

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
MARÍA LAURA BÖHM
MARIANO BORINSKY
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
HORACIO DIAS
JAVIER DE LA FUENTE
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
MARIANO GUTIÉRREZ
AGUSTINA IGLESIAS

JAVIER DE LUCA
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
GRACIELA OTANO
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
ROMINA ZARATE
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE
ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.pen@thomsonreuters.com. Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5074195

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas
Por **Myrna Villegas Díaz** 3

Algunas cuestiones sobre el incendio punible
Por **Alejandra Verde** 26

NOTA A FALLO

Delimitación del coautor y del cómplice en el delito de robo a partir del criterio del dominio funcional del hecho
Por **Gustavo Eduardo Aboso** 41

Retrocesos de una Corte que avanza. El fallo G. y los nuevos enemigos del sistema penal
Por **Mario Alberto Juliano y Gustavo L. Vitale** 64

La fe pública, la corrupción y el principio de lesividad, bajo la mirada del derecho conglobante
Por **Alberto Pravia** 89

REVISTA DE
**DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGIA**

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

AREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADEMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

KAI AMBOS (ALEMANIA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)

JÓRGE DE LA RUA (ARGENTINA)

EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATIAS BAILONE

RODRIGO CODINO

LA LEY

JURISPRUDENCIA

ROBO / Delito de robo calificado por el uso de arma en concurso ideal con robo en lugar poblado y en banda. Coautoría. Dominio funcional del hecho. Partícipe secundario. Inductor. Elementos de la banda. Arma de fuego. Arma impropia. (TCasación Penal, Buenos Aires). *Con nota de Gustavo Eduardo Aboso* 41

VIOLENCIA DE GENERO / Posibilidad de conceder la Suspensión del Juicio a prueba en favor del imputado. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), art. 7. Oposición del Fiscal a la concesión del beneficio. Efectos (CS). *Con nota de Mario Alberto Juliano y Gustavo L. Vitale* 64

DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA / Afiliación de una persona a un partido político luego de su fallecimiento. Sobreseimiento del delegado certificante de la agrupación. Disidencia (CNFed. Crim. y Correc.). *Con nota de Alberto Pravia* 89

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea
Por **Luigi Ferrajoli** 97

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

El plazo razonable en materia penal a la luz de la reciente jurisprudencia de la CIDH y la CSJN
Por **Fabián Luis Riquert** 109

NOTA A FALLO

Competencia territorial
Por **Ernesto José Cano** 117

JURISPRUDENCIA

COMPETENCIA / Procedimiento penal. Aplicación del art. 37 del Código Penal. Lugar donde cesaron los efectos del delito (CNCrim. y Correc.). *Con nota de Ernesto José Cano* 117

EJECUCIÓN DE LA PENA

NOTA A FALLO

Legitimidad de las requisas personales en los ámbitos carcelarios
Por **Eduardo Gerome y Victoria Calvo** 129

JURISPRUDENCIA

REQUISAS CARCELARIAS / Inspección anal y vaginal a una visita. Nulidad de la requisas. Apartamiento de los requisitos del Código Procesal de la Nación. Ausencia de orden judicial. Afectación del derecho de dignidad (CFed. Córdoba). *Con nota de Eduardo Gerome y Victoria Calvo* 129

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

NOTA A FALLO

Contrapuntos en torno al principio de la ley penal más benigna
Por **José Viola** 143

Pena estatal vs. el interés superior del niño
Por **Silvina Andrea Alonso** 152

JURISPRUDENCIA

LEY PENAL MAS BENIGNA / Proceso penal tributario. Infracción a la ley 24.769. Aplicación de la ley más benigna. Disidencia (CNPenal Económico). *Con nota de José Viola* 143

ARRESTO DOMICILIARIO / Condenada a la pena de prisión por los delitos de omisión de deberes de funcionario público e incendio culposo seguido de muerte con un hijo menor de 5 años. Rechazo del beneficio. Alojamiento en unidad penitenciaria con instalaciones aptas para albergar madres con niños. Disidencia (CFCasación Penal). *Con nota de Silvina Andrea Alonso* 152

DELITOS ECONÓMICOS

DOCTRINA

Delito de lavado de activos
Por **Carlos Reggiani** 165

NOTA A FALLO

Prescripción tributaria y extinción de la acción penal
Por **Juan Pablo Fridenberg** 175

JURISPRUDENCIA

ACCION PENAL / Método de extinción de la acción penal en los delitos tributarios (CNPenal Económico). *Con nota de Juan Pablo Fridenberg* 175

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

Problemática de los menores en la teoría del delito: ¿culpabilidad disminuida o inimputabilidad?
Por **María Victoria Gaste** 185

NOTA A FALLO

Escuchas telefónicas. Agravante por el número de personas e intervención de un menor
Por **Laura A. Barbé** 189

JURISPRUDENCIA

ESTUPEFACIENTES / Narcotráfico. Procesamiento de los imputados. Aplicación de la agravante prevista en el art. 11, inc. c, de la ley 23.737. Validez de las intervenciones telefónicas (CNFed. Crim. y Correc.). *Con nota de Laura A. Barbé* 189

CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS

NOTA A FALLO

El recurso de inconstitucionalidad del Fiscal en el Procedimiento Contravencional
Por **Alejandro Foster** 201

JURISPRUDENCIA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD / Legitimación del Fiscal para interponerlo. Rechazo del recurso (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Alejandro Foster* 201

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

La Policía Metropolitana de la Ciudad de Buenos Aires, gobierno y represión
Por **Alina Lis Ríos** 213

Jueces magistrados y jueces ciudadanos. Algunas reflexiones sobre las transformaciones en la justicia penal
Por **Gustavo Cosacov, Valeria Plaza Schaefer, Edgar Rufinetti y Cintia Weckesser** 227

DERECHO PENAL AUTORITARIO

PRESENTACION

Presentación a Derecho penal nacionalsocialista y fascista
Por **E. Raúl Zaffaroni** 239

DOCTRINA

Derecho penal nacionalsocialista y fascista
Por **Georg Dahm** 241

BIBLIOGRAFÍA

"Memorias y representaciones. Sobre la elaboración del genocidio"
Por **Daniel Feierstein**. Comentario: **Marcelo Ferreira y Mariela Zelanay** 259

Técnicas de investigación criminal -1-. Comentarios a la ley 20.429 de Armas y Explosivos. Actualización de signos en las municiones de nueva generación
Por **Roberto Jorge Locles**. Comentario: **Matías E. Eidem** 263

ACTUALIDAD PENAL 265

DERECHO PENAL

Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social con especial referencia a los indígenas (*)

POR MYRNA VILLEGAS DÍAZ (**)

Sumario: I. Introducción. — II. Mapuche: ¿hostis o inimicus?. — III. El Ouroboros: ley de seguridad del Estado - ley antiterrorista - ley penal común - ley antiterrorista. — IV. Algunas manifestaciones del derecho penal de lucha y del enemigo en la legislación chilena. — V. Conclusiones.

I. Introducción

Hace un par de meses, con motivo de un encuentro con comunidades indígenas latinoamericanas, tuve la oportunidad de aprender de un anciano guaraní (1), quien me enseñó que el Ser es Palabra, y que para que siga "siendo" debe fluir. Así, el pensamiento y la palabra de Louk Hulsman, quien muy probablemente comprendería perfectamente y desde su propia experiencia lo que en estas líneas se expresará, debe continuar fluyendo. El anciano guaraní enseñó también a los presentes que los derechos fundamentales, dentro de los cuales él comprendía el derecho a vivir, a no ser objeto de tratos inhumanos, el derecho a respirar un aire limpio, a beber agua limpia, el derecho al territorio, son parte de la esencia de cada persona, no una mera declaración en "un papel", y siendo de la esencia humana también deben fluir. Por lo mismo, estos derechos, decía el sabio indígena, no han de reclamarse, sino ejercerse.

Y uno de los derechos que son parte de nuestra esencia es el derecho a disentir, a no plegarse a un determinado modelo, lo que a su vez se encuentra íntimamente relacionado con nuestro derecho a la identidad, colectiva e individual. Este derecho, cuya manifestación patente es el "derecho

a la protesta social" (2) y que es subsumible en las libertades de expresión, de asociación, de reunión y de manifestación, ha sido vulnerado sistemáticamente a través de los siglos por el Poder, primero a través de la muerte (tanatopolítica) y modernamente a través de la biopolítica, y por cierto, del control punitivo, que, como veremos, es una forma de aseguramiento de aquella.

La complejidad en la dinámica del poder ha demostrado que en su versión moderna éste no es un ente que domina verticalmente a la población. No es un Poder omnipotente que despliega órdenes hacia abajo y que sanciona ejemplarmente las transgresiones normativas. Mas bien este Poder cumple una función constitutiva de los sujetos desde que infiltra sus deseos y los controla, induciéndolos a internalizar como propios los valores de la vida del progreso y bienestar. En este sentido, el Poder ya no mata, sino que "administra" la vida del cuerpo social en función de la productividad (3).

Esta administración de la vida se lleva a cabo usando todos los mecanismos de control social disponibles, que hace ya a lo menos tres décadas dejaron de estar mayoritariamente en manos del Estado, y pasaron a estar en manos de entes privados (ej. mass media, Internet, marketing, cine, literatura), quienes se han encargado de realizar el proceso de internalización normativa en quienes componen el cuerpo social.

(*) Este sentido homenaje a Louk Hulsman ha sido elaborado en el marco del Proyecto Fondecyt "Pluralismo cultural, pueblos originarios y derecho penal chileno: Del derecho indígena a la administración biopolítica. Bases para una reforma penal integral". FONDECYT REGULAR 2011 N° 1110086.

(**) Profesora de la Universidad Central de Chile.

(1) Cuarto Encuentro de Sabios Indígenas "Raíces de la Tierra". 1 al 4 de noviembre de 2012. Casablanca, V. Región. Chile. Información disponible en www.raicesdelatierra.org (consultado el 06/12/2012).

(2) Se toma la expresión de GARGARELLA, R. "El derecho a la protesta social", en *Rev. de Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho. Universidad de Chile, N° 12, 2006, pp. 141-151.

(3) Ampliamente FOUCAULT, M. *Nacimiento de la biopolítica*. Curso en el Collège de France (1978-1979), FCE, Argentina, 2007.

No obstante, hay quienes se resisten, muchas veces de manera organizada a este control, Foucault les llama las "resistencias" al biopoder. Grupos que normalmente proponen o sustentan nuevas formas de organización social o nuevas formas de productividad, mas locales, no transnacionales, como sucede con los indígenas en defensa de la tierra y su cosmovisión, con los campesinos en defensa de su soberanía alimentaria, con los grupos antisistémicos, con los anarquistas. Cuando estas resistencias se apartan de los cauces institucionales pasan a representar un peligro real o potencial para el sistema, especialmente cuando se emplea la violencia como método para generar un cambio social. Entonces pasan a ser objeto de un control punitivo exacerbado, que ataca el cuerpo viviente tanto del sujeto como de la sociedad (4).

Es decir el Poder administra o ataca la fuente de producción de la subjetividad, en el primer caso, condiciona el cuerpo, la vida y los deseos, en el segundo caso, reprime este cuerpo, ataca la vida y los deseos, empleando para ello el aparato represivo del Estado manifestado en la propia legalidad.

En este sentido puede afirmarse que el sistema penal en su conjunto es una forma de aseguramiento de la biopolítica, y el derecho penal un dispositivo biopolítico que se torna especialmente gravoso contra el cuerpo de los individuos y el cuerpo social cuando lo que está en disputa son los pilares fundamentales del sistema económico y político, entre ellos, y como el fundamental, la propiedad privada (5). Así encontramos por ejemplo, alteraciones a las reglas ordinarias de penalidad y altísimas penas en delitos contra

(4) Véase nuestros trabajos anteriores (2009-2010) sobre esta idea en relación con el conflicto mapuche: VILLEGAS, M., Derecho Penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche. Ediciones La Cátedra, Santiago de Chile, 2009, VILLEGAS, M. "El mapuche como enemigo en el derecho penal: Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo" y VILLEGAS, M., QUINTANA, L., MEZA-LOPEHANDÍA, M. - DÍAZ, F., JAQUE, I., SAAVEDRA, S., El ejercicio de derechos como acto subversivo y la respuesta estatal: El Derecho Penal del Enemigo. Iniciativa interdisciplinaria en Conflicto Mapuche y Derecho Penal. Programa de investigación Domeyko. Subprograma sujetos y actores sociales. Universidad de Chile. Marzo 2010. Ambos disponibles en www.cienciaspenales.net.

(5) Villegas, M. 2009.

la propiedad en el Código Penal (6). Hasta aquí el derecho penal se encuentra todavía dentro de los límites de la normalidad en el ordenamiento jurídico chileno.

Sin embargo, hay situaciones, cada vez más extendidas en que el derecho penal da forma legal a lo que no puede tener forma legal, es aquel momento en que el derecho penal se suspende a sí mismo precisamente para garantizar su continuidad. Una especie de anomia a partir de la cual el individuo es excluido de la norma que sin embargo continúa vigente, mas sin aplicación (7), ya sea formalmente, mediante la creación de normas especiales restrictivas de garantías para determinados casos, o informalmente, esto es, simplemente no aplicando la norma respetuosa de las garantías.

