



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
TALLER DE MEMORIA

***CONFLICTO MAPUCHE Y LEGISLACIÓN
ANTITERRORISTA:
ANÁLISIS CRÍTICO PARA UN ESTADO DE DERECHO
DEMOCRÁTICO.***

Alumnos: Álvaro Cayuqueo Pichicón.
 Pablo Montesinos Saavedra.
 Sebastián Saavedra Cea.
 Grethel Soler Guerra.

Profesora Guía: Myrna Villegas Díaz.

Santiago, Enero de 2008.

A nuestros abuelos.

“...Muchas veces he sospechado en muchos individuos de esta tierra, sobre todo en las capas más bajas, sobrevive de manera violenta el carácter del antepasado indígena, no del indígena libre, sino del que perdió su libertad; es decir, conservan la actitud de aquél: silenciosos, huraños, reacios al trabajo, reacios a la sumisión; no quieren entregarse, y entregarse ¿para qué?. Para ser esclavos. ¿Vale la pena? Hay gente que los odia, sí, hay gente que los odia, pero los odia por eso, porque no se entregan, porque no les sirven. Debo decirte que yo los admiro, y los admiro porque no los necesito: no necesito que trabajen para mí, que me sirvan, que me obedezcan...”

Manuel Rojas.
“Hijo de Ladrón”. 1958.

ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores Varios.
art.	Artículo.
arts.	Artículos.
CAM	Coordinadora Arauco Malleco.
CAS	Consortio Agrícola del Sur.
CEPI	Omisión Especial de Pueblos Indígenas.
CONADI	Comisión Nacional de Desarrollo Indígena.
CORA	Comisión de Reforma Agrícola.
CP	Código Penal.
CPP	Código Procesal Penal.
CPR	Constitución Política de la República.
Doc.	Documento.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
FTAI	Fondo de Tierras y Aguas Indígenas.
LCT	Ley sobre conductas terroristas.
LSE	Ley sobre Seguridad del Estado.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
ONG	Organización no Gubernamental.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
p.	Página.
pp.	Páginas.

parr. Párrafo.

PIDCYP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN.	12
----------------------------	-----------

Primera parte:

Antecedentes generales de la “Cuestión *Mapuche*”.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL PUEBLO *MAPUCHE*

1 - CUESTIONES PREVIAS.	22
1.1 ¿Quiénes son o deben ser considerados <i>mapuche</i> ?.....	23
- Concepto censal del <i>mapuche</i>	24
- Concepto legal del <i>mapuche</i>	26
- Otra alternativa al concepto de <i>mapuche</i>	27
2.- ORÍGENES Y UBICACIÓN DEL PUEBLO <i>MAPUCHE</i>.	28
2.1 Teorías sobre el origen del pueblo <i>mapuche</i>	28
2.2 Ubicación del pueblo <i>mapuche</i>	29
2.2.1 Ubicación del pueblo <i>mapuche</i> antes de la llegada de los españoles.	30
2.2.2 Ubicación actual del pueblo <i>mapuche</i>	30
- Población <i>mapuche</i> que vive en comunidades.	31
- Población <i>mapuche</i> que vive en zonas tradicionales.	32
- Población <i>mapuche</i> que vive en zonas no tradicionales.	33

3.- ESTRUCTURA SOCIO - ECONÓMICA DEL PUEBLO <i>MAPUCHE</i> .	34
3.1 Estructura histórico-social del pueblo <i>mapuche</i> .	34
3.2 Estructura económica-histórica del pueblo <i>mapuche</i> .	36
3.3 Estructura económica-social actual del pueblo <i>mapuche</i> .	37
- Pobreza.	40
- Ingresos.	41
- Antecedentes educacionales.	41

4.- ORGANIZACIÓN EN TORNO AL CONFLICTO DE TIERRAS.	44
4.1 Consejo de todas las tierras.	44
4.2 La identidad territorial Lafquenche.	45
4.3 La Coordinadora Arauco Malleco.	45

CAPITULO II: LA PROPIEDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONFLICTO.

5.- DISMINUCIÓN DEL TERRITORIO HABITADO POR EL PUEBLO <i>MAPUCHE</i> .	
ASPECTOS SOCIALES Y JURÍDICOS.	47
5.1 Conquista y colonia. Delimitación del territorio <i>mapuche</i> ancestral.	49
- Delimitación del territorio <i>mapuche</i> (<i>Wallmapu</i>).	50
5.2.- Surgimiento de la República. Ocupación de La Araucanía.	53
- Ocupación militar de La Araucanía.	54
- Leyes de ocupación.	56
5.3.- Reforma agraria y pueblo <i>mapuche</i> .	60
5.4.- El golpe de Estado, la contra reforma y el nuevo orden neoliberal.	62
- División y liquidación de las comunidades <i>mapuche</i> .	63
5.5.- La transición democrática y el territorio <i>mapuche</i> .	65
6.- CONCEPCIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA CULTURA <i>MAPUCHE</i> .	72
6.1 La propiedad <i>mapuche</i> en particular.	75
7.- LEGISLACIÓN SOBRE LA PROPIEDAD INDÍGENA.	81
7.1.- Legislación aplicable en Chile.	81
7.2.- Desarrollo de la propiedad indígena en el derecho internacional.	82

8.- LA PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL.	84
8.1.- Aspectos generales de la propiedad privada.	84
8.2.- Protección de la propiedad privada en el ordenamiento jurídico nacional.	85
8.2.1.- Constitución Política de la República de Chile.	85
8.2.2.- Código Penal.	88
8.2.2.1.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento.	88
- Por apoderamiento.	89
- Por ocupación o usurpación.	92
8.2.2.2.- Delitos patrimoniales sin enriquecimiento.	96
- Incendios.	96
- Estragos.	99
- Daños.	99
8.2.3.- Código Civil.	101
8.2.3.1.- En cuanto a la adquisición de la propiedad.	101
8.2.3.2.- En cuanto a los títulos para adquirir la propiedad.	101
8.2.3.3.- En cuanto a la protección de la propiedad, su conservación y pérdida.	102
8.2.3.4.- En cuanto a los derechos que se pueden constituir sobre ella.	102
8.2.3.- Código de Minería.	102
8.2.4.- Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad.	103
8.2.5.- Ley de Seguridad del Estado.	105
8.3.- Análisis crítico de la regulación jurídica de la propiedad.	106
8.3.1.- Análisis comparativo de penas.	106

Segunda Parte:
Análisis Dogmático de la “Cuestión *mapuche*”

CAPÍTULO III: REGULACIÓN JURÍDICA EN TORNO AL CONFLICTO *MAPUCHE*. UN ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY 18.314.

9.- VISIÓN DE LA NORMATIVA APLICADA EN EL CONFLICTO <i>MAPUCHE</i>....	110
9.1.- Ilícitos y reacción estatal bajo el amparo de la ley 18.314.	111
9.1.1.- Causa seguida en contra de Víctor Ancalaf.	111
9.1.2.- Causa seguida en contra de lonkos Pascual Pichún y Segundo Norín, y Patricia Troncoso.	113
9.1.3.- Causa seguida en contra de José Huenchunao, Patricia Troncoso, Juan Millacheo, Florencio y Juan Marileo.	117
9.1.4.- Causa seguida en contra de Juan Huenulao.	121
9.1.5.- Causa seguida en contra de José Cariqueo y Juan Colihuinca.	123
9.1.6.- Causa seguida en contra de Patricia Troncoso, Jorge Huaiquín, Marcelo Quintrileo, Pascual Pichún, Segundo Norín y José Llanca.	125
9.2.- Ilícitos y reacción estatal más allá de la ley 18.314: El abuso de la legislación común.	131
9.2.1.- Los juicios militares.	131
9.2.2.- Los juicios bajo la ley de Seguridad del Estado.	132
9.2.3.- Los juicios bajo la legislación penal ordinaria.	133
10.- CONCEPTO DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.	137
10.1.- Aproximación al concepto de terrorismo desde el punto de vista doctrinario, legislativo y jurisprudencial.	139
10.1.1.- Criterio Objetivo.	139
10.1.2.- Criterio Subjetivo.	140
- El terror o la alarma pública como finalidad.	140
- La finalidad o móvil político.	142
10.2.- Examen del concepto de terrorismo en la legislación chilena.	148
11.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TERRORISMO....	154
11.1.- Bienes Jurídicos Colectivos.	157

11.2.- Bienes Jurídicos Colectivos y delitos de peligro	159
11.3.- Bienes Jurídicos Individuales.	163
12.- LA PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TERRORISMO.	165
12.1.- Propuesta de Luigi Ferrajoli.	167
12.2.- Propuesta del Profesor Eduardo Novoa Monreal.	171

CAPÍTULO IV: LA PROPIEDAD EN LA LEY 18.314.

