "encapuchados". Sin perjuicio de la crítica político criminal que puede hacerse en orden a que ninguno de los mismos se pronuncia normativamente para regular el derecho a reunión y manifestación, sino solo para castigar sus excesos, merece la pena detenerse un momento en esta nueva regulación.

El paquete legislativo contenía tres núcleos problemáticos: a) el establecimiento del ocultamiento de hechor al momento de cometer el delito como una agravante de responsabilidad penal, b) la nueva tipificación de los delitos de desórdenes públicos y las penas asignadas,⁴³ y c) las modificaciones que se proponían a los delitos de atentados contra la autoridad.⁴⁴ Nos referiremos solo al primero de ellos por cuanto los otros dos han quedado fuera al rechazarse el proyecto de "ley de resguardo del orden público".

La propuesta vigente (Boletín n. 7903-07) propone introducir el ocultamiento o actuar encapuchado como agravante específica en los delitos de

⁴³ Las penas se aumentaban y se redefinían las conductas, pero varias de ellas ya se encuentran contenidas en otros cuerpos legales (Ley de Seguridad del Estado) con lo cual se producía una superposición normativa que impedía distinguir entre un delito de desórdenes públicos de la ley de Seguridad del Estado y los desórdenes públicos comunes. Además, la propuesta tenía el grave inconveniente de que el aumento de penas no consideraba las distintas hipótesis delictivas que conformarían el desorden público grave. Era para todas las conductas igual, independientemente de su gravedad, y se impedía de plano la aplicación de reglas concursales (concurso material). Asimismo se advertía un adelantamiento de la punición y rasgos de derecho penal de autor, dado que también se pretendía sancionar a los que inciten, promuevan o fomenten los desórdenes. Es decir se pretendía hacer responsables a los convocantes a manifestaciones por el ejercicio de derechos constitucionales (manifestación y reunión).

⁴⁴ Las modificaciones propuestas a los delitos de atentados contra la autoridad. (arts. 261 y 262.), pretendían incluir dentro de los sujetos pasivos a las fuerzas de orden y seguridad (Carabineros e Investigaciones) y personal de Gendarmería de Chile. La inclusión de las fuerzas de orden y seguridad podría llevar a problemas de interpretación judicial toda vez que las conductas constitutivas de atentados contra la autoridad están ya contempladas en el Código de Justicia Militar y en otros Decretos Leyes.

desórdenes públicos,⁴⁵ de lesiones,⁴⁶ de daños,⁴⁷ y de algunos delitos falta (desórdenes simples y lanzamiento de piedras y otros).⁴⁸

Debe partirse de la base que, la circunstancia del “ocultamiento” no es otra cosa que un “autoencubrimiento”, el que –como ha señalado reiteradamente la doctrina–⁴⁹ no es punible, porque es irracional pretender que el delincuente obre facilitando la tarea a las policías para lograr su captura. “El que se encubre asimismo únicamente puede ser castigado por la conducta de autoría, instigación o complicidad en que incurrió” (CURY, 2005, p. 632). A mayor abundamiento, si el art. 17 inciso final del CP chileno exime de pena a los encubridores que lo sean de su cónyuge o parientes, con mayor razón debe entenderse que hay una razón de texto para dejar impune el autoencubrimiento.

El uso de medios que alteren o disimulen la identidad del hechor para evitar su reconocimiento, tales como capuchas, pañuelos, etc. (rostro cubierto) no tiene por objeto asegurar la impunidad del delito, sino simplemente *facilitar su ejecución* (HERNÁNDEZ-COUSO, 2001, p. 327-329). Luego ello implica que es un elemento que va inserto en la conducta, aumentando el desvalor del acto, siendo errado desde el punto de vista sustantivo penal y dogmático el establecerlo como un elemento que sirva para agravar la responsabilidad penal, ya que ello supone que dicha responsabilidad ya ha sido declarada y por ende operaría únicamente cuando el delincuente ya ha sido detenido. A mayor abundamiento, en los delitos de lesiones, ya existe una agravante genérica en el Código penal para quien actúa haciendo uso de “disfraz” (art. 12 núm. 5 CP), por lo que parece innecesario –como pretende el proyecto– contemplarlo nuevamente como agravante, a menos que se quisiera evitar que esta agravante específica entre en el juego de la

⁴⁵ “Agréguese al artículo 269, el siguiente inciso segundo nuevo: “*Quienes incurrieren en las conductas descritas en el inciso anterior, sea en actos públicos autorizados o no por la autoridad correspondiente, ocultando o cubriendo su rostro mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos, serán sancionados con la pena establecida en el mencionado inciso, aumentada en un grado*” (Boletín 7903-07).

⁴⁶ Agréguese al artículo 400 un nuevo inciso segundo: “*Se podrá asimismo, aumentar la pena en un grado, cuando los delitos a que se refiere este párrafo, se cometan embozado, encapuchado u ocultando expresamente su identidad, con ocasión de reuniones en lugares de uso público*” (Boletín 7903-07).