Esto es lo que Agamben denomina "estado de excepción" (8), y que es coincidente con una especial forma de legislar que ha ido perpetuándose en el tiempo, y que ha pasado desde las "legislaciones de emergencia" en los años 70s, hasta llegar al Derecho Penal de lucha (9) y su versión exacerbada: el derecho penal del enemigo (10). Paradigma de ello -lo sabemos- son las legislaciones antiterroristas posteriores a los atentados de 11S, que posibilitaron violaciones a derechos humanos y el juzgamiento por tribunales milita-

(6) En Chile se castiga el homicidio simple con una pena mínima de 5 años y un día de privación de libertad (art. 391 N°2 CP), misma pena mínima que tiene el robo con fuerza en las cosas (art. 440) y el robo con intimidación (art. 436) haciendo la salvedad que cuando con motivo u ocasión del robo se cometiere homicidio, violación o lesiones graves la pena mínima es de 10 años y un día de privación de libertad pudiendo llegar a presidio perpetuo calificado (art. 433 N° 1 CP).

(7) VILLEGAS, M. - QUINTANA, L. - MEZA-LOPEHANDÍA, M. - DÍAZ, F. - JAQUE, I. - SAAVEDRA, S., ob.cit.

(8) AGAMBEN, Giorgio. Estado de Excepción. Adriana Hidalgo Editora. 2003.

(9) DONINI, M. "Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe exorcizar". En Cancio Meliá, M. - Pozuelo Pérez, L. (Coords). Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada., Thompson Civitas, ps. 29-75, esp. ps. 42 y ss.

(10) Siguiendo a Pavarini, creo que no es posible hacer una distinción entre el derecho penal de lucha y el derecho penal del enemigo. Mas bien el derecho penal del enemigo es la exacerbación del derecho penal de lucha. Vid. PAVARINI, Massimo. Castigar al enemigo: Criminalidad, exclusión e inseguridad, Flacso, Ecuador, 2009, ps. 190 y ss.

res en Guantánamo (derecho penal del enemigo) pero también los derechos de los inmigrantes (derecho penal de lucha).

El totalitarismo moderno -dice Agamben- no es sino "la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no solo de los adversarios políticos, sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón no resultan integrables dentro del sistema político" (11). Los no integrables en el sistema político, en la medida que huyen de manera duradera del derecho son "enemigos". Y es en este concepto donde encuadra mapuche, y los grupos antisistémicos, especialmente cuando se organizan para apartarse de los cauces que el sistema le ofrece para recuperar su territorio. No se les reconocerá pues, autonomía, sino mas bien quiere siempre reconocerse como ciudadanos, y eso será en la medida que hayan puesto su nuda vida a disposición del poder político (bio-política), y en tanto no lo hagan, seguirán siendo excluidos y criminalizados.

La legislación de guerra no es posible sin la participación de los medios de comunicación, quienes cumplen un importante rol en la transmisión y generación de la violencia, y que va generando una espiral irracional y sin sentido. Sucede esto al Sur de río Bío Bío en Chile. La ausencia de respuesta a demandas territoriales legítimas, que se basan en el incumplimiento unilateral por parte del Estado de Chile a pactos internacionales celebrados primero entre españoles y mapuche, y luego por la naciente republica de Chile (criollos) con mapuche, pactos que hoy día serian considerados verdaderos tratados internacionales que forman parte del *ius cogens*, genera respuestas a veces violentas. Y a esta violencia se responde con mas violencia.

Es el "antiterrorismo" (12), que se ha volcado también contra grupos antisistémicos. Sobre esto volveremos mas adelante, por ahora solo decir que en este sentido, y tal como se ha expuesto en otro lugar, los principales medios de comunicación han cumplido un rol en la generación del mensaje: verdaderas campañas televisivas que

(11) Agamben, 2003, p. 25.

(12) Sobre cómo surge el antiterrorismo y sus implicancias, recomiendo vivamente la tesis doctoral de Matías Bailone. "El antiterrorismo y el Estado de Derecho. Tesis doctoral, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2012.

buscan generar divisiones al interior del pueblo mapuche, distinguiendo entre el mapuche "bueno" (el que se pliega al modelo) y el mapuche "malo" (el violento), campañas televisivas y periodísticas que buscan identificar ante los ojos de la población a los abogados defensores del "mapuche violento" (13), o que producen noticias en contra de los jueces de un tribunal oral en lo penal que deciden no condenar por delitos de terrorismo -en cambio sí por el delito de porte ilegal de artefacto explosivo- a un chico anarquista a quien explotó en las manos una bomba de ruido que se aprestaba a poner en la puerta de un banco a altas horas de la madrugada, similar a los artefactos explosivos que en algún momento afectaron a las ETTS en España (14).

(13) Véase por ejemplo la noticia del Diario El mercurio de 20/01/2013, "Quiénes son los abogados privados que defienden la causa indígena", y que comienza diciendo: "Según explican en los tribunales de la zona, los imputados mapuches suelen utilizar un sistema mixto de defensa. Una mezcla entre la Defensoría Penal Mapuche y defensores privados que se caracterizan por tener simpatía hacia la causa indígena. De hecho, comentan en círculos judiciales, varios de estos abogados viven o han vivido en las comunidades mapuches. Si bien, antes eran coordinados por ONGs u organizaciones de derechos humanos, la mayoría de ellos se han independizado. Algunos de los más destacados son Lorenzo Morales, Pablo Ortega, Karina Riquelme, Nelson Miranda y Sebastián Saavedra. Todos ellos suelen asumir los casos más difíciles en los que hay involucrados mapuches, están permanentemente en las comunidades, sobre todo, en las que suelen ser más conflictivas, como Ercilla, Collipulli y Victoria." Una noticia que al ser leída en la zona y habida consideración de los dos colonos que resultaron muertos en un incendio busca desacreditar a estos abogados, identificándolos públicamente con la causa indígena, separándolos de los organismos de derechos humanos y los abogados que pertenecen a instituciones, a fin de que sea la propia sociedad la que les estigmatice. Disponible en www.elmercuriohttp://diario.elmercurio.com/2013/01/20/reportajes. (fecha consulta 20/01/2013).

(14) Véase la noticia aparecida en el diario La Segunda on line: "Fallo que absolvió por terrorismo a Pitronello desata controversia entre gobierno y jueces. Ministro de Justicia: "Es indudable que esto genera una cierta inseguridad (...) habrá que reescribir varios libros de Derecho". Presidente de los jueces: "Una vez más autoridades de Gobierno están criticando los fundamentos de la decisiones judiciales", Miércoles 08/08/2012 disponible en www.lasegunda.com o el violento encabezado del diario La Tercera: "El perfil de los tres jueces que emitieron el fallo que liberó de cargo terrorista a Pitronello Veredicto de los magistrados desató críticas en el gobierno y entre parlamentarios de la UDI", noticia que luego da cuenta de numerosos detalles de la vida personal de cada uno de los magistrados www.diario.latercera.com de 09-08-2012 (fecha consulta. 19/1/013).

Según Riquert (15), son las necesidades técnicas punitivas del modelo neoliberal de mercado las que producen este derecho penal del enemigo con la finalidad de dar continuidad al proceso de acumulación, para lo cual se hace necesario reprimir las resistencias nacionales e internacionales, a través de mecanismos legales, si bien no siempre legítimos, puesto que en la mayoría de los casos, tales mecanismos, que forman parte de la superestructura, constituyen abiertas infracciones a principios de Derecho Penal sustantivo y adjetivo de indiscutible reconocimiento, alterando con esto el orden normal del ordenamiento jurídico.

II. Mapuche: ¿hostis o inimicus?

Quisiera volver sobre esta idea sobre la cual hemos venido trabajando (16). El concepto schmittiano de enemigo diferenciaba entre el *hostis* (enemigo total, el otro, el extranjero) y el *inimicus* (simplemente no amigo) (17). Contra el *hostis* cualquier guerra era posible. Así se plasmó en la Doctrina de Seguridad Nacional, cuya base científica reside en la geopolítica (18) propia del pensamiento pangermanista del siglo XIX, y que llegó a ser uno de los pilares del pensamiento nazi. De ahí su consideración posterior como doctrina político-militar cuya finalidad es proteger y liberar al Estado de todo peligro interno o externo que amenace la supervivencia de la Nación.

Fue el ejército francés quien hizo una elaboración más depurada de la DSN cuando teoriza su experiencia militar en las guerras de Liberación Nacional de Indochina (1946-1956) y Argelia (1954-1962) con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (19). En el periodo post-guerra y

(15) RIQUEERT, Fabián L.- PALACIOS, Leonardo P. "El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes". En www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Riquert.pdf, publicado en La Ley, Revista Universitaria, Año V, N° 3, junio de 2003.

(16) Villegas, M., 2009.

(17) SCHMITT, Carl, El concepto de lo político, ob.cit., ORESTES, 2001, p. 179.

(18) "Ciencia que estudia la influencia de los factores geográficos en la vida y evolución de los Estados a fin de extraer conclusiones de carácter político" COMBLIN, Joseph. La doctrina de la Seguridad Nacional. Revista Mensaje N° 247, Mayo-Abril. Santiago, p. 97.

(19) Ampliamente, Robin, Marie Monique. Escuadrones de la Muerte. La Escuela Francesa. Editorial Sudamericana, 2005.

como producto del inicio de la "Guerra Fría", con el posicionamiento de EE.UU. como "garante" del Mundo Occidental Cristiano, democrático y libre, contra del comunismo internacional liderado por la URSS, la DSN es importada a América y nace entonces la Escuela de Las Américas (1946, con sede en Panamá) cuyo objetivo era proveer a los altos mandos militares de la región de un instrumental teórico en guerra psicológica y de manejo de información en los "interrogatorios" (tortura).

Entendida así la Seguridad Nacional pretende entonces proteger no solo la integridad territorial, sino especialmente los valores nacionales que conforman el alma o tradición de la nación, pues sin ellos la identidad nacional se destruye (20). El enemigo es quien se opone a esa identidad nacional. Decía Carl Schmitt que "La guerra total sólo adquiere su sentido a través del enemigo total". Y en la postguerra el enemigo total era identificación con los comunistas. Así, las materias que se tratan en la Escuela de las Américas son, entre otros: "Así es el comunismo", "Cómo funciona el partido comunista", "La respuesta de una nación al comunismo", "Cómo logran y retienen el poder los comunistas", "Introducción a la Guerra Especial"; "Ideología Comunista y Objetivos Nacionales" (21).

Muchos años mas adelante, Jakobs crea el Derecho Penal del Enemigo, como un derecho penal distinto que se aparta de los fines ordinarios del Derecho Penal, esto es, de la reafirmación del ordenamiento jurídico (22), y mas bien emerge como una regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, justificada en su condición de no persona (23). Esta idea, y como ha hecho ver par-

(20) VILLEGAS, Myrna et. al. "El ejercicio de derechos como acto subversivo y la respuesta estatal: El Derecho Penal del Enemigo", ob. cit.

(21) VELÁSQUEZ, Edgar de Jesús. Historia de la Doctrina de la Seguridad Nacional. Universidad del Cauca. Colombia, ps. 17-18

(22) Ello conforme a la ideología de la llamada actualmente prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial o de reinserción social.

(23) JAKOBS, Günther. "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en JAKOBS- CENCIÓ MELIÁ, Derecho Penal del Enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 33: "El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman

te de la doctrina, guarda mucha similitud con el concepto schmittiano de enemigo (24) y la plasmación del mismo en las dictaduras militares, especialmente la chilena, para quien los disidentes, aquellos que permanentemente cuestionaban el modelo eran incapaces de formar parte de una estructura, verdaderos "ciegos" que caminaban sin sentido ni "racionalidad", Los terroristas peor aún, eran anormales, desquiciados de su condición humana (25), es decir, *no personas*.

La idea del enemigo como un "otro" al cual no se puede o no se debe tolerar, está presente también en mapuche. Durante la Pacificación de la Araucanía los medios de comunicación, empeñados en justificar la llegada de colonos al sur del Bío Bío, a pesar de la existencia del Pacto de Tápahué -1825- en cuya virtud el Estado de Chile reconocía a los indígenas jurisdicción y autonomía sobre sus territorios, estigmatizaban a mapuche como animales salvajes a los cuales debía domesticarse. Era preciso pues mostrarles como enemigos para "levantar una ideología de la ocupación" (26). Así, mientras se preparaba y comenzaba el arribo de colonos al sur de Chile, el *Diario El Mercurio*, emitía una serie de artículos correlativos, casi uno por mes. En mayo de 1859 bajo el título "La conquista de Arauco", señaló: "(los araucanos) no es más que una horda de fieras, que es urgente encadenar o destruir en el interés de la humanidad y en bien de la civilización" (27), al mes siguiente (junio de 1859) publicó "La civilización y la barbarie", donde declaraba: "El indio es enteramente incivilizable, todo lo ha gastado la naturaleza en desarrollar su cuerpo, mientras que su inteligencia ha quedado a la par de los animales de rapiña, cuyas cualida-

contra el enemigo; [y] frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra".

(24) PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "La Legitimación Doctrinal de la Dicotomía Schmittiana en el Derecho penal y Procesal penal del "Enemigo", en Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoria Eduardo Novoa Monreal, Eds. Universidad Central de Chile, 2008

(25) PINOCHET UGARTE, Augusto, Política, Politiquería y Demagogia, Ed. Renacimiento, 1983, ps. 70 y 103

(26) CORREA, M., MELLA, E., Las razones del ilikun/enjojo. Memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de malleco. Ed. LOM, 2010, p. 42.