13.- CONSIDERACIONES PREVIAS.	180
14.- ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICANTES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 18.314.	185
14.1.- Circunstancia primera: La finalidad de causar temor en la población o en una parte de ella.	185
- Presunción simplemente legal del Artículo 1º	191
14.2.- Circunstancia segunda: Arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.	192
14.3.- Especial consideración al elemento estructural del delito terrorista.	195
15.- ANÁLISIS DE LOS TIPOS QUE COMPRENDEN EN SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO.	198
15. 1.- Delito de Estragos Terrorista (Art. 2º N° 1).	198
- Tipo objetivo.	198
- Tipo subjetivo.	199
- Consumación.	200
- Penalidad.	200
- Doble incriminación.	200
15.2.- Delitos de Colocación, Lanzamiento o Disparo de Bombas o Artefactos Explosivos o Incendiarios (Art. 2, N° 4).	201
- Tipo objetivo.	201
- Tipo subjetivo.	203
- Consumación.	203
- Penalidad.	205
- Doble incriminación.	205
15.3.- Delitos de Incendio Terrorista (Art. 2, N° 1 Ley 18.314).	205

- Tipo objetivo.	206
- Tipo subjetivo.	211
- Consumación.	213
- Penalidad.	219
- Doble incriminación.	219
16.- PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> EN RELACIÓN A LOS DELITOS DE TERRORISMO CONTRA LA PROPIEDAD. REFORMA A LA LEY 18.314.....	220
CONCLUSIONES.	222
BIBLIOGRAFÍA.	237

INTRODUCCIÓN.

1.- Es bastante común, sobre todo pero no exclusivamente, en la población en general de nuestro país, la asimilación entre terrorismo y el pueblo originario *mapuche*. Esto como consecuencia de un contexto de altísima conflictividad social en el sur de Chile que involucra como principales actores no tan solo a las comunidades *mapuche*, sino también y en gran medida, a los empresarios agrícolas y forestales de la región y al Estado chileno.

Efectivamente, no es ajeno a la opinión pública la comisión de conductas tipificadas como delito por parte de personas pertenecientes a dicha etnia que han significado la tala, incendio y destrucción de amplias extensiones de terrenos cultivados y explotados por la industria forestal, así como la destrucción de casas patronales y el sabotaje de maquinarias. En respuesta a tales circunstancias, los empresarios forestales en conjunto con el Estado de Chile, han abogado por una represión penal efectiva con miras a la persecución de los ilícitos cometidos, por una parte, y a la contención de la aguda protesta social en la que éstos se enmarcan, por otra.

Sin embargo, y lejos de una solución, con la radicalización de la protesta esta política penal se ha intensificado con la aplicación de regímenes penales especiales para la persecución y sanción de los supuestos responsables de actos de protesta social violenta, incluyendo la aplicación de la legislación especial antiterrorista.

Lo anterior merece, no obstante, un mayor detenimiento y un análisis más profundo si lo que se pretende es alcanzar una comprensión certera y justa de la compleja situación que se desarrolla en las regiones VIII y IX.

De este modo, y como primera aproximación, llama la atención la manera ambigua con que se aborda la materia en cuestión, y en particular la información que se entrega a través de los medios de comunicación masiva a la población para la formación de una opinión pública, a nuestro entender, equívoca.

La relación de los hechos ya consignados gozan de una amplia difusión en nuestros medios, así como la visión que las compañías forestales tienen acerca del

conflicto. Entre las múltiples declaraciones de personeros de este sector de la prensa nacional y regional se transcribe: “Frente a la persistente violencia protagonizada por grupos minoritarios que utilizan políticamente las demandas y aspiraciones de los chilenos de origen *mapuche*, la autoridad tiene la obligación de hacer respetar el Estado de derecho y garantizar el orden público. Para ello tiene a su disposición un amplio instrumental normativo. Si, tal como lo acaba de señalar el obispo de Temuco, hay actos que pueden calificarse de terroristas, el gobierno tiene que actuar en consecuencia e invocar las disposiciones legales que correspondan, demandando que los tribunales las apliquen”¹. En una interpretación similar y de acuerdo a un documento secreto elaborado en el marco de la Conferencia de Ejércitos Americanos (CEA), se estimó que el “conflicto *mapuche*” podría convertirse en un tema de seguridad pública mucho más importante que las acciones terroristas en Chile².

Tales declaraciones son realmente sorprendentes teniendo en cuenta que el pueblo *mapuche* no dispone de ningún tipo de arma considerable, no posee fuerzas armadas de ningún tipo ni instituciones que se le asemejen, más aún cuando constatamos que de los delitos llevados a cabo por personas pertenecientes a ese pueblo no han resultado víctimas fatales, circunscribiéndose sus efectos al resultado de daños contra la propiedad privada. Sin embargo, el manejo de la información por parte de los medios de comunicación es bastante particular. Se habla de los indígenas *mapuche* únicamente en caso de conflictos y manifestaciones violentas, llegando a extremos de vincularlos con organizaciones terroristas internacionales; mas la cobertura respecto a visitas, programas e informes de variados organismos internacionales – tanto de ONGs como de órganos especializados de las Naciones Unidas – que afirman que en Chile se estarían violando derechos fundamentales de sus comunidades, es, por decir lo menos, exigua.

En efecto, la política penal en relación con la protesta social *mapuche* y en especial el viraje de esta política durante los últimos años hacia la aplicación de legislación penal especial como la legislación antiterrorista, ha generado una creciente preocupación por parte de órganos y organizaciones internacionales de derechos humanos, ante la vulneración de los derechos individuales de personas *mapuche* como

¹ Periódico *La Tercera*, 28 de marzo de 2002, Plan Arucanía, Eduardo Díaz.

² Periódico *La Nación* 14 de mayo de 2001, Conflicto *Mapuche*: más importante que terrorismo en Chile.

resultado de la estrategia penal aplicada en respuesta a la situación de conflictividad social que experimenta el sur de Chile.

De otra parte, resulta llamativa la absoluta liviandad con la cual se utilizan ciertos términos a nivel local, especialmente cuando se trata de materias tan complejas e intrincadas como es el caso del concepto de “terrorismo”, y las costosas consecuencias que determina su uso indiscriminado para la calificación de conductas que no necesariamente merecen o revisten tal calificativo. El adecuado uso del lenguaje es clave en estas materias, pues condiciona las percepciones o, como dicen algunos, crea realidades. En este sentido, y como triste ejemplo, cabe citar la opinión vertida por el diputado Francisco Bayo (RN) en una discusión parlamentaria relacionada con el denominado “Conflicto *Mapuche*”, el cual señala: “El gobierno atendiendo a los aspectos sociales de la demanda pública de los pueblos originarios, se esmera en entregar beneficios de todo tipo a la comunidad indígena. ¡Exitosa transformación de una violencia terrorista en un conflicto racial! Repito: ¡Exitosa transformación de una violencia terrorista en un conflicto racial! Deben resguardarse y promoverse los derechos fundamentales de las personas, cualquiera sea su color y su etnia. Debe asegurarse el respeto al Estado de derecho. Chile es uno solo. Construyámoslo juntos, sin divisiones y en paz”³.