⁴⁷ Agréguese al artículo 488, el siguiente inciso segundo nuevo: “*Se podrá aumentar en un grado la pena asignada a los delitos comprendidos en el presente párrafo, cuando el delito se cometa embozado, encapuchado u ocultando expresamente su identidad, con ocasión de reuniones en lugares de uso público*” (Boletín 7903-07).

⁴⁸ Incorpórese un artículo 496 bis nuevo: “*Se podrá aumentar la pena de multa hasta diez unidades tributarias mensuales, cuando las faltas referidas en los artículos 494 n. 2 y 496 N. 26, se cometan embozado, encapuchado u ocultando expresamente su identidad, con ocasión de reuniones en lugares de uso público*” (Boletín 7903-07).

⁴⁹ En Chile, Cury y Etcheberry. En España, Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo.

compensación entre agravantes y atenuantes que precede a la determinación de la pena. Por otra parte, y en estos delitos de lesiones, la agravante de ocultamiento plantearía graves problemas con la alevosía ya que tanto el uso de medios que ocultan o disimulan la identidad del hechor como la alevosía importan “un aseguramiento de la actividad o del actuar a traición” (GARRIDO MONTT, 2007, p. 229),⁵⁰ lo podría inducir a error en la interpretación judicial.

La propuesta es redundante dado que se propone agregar en el art. 488 CP una agravación para quienes usen disfraz o capucha y cometan daños “con ocasión de reuniones en lugares de uso público”, pues esta agravación ya estaría contemplada en la agravación que se proponen respecto de los desórdenes públicos (art. 269), incluido el delito-falta del mismo (art. 494 num.2). La farragosidad de la reforma, dado que pretende introducirse la agravante de ocultamiento en varios de los delitos posibles de cometerse en una manifestación no ha considerado las consecuencias sistemáticas que acarrea, pero mas aún, conserva en su esencia la finalidad del paquete legislativo del cual formaba parte, que no era precisamente la protección de la libertad de reunión y manifestación, sino más bien un control de la misma.

1.2 El antiterrorismo

Curiosamente, en un país en donde no ha existido terrorismo, más que el del Estado, el antiterrorismo ha cobrado mucha fuerza durante los años de democracia. Estas afirmaciones, que provocarían mas de alguna exclamación especialmente en los sectores académicos y políticos más conservadores de Chile, no son antojadizas, están argumentadas en algunos trabajos (VILLEGAS, 2002, 2009, 2013). Es medianamente conocido el hecho de que los principales destinatarios de la ley de conductas terroristas bajo los gobiernos democráticos, después de los grupos armados post dictadura⁵¹ han sido indígenas, concretamente el pueblo mapuche. Y se dice al pueblo mapuche en su conjunto porque la criminalización que se dirige especialmente contra sus autoridades ancestrales (*lonkos, machis y werkenes*) alcanza a las comunidades en su conjunto, dado que en ellas —como en toda comunidad indígena— la vida gira en torno al colectivo. Más aún, la privación de libertad y condena de los guías espirituales (*machis*) rompe completamente con el equilibrio de las fuerzas en las comunidades. Luego, la normativa de la ley de conductas terroristas alcanza potencialmente a toda

⁵⁰ Garrido Montt, M. Derecho Penal. Parte General. Tomo UI, Edit. Jurídica de Chile, 2007, p. 229.

⁵¹ Actualmente estos grupos armados no existen. Su desaparición obedeció, en mi opinión, mas a un debilitamiento ideológico que a la eficacia policial. La totalidad de los “presos políticos” salieron mediante obtención de beneficios o fueron indultados en 2004 (ley Num. 19.965 de 25 de agosto de 2004).

la comunidad, e incluso a personas no mapuche que con ellos se relacionan. (VILLEGAS, 2013, p. 25).

A pesar de las recomendaciones que sistemáticamente han hecho organismos de derechos humanos, la ley de conductas terroristas continuó aplicándose a indígenas al menos hasta mayo de 2014. En 2003 el Relator de Naciones Unidas para Pueblos indígenas Rodolfo Stavenhagen recomendó modificar la ley de conductas terroristas y no aplicarla a mapuche. En 2007 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, declaró en sentido similar. En 2009 el Relator para pueblos Indígenas J. Anaya, también recomendó la no aplicación de esta ley a mapuche. Tal y como se ha expuesto en otro lugar (VILLEGAS 2013), los periodos de violencia institucional por los que atraviesan las comunidades mapuche, forman parte de un ciclo, en donde el punto álgido lo constituye la aplicación de esta ley a los supuestos autores (generalmente autoridades ancestrales y dirigentes) como forma de calmar las demandas de las víctimas (identificadas con dueños de fundos, empresas forestales e hidroeléctricas). Una aplicación que durante años ha significado un simple simbolismo dado que después de 2006, a pesar de que mapuche son acusados e investigados por delitos de terrorismo y con el procedimiento restrictivo de garantías que esa misma ley contempla, no alcanza a formarse la convicción en los jueces de que efectivamente se trata de esa clase de delitos.⁵² No solo manifestación de un derecho penal simbólico, sino asimismo de una flagrante huida hacia el derecho penal para no resolver un conflicto que se arrastra desde hace más de quinientos años.