(27) SAMANIEGO, A., RUIZ, C. Mentalidades y políticas Wingka: Pueblo Mapuche, entre golpe y golpe (de Ibañez a Pinochet). Colección América, CSIC, España, 2007, p. 42.

des posee en alto grado, no habiendo tenido jamás una emoción moral" (28).

Ciento cincuenta años después, la Revista chilena de opinión "Qué Pasa" publicó una entrevista realizada en 2005 a un colono en el Sur, que había sufrido varios ataques en su fundo en la que éste afirmó básicamente lo mismo: "No es posible que entreguen tierras a mapuches... va a ser una miseria absoluta, porque ellos no trabajan. No se va a resolver el problema. No van a dejar de ser miserables. ¿Usted ha visto cómo están los campos que les ha comprado el Estado? ¡No queda nada, ni un árbol parado, no producen nada!... El indio no ha trabajado nunca. El mapuche es un depredador, no tiene capacidad intelectual, no tiene voluntad, no tiene medios económicos, no tiene insumos, no tiene nada... El mapuche es ladino, es torcido, desleal y abusador" (29) Parientes de este colono (30) recientemente han resultado muertos en un incendio presumiblemente causado por mapuche a principios de enero de 2013. Los primeros colonos muertos desde el recrudecimiento del conflicto en 1998. Volveremos sobre este punto.

Mapuche siempre ha sido tratado como un anormal, primero se los esclavizó, luego se les trató como a niños (incapaces), luego se les trató de homogeneizar con el mestizo aculturándolo, para finalmente criminalizarlos. No han sido sujetos de derecho, sino mero objeto de control social, para lo cual, el Estado ha contado con programas y políticas de bienestar social y conservación cultural específicas, políticas públicas que forman parte de lo que Sánchez Botero llama "la máquina de captura" del Estado (31), un tratamiento biopolítico de la cuestión indígena que ha tenido mucho éxito en otros países pero

(28) El Mercurio, Santiago 24 mayo y 5 de julio de 1859, cit. PINTO RODRÍGUEZ, J.- "Crisis económica y expansión territorial, la ocupación de la Araucanía en la Segunda mitad del S. XX.", Estudios Sociales, Num. 72, Trimestre 2, 1992, ps. 85-126.

(29) Entrevista a Jorge Luchsinger. Revista Qué Pasa N° 1784, de 18 de junio de 2005 (ps. 16 a 20).

(30) El matrimonio, Luchsinger Mackay.

(31) SÁNCHEZ BOTERO, E., "La jurisdicción especial indígena. Nueva estrategia de la máquina de captura" en Giraud, L. (Ed.), Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea, Cuadernos y Debates N° 191, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, ps. 215-231, p-222 y 223.

que no parece tener asidero en el concepto de interculturalidad, si por esto entendemos la convivencia respetuosa entre culturas distintas al interior de un mismo territorio, de manera tal que ninguna pretenda imponer nada a la otra.

A esta máquina de captura debe sumarse el hecho que las vías de participación democrática que el Estado de Chile ha ofrecido a los indígenas para la recuperación de su territorio ancestral (vía demanda territorial) no solo han sido ineficaces para los indígenas sino que han contribuido a agudizar el problema. Las políticas de relocalización generaron conflictos *inter* comunidades y se produjeron divisiones en el movimiento indígena (32).

Luego, la política pública del Estado de Chile ha sido ambivalente: sinóptica en lo público y panóptica en lo político criminal. Sinóptica en el sentido que ha tratado de reclutar a los elementos más permeables de la población indígena, beneficiando con tierras y recursos a quienes no cuestionen el modelo de desarrollo. Estas políticas han sido marcadamente asistencialistas en un afán más de integrar que de reconocer la diferencia cultural. Este es el *"mapuche amigo"*.

Panóptica en el sentido de aplicar leyes penales especiales gravosas a quienes se apartan del modelo, primero la ley de Seguridad del Estado, luego la Ley de conductas terroristas, así como también el endurecimiento de la legislación penal común que más frecuentemente se aplica a los mapuche (ej. Delitos de abigeato). Este panóptico ha incluido, por cierto, frecuentes procedimientos policiales de registro a comunidades, vigilancia permanente, operaciones de inteligencia tendientes a desarticular a las organizaciones más radicales (33), lo que ha supuesto también actos de verdadero espionaje y hostigamiento a las defensas que subsisten hasta hoy: caso de in-

tentos de vinculación de abogado defensor a una supuesta asociación ilícita terrorista formada por mapuche (34), caso de intervención telefónica al mismo abogado defensor y a un perito de la Defensoría Penal Pública por orden judicial (35), formalización y condena a defensores por delitos de bagatela (36), estigmatización de abogados

(34) Véase la Sentencia del TOP de Temuco de 27/07/2005, R.U.C. 02 00 14 24 99 - 0, R.I.T. 80/2004. en la que se desestima la declaración de varios testigos protegidos que pretendían vincular al abogado defensor de varios de los imputados en la causa, a una asociación terrorista, declaraciones que fueron desestimadas por los jueces a causa de su falta de credibilidad, verosimilitud y en definitiva de veracidad.

(35) Los afectados fueron el abogado defensor privado de mapuche (P. Ortega M.) y el Perito de la defensoría penal pública (A. Budón), quienes a través de esta última institución, interpusieron una solicitud de cautela de las garantías de defensa y secreto profesional ante el Tribunal de garantía de Temuco. El Ministerio Público dijo que las peticiones para el cese de la medida estaban mal planteadas desde el punto de vista formal, indicando entre otros que: respecto del abogado la interceptación se había hecho "no en su calidad de abogado sino en su calidad de persona que ejerce su actividad profesional, arrancando de los marcos que previene dicho ejercicio profesional, incluso declarando y ejerciendo coartada judicial para una causa de investigación criminal seguida en la ciudad de Nueva Imperial". El tribunal decretó el cese inmediato de la intervención haciendo presente que "tiene la calidad de abogado Defensor de varios imputados en estos antecedentes, y por expresa prohibición de esta medida de interceptación al tenor de lo dispuesto en los artículos 222 inciso 3 del Código Procesal Penal y artículo 14 inciso 2 de la Ley 18.314; dejando expresa constancia este Tribunal que al momento de decretar la medida, este Tribunal no tenía conocimiento de la calidad de abogado del recurrente, respecto de alguno de los imputados en esta causa". Resolución audiencia de cautela de garantías de 21/12/2002, causa RUC 0200142499-0, RIT 5694-2002. Esto motivó una querrela por parte del abogado en contra del Ministerio Público, la que fue archivada y mas tarde una demanda civil por indemnización de perjuicios en contra del Estado de Chile por responsabilidad extracontractual, que fue acogida por la Corte Suprema ordenando al Estado a indemnizar a este defensor. Sentencia Corte Suprema de 12-07-2011, rol N° 2765-09. Fallo disponible en: <http://legisinforma.com/legischile/Jurisprudencia/2011/agosto/10.html>. Mas información en <http://www.mapuche.info/mapu/lientur021226a.html> (fecha consulta 21/01/2013).

(36) Caso de la abogada Defensora del Centro de Investigación y Defensa Sur, Sra. K. Riquelme, quien fue condenada a la pena de 21 días de prisión en su grado medio por el delito de ejercicio ilegal de la profesión, hecho que habría cometido cuando se encontraba haciendo la práctica profesional y era procuradora en una ONG, faltándole muy pocos meses para ser investida como abogada por la Excm.

defensores privados de mapuche en los medios de comunicación (37).

Las muertes que hubo durante este conflicto hasta enero de 2013 fueron en su mayoría de comuneros (38). Las muertes de civiles y que han estado siendo objeto de investigación judicial, no han encontrado responsables, a pesar de la detención de mapuche por estas causas. Así por ejemplo, la muerte de un carabiniero en abril de 2012 (39), no ha podido ser imputada a mapuche, tampoco la muerte de un cuidador de un fundo en Cañete en diciembre de 2012, pese al mensaje de algunos medios de comunicación en orden a incriminar a mapuche (40). Comuneros de Puer-

Corte Suprema. Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco de 27/12/2011, RUC 1000504200-9 y RIT O-1168-2010.

(37) Vid. Nota N° 12.

(38) Jorge Suárez Marihuan (2002), Alex Lemún (2002), Julio Huentecura Llancaleo (2004), Xenón Díaz Necul (2005), Juan Collihuín Catril (2006), Matías Catrileo Quezada (2008), Jhonny Cariqueo Yañez (2008), Jaime Mendoza Collio (2009).

(39) Según prensa se trató de una emboscada en la localidad de Ercilla (02-04-2012) donde el carabiniero murió a consecuencia de un disparo de bala en el cuello. El propio intendente de la Araucanía señaló que "No se puede asegurar que sean Mapuches". La autoridad regional señaló que se debe tener cautela para hablar de responsabilidades, y comentó que dentro de los violentistas de la zona podría haber ciudadanos extranjeros. <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/04/680-441440-9-intendente-de-la-araucania-y-asesinato-de-carabiniero-en-ercilla-no-se-puede.shtml>.

(40) Así por ejemplo, el Diario la Tercera señala que "Aunque autoridades locales han señalado que no es posible por ahora atribuir el crimen a ningún grupo en particular, la investigación debe considerar antecedentes relevantes, como el hecho de que el predio asaltado se ubica en el corazón de la zona del conflicto mapuche y que en Cañete la fiscalía indaga 18 ataques incendiarios relacionados con demandas de tierras. Asimismo, debe tomar en cuenta que sobre el fundo existen reclamaciones de comunidades indígenas que aducen un supuesto derecho ancestral sobre esos terrenos, que la víctima y su familia tuvieron entre 2007 y 2010 protección policial debido a reiteradas amenazas y que el dueño de la propiedad dice haber realizado en los últimos años más de 100 denuncias por hostigamiento, robo de animales y hurto. Aunque la Coordinadora Arauco Malleco (CAM) envió un comunicado descartando cualquier vinculación con el asesinato, es necesario que las pesquisas exploren todas las posibilidades para hallar a los responsables". <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2012/12/894-499980-9-asesinato-de-cuidador-en-canete.shtml>. fecha consulta (10-01-2013) Esta noticia surge tras la propia declaración de autoridades que llamaban a ser cuidado-

to Choque (VIII Región) miembros de la Coordinadora Arauco Malleco (CAM), que en 2008 fueron acusados por homicidio terrorista frustrado a Fiscal del Ministerio Público y a personal de Policía de investigaciones, entre muchos otros delitos, fueron absueltos de estos hechos por falta de participación tras haber permanecido a lo menos dos años en prisión preventiva, sin perjuicio de una condena por un delito común (41).

Similar es el caso de tres comuneros del Lof Yeupeco (IX Región) en principio formalizados por un homicidio frustrado a carabineros en julio de 2012 (42), tras haber permanecido en prisión preventiva, la investigación no arrojó pruebas de participación alguna en un homicidio, por lo que fueron re-formalizados por el delito de usurpación, habiendo terminado el procedimiento mediante una suspensión condicional (43). Otros comuneros, algunos del mismo lof, fueron acusados por homicidio, lesiones, envío de efectos explosivos y amenazas terroristas, resultando también absueltos (44).

De los incendios que se han verificado en la zona de conflicto, algunos han tenido condenados mapuche (45), varios otros no han podido ser imputados a personas de este pueblo originario, p.ej. incendios en Bío Bío y Carahue, que en un principio también fueron adjudicados a ellos por las autoridades gubernamentales y los propios

sos con las atribuciones tempranas de responsabilidades. Así la Radio Cooperativa informó: "Intendente del Biobío manifestó preocupación por ataque a cuidador de predio. Víctor Lobos matizó que la situación no se asemeja a lo que ocurre en La Araucanía. Fiscalía aclaró que cuidador falleció por una herida de arma blanca." <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-del-biobio/bosques-arauco/intendente-del-biobio-manifesto-preocupacion-por-ataque-a-cuidador-de-predio/2012-12-20/200803.html> fecha consulta (10-01-2013).

(41) Sentencia Corte Suprema de 03-06-2011, RIT 35-2010, y STOP Cañete de 22-03-2011 RUC: 0800932994-4, RIT: 35-2010.

(42) <http://www.soychile.cl/Temuco/Policial/2012/07/06/103378/Fiscalia-buscara-formalizar-por-homicidio-frustrado-a-lider-de-la-CAM-detenido-hoy-en-la-manana.aspx> fecha consulta (23-01-2013).

(43) Juzgado de Garantía de Temuco, RIT 5408-2012.

(44) STOP Temuco, 8-10-2011, RIT 158/2011.

(45) P. ej. Sentencia Juzgado de Letras de Collipulli, de 06-04-2011, Rol N° 29.759, STOP de Angol 31/01/2003, R.I.T. 28 2002.

(32) Ampliamente VILLEGAS, M., "El mapuche como enemigo en el derecho penal": Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo", disponible en www.cienciaspenales.net. Y en VILLEGAS M., ALBORNOZ, P., PIZARRO, A., DÍAZ, F., Derecho penal del enemigo y criminalización de las demandas mapuche, disponible en www.cienciaspenales.net. (fecha consulta : 23/01/2013).

(33) MELLA SEGUÉL, Eduardo. Los mapuches ante la justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile. LOM ediciones y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, y nuestros trabajos ya citados todos disponibles en www.cienciaspenales.net.

medios de comunicación (46), o el incendio al Fundo Las Praderas, juicio en el cual ya ha habido tres sentencias absolutorias consecutivas en un lapso de cinco años por no haberse acreditado la existencia del delito (incendio intencional), y por el cual todos los imputados permanecieron a en prisión preventiva (47).