Lo anterior, considerando que a partir de los atentados terroristas perpetrados consecutivamente los años 2001, 2004 y 2005 en suelo norteamericano, español e inglés, respectivamente, surge la necesidad imperiosa de elaborar los lineamientos generales que permitan reconocer cuándo nos enfrentamos a conductas terroristas propiamente tales. De este modo, los debates doctrinarios en el ámbito del Derecho, de la sociología, de la psicología y de las ciencias sociales en general, han cobrado un renovado interés por este fenómeno político-social de violencia. No obstante, los esfuerzos realizados para la unificación de un concepto único de terrorismo han sido vanos, lo que ciertamente dificulta su adecuada represión acorde a los principios que inspiran y fundan precisamente lo que se busca salvaguardar con legislaciones antiterroristas: el Estado de derecho democrático. “Es atroz que un caníbal devore a un misionero. Pero, ¿qué cabe decir de un misionero de devora a un caníbal? Los terroristas encarnan a los caníbales dispuestos a fagocitar a otros humanos sin escrúpulos. El Estado, en tanto, representa a

³ Declaraciones de Francisco BAYO, Sesión especial sobre el denominado “Conflicto *mapuche*”

los misioneros que, se supone, buscan imponer un orden basado en la legitimidad⁴. Esto que parece elemental no es el caso en nuestros días, y presenciamos una verdadera hipertrofia legislativa que ha generado una involución de los sistemas penales garantistas.

Chile, a pesar de tener una realidad totalmente distinta a la estadounidense y europea, no ha permanecido al margen de tales debates y a la legislación internacional, promulgando diversos tratados internacionales destinados a prevenir y reprimir el terrorismo⁵.

Siguiendo a Myrna VILLEGAS, es imposible examinar el terrorismo sin hacer referencia a un análisis que diga relación con la estructura general de la sociedad. Pues bien, en la sociedad globalizada, al igual que la existente antes de la globalización, nos encontramos con un desequilibrio en el sistema económico, que genera irritantes desigualdades. Estas desigualdades generan a su vez diferencias en la participación política, y ésto produce un fracaso en la integración armónica de la totalidad de los individuos o clases que la componen. Este fracaso puede llevar, en su versión más extrema, a recurrir a la violencia como método de acción política⁶. Así, el terrorismo es una consecuencia del desajuste de un sistema, más que una causa del mismo, de modo tal que el terrorismo, visto como “programa de acción política”, dirigido a romper las relaciones de legitimación entre un sector del cuerpo social y la estructura política, menosprecia las libertades de la mayoría y pretende la eliminación o transformación del Estado por vías no democráticas⁷.

⁴ SOHR, Raúl. *Terrorismo, mapuches y derechos humanos*. Artículo publicado en Radio Universidad de Chile, 28 de Mayo 2006.

⁵ **Decreto N° 488** (Ministerio de Relaciones Exteriores de 13/11/2001), que ordena cumplir la Resolución N° 1373 (28/9/2001), del Consejo de Seguridad de ONU. **Decreto N° 519** (6/2/2002), que promulga el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15/12/1997). **Ley 19.906** de 13/11/2003 que modifica la ley 18.314 incorporando un nuevo tipo penal, autónomo, que reprime la financiación de los actos de terrorismo. **Decreto N° 263** (Min. de Relaciones Exteriores de 10/2/2005), que promulga la Convención Interamericana contra el terrorismo (Barbados, 3/6/2002).

⁶ VILLEGAS, Myrna. *El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche*. Artículo de próxima aparición en el libro homenaje a Eduardo Novoa. Universidad Central, p. 4.

⁷ DEL BARRIO REYNA, Álvaro y LEÓN REYES, José Julio. *Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos*. Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1990, pp. 18, 19.

En esta línea, adscribimos a la postura que, concordando con la definición que da la Constitución Política de la República de Chile⁸, vincula al terrorismo con los derechos humanos y su vulneración. Así, la forma mediante la cual la actividad terrorista busca la transformación del Estado, el vehículo a través del cual intenta imponer sus postulados, es el ataque hacia bienes e intereses considerados esenciales para la vida en sociedad, aquéllos considerados dignos de la más alta protección, por cuanto revisten el carácter de derechos fundamentales para la sociedad y el individuo, y que entendemos deben circunscribirse a la vida, la integridad física, la salud y la libertad de las personas, de víctimas inocentes completamente ajenas a la “lógica de la guerra” en la que se desenvuelve el fenómeno terrorista.

Tal es, en definitiva, lo que caracteriza a este tipo de criminalidad y que permite asimilarlo con los denominados crímenes contra la humanidad, tales como los crímenes de guerra o el genocidio, esto es, actos de barbarie ultrajantes para la conciencia humana que no admiten justificación alguna.

2.- Así las cosas, y en vista de las reflexiones efectuadas, las hipótesis propuestas son las siguientes:

a) En cuanto a la primera hipótesis de trabajo, se sostiene en la presente investigación que los actos ilícitos efectuados en el sur de nuestro país por personas pertenecientes a la etnia *mapuche* **no son constitutivos de conductas terroristas**, pues en su actuar no demostrarían un irrespeto, ni mucho menos un desprecio absoluto hacia la dignidad humana o sus derechos más esenciales. Desde nuestra perspectiva, tales actos constituyen delitos contra la propiedad privada insertos en un contexto de protesta social violenta por la recuperación de tierras ancestrales, que a su vez se enmarcan en un conflicto social, y también cultural, de inusual complejidad y densidad histórico-jurídica que tiene profundas raíces en la conformación misma del Estado republicano.

Todo parece indicar que la agenda pública de Chile tiene un asunto pendiente en relación a sus pueblos originarios y a la desprotección jurídica en que se encuentran sus territorios y recursos. Hay quienes postulan que, más que la seguridad del Estado, lo que

⁸ En su artículo 9 inciso 1º señala: “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.”

han puesto en entredicho los *mapuche* es la seguridad de la identidad nacional chilena y la profundidad de nuestra democracia. ¿Se encuentran realmente todos convocados a participar activamente en ella sin temor a perder su identidad? ¿Tendrán algo que celebrar los pueblos indígenas el año 2010, el año del bicentenario de la República?⁹

b) En segundo lugar, sostenemos la imperiosa necesidad de revisión de la actual ley 18.314 sobre conductas terroristas, por cuanto su articulado no permite prohijar un sistema represivo-penal acorde al respeto de los derechos humanos, tal como prescribe el art. 5º inciso 2º de la CPR¹⁰, y muy por el contrario ha sido utilizada de modo extensivo como método de persecución penal sobre actos que no revisten tal carácter, lo que ha significado la conculcación de derechos y garantías individuales mínimas, recogidas tanto por nuestra Constitución como por instrumentos internacionales ratificados por Chile.

Lo anterior, principalmente y en lo que nos interesa, dado que la actual legislación antiterrorista admite la punibilidad de ataques a la mera propiedad privada sin afectación de bienes jurídicos personalísimos pertenecientes a la indemnidad personal de los individuos. En efecto, la actual Ley 18.314 no posee un concepto ontológico de terrorismo, sino que conforma un catálogo de conductas o delitos comunes (art. 2), cualificables como terroristas si son cometidos con alguna de las finalidades alternativas que ella misma prescribe (art. 1º). Dicho catálogo contiene delitos que atentan contra la propiedad, como los delitos de incendios y estragos terroristas (art. 2 Nº 1) y el lanzamiento o colocación de artefactos explosivos o incendiarios (art. 2 Nº 2 nº 4), no quedando clara la delimitación de los bienes jurídicos que se pretenden proteger.