Como ha dicho en su Declaración de 30 de Julio de 2013 el Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos y terrorismo, Mr. Emmerson, la escalada de violencia en la Araucanía, que ha ido creciendo en los últimos años, incluso cobrando vidas, es un estado de cosas *“altamente insatisfactorio y de alto riesgo y que el Estado de Chile necesita con urgencia priorizar y acelerar el proceso de repatriación de tierras...dentro de un plazo breve y definido. Esto requerirá no solamente de un aumento exponencial de recursos, sino además de un cambio en la voluntad política dentro del gobierno, a fin de otorgarle al tema Mapuche la prioridad que amerita”*. Por ello también recomienda: *“que debería cesar todo uso*

⁵² Con la sola excepción de la última sentencia dictada en la materia contra una autoridad religiosa (machi), en un proceso en el cual se le acusó de diversos delitos terrorista y comunes, por dos hechos acaecidos en un tiempo próximo: incendio terrorista a casa habitación y robo en el Fundo Pio Seco, e incendio terrorista con resultado de muerte de la casa habitación del matrimonio Luchsinger Mackay. Se calificó al primero de ellos como incendio terrorista, pero se le absolvió del mismo por falta de participación, y el otro incendio común con resultado de muerte, en donde se le condenó casi a la pena mínima, 18 años de presidio. (STOP Temuco de 28-02-2014, RUC 1300014341-8, RIT 220-2013, v/s Celestino Córdoba Tránsito, confirmada por Sentencia de la Corte Suprema de 12-05- 2014, Rol n. 6247-14).

de la legislación antiterrorista en conexión con las protestas territoriales mapuche. Esta legislación se ha convertido en parte de problema y no de la solución” (EMMERSON, 2013, p. 4 y 9).

Como una verdadera predicción, a solo seis días de esta declaración, en el fundo Chiguaihue, localidad de Ercilla (IX Región) fue encontrado muerto el comunero Rodrigo Melinao de la comunidad Wente Winkul Mapu, con un disparo de bala en el pecho, siendo confirmado por el ministerio público que se trató de un homicidio.⁵³ A 2014, el gobierno socialista se comprometió a no aplicar la ley de conductas terroristas a mapuche,⁵⁴ a pesar de la interpelación que hiciera la bancada conservadora del Congreso nacional al Ministro del Interior.⁵⁵

Más allá de que la ley 18.314, sobre conductas terroristas, hubiese tenido su origen en la dictadura militar (data de 1984), hay que hacer presente que el texto vigente poco o nada conserva del primitivo y es una creación de la transición democrática, reformada por gobiernos sucesivos (Villegas, 2009).⁵⁶ Ha seguido el clásico camino de todas las legislaciones antiterroristas y que consiste en combinar la agravación de penas por los delitos comunes cometidos, con una estrategia de atenuación punitiva por colaboración con la justicia, mediante una flexibilización de garantías procesales y de reglas de imputación básicas, lo que se encontraría justificado a juicio de algunos autores por la gravedad de los delitos que se cometen, habida consideración de las insuficiencias del viejo derecho penal liberal y para efectos de prevención instrumental debido a la peligrosidad de las conductas (CANCIO, 2008, p. 311, CARNEVALI, 2010, p. 117 y ss).

En lo sustantivo penal se ha ido apreciando un paulatino adelantamiento de la punición mediante el castigo de actos preparatorios (ej. financiamiento al terrorismo art. 8), tentativas que hasta la reforma de la ley 20.467 de 2010 eran castigadas como delitos consumados, amenazas castigadas como tentativas; aumento de penas en relación con los delitos comunes que sirven

⁵³ <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/08/06/comunero-mapuche-condenado-a-prision-fue-hallado-muerto-en-ercilla/>

⁵⁴ Hay que recordar que fue bajo el gobierno socialista de R. Lagos que comenzó a aplicarse la Ley de conductas terroristas a mapuche, y que en 2006 su sucesora, M. Bachelet, actual presidenta de la república, se comprometió a no volver a aplicarla, compromiso que quedó rápidamente en el olvido.

⁵⁵ <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/gobierno/gabinete/el-ministro-penailillo-enfren-ta-su-interpelacion/2014-07-24/085321.html>

⁵⁶ El hecho de haber sido creada en dictadura no es el argumento para denostar su aplicación, dado que las democracias occidentales no se han caracterizado precisamente por su respeto irrestricto a las garantías individuales en sus legislaciones antiterroristas. Baste recordar la explosión legislativa regional y local, tras los atentados a las torres gemelas y la prisión de Guantánamo

de base. En los aspectos procesales: ampliaciones de plazos de detención, prisión preventiva reforzada y normada tanto en la ley 18.314 como en la Constitución Política (art. 7),⁵⁷ posibilidades de intervención en las comunicaciones sin conocimiento del afectado y sin posibilidad de control judicial por parte de tribunal superior, uso de testigos con reserva de identidad, entre otros (VILLEGAS, 2013, p. 40).