Las muertes de comuneros, que en un principio lo eran en el contexto de protestas (Alex Lemún), o de presuntos delitos comunales (Lonko Collihuin, abigeato), o de incendios (Matías Catrileo, joven estudiante de la Universidad de la Frontera en Temuco), culminaron con la represión al verdadero ejercicio de un derecho, tal sucedió con el comunero Mendoza Collío quien muere ya no en el marco de un robo de animales, ni de un incendio, sino a plena luz del día por tiros de efectivos de Carabineros de Chile, por la espalda, en el marco de una ocupación de terreno ancestral. Las circunstancias en las que esta muerte ocurrió parecen indicar más claramente de lo que aquí se trata: de considerar el ejercicio de un derecho (la ocupación de un territorio ancestral) como un acto subversivo, tal parece que para los policías el comunero en cuestión era un verdadero *homo sacer* al que debía purificarse mediante la lesión o la muerte.

Algo similar puede pensarse respecto de niños que han sido lesionados con perdigones policiales a fines de julio de este año en el marco de ocupaciones de terrenos en Ercilla (48), parece ser que se quisiera purificar al germen del terrorismo antes de que crezca. La violencia contra

(46) "Por otra parte, el diario La Tercera informó que el Ministro del Interior Rodrigo Hinzpeter, en una entrevista para radio Duna, señaló que el gobierno maneja la hipótesis de que hay diversos grupos implicados en los incendios. Igualmente indicó que todos los sucesos ocurridos tanto en Santiago como el incendio al autobús, la bomba a un carabinero de Chile y los incendios en Biobío y Carahue, están relacionados a los mapuches. Fuente: <http://www.lagranepoca.com/22467-presidente-pinera-reafirma-que-incendios-sur-chile-fueron-provocados>.

(47) STOP de Temuco RIT 74-2008; STOP de Temuco RIT 93-2010, y Juzgado de garantía de Nueva Imperial, RIT 1502-2006, veredicto de 24-01-2013. También resultaron antes absueltos dos lonkos en otro juicio por incendio a un fundo de un colono (Fundo Nancahue), STOP Angol de 14/05/2003, RIT 2-2003

(48) <http://www.lanacion.cl/baleo-de-ninos-mapuches-denuncia-en-fiscalia-militar/noticias/2012-07-25/112724.html> (fecha consulta: 3-09-2012).

menores se siguió produciendo, a pesar de que la Corte Suprema, mediante sentencias consecutivas, ha instruido a carabineros en el sentido de sujetar sus procedimientos al interior de las comunidades mapuche a la legalidad vigente y tener especial cuidado con los menores (49).

Los casos de las muertes han sido todos conocidos por la Justicia Militar. En el caso de Alex Lemún, el carabinero autor de los disparos fue sobrestado definitivamente y trasladado de región (50). En el caso de Catrileo la Corte Marcial condenó al carabinero autor de los disparos con una metrallera UZI a la pena de 3 años y 1 día con libertad vigilada, por el delito de "violencias innecesarias con resultado de muerte", sentencia que fue confirmada por la Corte Suprema, razón por la que fue separado de sus funciones recientemente (51). Es la única condena que se conoce hasta ahora. En el caso de Mendoza Collío el carabinero autor de disparos que alegó legítima defensa y que fuera desechada por el Juzgado Militar a la luz de las pruebas, fue absuelto por la Corte Marcial (20/08/2012) (52).

(49) Así por ejemplo, la Corte Suprema mediante sentencias de 05-01-2012 Rol N° 35-2012; 25-07-2012 y 26-09-2012 Rol N° 7.132-2012, Rol N° 7.132-2012, Rol N° 5.541-2012, instruyó expresamente a la Prefectura de Malleco en orden a respetar los derechos de los niños. Fuente: <http://cidsur.cl/2012/12/corte-suprema-advierde-que-en-territorio-mapuche-carabineros-actua-al-margen-de-la-ley/> fecha consulta: 23-01-2013.

(50) Una descripción más o menos detallada del caso en JAQUE, Italo. "La Defensoría de las personas: una alternativa de protección a los derechos fundamentales en el marco del conflicto mapuche", memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, prof. guía M. Villegas, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, marzo de 2011, pp. 10 y ss.. El autor reconstruyó la historia del caso sobre la base de los siguientes documentos: MELLA SEGUEL, Eduardo. Los Mapuche ante la justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile. Santiago, LOM Ediciones, 2007; YÁÑEZ F, Nancy, MELLA S., Eduardo, SILVA N., Hernando. Criminalización de la protesta social de los pueblos indígenas en Chile. Temuco, Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008, Meza-Lopehandía, Matías, Expediente Lemún. Documento de trabajo, Observatorio Ciudadano, sin publicar, 2005; Página web: <http://www.mapuexpress.cl> [fecha de consulta: mayo de 2009]; Expediente del caso Lemún. Juzgado Militar de Valdivia. Fiscalía Letrada del Ejército y Carabineros de Malleco/Angol.

(51) Fue dado de baja el viernes 18 de enero de 2013. Véase <http://paismapuche.org/?p=6363>

(52) <http://www.cooperativa.cl/corte-revoco-condena-de-presidio-contra-uniformado-que-asesino-a-jaim>

Después de la muerte de Mendoza Collío, la protesta se radicalizó más aún. En este contexto, en 2009, sucede el ataque al Fiscal Elgueta y su comitiva policial, en el marco de un confuso allanamiento a comunidades lleulleuchs (53). El Fiscal resultó con lesiones leves de perdigones de escopeta. Por estos y otros hechos fueron acusados diecisiete comuneros, por diversos delitos de terrorismo y comunes solicitándose para el que más, 104 años de presidio, para el que menos, 300 días de presidio. Este proceso, cuyo procedimiento se sustanció de conformidad con las restricciones de garantías que impone la ley de conductas terroristas, y en cuya virtud se hizo uso de testigos con reserva de identidad, culminó con una sentencia condenatoria por delitos comunes para cuatro dirigentes mapuche, hoy privados de libertad en la cárcel de Angol (54). Las violaciones a las garantías del debido proceso en este juicio generaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se encuentra pendiente.

El caso mas violento que se ha conocido hasta ahora (4/1/2013) es el incendio con resultado de muerte de un matrimonio de colonos en Vilcún (IX Región) que tensionó aún más las relaciones interclase e inter étnicas. Cercano al lugar del incendio fue encontrado un comunero *machi* (55) herido con un impacto de bala en el pecho, pero que resultó con vida. Los colonos muertos eran de la familia Luchsinger, familia que históricamente ha estado en conflicto con el pueblo originario. Arribados a Chile en 1883, la familia Luchsinger amplió los territorios que se le asignaron por el Estado de Chile, en principio de 60 hectáreas, a 1.000 hectáreas, sobre la base de compras, permutas, etc. Cuentan algunos mapuche que Conrado Luchsinger: "se instaló con una pulpería y los viejos declan que fue tanto el proceso de reducción, fue tan violento el proceso de poscolo-

mendozacollio/prontus_nots/2012-08-18/123403.html y <http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/abogado-familia-mendoza-collio-denuncio-irregularidades-en-peritajes-de-la-corte-marcial/20120820/nota/1746799.asp> (fecha consulta (21-08-2012).

(53) Ver nota N° 40.

(54) STOP Cañete de 22-03-2011, RUC: 0800932994-4 y RIT: 35-2010, y Sentencia Corte Suprema de 03-06-2011, Rol. N° 2921-11.

(55) El machi es el guía espiritual en el lof, y también es el médico. Una especie de sacerdote.

nización, que hubo gente que quedó totalmente empobrecida, quedó sin tierras, sin animales, les quitaron todos sus sembrados y ya no podían sembrar nada... Entonces, los peñis antiguos iban a buscar harina para sobrevivir, trigo, sobre todo en las épocas de noviembre y diciembre, de grandes hambrunas. Mucha gente murió de hambre, y ahí Conrado Luchsinger abría libretas y la gente iba hipotecando sus corderos, sus animalitos y sus tierras. Y cuando llegaba la época [de cobrar] salía con carabineros, corría los cercos y así fue ampliando sus tierras, cobrando toda la plata de las deudas de la gente que compraba para sobrevivir. Al tiempo, él llegaba: "Tanto me debe usted, y como no tiene con qué pagarme, me paga en tierra". Eso lo hacía en todas las comunidades" (56).

Jorge Luchsinger, hijo del anterior, contó en una entrevista a la revista "Qué Pasa" que "nosotros teníamos una pulpería en el fundo. Cada sábado la gente pedía, se le anotaba en el libro y a fin de mes se le hacía la liquidación y se le pagaba el saldo. Empezaron a decir que cobrábamos mucho por la mercadería, que no eran productos de calidad. Después reclamaban que la comida que les dábamos era mala, que tenía gusanos. Tiraban los platos al piso. Fueron las primeras protestas" (57).

Según las investigaciones que se están llevando a cabo por la policía y el órgano persecutor, al parecer los colonos muertos se habrían defendido del ataque incendiario con un arma de fuego, con la que hirieron al machi. El gobierno trasladó una comitiva completa al lugar de los hechos, incluyendo al propio Presidente de la República (58), se generaron airadas reacciones por parte de personeros de gobierno, algunos de los cuales alentaron el uso de la legítima defensa por parte de colonos

(56) La entrevista se extrae de un trabajo que realizó el historiador Martín Correa, parte del cual está disponible en <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=7289> (fecha consulta 25-01-2013)

(57) <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=7289> (fecha consulta: 25-01-2013)

(58) Acompañado por los ministros del Interior, Andrés Chadwick, de Agricultura, Luis Mayol, además del director general de Carabineros, Gustavo González, del director de la PDI, Marcos Vásquez, y de distintas autoridades de la región, el mandatario entregó las condonencias a la familia. <http://noticias.terra.cl/nacional/pinera-visito-fundo-de-la-familia-luchsinger-mckay-en-vilcun,98ea52672260c310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html> (fecha consulta 23-01-2012).

en contra de mapuche (59), los camioneros pararon la ruta, apoyados por el propio Ministro de interior (60), y las Juntas de Vigilancia de colonos y hacendados encontraron justificación para proliferar.

La muerte de los colonos en el incendio fue tratada en los medios de comunicación como el crimen más atroz y brutal que podía haberse cometido, comparable solamente con el asesinato de un connotado político de la dictadura, el mentor de la constitución de 1980 (61). Los medios transmitieron con sistematicidad y acuciosidad el mensaje de temor a toda la población, comparable, guardando las proporciones, a las oníricas imágenes de las torres gemelas ardiendo. Varios días transmitieron por televisión el incendio, y declaraciones de unos y otros, en el intento por aislar al "enemigo" y generar un verdadero frente de solidaridad en la población tan característicos de todas las políticas criminales antiterroristas. Para una pequeña ilustración veamos la sistematicidad del mensaje generador de la alarma pública:

04/01/13 - EMOL (Chile)	Hallan dos cuerpos sin vida al interior de casa atacada en La Araucanía
04/01/13 - EMOL (Chile)	Espina: "Un grupo de cobardes asesinó a Werner Luchsinger"
04/01/13 - EMOL (Chile)	Primo de empresario agrícola muerto en Vilcún: "Aquí la guerrilla está ganando"
04/01/13 - EMOL (Chile)	Cuando Piñera estaba reunido con familia Luchsinger alertaron de otro eventual ataque
04/01/13 - EMOL (Chile)	Corte Suprema califica como un hecho de máxima gravedad último atentado en La Araucanía
04/01/13 - EMOL (Chile)	Ministro Mayol tras ataque en Vilcún: "El Poder Judicial no está cumpliendo con su verdadero rol"
04/01/13 - El Mercurio (Chile)	Atentado a Luchsinger: Machi detenido es respetado en la zona y fue docente de la UCT
05/01/13 - El Mercurio (Chile)	Titular: MATRIMONIO MUERE CALCINADO EN EL ATENTADO MAS GRAVE REGISTRADO EN LA ARAUCANÍA. Agricultores y empresarios de la zona denuncian clima de terror.
05/01/13 - El Mercurio (Chile)	Alan Cooper: "A mi prima Vivian la quemaron viva"
05/01/13 - El Mercurio (Chile)	Formalizarán a otra machi por presunta participación en atentado incendiario de Vilcún (62)
05/01/13 - El Mercurio (Chile)	Agencia de inteligencia cita para mañana a los jefes del área de FFAA., PDI, y carabineros por violencia en la Araucanía. Pese a intensa vigilancia encapuchados provocaron ayer tres nuevos atentados e incendiarios.

(59) Véase por ejemplo Diario la Tercera, 9-01-2013. "Araucanía. Mayol justifica legítima defensa y Chadwick retrocede en apoyo a paro de camioneros". "Titular de agricultura sostuvo que es consustancial al ser humano defenderse, al ser consultado por los llamados a adquirir armas en la zona" p. 2.

(60) Reza una noticia de 8 de enero de 2013: Dirigente camionero: "Acogimos el llamado del Presidente a que nos manifestemos" <http://www.ciudadinvisible.cl/2013/01/dirigente-camionero-acogimos-el-llamado-del-presidente-a-que-nos-manifestemos/>.

(61) Entrevista: Allamand y familia Luchsinger: "Es el crimen más importante después del asesinato de Jaime Guzmán" <http://www.biobiochile.cl/2013/01/12/allamand-y-familia-luchsinger-es-el-crimen-mas-importante-despues-del-asesinato-de-jaime-guzman.shtml>. Agricultores convocan a 'duelo nacional' por muerte de matrimonio ... www.publimetro.cl/...luchsinger-mackay/xlQmagtm9ZvjT3LvgaAw/06/01/2013.