En consecuencia, y como segunda hipótesis investigativa, estimamos que los delitos de terrorismo deben circunscribir su ámbito de protección a aquellos bienes jurídicos pertenecientes a la indemnidad de la persona o derechos humanos fundamentales, **restringiendo la protección de la propiedad a aquellos casos en los cuales se pusiera en riesgo o se afectare la vida, la integridad física, la salud o la libertad.**

⁹ TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. *Pueblo Mapuche, Derechos Colectivos y Territorio: Desafíos Para La Sustentabilidad Democrática*. Editorial LOM, Santiago, 2006, p. 13.

¹⁰ Dicho artículo prescribe: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

3.- En concreto y como meta nos hemos propuesto:

La elaboración de una propuesta de lege ferenda en relación a los delitos de terrorismo, capaz de distinguir circunstanciadamente cada una de ellas, atendiendo a la verdadera naturaleza del terrorismo como fenómeno histórico y social, posibilitando mediante la adecuada circunspección de los bienes jurídicos que se pretende proteger es el resguardo eficaz de aquéllos, respetando en todo caso los principios sobre los que se cimenta el Estado de derecho democrático, así como la observación irrestricta de los principios a través de los cuales se articula la política de la mínima intervención penal orientada a la defensa y respeto de los derechos humanos.

4.- Desde un punto de vista metodológico, y para un desarrollo adecuado del tema, hemos dividido nuestra investigación en dos partes, en función a los diversos aspectos que éste implica. Nos encontramos ante un asunto que requiere un tratamiento múltiple y no sólo dogmático-jurídico. En efecto, su análisis involucra, asimismo, aspectos sociales, históricos y culturales del pueblo *mapuche*, su relación tanto con el imperio español, como con el Estado chileno, que nos ayuden a lograr un real entendimiento de sus demandas y reivindicaciones. Por otra parte, no podemos omitir el interesante progreso doctrinal, legislativo y jurisprudencial de los derechos propietarios indígenas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

En virtud de lo anterior, la primera parte corresponde al desarrollo de las causas y orígenes de la “Cuestión *Mapuche*”. Para ello comenzaremos, en un primer capítulo, con una delimitación de los aspectos generales de este pueblo originario, tales como población, ubicación, estructura socio-económica, niveles de educación y pobreza, así como sus niveles de organización en torno al conflicto en cuestión.

En un segundo capítulo, trataremos a la propiedad como elemento esencial para el entendimiento de la problemática *mapuche* desde un punto de vista histórico, social y cultural, que comprende una revisión de su historia como pueblo sometido por las armas mediante una guerra que determinará su configuración como pueblo en constante resistencia cultural, en contraposición a una sociedad occidental ajena que la compele hacia una integración que no repara en la divergencia de cosmovisiones tan trascendentales como la concepción que tiene cada una de ellas sobre la tierra y su

posesión. Este último punto será tratado en un aparato pertinente. Asimismo y de forma conjunta se examinarán los importantes avances efectuados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos respecto al reconocimiento de los derechos propietarios indígenas sobre sus territorios y recursos. En fin, realizaremos una revisión crítica y pormenorizada de la propiedad privada en el ordenamiento jurídico nacional y su eventual sobreprotección.

Por otro lado, una segunda parte estará enfocada a un estudio estrictamente dogmático del tema. De este modo, y en un tercer capítulo, se realizará en primer término la relación de las causas llevadas a cabo contra comuneros *mapuche* bajo la regulación de delitos de terrorismo, así como una acotada mención a la aplicación de otras legislaciones especiales. Luego nos abocaremos al examen del concepto de terrorismo desde un punto de vista doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Sin embargo, teniendo en cuenta la complejidad de este asunto específico, así como la prescindencia del objetivo de elaboración de un concepto ontológico de terrorismo, apuntaremos al establecimiento de sus características o elementos esenciales para su reconocimiento y distinción de otros tipos de violencia política o social. A continuación examinaremos los bienes jurídicos tutelados que subyacen la regulación de este tipo de delitos, con especial detenimiento en la protección (*de lege data*) de la propiedad como bien jurídico individual en la LCT. Respecto a esto último, se llevará a cabo un estudio dogmático en cuanto al desarrollo doctrinario actual en materia de derechos humanos, con el fin de circunscribir el contenido de los derechos humanos fundamentales, esto es, cuáles son en definitiva los derechos humanos que pertenecen a la esfera más íntima de la persona.

El cuarto y último capítulo trata en particular el tema de la propiedad como bien jurídico protegido en la Ley 18.314 sobre conductas terroristas, para lo cual se realizará, previamente, un análisis dogmático de las finalidades alternativas para la configuración de las conductas o delitos base como delitos de terrorismo, dada la importancia que éstas revisten para la estructuración jurídica del concepto legal de terrorismo en nuestra legislación. Consecutivamente, y teniendo presente el acervo doctrinario, legislativo y jurisprudencial hasta aquí alcanzado, realizaremos el examen crítico de los tipos penales en específico que comprenden en su ámbito de protección a la propiedad como bien jurídico. Finalmente, plasmaremos nuestra propuesta de lege ferenda en relación a los

delitos de terrorismo, en virtud de los razonamientos y resultados logrados a lo largo de la investigación.

Parte Primera

Antecedentes del Conflicto: Orígenes de la Cuestión Mapuche.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL PUEBLO *MAPUCHE*.

1. CUESTIONES PREVIAS.

El estudio de un tema coyuntural y actual como es el conflicto *mapuche*, necesariamente plantea el desafío de comprender sus orígenes y el proceso que lo antecedió, en pos de elaborar propuestas que integren las múltiples facetas que involucran este tipo de situaciones. Éste es el razonamiento que nos guiará en el presente capítulo, en el cual trataremos de explicar los orígenes y antecedentes generales del pueblo *mapuche* a grandes rasgos, entendiendo para estos efectos que existe múltiple bibliografía más detallada en torno al tema, la cual será señalada en el transcurso de esta investigación, así como también recalcando que en ningún caso el presente trabajo está orientado a hacer un análisis histórico sobre el asunto y, es más, el abundamiento simplemente nos haría desviarnos del tema principal. Sin embargo, tampoco podemos comenzar abarcando la problemática *mapuche* sin tener una noción general de los aspectos, tanto históricos como socioeconómicos, más relevantes, ya que estos entrañan en sí la génesis de la problemática actual, y en alguna forma develan el posible abuso en contra del pueblo *mapuche* y su posición social, económica y cultural en la sociedad actual.

En este sentido, este capítulo se abocará en cada tema a establecer las circunstancias históricas, en primer lugar, para inmediatamente proyectarlas al plano actual y así poder establecer un parangón que nos permita señalar los principales lineamientos en torno a la construcción de una concepción de la propiedad en la sociedad *mapuche*. Sin embargo, antes de abocarnos a esta tarea debemos establecer qué se entiende actualmente por *mapuche*.

Resulta innegable que las manifestaciones socioculturales existentes en el pueblo *mapuche* a la llegada de los españoles han sufrido un cambio profundo hasta nuestros días, no siendo claro, por ejemplo, cuáles son los límites territoriales a los que se circunscriben, así como tampoco las ocupaciones y los trabajos en los cuales actualmente

se desempeñan. Pero sin duda, la característica que se ha desdibujado en mayor medida hasta nuestros días afecta a la esencia del concepto de *mapuche*, en el sentido de su propia auto identificación, no estando definido los límites de hasta dónde es posible proyectar o extender esta noción, cuestión que para la presente resulta de total relevancia, ya que a partir de un delineamiento no totalmente exhaustivo¹¹, sino más bien general, podremos adentrarnos de manera más firme en temas como la organización frente al conflicto y el significado de la propiedad para este pueblo.

Lo anterior no es más que una demostración que las culturas no son estáticas, es decir, “no son la demostración de un pueblo en determinado momento, sino que se hacen históricamente”¹².

1.1 -. ¿Quiénes son o deben ser considerados *mapuche* en la sociedad actual?