La versión vigente de la ley 18.314 en sus aspectos esenciales data de 1991 (ley 19.027). Ha sido objeto de sucesivas reformas después de los atentados al World Trade Center (2001). La primera mediante Decreto 488 (Min. de Relaciones Exteriores de 13/11/2001), que ordena cumplir la Resolución 1373 (28/9/2001), del Consejo de Seguridad de ONU, que refuerza el Convenio para la represión del financiamiento al terrorismo. En concordancia con ello, en 2003 se incorporó un nuevo tipo penal, autónomo, que reprime, la financiación de los actos de terrorismo (Ley 19.906 de 13/11/2003). Mediante el Decreto 519 (Min. de Relaciones Exteriores 6/2/2002), se promulgó el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15/12/1997) y mediante Decreto 263 (Min. de Relaciones Exteriores de 10/2/2005, que promulga la Convención Interamericana contra el terrorismo (Barbados, 3/6/2002). Pero sin duda, la mayor novedad la trajo la ley 19.806 de 31/05/2002, adecuatoria de la reforma procesal penal, que introdujo institutos desconocidos hasta entonces en la normativa antiterrorista chilena: los testigos con reserva de identidad.

La última gran reforma (Ley 20.467, de 8/10/ 2010) tiene dos pilares: de un lado, el concepto de terrorismo asociado a los bienes jurídicos protegidos, y del otro, medidas intrusivas de investigación muy similares a las de la legislación contra el narcotráfico. En cuanto al concepto de terrorismo, y en cuanto delitos de forma libre, se construyen por delitos comunes que se agravan cuando se cometen con una determinada finalidad, que viene a ser un elemento subjetivo en el tipo (VILLEGAS, 2006, p. 11). Tal es la finalidad de causar temor a toda la población o parte de ella de ser víctima de delitos de terrorismo. La reforma al antiguo art. 1 num. 1 eliminó una presunción simplemente legal que servía para dar por probada la finalidad terrorista (de causar temor a la población) cuando se empleaban para la comisión del

⁵⁷ Se le llama “prisión preventiva reforzada” por la especial y doble restricción constitucional (art. 19 n. 7 letra e) que se dispone en caso de otorgamiento de libertades provisionales. La apelación de la resolución que se pronuncia sobre la libertad del imputado es conocida por el tribunal superior que corresponda (Corte de Apelaciones) el que debe estar *integrado exclusivamente por miembros titulares* (en cualquier otro delito, la sala puede estar compuesta de miembros titulares y abogados integrantes a falta de algún titular). La resolución que apruebe u otorgue la libertad requiere ser acordada *por unanimidad* (en cualquier otro caso es por mayoría simple).

delito medios catastróficos.⁵⁸ Esto terminó con un problema de constitucionalidad que se producía desde el propio texto legal. No obstante, el tipo penal sigue siendo abierto puesto que al haber desaparecido la referencia a medios catastróficos, la conducta puede verificarse por cualquier otro, incluso, medios inidóneos para ejecutar una estrategia terrorista (ej. cuchillos, palos, piedras, botellas, etc.). (VILLEGAS, 2013, p. 21-22). Asimismo, se establece como forma de objetivar o probar la finalidad de causar temor a la población, cuando el delito se comete intentando arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias, y tras la reforma de 2010, también cuando se pretende “inhibir” dichas resoluciones, tomando como base lo dispuesto por la Decisión Marco del consejo de Europa (2002) y legislación comparada.

Esto trae como consecuencia un concepto de terrorismo que tiene una fuerte carga psicológica que acarrea serios problemas probatorios, como ya se ha podido comprobar en algunos fallos.⁵⁹ Por otra parte, la construcción de un concepto de terrorismo sobre la base de la causación de temor o coacciones a la autoridad, obvia que los efectos o resultados de alarma pública no son privativos de la delincuencia terrorista. Todo ello ha traído una aplicación discrecional por parte del órgano persecutor al momento de formalizar cargos e iniciar la investigación, bajo un procedimiento restrictivo de garantías, para que finalmente, en los tribunales, y muy especialmente después de 2004, determinen que la calificación terrorista es errada y se trata de delitos comunes. Ello ha sucedido incluso en un mismo juicio (Incendio Fundo Poluco Pidenco), como se desprende del siguiente cuadro que muestra fallos en juicios emblemáticos:

⁵⁸ La presunción de la finalidad terrorista implicaba una vulneración abierta a la presunción de inocencia y al principio de legalidad, fuera de producir problemas insalvables de ne bis in ídem con uno de los tipos penales (art. 2 n. 4) por el cual la conducta de arrojar por ejemplo un coctel molotov para obstruir una vía, sin dañar propiedades, sin dañar personas, se transformaba automáticamente en una conducta de terrorismo (Villegas, 2006), el medio catastrófico revestía el carácter de doble fuente de ilicitud, uno como elemento del respectivo tipo penal, y otro como base de la presunción.

⁵⁹ Sentencia 4.º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de 15-08-2012, RIT O-150-2012 v/s L. Pitronello.