(62) No pudo ser formalizada por los hechos en Vilcún, mas lo fue por otros delitos menores (tenencia ilegal de una escopeta), quedando con arresto domiciliario.

06/01/13 - El Mercurio (Chile)	Cómo la violencia en La Araucanía pasó de las forestales a los agricultores
06/01/13 - El Mercurio (Chile)	Los camioneros llaman a paro por la violencia en la zona del conflicto
06/01/13 - El Mercurio (Chile)	"Hemos invocado la Ley Antiterrorista, pero si mañana necesitamos recurrir a otras acciones, que nadie lo dude: lo vamos a hacer" Piñera anuncia siete medidas para combatir terrorismo tras muerte de matrimonio en Vilcún -
06/01/13 - El Mercurio (Chile)	Presidente Piñera intenta dar "giro" a política indígena
07/01/13 - El Mercurio (Chile)	Mapuchés vecinos de matrimonio muerto condenan atentado
09/01/13 - El Mercurio (Chile)	Quinto ataque en cuatro días en La Araucanía
09/01/13 - El Mercurio (Chile)	Dirigentes indígenas invitan a Presidente y parlamentarios a cumbre para frenar violencia
08/01/13 - El Mercurio (Chile)	Profesionales mapuches rechazan actos violentistas
08/01/13 - El Mercurio (Chile)	Camioneros cortan Ruta 5 Sur en cinco regiones en rechazo a ataques incendiarios
08/01/13 - El Mercurio (Chile)	Nuevo atentado incendiario agudiza conflicto en La Araucanía. El arrendatario del predio es de origen mapuche
08/01/13 - soychile (Chile) El Mercurio (Chile)	Allamand: La Ley Antiterrorista permite intervenir sobre el financiamiento de grupos en La Araucanía
08/01/13 - EMOL (Chile)	Detienen por porte ilegal de armas a trabajador de la familia Luchsinger
09/01/13 - El Mercurio (Chile)	Unanimidad para aislar la violencia
09/01/13 - El Mercurio (Chile)	Intendente de La Araucanía sobre machi sospechoso de ataque: "Espero que confiese". A dos días de la formalización de cargos en contra de Celestino Córdova Tránsito, Andrés Molina emplazó a los defensores del comunero a estar del lado de la verdad.
10/01/13 - El Mercurio (Chile)	Encapuchados queman escuela y casa de profesora en Collipulli
10/01/13 - EMOL (Chile)	Informe atribuiría ataque en Vilcún a búsqueda de "impacto político" antes de cumbre Celac-UE
11/01/13 - EMOL (Chile)	Chadwick valora formalización de comunero y confirma visita a La Araucanía
12/01/13 - El Mercurio (Chile)	Ataque generó 2.433 artículos de prensa en el extranjero
15/01/13 - El Mercurio (Chile)	Carabineros revisa recepción de llamado de Vivian MacKay
17/01/13 - El Mercurio (Chile)	En La Araucanía parte nuevo sistema rural de llamadas de emergencia al 133 de Carabineros
18/01/13 - El Mercurio (Chile)	Imputado por caso Luchsinger seguirá en prisión preventiva
22/01/13 - El Mercurio (Chile)	Total rechazo de loncos a actos de violencia y a crimen de matrimonio Luchsinger MacKay
30/01/2013 - El Mercurio (Chile)	Encargado de seguridad en La Araucanía admite dificultades para probar la participación de violentistas (63)

(63) "No existen los medios de pruebas tangibles y exigibles por parte de los fiscales y jueces de garantía", dijo a "El Mercurio". Denuncia que quienes cometen delitos se aprovechan del apoyo que reciben de grupos de derechos humanos. A su juicio, sin un acuerdo entre el Gobierno y las etnias, el escepticismo y la sensación de temor entre los habitantes de la zona persistirán.

La invocación de la aplicación de la ley de conductas terroristas no se hizo esperar, formalizándose entonces a la autoridad espiritual del *lof* por incendio terrorista con resultado de muerte, sobre la base de que se trataba de una acción que formaba parte de un plan premeditado de atacar contra una categoría de personas (agricultores y parceleros), que genera temor en ese grupo de la población, colmándose así, a juicio del órgano persecutor, la exigencia contenida en el art. 1 de la ley 18.314 sobre conductas terroristas. Los días siguientes a la muerte, en una zona completamente militarizada por la abundante presencia policial, se siguieron sucediendo incendios de diversos tipos en la zona, en los cuales la policía no ha encontrado a ningún responsable.

Algunos de estos incendios despertaron dudas en buena parte de la opinión pública, como sucedió en el incendio de una escuela rural, en donde la víctima, un cuidador, al declarar ante la policía y la prensa afirma que los atacantes tenían acento extranjero "entre peruano y colombiano" (64). Hace ya bastante tiempo que se intentan encontrar lazos entre las FARC y los mapuches, y luego entre mapuches y zapatistas, sin que hasta ahora se haya podido establecer una asociación que tenga este tipo de lazos o relaciones con esos grupos (65). La propia Coordinadora Arauco Malleco no ha reivindicado estos incendios, esta organización que ha sido objeto de dos largas investigaciones judiciales a fin de establecer si es o no una asociación terrorista capaz de llevar a cabo una guerra separatista, ha sido "descalificada" como terrorista por los jueces. (66)

(64) Tal sucedió con el incendio de una escuela rural mapuche. El titular del diario La Segunda anuncia: "Siguen ataques. Ahora queman escuela rural", y en la página interior señalan. Quemar escuela en séptimo atentado en la Araucanía: atacantes tenían acento extranjero". El mayor afectado fue el cuidador quien declaró que tras encañonarlo y reducirlo, lo condujeron a empujones al patío donde los amarraron con un cable de teléfono, y que "no hablaban mucho pero tenían un acento entre peruano o colombiano". La Segunda, 9 de enero de 2013.

(65) Mas ampliamente, VILLEGAS, M.- ALBORNOZ, P.- PIZARRO, A.- DÍAZ, F. Derecho penal del enemigo y criminalización de las demandas mapuche, Universidad Central, Stgo. Chile, 2008, pp.149 y ss. disponible en www.cienciaspenales.net. (fecha consulta: 15-01-2013).

(66) Véase selección de prensa que se muestra en Villegas, M. 2009.

Fueron detenidos también tres comuneros por su presunta vinculación a la muerte de los colonos, debiendo en todos los casos ser dejados en libertad, debido a la falta de elementos probatorios que ameritaran una medida cautelar de prisión preventiva, llamando la atención la manera en la que los medios de comunicación anuncian las detenciones por estas presuntas vinculaciones para luego mostrar en la misma noticia que en realidad las presuntas vinculaciones no tenían asidero, razón por la cual debieron ser dejados en libertad. Así sucedió con el hermano del machi que cuya detención fue ampliamente cubierta por la prensa (67).

Durante el mismo mes, solo quince días mas tarde, en la misma ciudad, fuera del conflicto Estado-mapuche, cuatro sujetos golpearon a otro hasta darle muerte y lo quemaron arrojándolo a un contenedor de basura (68). y siete días después, en otra ciudad, se encontró otro cadáver, esta vez de un ciudadano boliviano, quemado también, al parecer en un ajuste de cuentas (69). Solo respecto de primer hecho han encontrado presuntos responsables, a ninguno de los cuales se le formalizó por delitos de terrorismo, pese a que perfectamente podría llegar a sostenerse que buscaban causar temor en un sector de la población, a lo menos aquel grupo con el cual tenían el conflicto.

Es esta irritante diferencia en el tratamiento jurídico para mapuche y *winka*, lo que revela que el sistema democrático chileno dista mucho aún de comprender, aceptar e implementar políticas públicas y políticas criminales de interculturalidad. La ley antiterrorista no solo ha sido, sino que sigue siendo aplicada con profusión a mapuche, a lo menos por el órgano persecutor y los querrelantes del Estado, a pesar de las recomendaciones que sistemáticamente han hecho organismos internacionales, primero el Relator de ONU Rodolfo Stavenhagen (2003), el Comité de DD.HH. de ONU (2007), Relator Anaya (2009).

(67) Bj. Diario la tercera de 10-01-2013 anuncia entre sus titulares. "Detienen a segundo sospechoso por el doble crimen de Vilcún. Hermano del primer detenido niega participación. Queman escuela en nuevo ataque".

(68) Viernes 18 de enero, <http://prontus2.lanacion.cl/pdi-detuvo-a-3-involucrados-en-homicidio-de-joven-quemado-en-temuco/noticias/2013-01-20/170507.html>.

(69) <http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/01/23/580545/hombre-quemado-en-lampa-victima-seria-un-camionero-boliviano.html>.

Los procesos por ley antiterrorista se han dirigido contra comuneros pero fundamentalmente contra autoridades ancestrales y dirigentes, caso Poluco Pidenco (2001), caso Lonkos (2001), el caso del ataque al fiscal de ministerio público (2009). Esto lleva a pensar que parece ser que para el órgano persecutor la responsabilidad política es sinónimo de responsabilidad penal. Varios ejemplos: El caso de los lonkos Pichún y Norín; el caso de H. Llaitul, dirigente principal de la Coordinadora Arauco Malleco (CAM), y recientemente el de E. Chachallao, lonko del *Lof(70) Yeupeco*, otros ejemplos son los *werkenes* (mensajeros) (71).

Los *lonkos* Pichún y Norín fueron acusados por delitos de incendio del fundo Nanchahue además de amenazas terroristas en contra de un particular, ex ministro del primer gobierno de la transición democrática y ex miembro del tribunal constitucional. Fueron absueltos en primer juicio oral de todos los delitos, la sentencia fue recurrida de nulidad por el órgano persecutor, fue anulada por la Corte Suprema, y se realizó un segundo juicio, en el que finalmente fueron condenados a las penas de cinco años y un día por el delito de amenazas terroristas (72).

H. Llaitul Carillanca, dirigente de la CAM (73) desde 2001 y hasta 2013 ha estado privado de libertad cerca de cinco años, la mayor parte del tiempo en prisión preventiva por distintas causas, en una de las cuales fue finalmente absuelto. Se encuentra actualmente cumpliendo una condena de 14 años de presidio, impuesta en 2011, por un delito común que fue investigado de conformidad al procedimiento de la ley de con-

(70) *Lof* es un clan familiar o grupo de familias mapuche, con lazos de parentesco entre sí porque descienden de un ancestro común, y que viven en un mismo territorio.

(71) AMAYA, R., ARANGUIZ, J., LEPE, J., ORELLANA, C. "Violencia en la Araucanía: Investigación prospectiva sobre comunidades mapuche de la IX región. Período 2006-2008", tesis para optar al grado de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas y Sociales, Prof. guía. M. Villegas, Facultad de Derecho. Univ. de Chile, 2009.

(72) 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.

(73) Sobre su historia, recomendando su texto escrito en cautiverio. LLAITUL, Héctor.- ARRATE, Jorge. Weichan. Conversaciones con un Weichafe en la prisión política. Colección Ensayo, Ediciones Ceibo, Santiago de Chile, octubre de 2012.

ductas terroristas, dado que las imputaciones en principio lo eran casi todas por terrorismo. Solo en la sentencia condenatoria el tribunal califica los hechos como delitos comunes, sentencia que fue recurrida de nulidad por el órgano persecutor, dictándose sentencia de reemplazo por la Corte Suprema quien lo condena por delito común (74).

Un caso reciente es el del lonko del *Lof Yeupeco*; quien ha sido vinculado a múltiples hechos, sin que hasta ahora haya podido probarse su responsabilidad en ninguno de ellos. El lonko Chachallao fue detenido en julio de 2012 en el marco de una ocupación en el fundo El Natre, en donde se produjo un incidente entre comuneros y policías. Las imágenes de la detención del lonko junto a otros dos comuneros, fueron denunciadas por algunos medios de comunicación y organismos de derechos humanos, dado que revela un verdadero tratamiento de guerra para con mapuche: aparecen arrodillados con las manos atados en la espalda mientras la policía practica un registro policial a la casa del lonko (75). Fueron formalizados por el delito de homicidio frustrado en contra de carabineros (76), pasados cuatro meses de prisión preventiva, el Ministerio Público decidió no perseverar en la acusación, y recalificó la formalización al delito de usurpación, terminando con una suspensión condicional del procedimiento (77). Fue asimismo acusado por el incendio al Fundo Las Praderas, hecho acaecido en 2008, en el cual no se pudo acreditar la existencia del delito, habiendo sido absuelto en enero de 2013, a pesar de que en este mismo juicio (78) respecto de otros imputados, el tribunal ya había absuelto en años anteriores a

(74) El uso de testigos protegidos durante este juicio que mermaron el derecho a defensa, ameritó una denuncia ante la CIDH.

(75) La noticia fue ampliamente difundida por CNN y se encuentra disponible en <http://www.youtube.com:Detención-Ernesto-Chachallao-Temuco-Noticias> fecha consulta. 25-01-2013.

(76) <http://www.soychile.cl/Temuco/Policial/2012/07/06/103378/Fiscalia-buscara-formalizar-por-homicidio-frustrado-a-lider-de-la-CAM-detenido-hoy-en-la-manana.aspx> fecha consulta (23/01/2013).

(77) Juzgado de Garantía de Temuco, RIT 5408-2012.