Esta pregunta, que a simple vista aparece como sencilla, en realidad presenta una complejidad muy grande y, por lo tanto, es necesario acercarse a ella con precaución y creatividad. “Evidentemente no es una pregunta de carácter ontológico que sea necesario definir por su esencia. Tampoco se trata de una fenomenología del ser *mapuche*. Más bien es una pregunta de tipo existencial que debe responder a un grupo humano en situación de opresión social y cultural. En este sentido se trata de un ejercicio intelectual interesante, dado que en la respuesta a esta pregunta está en juego parte importante de la identidad nacional”¹³.

Históricamente, se podría decir que son *mapuche* quienes poblaban las tierras del sur del Bio–Bio en la época de su ocupación definitiva por el Ejército de Chile, lo cual ocurrió entre los años 1881 y 1883. Pero esta definición hoy en día resulta inaplicable, puesto que el gran mestizaje producido en la zona y los múltiples procesos migratorios llevaron a la dispersión de este pueblo mucho más allá de las fronteras de dicho río.

¹¹ Nos referimos a un delineamiento no totalmente exhaustivo, en el sentido que no es nuestra intención pecar de soberbios al establecer un concepto de *mapuche*, pues entendemos que esta tarea más bien debería quedar entregada a los mismos integrantes de este pueblo. Esta construcción esperamos nos ayude a un mejor entendimiento del tema.

¹² SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. “*Los mapuche en la sociedad chilena actual*”. Editorial LOM, Santiago, 2002, p. 30.

¹³ CURIVIL, Ramón. *¿Qué es ser mapuche hoy en Chile?* Estudios en Editorial Universitaria, Santiago, 2004, p. 87.

Otro punto de vista que nos puede llevar por una senda más estructurada es la consideración de los lineamientos que nos ha entregado el Gobierno en este sentido, los que básicamente se recogen en dos instrumentos: los Censos realizados en los años 1992 y 2002, y la Ley 19.253, la cual establece normas sobre la protección, desarrollo y fomento de los pueblos indígenas y crea la CONADI.

- **Concepto Censal del *mapuche*.**

Los Censos, tanto de 1992 como de 2002, incluyeron entre sus preguntas algunas orientadas a determinar la cantidad actual de población indígena existente en el país. De esta forma, el Gobierno trató de establecer una aproximación a las características de esta población en base a conceptos de auto identificación y pertenencia.

El Censo de 1992 estableció que son *mapuche* aquellas personas que se consideran pertenecientes a la cultura *mapuche*. Así, la pregunta de aquel censo estaba redactada en los siguientes términos: “*Si usted es chileno, ¿se considera perteneciente a alguna de las siguientes culturas?*”, estableciéndose cuatro alternativas, siendo la primera *mapuche*, la segunda “aymará”, la tercera “Rapa Nui” y la cuarta “ninguna de las anteriores”.

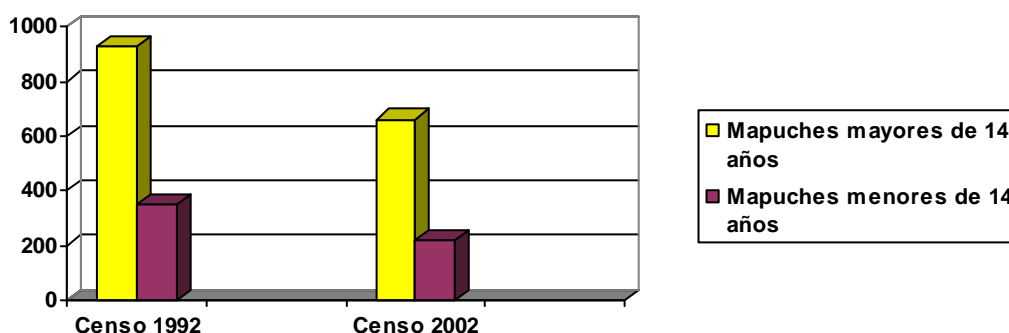
Por otra parte, el Censo de 2002 se centró en la pertenencia al “pueblo originario *mapuche*” al consultar: “*Si usted es chileno, ¿se considera perteneciente a alguna de las siguientes culturas?*”, estableciendo entre sus opciones la *mapuche*. Es decir, las personas al responder esta pregunta se estarían a la vez interrogando si corre o no sangre *mapuche* por sus venas, y cómo la historia común de este pueblo se manifiesta de alguna manera en su modo de vida actual.

Del análisis de estos datos censales, resulta que nada podemos extraer en relación al dominio del mapudungún por parte de los encuestados, ni respecto a la manifestación de costumbres o forma de vida *mapuche*, ni de su grado de mestizaje. “[M]enos aún nos dicen algo respecto de sus creencias, ya que estos datos registran exclusivamente una declaración de pertenencia a la cultura *mapuche* como fue el Censo

de 1992, y una declaración de pertenencia al pueblo indígena u originario *mapuche* en el Censo de 2002”¹⁴.

Por lo anterior, no podemos saber cuáles son las características fundamentales por las que estas personas declararon su pertenencia a la cultura o pueblo *mapuche*. Es más, si consideráramos las personas que se declararon *mapuche* en el Censo de 1992¹⁵, “podríamos estimar que en Chile hoy en día, y de acuerdo a la tasa de crecimiento nacional, existiría en el país actualmente una población *mapuche* cercana a 1.500.000 personas”¹⁶, lo cual se contradice con la cantidad entregada por el Censo de 2002, en el cual la población *mapuche* podría estimarse en 660.312 personas (ver gráfico 1), comparación que necesariamente nos lleva a concluir que no podemos confiarnos en estos instrumentos, ni menos intentar construir a partir de éstos el concepto de *mapuche*.

Gráfico 1: proyección de personas que se declaran *mapuche* en los censos de 1992 y 2002 (expresado en miles)



Sin embargo, si bien las consideraciones anteriores son irrefutables, no demuestran un deseo de restarle importancia a estos Censos, es más, se debe rescatar de estos instrumentos el avance frente al tema indígena en comparación a la total exclusión que existió en estos mismos instrumentos en épocas anteriores. La cuestión es

¹⁴ SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. *Los mapuche...* 2002, p. 18.

¹⁵ En el Censo de población de 1992 se contabilizaron 928.060 personas mayores de 14 años que se declararon *mapuche*. Considerando que en ese año, del total de población en Chile, el 37 % eran menores de 14 años, podemos extrapolar la proporción al total de auto identificados como *mapuche*, con lo cual podríamos deducir que existían, en esa época, cerca de 355.000 *mapuche* menores de 14 años, pudiendo concluir la existencia de una población *mapuche* total de aproximadamente 1.283.000 personas, a la fecha del Censo.

¹⁶ SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. *Los mapuche...* 2002, p. 19.

que la declaración de pertenencia, tal como se replantea en el Censo, sólo es un ámbito subjetivo que en ningún modo demuestra la existencia real de la cultura *mapuche*, en un sentido antropológico, pero tampoco deja de ser un fuerte indicio de una realidad latente.

- **Concepto legal del *mapuche*.**

La legislación en torno al tema *mapuche* ha sido oscilante y mal vista, pues ha pasado desde la libertad en cuanto a la venta de tierras (1813), hasta un excesivo proteccionismo y paternalismo (Ley 19.253)¹⁷. Múltiples intelectuales *mapuche* coinciden en considerar que ser *mapuche* desde el punto de vista de la Ley, es ser rebelde, y así lo expresa en términos muy claros, por ejemplo, PEDRO CANIHUANTE, quien señala: “la historia de la ley referida al pueblo indígena fue siempre un instrumento negativo para nosotros, siendo en el mayor de los casos una herramienta de mortandad y robo. La ley fue un instrumento para matar nuestra cultura... Por eso el ser *mapuche* desde el punto de vista legal es ser rebelde y terrorista en estos días”¹⁸.