Juicios	Calificación del delito	Tribunal, fecha y sentencias	Condena	RUC /RIT ¹
Loncos Pichún y Norfn por incendio Fundo Juan Agustín Figueroa	Incendio terrorista Amenazas terroristas	Tribunal Angol, treinta y uno de marzo 2003. Absuelven a los imputados por falta de pruebas	5 años y un día	RUC 01 00 08 3503- 6
		Corte Suprema, dos de julio de dos mil tres. Anulan sentencia absolutoria		
		Tribunal Angol, veintisiete de septiembre de dos mil tres. Condena por amenazas terroristas.		
Incendio fundo Poluco-Pidenco	Incendio terrorista	TOP Angol, 22-08-2004. C/ José Benicio Huenchunao Mariñan y Otros.	10 años y un día	RUC 0100086594-2. RIT: 21-04
		TOP Angol, 03-05-2005, c/ Juan Carlos Huenulao Lielmil		
		Corte Apelaciones Temuco, trece de Octubre de dos mil cuatro. Rechaza Nulidad		
		TOP Angol, 07-04-2006, C/ José Cariqueo y otro	Incendio común Absolución por falta de Participación	
		TOP Angol, 14-02-2007, C/ José Llanquileo	Incendio común. Condena 5 años y 1 día	
		TOP Angol, 28-05-2008, C/Luis Catrimil	Incendio común Condena 4 años	

Coordinadora Arauco malleco	Asociación ilícita terrorista	Tribunal Temuco, nueve de noviembre de dos mil cuatro. Absuelven	No hay	RUC 02 00 14 24 99 - 0
		Corte Suprema, seis de abril de dos mil cinco. Se anula sentencia		
		Tribunal Temuco, veintisiete de julio de dos mil cinco. Absuelven		
C/ Víctor Ancalaf	Art. 2 n. 4 Ley 18.314. lanzamiento de artefactos incendiarios	Corte Apelaciones Concepción, cuatro de Junio de dos mil cuatro	5 años y un día	1-2002 (Procedimiento antiguo)
C/ Luciano Pitronello	Art. 2 n. 4 Ley 18.314. lanzamiento de artefactos incendiarios Porte ilegal	4.º TOP Santiago, 15-08-2012	Absolución por ley de conductas terroristas. Condena por Ley de control de Armas	RIT O-150-2012
Caso Bombas. C/	Art. 2 num. 5 (Asociación ilícita terrorista) Art. 2 Num. 4 Art. 8 (financiamiento del terrorismo).	3.º TOP Santiago, de 13-07-2012, c/ Gustavo Fuentes y otros.	Absolución	RUC 0700277303-6, RIT 138-2011

¹ RUC: Rol Único de Causa / RIT: Rol Interno del Tribunal.

Hay que considerar que es la propia Constitución la que otorga un concepto de terrorismo, o al menos lineamientos programáticos y restricciones para un concepto más acorde con garantías constitucionales y el propio fenómeno. En ella se indica que el terrorismo “*es por esencia contrario a los derechos humanos*” (art. 9), cuestión que en armonía con los tratados internacionales sobre la materia es posible de identificar, penalmente, con una *violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales para alcanzar un fin que dice relación con las bases de sustentación del Estado de derecho democrático*. Así también, dispone la Constitución en el inciso 2 del art. 9, que la ley que regule esta clase de conductas requiere de *quorum* calificado para su aprobación, y las penas accesorias que acarrea: el condenado por estos delitos es inhabilitado por el plazo de quince años para el ejercicio de una serie de derechos y funciones: cargos de elección popular, labores de enseñanza en establecimientos educacionales y medios de comunicación social, ser dirigente de junta de vecinos, de sindicato, asociaciones gremiales, profesionales, empresariales, estudiantiles. Además pierde su calidad de ciudadano (art. 17 CPR), y estando procesado pierde el derecho a sufragio (art. 16 CPRCh).

En definitiva, la Constitución política reconoce que el terrorismo es un atentado contra la democracia, pues lesiona uno de sus pilares fundamentales: los derechos humanos (VILLEGAS, 2002, cap. 1), y las sanciones accesorias que se establecen dicen todas ellas relación con la posibilidad de participación política. Este atentado a la democracia se materializa a través de una estrategia que se aparta de los canales democráticos de participación y que está destinada a violar masiva y sistemáticamente derechos humanos. La manera de llevar a cabo una estrategia de esta envergadura es a través de una organización terrorista, como se reconoce en algunas legislaciones (ej. & 129a y & 129b StGB, y art. 571 CP español) pues, como ha dicho Lamarca, es la organización la que cualifica la violencia (1985, p. 92, DEL BARRIO Y LEÓN, 1990, p. 206, VILLEGAS, 2006, p. 7). Sin embargo, hay quienes estiman que el terrorismo también puede ser ejecutado de manera individual, o a lo menos, sin pertenecer a una organización terrorista (cfr. LLOBET, 2010, p. 172 y ss.) y así se contempla en algunas legislaciones (ej. art. 577 CP español). Esta opinión ha sido cuestionada desde hace ya varios años por parte de la doctrina (LAMARCA, 1993, pp. 536-537; DEL BARRIO Y LEÓN, 1990, p. 206, VILLEGAS, 2006), por cuanto al no exigir la pertenencia a una organización, podría llegar a confundirse conductas terroristas con conductas de violencia social, o de violencia espontánea no organizada con finalidad política. Esto es lo que sucede en Chile con el conflicto indígena y con los grupos antisistémicos. En este sentido Cancio Meliá critica duramente la reforma de 2010 a los delitos de terrorismo en el CP español, desde que ha relajado el elemento estructural en los delitos de terrorismo, incorporando una forma

de organización bastante menor (“grupo terrorista”), indicando que “esta regulación desconoce la realidad de las organizaciones terroristas, en la que no hay nada parecido a una ‘militancia pasiva’” (CANCIO, 2010 a, p. 525).