(78) Juzgado de garantía de Nueva Imperial, RIT 1502-2006, veredicto de 24/01/2013.

otros comuneros por que no se había acreditado la existencia del delito (79).

Al día siguiente de haberse suspendido condicionalmente el procedimiento, hecho que acontece en enero de 2013, tras la muerte del matrimonio de colonos en el incendio, es detenido nuevamente en su casa, con un violento allanamiento formalizándose por el delito de receptación de especies robadas. Los objetos: un *abrevadero o Batea de plástico*, y algunas herramientas agrícolas que presumiblemente habían sido sustraída de casa de uno de los colonos Luchsinger. Una batea de plástico similar a otras muchas y que la policía retiró del patio de la casa del lonko (80). El comunero quedó en libertad, pero formalizado por su presumible autoría en la compra de objetos robados y con arraigo nacional, desestimando el juez la solicitud del querrelante, abogado de la intendencia (gobierno de Chile) en orden a dejar en prisión preventiva al imputado (81). El querrelante apeló de la medida de arraigo nacional insistiendo en la prisión preventiva, apelación que fue declarada abandonada por el tribunal superior atendida la no comparecencia sin justificación del abogado a la audiencia (82).

Pero sin duda lo que más llama la atención es que la política criminal del Estado de Chile paulatinamente se ha dirigido contra las autoridades ancestrales, contra los "sacerdotes" y "sacerdotisas" mapuche, tratándoles como verdaderos "muyahidines" en su desenfrenada persecución contra el "enemigo". Así, tras la detención

(79) STOP de Temuco RIT 74-2008; STOP de Temuco RIT 93-2010.

(80) El abogado defensor del lonko declarando ante los medios de comunicación calificó la detención por una batea como desproporcionada. "El haber allanado una comunidad y haber golpeado hasta su cónyuge por una batea me parece bastante desproporcionado, por lo menos. Eso se habría dicho que correspondía de propiedad de una de las familias Luchsinger; pero al parecer esta se encontraba dentro del campo de mi representado. Carabineros habría ingresado con una gran cantidad de efectivos policiales y habría detenido a mi representado y golpeado a su cónyuge, y habría tomado como motivo la receptación de esta batea". www.radiouniversal.cl, viernes 18/01/2013.

(81) Resulta a lo menos curioso que no habiéndose querrelado la propia víctima, lo haga el gobierno de Chile, además por un delito de bagatela.

(82) Resolución Corte de Apelaciones de Temuco de 26/01/2013, N° Reforma procesal penal-59-2013.

del machi Celestino Córdoba imputado por los atentados en Vilcún (4 enero 2013), se suma la detención de la machi Linconao (5 enero 2013) y los machis Millaray Huichilaf y Tito Cañulef (30 enero 2013) (83).

III. El Ouroboros: ley de seguridad del Estado - ley antiterrorista - ley penal común - ley antiterrorista

En otro lugar ya se ha hecho referencia a cómo la política criminal del Estado de Chile ha ido caminando en dirección al autoritarismo respecto del tratamiento jurídico a delitos cometidos en el contexto del conflicto territorial (84). Primero la Ley de Seguridad del Estado (caso Ralco, 1998), luego la Ley de conductas terroristas (caso Lonkos y Poluco Pidenco, entre otros, 2002), mas adelante la legislación penal común endurecida (2006), para luego retornar a la ley de conductas terroristas (2008), cual verdadera serpiente que se muerde la cola, confundiendo así el inicio y el fin.

Y este principio y fin es la ley de conductas terroristas, cuya aplicación lleva consigo restricciones de garantías para los imputados que van desde ampliaciones en los plazos de detención en manos de la policía (10 días), pasando por el uso de testigos con reserva de identidad y protegidos, así como de mecanismos intrusivos en libertades fundamentales. Asimismo se hace uso con largueza de prerrogativas que otorga la legislación procesal penal común, p. ej. la acumulación de causas: diversos hechos acaecidos en tiempos distintos, distintos imputados, con el objeto de evidenciar el "plan premeditado de atacar contra una categoría de personas, que requieren los tipos penales de terrorismo en la ley 18.314.

No siempre el Ejecutivo ha estado de acuerdo en esta aplicación, quizá producto de las presio-

(83) Detenidos en un allanamiento efectuado en el sector El roble- Carimallin, Río Bueno durante la madrugada del jueves 30/01/2013. La autoridad tradicional ha llevado adelante un profundo proceso de defensa y recuperación de territorio ancestral, particularmente el espacio vital donde se encuentra el Ngen Kintuantu, en la ribera del río Pilmaiken donde se pretenden construir centrales hidroeléctricas.

(84) VILLEGAS, M. "El mapuche como enemigo en el derecho penal: Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo", disponible en www.cienciaspenales.net.

nes internacionales, y de ahí los intentos en 2006 de dejar de aplicarla para casos nuevos, subsistiendo, en todo caso, su aplicación para aquellos procesos ya abiertos en los que hubiera prófugos de la justicia que ya se encontrarán formalizados bajo esta ley (85). Reaccionando ante este escenario y su consiguiente impacto en el órgano persecutor, el 19 de octubre de 2006 un grupo de parlamentarios de Renovación Nacional interpuso ante la Corte Suprema una solicitud de remoción del Fiscal Regional de la Araucanía, por "negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones... por no haber continuado aplicando la ley de conductas terroristas a mapuche" (86).

Lo que motivó el requerimiento fueron 20 denuncias de atentados efectuadas por propietario de fundo Rene Urban entre 2002 a 2006, varias sin responsables. La Corte Suprema determinó en fallo de enero de 2007 que no había tal negligencia manifiesta porque la calificación de una conducta como terrorista era del fiscal a cargo de la causa y no del fiscal regional, pero que en todo caso, en lo que sí hubo descuido fue en no disponer de un fiscal con dedicación exclusiva a estas causas, por lo que instruye a la Fiscalía a instaurar esta figura. Y así nacen los fiscales con dedicación exclusiva a causas mapuches, conocidos coloquialmente como "fiscales antimapuches" (87).

En cuanto a la aplicación de la ley penal común, mas gravosa en estos casos (88), ella ha convivido con los delitos de terrorismo, e indistintamente se puede acusar a una persona de haber cometido un incendio terrorista, así como daños a la propiedad, amenazas comunes o terroristas, etc.

(85) Ampliamente VILLEGAS, Myrna et. al, "El ejercicio de derechos como acto subversivo y la respuesta estatal: El Derecho Penal del Enemigo", ob.cit. ps. 184 y ss.

(86) Solicitud interpuesta por los diputados Sres. Gonzalo Arenas, Marcelo Forni, Rodrigo Alvarez Zenteno, Gonzalo Uriarte, José Antonio Kast, Sergio Bobadilla, Marcela Cubillos, Jorge Ulloa, Iván Norambuena, Felipe Ward Edwards, ante la Oficina de Asuntos Administrativos de la CS, Rol AD-819-2006, 19 de octubre de 2006. En Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit., p. 184.

(87) SCS de 31-07-2007, Rol AD-819-2006,

(88) Una explicación mas detallada en VILLEGAS, M. "El mapuche como enemigo en el derecho penal: Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo", disponible en www.cienciaspenales.net

Las ocupaciones de territorios ancestrales han sido sistemáticamente judicializadas mediante el delito de usurpación. Se conoce de un solo caso en el que se invocó y reconoció un "error de prohibición" para los autores de una usurpación de territorio ancestral, actualmente de propiedad fiscal (89).

Luego, desde 2002 en adelante, podría decirse que ha habido una sistematicidad en la aplicación de la ley de conductas terroristas, la que se ha traducido en procedimientos restrictivos de garantías para el imputado, y estigmatizado a sus familias, pero que no siempre se ha traducido en condenas por delitos de terrorismo. En efecto, la pretensión del ejecutivo manifestada en sendas declaraciones en 2006 de no aplicarla para casos nuevos, duró tan solo 8 meses, luego de los cuales, la ley de conductas terroristas volvió a su apogeo con la detención de un estudiante en la plaza de Temuco (octubre de 2008) en protesta por el homicidio de Alex Lemún. Fue formalizado por la figura de lanzamiento de artefactos explosivos. De ahí en adelante la aplicación de esta ley no cesó siendo el primer punto álgido desde 2001, la detención de alrededor de 24 comuneros por el atentado al Fiscal Elgueta y otros delitos, uno de los juicios mas largos de la historia de la reforma procesal penal (junto con el del caso Bombas), y que terminó con la absolución por delitos de terrorismo y condena por delitos comunes, en donde por segunda vez los tribunales resolvían que la organización mapuche Coordinadora Arauco Malleco no es una Asociación ilícita terrorista, juicio al que ya se ha hecho referencia.

Tras esta derrota judicial (2011), el Ministerio público no volvió a insistir con la LCT, más que en procesos ya abiertos (Fundo Brasil, Tur Bus, San Leandro) (90), y usó la legislación penal común con bastante profusión. A este respecto cabe insistir en que la mayoría de los casos por los que mapuche son formalizados y muchas veces cumplen prisión preventiva, o son absueltos, o sobreseídos. Fuera de los casos ya mencionados (91), otro se nos viene a la memoria, dos mapuche que fueron condenados por homicidio frustrado

(89) Sentencia Corte de Apelación de Puerto Montt 13/06/2008, Rol 92-2008.

(90) Ampliamente www.cidsur.cl (fecha consulta: 5 noviembre 2012).

(91) Ver notas N°s 38 a 46.

a carabineros, uno de ellos a diez años y un día, por el TOP de Angol (92), fallo que fue anulado parcialmente por la Corte Suprema permitiendo recalificar la conducta de homicidio frustrado a maltrato de obra a carabiniere (respecto de P. Levipán), condenar por porte ilegal de armas, y respecto de otro comunero, ordenar la realización de nuevo juicio porque se vulneró su derecho al debido proceso (93).

En otras ocasiones, el fiscal usa la figura de "no perseverar" en la investigación, como sucedió en caso de otros cuatro comuneros que fueron formalizados, investigados y mantenidos en prisión preventiva tres meses por homicidio frustrado a Carabineros (94), para que finalmente con fecha 26 octubre 2012, el propio Ministerio Público de Temuco desestimara las imputaciones y presentara ante el Juzgado de garantía su decisión de "no perseverar" requiriendo sólo una pena de multa correspondiente a 20 U.T.M. por el delito de usurpación.

Esta decadencia en la "justificación" para invocar la ley de conductas terroristas, que se produjo con el fallo en el denominado Juicio de Cañete o atentado al fiscal, al que se ha hecho referencia, y que intentó suplirse con esta aplicación esquizofrénica (95) de la ley penal común, cobra vigencia con el segundo punto álgido en el conflicto: el incendio con resultado de muerte del matrimonio Luchsinger, al cual ya se ha hecho referencia.

IV. Algunas manifestaciones del derecho penal de lucha y del enemigo en la legislación chilena

Bajo el Derecho Penal de Lucha el Estado ya no dialoga con sus ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate males y peligros, y por ello, la pena deja de ser en estricto rigor la sanción a un hecho cometido, y más bien dirige

(92) STOP Angol de 13 agosto 2012.

(93) SCS de 24 octubre 2012, Rol N° 6613-12.

(94) Ya nos hemos referido antes a este caso. Los imputados fueron el lonko Ernesto Chachallao Painemil, Bernardo Carrillán Tropán y Mario Cheuque Sandoval en el marco de una usurpación de terreno ancestral, el día 6 de julio de 2012 al interior del Fundo El Natre. Vid. Ampliamente www.cidsur.cl (fecha consulta: 5 nov. 2012).

(95) La dureza de la expresión obedece a que no es posible detener, formalizar e imputar a un sujeto un homicidio, que éste cumpla prisión preventiva, para que luego el órgano persecutor acuda a la decisión de "no perseverar" lo que significa en pocas palabras que nunca tuvo antecedentes siquiera para mantenerlos con una cautelar tan gravosa.

al aseguramiento frente a hechos futuros. En el DP del enemigo, este aseguramiento, como sabemos, se da a través de tres características fundamentales: adelantamiento de la punición a través del castigo de actos preparatorios y alteraciones en el *iter criminis*, aumento de penas, y restricciones o supresiones de garantías, que no son otra cosa que la forma a través de la cual, en el estado de excepción, se da forma legal a lo que no puede tener forma legal.

Manifestaciones del Derecho penal de Lucha y del DP del enemigo se encuentran en varias normas y proyectos de ley vigentes en nuestro país: Ley 12.927, sobre seguridad del Estado, ley 18.314 sobre conductas terroristas, ley 20.000 sobre tráfico de estupefacientes, y el proyecto de ley para resguardo del orden público. Todas ellas combaten peligros.

Quisiera hacer breve referencia a dos textos legales que resultan de especial preocupación hoy en día. El primero es el proyecto de ley de resguardo al orden público (Boletín 7975-25), cuyo espíritu es claramente combatir peligros y enemigos que han ido apareciendo a lo largo de la protesta social en Chile, a saber: estudiantes movilizadores, deudores habitacionales, grupos antisistémicos, etc., respecto de los cuales las directrices político criminales empleadas por el Poder han ido asumiendo la misma lógica de división entre amigos y enemigos. Así los estudiantes y deudores habitacionales, también los antisistémicos, en la medida en que no ocasionan grandes daños, son tratados como simplemente no amigos. Los encapuchados son "los enemigos". El Mensaje del proyecto de ley expresa claramente esta división: "*Los últimos acontecimientos en nuestro país, han demostrado que el derecho a manifestarse pacíficamente se ha visto limitado o restringido debido a la acción de personas ajenas a las causas que ellas expresan, las que actúan violentamente, sea en contra de la vida e integridad física, sea dañando bienes públicos y privados, sea atacando a las Fuerzas de Orden y Seguridad*".