Respecto a la Ley 19.253, se consagra la calidad de indígena en el título I artículo 2, fijando muy estrictamente que son indígenas los que cumplen con alguno de los siguientes requisitos:

- 1º. Sin son hijos de padres indígenas.
- 2º. Que posean a lo menos un apellido indígena.
- 3º. Que posean rasgos culturales, religión indígena, además de auto identificarse como indígenas.

Cumplido con ellos, la CONADI otorgará un certificado de calidad de aborígen.

En base a esta definición no se puede obtener cuáles son los rasgos culturales de la sociedad *mapuche*, ni cuáles son las características que la diferencian. Más aún, es una concepción que puede extenderse a límites insospechados, confundiéndose la calidad histórica del *mapuche* con la práctica habitual de sus costumbres, lo cual a nuestro juicio es erróneo, ya que más que establecer una diferenciación entre estos dos aspectos, es necesario establecer una confluencia entre ambos, en pos de la construcción de una concepción del *mapuche* actual.

¹⁷ Véase Capítulo II.

¹⁸ CANIHUANTE, Pedro. *¿Qué es ser mapuche desde el punto de vista de la ley?* Estudios en Editorial Universitaria, Santiago, 2004, p. 89.

- **Otra alternativa al concepto de *mapuche*.**

En base a la insuficiencia de los conceptos entregados por los instrumentos del Gobierno por las razones ya expuestas, se hace necesario seguir otro camino.

El primer aspecto a considerar es que “el ser *mapuche* es ser hombre de la tierra”¹⁹. Esto deriva de la fuerte vinculación histórica del *mapuche* a su territorio, condición que se expresa incluso hoy en día con los *mapuche* urbanos, lo cual será analizado en los párrafos siguientes.

Por otra parte, podría ser mejor considerar que actualmente son *mapuche* aquellas personas que viven o que nacieron en comunidades indígenas. Sin embargo, este concepto se tiene que adecuar a la cultura de resistencia actual de este pueblo, y este aspecto fundamental, a nuestro modo de ver, no puede ser pasado por alto, pues la población *mapuche* desde la segunda mitad del siglo XX “logró configurar en sus reducciones una subcultura étnica de resistencia”²⁰, en tanto que los predios fueron culturalmente apropiados por los *mapuche*, comenzando así a reestructurar sus relaciones sociales entre ellos mismos y con los *huincas*²¹.

En base a estas consideraciones podemos definir a los *mapuche* como **aquellas personas que viven o que nacieron en comunidades *mapuche*, así como sus hijos, nietos y otros descendientes directos que estuvieron involucradas en el proceso histórico de reducción de la población *mapuche*, y que están presentes en las causas tendientes a la resistencia cultural.**

Ahora que contamos con un concepto que involucra, a nuestro parecer, los aspectos actuales más importantes, podremos adentrarnos en otras manifestaciones socioculturales, como su modo de vida actual y su localización geográfica.

¹⁹ Ídem, p. 93.

²⁰ SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. *Los mapuche....* 2002, p. 22.

²¹ El término huinca proviene del mapudungún, y hace alusión a las personas no *mapuche*. Así lo han consagrado diversos diccionarios *mapuche*. Véase diccionario *mapuche* Editorial Antiyal.

2-. ORÍGENES Y UBICACIÓN DEL PUEBLO *MAPUCHE*.

2.1. Teorías sobre el origen del pueblo *mapuche*.

Si bien al comenzar con la descripción de un pueblo, una localidad o una Nación parece una necesidad iniciar con la ubicación geográfica de tal, el espacio en que estaban asentados o las propiedades que les pertenecían, para este trabajo es totalmente esencial partir por esto, ya que la propiedad para el pueblo *mapuche* pasa a ser algo más que sólo un lugar en el cual estar asentados, asunto que quedará puesto de manifiesto a lo largo de la presente.

El pueblo *mapuche* o *gente de la tierra*, según el propio mapudungún, no posee una hipótesis totalmente aceptada por la doctrina en cuanto a sus orígenes o asentamientos, en lo que actualmente conocemos como el territorio de la República de Chile. Así, nos encontramos frente a diversas teorías, las cuales expondremos en forma resumida a continuación.

Una de las posturas más antiguas y difundidas sobre el poblamiento *mapuche* es la que entrega el historiador Ricardo LATCHMAN²². Esta teoría es la establecida generalmente en los libros de historia que predominan en los establecimientos educacionales de nuestra Nación. Según la posición de LATCHMAN, que también es conocida como la “*cuña araucana*” y que posteriormente hizo suya Francisco Antonio ENCINA, el origen del pueblo *mapuche* se remonta a la inmigración de un pueblo guerrero relativamente joven que provenía de la zona central del continente, específicamente de las zonas cálidas del Chaco. Este pueblo, por su carácter belicoso habría penetrado en tierras no *mapuche*, las cuales habrían conquistado, segregando a los pueblos originarios para asentarse indefinidamente e imponer su cultura a los demás habitantes de la zona. En resumen, esta teoría se basa en la dominación de un pueblo sobre otro, basado en la belicosidad, que incluso hoy se trata de vincular al pueblo *mapuche*.

Otros más audaces postulan que el poblamiento *mapuche* fue costero, esto basado en la gran cantidad de recursos alimenticios que poseen las riberas de las zonas

²² LATCHMAN, RICARDO. *Los indios de la cordillera y de las pampas en el siglo XVI*, en *Revista chilena de Historia y Geografía*, Tomo LXIV, N° 68, 1930, p.14.

centro y sur del país. Sin embargo, esta teoría no posee ningún fundamento empírico, teórico o arqueológico.

La postura mayoritaria es la que sostiene el profesor José BENGOA, quien señala que el pueblo *mapuche* se habría originado de distintas agrupaciones, tanto nómades como sedentarias, que a través de miles de años poblaron el territorio actual de nuestra nación. Esta teoría tendría como base antecedentes arqueológicos que permitirían establecer que grupos cazadores – recolectores se desplazaban a lo largo y ancho de la zona centro – sur de Chile. En palabras de este autor “la base económica de estos grupos eran, en gran medida, la caza de guanacos, huemules y otros tipos de animales; la recolección de frutos como el piñón y el algarrobo, y de moluscos de las zonas costeras (...) Podría plantearse, de manera hipotética que uno de estos grupos se habría erigido por sobre los demás, difundiendo su cultura y, fundamentalmente su lengua”²³. Para BENGOA no es trascendente si los pueblos que se desplazaban por el territorio eran externos al área chilena o se encontraban desde antiguo en el territorio, pues con los datos empíricos que se poseen sólo existe cierta evidencia que, alrededor de los años 500 a 600 a. de C., ya existía en el sur de Chile una cultura a la que se puede denominar *mapuche*.

Esta posición es la que actualmente posee mayores adherentes, en base al claro apoyo arqueológico, el cual nos entrega datos fidedignos, como son la inmensa similitud entre la cerámica y agroalfarería entre los pueblos antiguos del norte chico, zona central y sur del país.

2.2- Ubicación del pueblo *mapuche*.

Respecto a este tema, es preciso entender que el pueblo *mapuche* fue históricamente agrícola y por ende su ocupación tendió a abarcar vastas zonas rurales. Hoy esta situación ha cambiado, por cuanto a las personas *mapuche* no sólo las encontramos en las zonas rurales, sino que también en las zonas urbanas. Por esta razón, es importante diferenciar la ubicación geográfica del pueblo *mapuche* antes de la llegada de los españoles, y la que actualmente ocupan.

²³ BENGOA, José. *La memoria olvidada: historia de los pueblos indígenas de Chile*, en *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y de Nuevo Trato*, primera edición Cuaderno Bicentenario, Santiago, 2004, p. 269.

2.2.1.- Ubicación del pueblo *mapuche* antes de la llegada de los españoles.