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos y los medios empleados cuando se trata de medios catastróficos, y centrándonos en el delito por el que más se aplica esta ley a mapuche, los delitos de incendio se castigan como terroristas independientemente de que éstos se cometan en lugares públicos o privados y sin perjuicio del riesgo que puedan entrañar para personas, elemento que, por cierto, ya se encuentra presente en los delitos de incendios comunes (VILLEGAS, 2013, p. 22-23). Lo mismo sucede con la colocación de bombas. En este sentido, cabría preguntarse si la especificidad del terrorismo viene dada por el riesgo para personas que importan los delitos de incendio y que fue el argumento que se vertió en la discusión parlamentaria (véase Historia de la ley 20.467, p. 190-191), y cómo se condice esto con la protección de la misma en la legislación internacional (ej. Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas) y en otras legislaciones (ej. CP español, etc.). Si bien es cierto, al menos en el CP español existen delitos de incendio terrorista, o colocación de bombas o artefactos explosivos en propiedades particulares, sus tipos penales tienen otra clase de restricciones que impiden que los tipos penales de terrorismo se conviertan en un cajón de sastre de cualquier conducta, concretamente: finalidad política y elemento estructural y que se han mantenido a pesar de las sucesivas reformas (LAMARCA, 2010).

Punto de tensión y que ha marcado la aplicación de esta ley ha sido el uso de testigos con reserva de identidad, especialmente en el conflicto mapuche, testigos que, como se ha dicho antes, fueron introducidos en 2002 con la ley adecuadora de la reforma procesal penal (ley 19.806). Este instituto, que implica una fuerte restricción al derecho a defensa, fue fortalecido con la reforma de la ley 20.467 (VILLEGAS, 2013), sin que exista disposición alguna que “impida al tribunal confiar en el testimonio de un testigo protegido como base única o decisiva para una condena”, lo que “ha sido usual” ni tampoco salvaguardia para que el anonimato del testigo se justifique en forma clara y específica, así como tampoco existe “obligación específica para el fiscal de investigar o divulgar hechos que menoscaben la credibilidad del testigo (mas allá del usual principio de objetividad)” (EMMERSON, 2013, p. 8).

La ley de conductas terroristas también se aplicó durante un tiempo a los adolescentes. Los reclamos que surgieron por la contraposición de una normativa tan gravosa con la Convención de Derechos del Niño, y el principio del interés superior del adolescente, recogido expresamente en nuestra ley de Responsabilidad Penal Juvenil, además del principio de espe-

cialidad, llevaron a que en la reforma de diciembre de 2010 se impidiera aplicar el procedimiento de la ley de conductas terroristas a estos menores infractores. Pero seguíamos con el mismo problema, pues si lo inaplicable era solo el procedimiento, significaba entonces que un adolescente podía ser condenado por delitos de terrorismo, lo que implicaba, dada la gravedad de las penas en la ley de conductas terroristas, que probablemente la pena siempre fuera el internamiento en régimen cerrado. Asimismo en aquellos casos en los que se encontraban imputados adolescentes y mayores de edad, los adolescentes continuaron siendo sometidos al procedimiento de la ley de conductas terroristas, lo que incluía, las restricciones a las libertades provisionales. Recordemos que se requiere unanimidad de los ministros de Corte de Apelaciones para otorgar esta libertad. Estas inconsistencias provocaron que a los seis meses de la reforma hubiera de reformarse nuevamente la ley de conductas terroristas, mediante la ley 20.519 (21-06-2011) que excluyó completamente a los adolescentes de la aplicación de la misma.

Como corolario, cabe destacar la condena al Estado de Chile que ha realizado recientemente la Corte Interamericana en el caso Norín Catrimán y otros, en la que se revisaron tres procesos sustanciados por la ley de conductas terroristas, el primero por amenazas terroristas en contra de dos autoridades ancestrales (Lonkos Pich'pun y Norín), el segundo, el incendio al fundo Poluco Pidenco, y el tercero el incendio de un camión retroexcavadora (v/S V. Ancalaf). Todos ellos fueron condenados delitos de terrorismo. Al respecto la Corte declaró que al aplicar a mapuche la ley de conductas terroristas el Estado de Chile violó los siguientes principios y derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos:

a) el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, consagrados en los artículos 9 y 8.2, b) el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24, c) el derecho de la defensa de interrogar testigos, consagrado en el artículo 8.2.f, d) el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, consagrado en el artículo 8.2.h, e) el derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7.1, 7.3 y 7.5, f) el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el artículo 13.1 d, g) los derechos políticos, consagrados en el artículo 23.1, h) el derecho a la protección a la familia, consagrado en el artículo 17.1.⁶⁰

Sobre esta base, ordena al Estado de Chile “*adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias emitidas...*”,

⁶⁰ Parte Declarativa, Sentencia Corte Interamericana de DD.HH. de 29-05-2014 “Norin Catrimán y otros v/s Chile”.