En los delitos de desórdenes públicos se aprecia no solo un aumento de penas, sino asimismo una profusa identificación de las conductas constitutivas del mismo que rayan con el ejercicio de derechos, varias de las cuales se encuentran contenidas en otras normas especiales. Así por ejemplo, la paralización de servicios públicos (ej. huelgas en hospitales, establecimientos educacionales fiscales municipalizados, transporte, etc.), invadir u

ocupar establecimientos educacionales, impedir la libre circulación por puentes, etc. (ej. paralizar el tránsito durante una manifestación), atentar contra la autoridad (p.ej. maltrato a carabineros) (96). Este tipo de conductas se encuentran contenidas algunas en la Ley de Seguridad del Estado (art. 6 ley 12.927), y otras en el Código de Justicia Militar, con lo cual lo normal y lo excepcional pasan a ser las dos caras de la misma moneda.

El adelantamiento de la punibilidad propio del derecho penal de lucha y del enemigo, y muy claramente manifestación del derecho penal de autor lo encontramos en aquella norma que pretende sancionar a los que inciten, promuevan o fomenten los desórdenes (97). Es decir se pretende hacer responsables a los convocados a manifestaciones por el ejercicio de derechos constitucionales (manifestación y reunión). Una norma similar se encuentra en el art. 6 letras c y d) de la LSE. Nuevamente se trata de normalizar la "emergencia".

(96) Boletín 7975-25: 3) Sustitúyese el Artículo 269 por el siguiente: "Artículo 269. Serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio quienes participen en desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los siguientes hechos: 1.- Paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como los hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustibles, agua potable, comunicaciones o transporte; 2.- Invadir, ocupar o saquear viviendas, oficinas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquiera otro, sean privados, fiscales o municipales; 3.- Impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes; 4.- Atentar en contra de la autoridad o sus agentes en los términos de los artículos 261 o 262 o de alguna de las formas previstas en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar o en los artículos 17, 17 bis, 17 ter y 17 quáter del Decreto Ley N° 2.460 de 1979, o en los artículos 15A, 15B, 15C y 15D del Decreto Ley N° 2.859 de 1979, según corresponda; 5.- Emplear armas de fuego, cortantes o punzantes, artefactos o elementos explosivos, incendiarios o químicos u otros capaces de producir daños a las personas o a la propiedad; 6.- Causar daños a la propiedad ajena, sea pública, municipal o particular. La pena establecida en el inciso precedente se impondrá sin perjuicio de la que, en su caso, corresponda aplicar además a los responsables por su intervención en los daños, incendio, atentados, robo, infracciones a la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y, en general, otros delitos que cometan con motivo o con ocasión de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia. Se aplicará la pena de presidio menor en su grado medio a quienes hubieren incitado, promovido o fomentado los desórdenes u otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los hechos señalados en el inciso primero, siempre que la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por aquéllos."

(97) Vid. Nota anterior Inciso final del nuevo art. 269.

El aumento de penas no sólo se aprecia en los delitos de desórdenes públicos, sino asimismo en la idea de pena efectiva y eficaz que establece el mensaje, con lo cual el ámbito de penas respecto de estos delitos queda reducido a la pena privativa de libertad, al ampliarse el ámbito de conductas en el art. 269 del CP que antes eran atípicas si no se dirigían contra la seguridad del Estado o quedaban entregadas a la regulación de la falta de desórdenes públicos.

Finalmente, respecto de los enemigos se establece una norma especial consistente en una agravación de penas para aquellos que actúen con el rostro cubierto (98), norma sumamente discutible desde el punto de vista de su fundamento normativo dado que el auto encubrimiento no es punible. Luego, el único fundamento que pudiera encontrarse aquí es la razón de Estado.

Pero sin duda alguna, el ejemplo paradigmático de derecho penal del enemigo es la ley 18.314 (99). No me referiré en profundidad a la misma, sino simplemente destacaré algunos tópicos que me parecen esenciales:

Lo primero que debemos tener presente es el origen de esta ley. Fue creada en dictadura (1984) para reprimir a la disidencia política. Formalmente obedece al mandato constitucional del art. 9 de la CPR, que junto con señalar que "el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos", dice que una ley de quórum calificado debería fijar las conductas terroristas y su penalidad.

Lo segundo a considerar son las reformas a esta ley. La primera reforma (ley 18.937 de 22/02/1990) no cambió su esencia, se limitó a eliminar algunos tipos penales. Posteriormente fue reformada de manera integral en democracia

(98) "Artículo 269-B: En los delitos previstos en los párrafos 1, 1 bis y 2 del presente título, se impondrá el máximo de la pena, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados, a los responsables que actuaren con el rostro cubierto o utilizando cualquier otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hechor". Boletín 7975-25. Disponible en www.bcn.cl.

(99) Un amplio análisis en VILLEGAS, M. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico del terrorismo en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca (2002). Disponible al público en www.cybertesis.cl.

(1991) (100), introduciendo elementos subjetivos en los tipos penales relativos a la finalidad terrorista para privarla de su extremo objetivismo y adecuarla al nuevo escenario político. En 1993 vuelve a modificarse, solo respecto de los delitos de asociación ilícita terrorista y secuestro terrorista (ley 19.241 de 28/08/1993). Luego en 2002 se modifica mediante la ley adecuadora de la reforma procesal penal (101), introduciendo la figura de los testigos con reserva de identidad, entre otros. En 2003 se modifica para crear la figura del financiamiento al terrorismo (102) (a tono con el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, y la ratificación de la Convención Interamericana contra el terrorismo y la Res. ONU N° 1373 (103). La última reforma (ley 20.467 de 8/10/2010), no cambia su esencia, dejando a la ley -en mi modesta opinión- en una condición peor aún a la que existía en relación con el principio de legalidad y el debido proceso.

En tercer lugar, es menester hacer referencia a las complejidades de esta ley que rayan con lo inconstitucional: el concepto de terrorismo, la protección a su través de la propiedad privada que carece de función social, y la restricción de garantías.

1. El concepto de terrorismo en la ley 18.314 (104)

Concretamente los delitos de terrorismo en esta ley se construyen como delitos de forma

(100) Ley 19.027 de 24 enero de 1991.

(101) Ley 19.802 de 31-05-2002.

(102) Ley 19.906 de 13 de Nov. de 2003 modificó ley 18.314, sobre conductas terroristas, incorporando el art. 8 que reprime, la financiación de los actos de terrorismo.

(103) Decreto N° 263, Ministerio de Relaciones Exteriores (10 de febrero de 2005), promulga la Convención Interamericana contra el terrorismo (Barbados, 3 de junio de 2002) y Decreto N° 488 del Ministerio de Relaciones Exteriores (13 Nov. 2001), da cumplimiento a la Resolución N° 1.373 (28-09-2001) de ONU.

(104) El siguiente apartado ha tomado como base lo planteado en OBSERVATORIO PARLAMENTARIO. "Elementos para un concepto jurídico de terrorismo". Minuta para debate parlamentario, preparada por Villegas, M., septiembre 2010, disponible en www.humanas.cl; VILLEGAS, M. "Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal", en Revista Política Criminal N° 2, A3, Santiago, Chile, 2006, p.1-31, www.politicacriminal.cl y en Rev. Pensamiento Penal, N° 42 de 22 diciembre 2006, Buenos Aires, www.pensamientopenal.com.ar; HERNÁNDEZ BASUALTO, H. "Alcances de la ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad". Defensoría penal pública. Informes en Derecho. Doctrina penal 2010, Santiago de Chile, octubre de 2011. Disponible en Internet.

libre, esto es delitos comunes agravados por características terroristas de su comisión, tales características eran antes de la última reforma, de un lado: la finalidad de causar temor a la población o un sector de ella; o alternativamente la de arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias. La finalidad de causar temor se entendía probada según la misma ley, por el hecho de haberse empleado ciertos medios, catastróficos, o por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo de personas. Incluso más, la finalidad terrorista se presumía en caso de cometerse el delito a través de medios catastróficos.

Claramente las críticas a esta concepción daban relación con la construcción de un concepto de terrorismo sobre la base de la causalidad de temor o coacciones a la autoridad, olvidando que los efectos o resultados de alarma pública no son privativos de la delincuencia terrorista. De otro lado, 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 idem* 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. La pregunta era, porque al estudiante que se manifestaba en Santiago, y cometía esta conducta se le aplicaba la ley común, y al mapuche o al estudiante pro mapuche se aplicaba la LCT.

Por otra parte, no existe ni ha existido nunca claridad en torno a los bienes jurídicos protegidos. Y esto sucede porque parece no tener claro que el concepto jurídico de terrorismo en una legislación interna solo tiene sentido en una democracia material. Terrorista es el que en lugar de emplear los canales de participación democrática, que deben estar materialmente abiertos y ser eficaces, emplea el miedo o el terror para someter a la población a sus propósitos utilitarios, mediante una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales. En este sentido el sujeto activo más claro de Terrorismo es el Estado, sin perjuicio de que no es posible que se castigue a sí mismo. Luego, para que pueda producirse esta violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamenta-

les, se requiere de una organización terrorista, única forma de llevar a cabo una estrategia, y en ese sentido, las organizaciones criminales que operan sin el amparo estatal, podrán llevar a cabo su plan siempre que se conviertan en una especie de microestado dentro del Estado.

El fundamento normativo a estas consideraciones lo encontramos en varias convenciones internacionales (Convención Interamericana contra el terrorismo, CIRATCB, etc.), todas las cuales coinciden en que el terrorismo es un atentado a la democracia y a la paz.

Así también tenemos un fundamento normativo interno, toda vez que es la propia constitución de 1980 la que entrega un concepto de terrorismo y un mandato explícito e implícito al legislador para diseñar un concepto jurídico acorde. El texto constitucional señala que el terrorismo "es por esencia contrario a los derechos humanos" (art. 9), cuestión que en armonía con los tratados internacionales sobre la materia puede identificarse, 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. Esta idea ha sido pasada por alto siempre en las sucesivas reformas (105).

Incluso más, es la misma Constitución la que se encarga de aclarar que los delitos de terrorismo son los más graves dentro de la legislación penal, por esta razón, ordena que la ley que regule esta clase de conductas debe tener un quórum especial para ser aprobada en el parlamento, y establece también gravísimas penas accesorias: el procesado por delitos de terrorismo pierde el derecho a sufragio (art. 16 CPRCh), y 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 (art. 9 de la CPRCh). Asimismo el condenado por de-

(105) OBSERVATORIO PARLAMENTARIO. "Elementos para un concepto jurídico de terrorismo". Minuta para debate parlamentario, preparada por Villegas, M., septiembre 2010, disponible en www.humanas.cl;

delitos de terrorismo pierde la calidad de ciudadano (art. 17 CPR) (106).

Es decir, el terrorista -como el *homo sacer*- sufre la marginación y estigma social aun después de su condena, impidiendo cualquier posibilidad de reinserción social.

La idea que subyace a esta normativa constitucional es que no cualquiera puede ser "sacer", por lo tanto, así como en la vieja Roma las causas para ser declarado *sacer* eran restrictivas, así también deberían serlo los tipos penales de terrorismo. Sin embargo nada de esto sucede en la ley actual. Más bien se acogen marcadamente criterios de derecho penal del enemigo para adelantar punibilidad mediante castigo de actos preparatorios, tentativas castigadas como delitos consumados, amenazas castigadas como tentativas; para aumentar penas y para alterar las reglas procesales y procedimentales ordinarias: ampliaciones de plazos de detención en manos de la policía (10 días en casos de terrorismo, hasta 72 horas en cualquier otro caso), prisión preventiva reforzada, posibilidades de intervención en las comunicaciones sin conocimiento del afectado y sin posibilidad de control judicial por parte del tribunal superior, uso de testigos con reserva de identidad, entre otros.

La última reforma (Ley 20.467,) tampoco solucionó el problema del concepto de terrorismo. El mensaje del proyecto de ley contiene sendas declaraciones de buenas intenciones de adecuar el concepto a los tratados internacionales, que se quedan en eso, puesto que no considera los límites que esta misma normativa internacional impone, en cuanto a que nada de lo que en estos tratados se diga puede ser interpretado para restringir derechos humanos fundamentales (107).

En este sentido si bien la reforma elimina la presunción de la finalidad terrorista que operaba cuando se usaban en la comisión del delito medios catastróficos o estragantes, lo que vendría a salvar la inconstitucionalidad producida respecto del principio de presunción de inocencia, hay que destacar que por este motivo, esta presun-

(106) Idem.

(107) Arts. 14 y 19.1 del Convenio para represión de atentados terroristas cometidos con bombas y art. 15 de la Convención Interamericana contra el terrorismo.

ción nunca fue usada por nuestros tribunales, tampoco en el caso de mapuche, con lo cual su eliminación no resolvía ningún problema real. Muy por el contrario, la referencia que esta presunción hacía al uso de medios catastróficos o estragantes servía como criterio al juez para calificar una conducta como terrorista cuando se usaran esta clase de medios desde que eran usados para dar por probada la finalidad de atemorizar a la población. Hoy día al haber desaparecido esta referencia las conductas terroristas podrán verificarse por cualquier medio, quedando el tipo penal abierto.