Es necesario precisar que a la llegada de los españoles, el pueblo *mapuche* ocupaba un vasto territorio. “En los valles de lo que hoy es el centro del país, se encontraban grupos de *mapuche* sometidos al incanato, y en proceso de cambio cultural muy aclarado como consecuencia de esta influencia.”²⁴ Por las noticias que entregan los primeros cronistas, entre ellos Pedro de Valdivia, la población que habitaba el territorio no era muy numerosa y, además, con la violenta inmersión de los europeos, esta disminución se acentuó aún más. El río Maule, cerca de la actual ciudad de Talca, fue el primer límite del territorio *mapuche*²⁵, pero con el inicio de la conquista española esta frontera se trasladó al río Bío – Bío, convirtiéndose en la separación natural del territorio. De hecho, “la zona entre Concepción y la desembocadura del Itata y el norte de Tome, fue ocupada permanentemente en el siglo XVI”²⁶. Por esta razón es que históricamente conocemos la delimitación geográfica del pueblo *mapuche* entre el Itata y el Toltén.

2.2.2.- Ubicación actual del pueblo *mapuche*

Para la presente investigación, resulta de vital importancia establecer la ubicación actual del pueblo *mapuche*, no sólo por razones demográficas, sino también por el aporte de los antecedentes necesarios para establecer los aspectos socioeconómicos y socioculturales de una población, puesto que ésta se desarrollará de manera diversa dependiendo del área en el cual esté ubicada, ya que no es lo mismo vivir en las grandes urbes que en las ancestrales comunidades.

Para caracterizar la actual ubicación *mapuche* encontramos necesario, en pro de un mejor entendimiento, partir de la premisa que el pueblo *mapuche* actualmente no es una sola unidad, ya que está fragmentada a lo largo del territorio en diversos grupos (ver

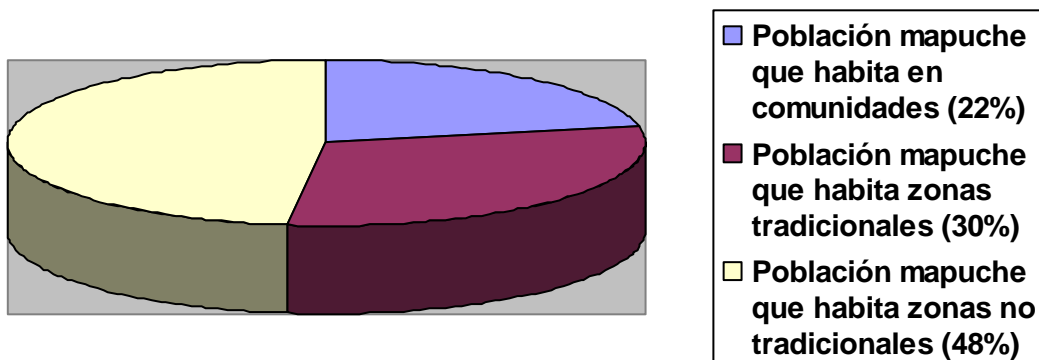
²⁴ BENGUA, José. *Historia del Pueblo Mapuche: Siglo XIX y XX*. Ediciones LOM. 6ª Edición. Santiago, 2000, p. 78.

²⁵ En este sentido adoptamos la tesis de BENGUA, alejándonos de otros autores que postulan que el límite norte histórico del pueblo *mapuche* venía dado por el río Itata, cerca de lo que hoy es actualmente Chillán. Lo anterior, debido a que estimamos a que el límite se debe basar en razones de composición económico sociales, y no solamente a nivel de zonas de seguridad.

²⁶ BENGUA, José. *Historia del Pueblo Mapuche...* 2000, p. 21.

gráfico 2) y en diversas áreas.²⁷ En base a ésto podemos dividir la población *mapuche* actual en 3 grupos:

Gráfico 2: división de la población *mapuche* actual.



- **Población mapuche que vive en comunidades.**

A lo largo de la historia, la comunidad indígena ha sido tratada desde diversos puntos de vista por el legislador, siendo hoy en día la posición dominante, la noción entregada por la Ley 19.253, entendiéndola como “Toda agrupación de personas perteneciente a una misma etnia indígena, y que se encuentra en una o más de las siguientes situaciones:

- a) Que provenga de un mismo tronco familiar.
- b) Que reconozcan una jefatura tradicional.
- c) Posean o hayan poseído tierras indígenas en común y,
- d) Proviengan de un mismo poblado antiguo”

Según Alejandro LITSCHUTZ, la comunidad agrícola con derecho consuetudinario comunal sobre la tierra de cultivo, es decir, derecho del clan o de la tribu sobre esta tierra, es un fenómeno humano general. Al hablar de la comunidad indígena, nos referimos

²⁷ Esto en base a los datos aportados por los Censos realizados por el Instituto Nacional de Estadísticas los años 1992 y 2002.

siempre a una comunidad en la cual persiste, en una u otra forma, la propiedad territorial común e inalienable por los individuos que la cultivan. De esta definición podemos apreciar que la comunidad tiene una fuerte unidad al terreno, pero a partir de este elemento también encontramos una cosmovisión particular.

Respecto de la cantidad de personas que habitan en estas zonas ancestrales, se han estimado cifras que bordean alrededor de las 147.000²⁸. Sin duda esta cifra representa un sector minoritario respecto de la población *mapuche* en su totalidad, “siendo las comunas de Puerto Saavedra, Galvarino, Nueva Imperial las que tienen los mayores índices de personas viviendo en reducciones”²⁹.

- **Población mapuche que vive en las zonas tradicionales.**

Entendemos por zonas tradicionales, aquéllas ubicadas en las regiones octava, novena y décima, de acuerdo al concepto histórico del territorio *mapuche* anteriormente ya señalado, diferenciándose de las personas que viven en las comunidades, en cuanto éstas ya se han integrado a un modo de vida similar a sus vecinos no *mapuche*, habitando tanto zonas rurales como urbanas de estas regiones.

Se calcula este grupo en una cantidad de 190.000 habitantes, todo esto en base al Censo de 1992 llevado a cabo por el Instituto Nacional de Estadística. Interesante resulta aquí comparar que esta población representaría sólo un 5% de una población no *mapuche* que habita estas zonas³⁰, lo que demuestra la “poca influencia que pueden llegar a tener estos habitantes en esta simbólica zona, siendo sólo algunas ciudades (entre ellas Temuco, Concepción, Lautaro y Cañete) donde la población *mapuche* puede tener un mayor peso relativo”³¹

²⁸ BENGOA, José. “*Los mapuches, comunidades y localidades en Chile*”. Editorial Sur, Santiago, 1997, p. 11.

²⁹ SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. “*Los mapuche...*”. 2002, p. 33.

³⁰ Según el Censo de 1992, la población total en estas regiones se calcula en 2.601.807 personas

³¹ SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. “*Los mapuche...*” 2002, p. 35.

- **Población *mapuche* que vive en zonas no tradicionales.**

En estas zonas no tradicionales (hacemos referencia a las zonas que no corresponde a la octava, novena y décima Regiones) a las que hacemos alusión, encontramos principalmente los *mapuche* que habitan en la Región Metropolitana, calculándose en alrededor de 350.000 habitantes.

Esta población *mapuche* está formada principalmente por emigrantes, sus hijos y nietos de las comunidades a las que hacíamos mención, manteniendo estos aún relaciones con sus localidades de origen, pasando a reemplazar sus antiguas costumbres por la cotidianeidad impuesta por una ciudad moderna marcada por la globalización.

Lo expresado anteriormente no significa un desprendimiento subjetivo de una auto identificación étnica de su cultura, ya que ésta en muchos casos persiste, dando lugar a los cimientos de los movimientos *mapuche* urbanos.

3- ESTRUCTURA SOCIO – ECONÓMICA DEL PUEBLO MAPUCHE.

3.1-. Estructura histórico social del pueblo *mapuche*.

Para conocer la organización social del pueblo *mapuche* tenemos que tener en cuenta que no es fácil su completo entendimiento, ello debido a múltiples razones, siendo una de ellas la información documental que poseemos de los antiguos *mapuche*, la cual en su gran mayoría proviene de los españoles que venían a conquistar las tierras del sur. Para los hispanos no era posible comprender una sociedad sin la organización que ellos poseían, es decir, no encontrar una cadena en forma vertical de mando que terminara en una autoridad todopoderosa como era el rey.