“brindar, de forma gratuita e inmediata, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas” y otras medidas de reparación. En lo concerniente a los testigos con reserva de identidad, es pertinente descartar que la Corte no los rechaza, sino mas bien exige una estricta regulación, ordenando al Estado de Chile *“regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso”*.⁶¹

COMENTARIO FINAL

Una de las cuestiones que ha influido en la manera en la que se han direccionado los procesos de reforma penal, especialmente en el campo del derecho penal político en Chile, ha sido la tardanza en el esclarecimiento y sanción para violaciones a derechos humanos durante la dictadura militar. A este problema, se une el problema económico y social, que sitúa a Chile como un país con un enorme crecimiento económico, pero a la vez uno de los más desiguales en el mundo. Falencias entonces en el respeto y salvaguardia de los derechos humanos y al principio de igualdad, parte de los cimientos de toda democracia.

El Estado de derecho “democrático” fue construido y desarrollado sobre una base de barro que comienza a desplomarse. Actualmente existe un fuerte cuestionamiento social a la actual Constitución Política y al sistema electoral binominal, por su dudosa representatividad de la voluntad general. Cabría preguntarse entonces si acaso no quedan en entredicho los supuestos de una democracia material, dado el cuestionamiento que presentan actualmente las vías de participación democrática.

El Estado de Chile ha mostrado una incapacidad permanente para dar respuesta satisfactoria a demandas sociales, incluidas estudiantiles, indígenas, de respeto a derechos humanos. Si ya la insatisfacción de estas demandas es un factor criminógeno favorable al empleo de la violencia, la ausencia de respuesta genera aún más violencia. Esta consideración criminológica, que parece básica, es sistemáticamente obviada en la respuesta político criminal, la que se ha vertido en una verdadera política penal de orden público, o mejor, de orden en las calles, y en el antiterrorismo. Se traslada así el discurso y la discusión sobre la criminalidad, especialmente la criminalidad violenta que deriva de estas demandas insatisfechas (ej.

⁶¹ Parte Resolutiva, Sentencia Corte Interamericana de DD.HH de 29-05- 2014 “Norin Catrimán y otros v/s Chile”

encapuchados), hacia el ataque a los síntomas de la enfermedad y no a sus causas, instalando en el inconsciente colectivo todas las máximas del Leviatán, pues, como ha sucedido en la historia, ante el cuestionamiento de sus bases y la evidente decadencia del sistema, éste se torna más agresivo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Homo Sacer, II*, I. Trad. De Flavia Costa e Ivana costa. Argentina: Adriana Hidalgo editora, 2004.
- AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia Bolivia, Perú, Chile y Argentina*. 1ª ed. colombiana, Trad. Marcela Anzola Gil. Medellín: Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Comisión Andina de Juristas, Instituto Max Planck, Biblioteca Jurídica Diké, 1997.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Chile: La transición en la encrucijada. Las violaciones de derechos humanos durante el gobierno de Pinochet siguen siendo el problema principal*. Madrid: Edai, enero de 1996.
- BERGALLI, Roberto. ¿Garantismo penal?, ¿Cómo, por qué y cuándo?. Señores penalistas: ¡la polémica está servida! En GRINGBER, Ana – PENNA, Gonzalo. *Roberto Bergalli. Trabajos escogidos*, Buenos Aires: Eudeba, 2012, pp. 95-102.
- _____. América Latina: ¿Soberanía... u otra cosa? En: GRINGBER, Ana- PENNA, Gonzalo. *Roberto Bergalli. Trabajos escogidos*, Buenos Aires: Eudeba, 2012, p. 103-118.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la ley 20.467. Modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Disponible en www.bcn.cl
- BORÓN, Atilio. *América Latina en la Geopolítica del Imperialismo*. Buenos Aires: Edcs. Luxemburg, 2012
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Terrorismo y derecho penal: Sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho, en CANCIO MELIÁ, M- POZUELO, L. (Coords.) *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Madrid: Thompson, Civitas, 2008, pp. 307-327,
- CARNEVALI, Raúl. El Derecho Penal Frente al Terrorismo. Hacia un modelo Punitivo Particular y Sobre el Tratamiento de la Tortura, *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXV (2.º sem.), 2010, p. 109-145.
- CORTÉS, J. Enemigos del Estado. La asociación ilícita terrorista en la legislación chilena a la luz del caso "bombas". Tesis de Magister en derecho Penal, Santiago de Chile: Universidad Central, 2013, sin publicar.
- CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago de Chile: Edics. Univ. Católica, 2005.
- DEL BARRIO, Álvaro- LEÓN, Julio. *Terrorismo, ley antiterrorista y Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 1990.

- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los nuevos modelos penales de intervención securitaria. En: CARNEVALI, R. (Coord.). *Cuestiones de Política Criminal en los tiempos actuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2009, p. 221-253.
- EMMERSON, Ben. Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Disponible en <http://acnudh.org/2013/07/experto-de-la-onu-pide-a-chile-no-utilizar-la-ley-antiterrorista-y-adoptar-una-estrategia-nacional-para-abordar-la-%E2%80%9Ccuestion-mapuche%E2%80%9D/>
- ESCALANTE, Jorge. *La Misión era Matar: El Juicio a la Caravana Pinochet-Arellano*, Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2000.
- FERNÁNDEZ, José Ángel. El nuevo Código penal: una lucha por el discurso de la criminalidad, *Revista Política Criminal*, N°1, 2006, p.1-30.
- GARCÉS, Joan. Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho penal internacional, *Revista Jueces para la Democracia*, N° 28, 1997, pp.92-99.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Santiago de Chile: Edit. Jurídica de Chile, 2007.
- GONZÁLEZ., Felipe.- MERA, Jorge – VARGAS, Juan E. *Protección Democrática de la Seguridad del Estado (Estados de excepción y Derecho Penal político)*. Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, Abril de 1991.
- HERNÁNDEZ, Héctor- COUSO, Jaime (Dir.) *Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago de Chile: Edit. Abeledo Perrot- legal Publishing, 2011.
- HORVITZ, M. Inés – LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2003.
- LAMARCA, Carmen. Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español. Serrano PiedeCasas, J.R. – Demetrio, E. (Dir.) *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel, 2010, p. 435-456.
- _____. Análisis de las reformas penales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo: el caso español. SERRANO PIEDECASAS, J.R. – DEMETRIO, E. (Dir.) *Terrorismo y Estado de Derecho* (p. 435-456) Madrid: Iustel, 2010, p. 435-455.
- _____. Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 535-559.
- LLOBET, Mariona. *Derecho penal del Terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010.
- MAIRA, Luis. *Superando la pobreza, Construyendo la equidad*. Santiago de Chile: Ministerio de Planificación y Cooperación, Junio de 1995.
- MALDONADO, Francisco. Derecho penal excepcional y delincuencia cotidiana. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de legislación penal. En: RODRÍGUEZ COLLAO, I. (Coord.). *Delito, pena y proceso*. Libro Home-

- naje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2008, p. 41-96.
- MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, Pena y Amnistía*. Santiago de Chile: Flandes Indiano, 2010.
- MATUS, Jean Pierre. El Ministerio Público y la política criminal en una sociedad democrática. En: RODRÍGUEZ COLLAO, I. (Coord.). *Delito, pena y proceso*. Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2008, p. 97-109.
- MONTEALEGRE, Jorge. *Frazadas del Estadio Nacional*, Santiago de Chile: LOM, 2003.
- NILO, Joaquín. Normativa sustantivo penal durante los gobiernos de Aylwin, Frei y Lagos. Chile: ¿Un caso de expansión o intensificación de derecho penal?. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 13, año 2010, p. 253-272.
- PARADA, Cristian. Sistema de Inteligencia del Estado chileno y lucha antisubversiva. Tesis para optar al grado de Magister en derecho penal, Universidad Central de Chile, 2008. Sin publicar.
- PASTOR, Justo. El lugar sin límites (3). 17 diciembre 2006. Disponible en www.justopastormellado.cl.
- POLITTOF, Sergio – ORTIZ, Luis. *Texto y comentarios al Código Penal Chileno*, Santiago de Chile: Edit. Jurídica, 2003.
- RAMÍREZ, Tomás. Apuntes para una Política Criminal con memoria, *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 17, 2012, p. 173-193.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther. La jurisdicción especial indígena. Nueva estrategia de la máquina de captura. En GIRAUDO, L. (Ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Cuadernos y Debates n. 191, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 215-231.
- SEPÚLVEDA, Luis. La infame historia de la infamia, en *le Monde Diplomatique*, año VI, n. 67, mayo 2001, Edición española.
- TOURAINÉ, Alain. *América Latina. Política y Sociedad*. Trad. Mauro Armiño. Madrid: Espasa Calpe, 1989.
- VILLEGAS, Myrna.
- _____. Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año III, n. 6, Julio de 2013, p. 3-25;
- _____. Entre la justificación y la exculpación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen XXV- N.2 Diciembre 2012, p. 177-205.
- _____. *Derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche*. Santiago de Chile: Ediciones La Cátedra, 2009.

_____. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. *Revista Política Criminal* 2, (A3), Santiago de Chile: www.politicacriminal.cl, 2006, p. 1-31.

_____. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo de Chile y España. Tesis doctoral, España: Universidad de Salamanca, 2002. Disponible en www.cybertesis.cl.

_____. Ponencia en Sección "*Los estándares de derechos humanos en materia de terrorismo*". Seminario Internacional "Terrorismo y estándares en derechos humanos". Organizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Chile, Santiago. 15 de noviembre de 2011, p. 37-46.

ZIZEK, Slavov. *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Sequitur, 2007.