Así las cosas podría suceder que un delito de terrorismo se verificara mediante hondas, cuchillos, piedras, es decir un medio que carece de toda capacidad para llevar adelante una estrategia sistemática de violación masiva a derechos humanos, con lo cual nos alejamos completamente de los elementos de un concepto jurídico de terrorismo acorde con los tratados internacionales.

La reforma también elimina como hipótesis alternativa de finalidad terrorista la de arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad. Sin embargo esta hipótesis pasa a formar parte de la manera de probar la concurrencia de la finalidad de causar temor, y además se amplía a "inhibir" resoluciones de la autoridad.

No se trata de afirmar que todos los delitos de terrorismo necesariamente deban ser cometidos con bombas y medios estragantes, pero sí de guardar un mínimo de razonabilidad para impedir que ya definitivamente el terrorismo se convierta en el cajón de sastre de cualquier clase de conducta, pues de acuerdo a la actual redacción, que un estudiante lance piedras contra un edificio del ministerio de educación exigiendo a la autoridad mejoras educacionales, podrá -en función de lo que opine el fiscal de turno- ser considerado delito de terrorismo, porque por el solo hecho de tratar de arrancar una resolución a la autoridad, se evidenciará que tenía finalidad de causar temor un sector de la población.

Las personas no podemos quedar a merced de la buena o mala interpretación de los operadores del sistema penal, especialmente cuando se trata de esta clase de delitos tan graves. Porque potencialmente todos somos destinatarios de esta ley, antes fueron los integrantes de grupos armados

y no armados contra la dictadura, luego lo han sido mapuches, y últimamente chicos ocupas de tendencia anarquista.

2. La protección de la propiedad privada que carece de función social a través de la Ley de Conductas Terroristas (LCT)

La LCT no cumple con lo dispuesto por el Convenio Internacional para la Represión de Atentados terroristas cometidos con Bombas (CIRATB, N. York, 1999), toda vez que a través de los delitos de incendio terrorista se protege la propiedad privada. Ciertamente que son delitos de peligro para la seguridad de las personas, pero es precisamente por esta misma razón que tienen altísimas penas en la ley penal común. Y es por ello que el CIRATB excluye de su protección a la propiedad privada que carezca de función social. De acuerdo a este convenio la propiedad que queda protegida bajo legislaciones tan graves es la propiedad pública y la privada en cuanto constituye instalaciones de infraestructura que presten algún servicio al público, ej. redes de alcantarillado, de energía eléctrica, de agua potable, etc. (108).

La reforma a los delitos de incendio terrorista en la LCT ha sido claramente un fraude de etiquetas, pues si bien impide que el juez pueda aumentar la pena hasta en tres grados respecto del delito común correspondiente (nunca ocurrió así en la jurisprudencia, generalmente el aumento de pena era en un grado pues ya con ese aumento quedaba lo suficientemente grave), las penas siguen siendo las mismas. Concretamente el incendio de bosques pastizales (de frecuente ocurrencia en casos mapuche) tiene pena mínima en el código penal de 5 años y 1 día de privación de libertad (art. 476 núm. 3 del CP). Aumentada en un grado queda en 10 años y un día. Así era antes de la reforma, y sigue siendo igual con ella pues si bien aplica las penas del código penal, señala expresamente que en esta clase de incendios (pastizales, etc.) la pena mínima para el incendio terrorista sigue siendo de 10 años y un día de presidio.

(108) OBSERVATORIO PARLAMENTARIO. "Comentarios generales sobre el proyecto de ley del ejecutivo que reforma la ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad n° 18.314"; Minuta para debate parlamentario, preparada por VILLEGAS, Myrna, septiembre 2010. disponible en www.humanas.cl

Hay que hacer presente que durante la discusión parlamentaria se presentó una indicación a objeto de incorporar una norma que limitara la protección de la propiedad privada, en los términos del Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas. Se rechazó esta indicación soslayándose la discusión de fondo mediante argumentos tales como que los incendios no son "delitos contra la propiedad", sino "delitos de peligro para la seguridad de personas", y que por ende, debían estar en la ley de conductas terroristas, obviando que es precisamente por esta circunstancia que los incendios en la legislación penal común tienen una pena tan alta (incendio de pastizal tiene pena mínima de 5 años y un día, sin derecho o beneficio para el imputado que suponga el cumplimiento de la pena en libertad). Durante la discusión parlamentaria se enfatizó que los tratados internacionales obligan a la protección de la propiedad solo en su función social, y que en aquellos casos en los que existen legislaciones que protegen la propiedad privada mediante este tipo de delitos (vr.gr. CP español), existen otra clase de restricciones en los tipos penales de terrorismo que determinan que no cualquiera pueda ser terrorista (ej. finalidad política, necesidad de la pertenencia a una organización o asociación ilícita terrorista). A pesar de estas prevenciones, primó la razón de Estado (109).

3. Las restricciones de garantías procesales

Hay que destacar que en la última reforma, el proyecto inicial presentado por el Ejecutivo prácticamente copia institutos propios de la lucha contra el narcotráfico y del lavado de dinero, en la errada idea de que el terrorismo es una forma de crimen organizado mostrando serias confusiones entre lo dogmático y lo criminológico. Una cosa es "la organización terrorista" como elemento del tipo penal, y otra cosa muy distinta la desviación terrorista, que claramente es una forma de delincuencia por convicción política, con objetivos distintos a los del narcotráfico y el lavado de dinero, y que por ende requiere de otra clase de soluciones, que no exclusivamente penales punitivas (110).

(109) Congreso Nacional; Historia de la Ley 20.467 de 8 octubre 2010 que modifica disposiciones de la ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad. Disponible en www.bcn.cl.

(110) En esta idea, ZUÑIGA, L. Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas

En este punto la reforma se caracteriza por cumplir fielmente con lo que es la ya conocida estrategia del punitivismo para tratar jurídicamente al terrorismo: a la agravación de penas descrita en los apartados anteriores, le añade una estrategia de investigación escuálida en lo que a respeto de garantías procesales se refiere, combinado con una atenuación punitiva por colaboración con la justicia.

Así la reforma fortaleció el instituto de los testigos protegidos mediante la introducción de normas engañosas y que fueron presentadas por la prensa (derecho penal simbólico) como logros para la defensa. En realidad lo que la reforma hace es explicitar que los testigos protegidos pueden ser contra interrogados por la defensa (posibilidad que ya existía en la ley de conductas terroristas, conforme a la normativa procesal penal común), la novedad es que ahora se le pone un límite a la defensa: no puede dirigir preguntas que impliquen poder revelar la identidad del testigo, con lo cual los criterios de imparcialidad del testimonio quedan en serio entredicho: no sabemos si el testigo es un policía, o un propio comunero mapuche llevado por malas relaciones con sus vecinos, o coaccionado. A esto se une que en el proyecto de ley "largo" que se pretende aprobar, se elimina la posibilidad de que la defensa pueda solicitar la revisión de la medida de protección del testigo (reserva de identidad, cambio de domicilio, etc.), posibilidad que sí existe en la ley vigente.

Como contrapartida, la reforma nada expresó, a pesar de haberse indicado esto en la discusión parlamentaria, respecto de las situaciones en que se autoriza la provisión de fondos a estos testigos para su protección, a fin de que éstas no se perpetúen en el tiempo, y que es una de las cuestiones que ha contribuido a erosionar la credibilidad de este medio probatorio. Hace unos años atrás una defensora penal pública fue formalizada por el delito de desacato ante el Juzgado de garantía de Temuco, por haber revelado a la prensa un ofi-

Jurídicas, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009; ZUÑIGA, L. Criminalidad organizada, Derecho penal y Sociedad. Apuntes para el análisis en Villegas, M. (Coord.) Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. Libro Homenaje a Eduardo Novoa Monreal, ps. 173-195 Santiago de Chile: Ediciones Universidad Central, 2008. VILLEGAS, M. "Terrorismo ¿Crimen Organizado? Análisis comparado. En Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de Chile; 2004, ps. 227-248;

cio en el que constaban las cuantiosas sumas de dinero que el Ministerio Público gastaba en testigos protegidos.

¿Qué puede destacarse como positivo de la última reforma?:

a) la eliminación de tipos penales que carecen de sentido con finalidad terrorista ej. Lesiones leves, parricidio.

b) el regreso de la tentativa en forma parcial a las reglas ordinarias (se castiga con uno o dos grados menos a la del delito consumado y no con la pena asignada al delito como consumado como era antiguamente).

c) la inaplicabilidad de la LCT a los adolescentes, en donde la reforma de la ley 20.047 quedó incompleta, y debió ser mejorada a través de otra ley (junio de 2011) que impidiera que esta ley se aplicara a los adolescentes.

V. Conclusiones

1. El derecho penal del enemigo y el derecho penal de lucha son manifestaciones del estado de excepción, esto es, aquel momento en que el derecho se suspende a sí mismo para dar continuidad a un determinado proyecto político y social.

2. La protesta social en Chile en la medida que recrudece o que las resistencias al biopoder van endureciéndose, son objeto de un control penal propio de un estado de excepción, en donde la norma existe pero deja de aplicarse (caso de comuneros mapuche formalizados por delitos graves en los que finalmente el órgano persecutor decide no perseverar), o se restringen garantías reconocidas ordinariamente para los ciudadanos (ej. ley de conductas terroristas, proyecto de ley contra el orden público).

3. Los conflictos que el Estado chileno pretende resolver mediante la violencia de su sistema punitivo, son conflictos de clase. La cuestión mapuche es un problema de clase y no simplemente étnico, de ahí que la criminalización a las resistencias de este pueblo originario por parte del órgano persecutor atraviese por periodos de violencia institucional cíclica que muestra puntos álgidos de tensión. En una primera fase se cuando estalló el conflicto Ralco (1998, Gobierno de Frei Ruiz Tagle) se aplicó la Ley de Seguridad

del Estado, la tensión fue aumentando en el conflicto y estalla en 2002 (Gobierno R. Lagos) con la aplicación de la Ley de Conductas Terroristas, así hasta 2007 (Gobierno M. Bachelet), en donde la tensión afloja y se usa la legislación penal común con bastante largueza. A fines de 2008 vuelve a invocarse la Ley de Conductas Terroristas hasta 2011 (Gobierno S. Piñera), a 2012 nos encontramos nuevamente con uso de legislación penal común, siempre aplicada con esa especie de anómia que da el estado de excepción, es decir, existen normas y garantías, pero parecen no aplicarse a mapuche por el órgano persecutor, esta y no otra es la explicación de la ligereza con las que se hacen las calificaciones y las imputaciones a mapuche por delitos en los cuales finalmente se decide no perseverar. A 2013 retornamos a la ley de conductas terroristas.

4. Con todo, y a excepción del juicio de Cañete y lo que esta sucediendo al sur del Bío Bío hay que destacar el esfuerzo que se ha habido hecho por parte de tribunales superiores, por morigerar la persecución penal. Aún cuando esto pudiera ser síntoma de la aplicación de la vieja técnica ya conocida del Poder del garrote y la zanahoria. Esta vez los tribunales superiores, al menos en la IX región, han vuelto a usar el garrote de la ley de conductas terroristas, a lo menos para dar curso a investigaciones con el procedimiento de la ley de conductas terroristas y mantener medidas cautelares, entre ellas, la prisión preventiva.

5. Frente a los gravísimos problemas que tiene la LCT, tanto en lo estrictamente normativo (tipos penales abiertos contrarios al principio de legalidad, restricciones importantísimas al derecho a defensa, entre otros), como en cuanto a su aplicación, generalmente no a terroristas sino a identidades individuales o colectivas que persiguen cambios sociales, la solución no es su reforma, porque las reformas a la ley de conductas terroristas en Chile, como ocurre en otros lugares del mundo, obedecen más a una razón de una razón de Estado, que a una razón jurídica. Luego, la solución es su derogación.

6. Mientras esto no suceda, deberemos buscar en los tratados internacionales y en la constitución los argumentos para ir desestimando una a una la aplicación de sus normas. Así por ejemplo, y en cuanto al Convenio para la Represión de Atentados terroristas cometidos con bombas,

cuyas restricciones no se encuentran en la ley de conductas terroristas, creo que la forma de interpretarlo es que al haberse aprobado dicho convenio, sin reservas, por parte del estado de Chile, la normativa antiterrorista que afecte a delitos contra la propiedad privada particular, debe ser interpretada en el sentido que señala este mismo convenio.

7. El modelo panóptico está presente en el control penal que se ejerce contra las comunidades mapuche manifestándose en la "militarización" de las comunidades mas activas. Y si bien es cierto la mayor severidad penal e incriminación se dirige contra las "resistencias" mas activas al biopoder, y desde esa perspectiva puede hablarse de una criminalización de las "resistencias

mapuche" y no de "las demandas mapuche", no es menos cierto que la criminalización de estas resistencias acarrea como efecto la criminalización de todas las comunidades y sus demandas. Las detenciones de sus autoridades ancestrales, los allanamientos en los que la violencia y la brutalidad alcanzan a niños y ancianos, conducen a pensar que estamos en presencia de una "guerra total" en contra de mapuche, propia de la DSN que obliga a intervenir militarmente en política cuando "lo permanente" y "no lo accidental" de la sociedad está en peligro. Es también lo que está sucediendo en contra de grupos anarquistas y antisistémicos, una lucha a toda costa contra el "enemigo", real o no, en la que ni siquiera se procura guardar las formalidades del estado de derecho. ♦