Por otra parte, la organización que conocemos es principalmente la que existía a finales del siglo XVIII, lo cual no aporta demasiado a lo que podría haber sido en una etapa precolombina. Frente a esto, DILLEHAY sostiene que los estudios antropológicos han coincidido en que las sociedades que han practicado un tipo de economía como la *mapuche* prehispánica -tala y roce, junto a un sistema de caza y recolección- poseen un tipo de recolección social de comunidades pequeñas, dispersas, autónomas y carentes de centralización. Se sostiene que con estas características económicas, por lo general, las tierras son ocupadas por familias individuales, clanes o aldeas, y dificultan el advenimiento de una autoridad política centralizada que ejerza control sobre los recursos básicos³². Por esto, la estructura social del pueblo *mapuche*, en su unidad más esencial, estaba compuesta por la familia, la que se denominaba como *ruka* o *rukache*. Según el profesor BENGOA, “existe consenso en que lo más probable es que la familia *mapuche* haya sido amplia y extensa, y donde primara un patrón de residencia basado en la patrilocalidad, es decir, donde convivían todos o la mayoría de los descendientes masculinos del padre o jefe de familia.”³³

Una agrupación más amplia que la familia encuentra lugar en una especie de caserío, el cual lleva el nombre de *lof*. Éste se caracterizaba porque “el lazo que unía a las distintas familias era de consanguinidad, los integrantes habrían pertenecido al mismo

³² DILLEHAY, Tom. *Araucanía: Presente y pasado*. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1990, p. 58.

³³ BENGOA, José. *La memoria olvidada: historia de los pueblos...* 2004, p. 277.

linaje del *lonko*³⁴, sin embargo cada familia conservaba una autonomía territorial, manteniendo muchas veces el patrón de residencia disperso”³⁵.

Al parecer, la organización *mapuche* no había necesitado un tipo más complejo de agrupación que la familia, ya que los amplios terrenos que existían, la abundancia de animales y la poca diferenciación política hacían de la *ruka*, la unidad de producción y reproducción más significativa.

Sin embargo, esto no establece la ausencia de otras formas de organización o la existencia de personas con atribuciones especiales, como la figura del *lonko*. Dentro de ellas están por ejemplo, el *toqui*, quien estaba encargado de solucionar conflictos de guerra, impartir justicia, dar consejos, etc., los cuales eran elegidos por la sabiduría que les daban los años de vida.

Algunos historiadores, entre ellos BOCCARA, señalan que sobre el nivel de organización del *lof*, estaba el *quiñelob*, instancia que habría sido compuesta por varios *lof*, “y en los cuales los miembros se prestaban ayuda y cooperación para las actividades económicas y de eventuales amenazas de guerra”³⁶. Como una forma superior de organización al *quiñelob* estaba el *lebo*, en la cual se resolvían problemas como la declaración de guerra y el establecimiento de paz, así como también las cuestiones tanto de política exterior como de política interior. “[T]ambién se desarrollaban las reuniones rituales de reproducción simbólica, cuyo centro ceremonial lo constituía el *rehue*”³⁷. Para MARIÑA³⁸, el *rehue* sería el tronco ceremonial con la escalera chamánica que se dirige al cielo. Cuando los nueve *rehue* se juntaban, recibían el nombre de *ayllarehue*, “los cuales constituían una instancia donde se resolverían conflictos de guerra. Esta unidad político guerrera, al parecer, no poseía un carácter permanente, incluso hasta en los momentos

³⁴ Según muchos historiadores, el *lonko* representa el liderazgo, se le podría traducir como cabeza, jefe o principal. Se trataría de una especie de jefatura en que el servicio a los suyos y el prestigio que eso redundaba está en la base de su mandato y poder.

³⁵ BENGOA, José. *La memoria olvidada: historia de los pueblos...* 2004, p. 237.

³⁶ Ídem, p. 279.

³⁷ Ib Ídem, p. 289.

³⁸ MARIÑA DE LOBERA, Pedro. *Crónica del Reino de Chile*, en *Colección de Historiadores de Chile y Documentos Relativos a la Historia Universal*, Volumen VI, Imprenta del Ferrocarril, Santiago, 1.865, p. 140.

de guerra, cada lebo o *rehue* conservaba su autonomía y su capacidad de decisión.”³⁹ Sin embargo, según constatan los propios *mapuche*, esta unidad trascendía a la guerra y podía establecerse para tratar diversos temas.

Una unidad superior eran los *futamapu*. En el caso que haya existido antes de la llegada de los españoles, según BOCCARA, habrían sido sólo para eventuales casos de guerra, ya que su existencia sólo se conoce a partir de la invasión española.

3.2. Estructura económica - histórica del pueblo *mapuche*.

Los *mapuche*, a la llegada de los españoles, se encontraban en un estado de desarrollo protoagrario, esto es, “conocían la reproducción de ciertas especies vegetales en pequeña escala, pero no habían desarrollado una agricultura propiamente tal. Por su parte, en los valles del norte y centro del país, bajo la influencia incaica, comenzaban los primeros atisbos de una agricultura propiamente tal. Sin embargo, los *mapuche* del sur no conocían aún estos procedimientos (aunque habían incorporado el maíz y la quínoa provenientes del Perú). Pese a estas incorporaciones, la base alimenticia era la papa y los porotos pallares. “Estos se cultivaban en claros de bosques, en terrenos de vegas de gran fertilidad por su humedad; en fin, en terrenos que no exigían una gran preparación.”

Cabe recordar que la zona de Arauco junto con la vertiente oriental de Nahuelbuta y el extremo sur de esta cadena montañosa (Imperial), parecieran ser los lugares más densamente poblados, esto debido a la abundancia de recursos recolectables que permitían que existiese allí una población muy superior a lo que un sistema económico preagrario podría abastecer, además de la utilización de los recursos que surgían de la cordillera, entre ellos, el más utilizado y característico del pueblo *mapuche*: el piñón. Asimismo, esta zona brindaba una fauna abundante en guanacos, *hueques*, pudúes, huemules y otras especies, lo que permitía y favorecía un sistema hortícola-recolector óptimo, con diversas fuentes de recursos.

Con respecto a la ganadería, hay que señalar que ella estaba bastante expandida, aunque no se había establecido un régimen ganadero propiamente tal. Era un sistema de

³⁹ BOCCARA, Guillaume. *Etnogénesis mapuche: Resistencia y reestructuración entre los indígenas del centro-sur de Chile (siglos XVI-XVIII)*. Hispanic American Historical Review. Duke University Press, Durham, 1999, p. 67, en BENGGOA, José, *Historia del pueblo ...*, p. 32.

crianza doméstica y autoconsumo, sin que al parecer existiera forma de intercambio en este rubro. Junto a la crianza doméstica, había una gran cantidad de caza de animal, según señalan los primeros cronistas, entre ellos DOMEYKO. Con estos datos, podemos concluir que estamos en presencia de un sistema de ganadería de subsistencia, a pequeña escala y destinada al autoconsumo.

Para el pueblo *mapuche*, la pesca, según el Padre Diego ROSALES, era un rubro de gran importancia, ya que además de dedicarse a pescar, mariscar y recoger algas marinas, “poseían botes de hasta 30 metros con los que incursionaban en las Islas Santa María, Mocha y recorrían fluidamente el litoral”⁴⁰.

En definitiva, este es el contexto en que se encontraba el pueblo *mapuche* a la llegada de los españoles. Como se puede apreciar, poseían una adecuación amplia en cuanto al tipo de técnicas utilizadas y los recursos disponibles, “si se hubiera tratado de un medio menos pródigo, el aumento de la población habría obligado a desarrollar la agricultura en forma más intensiva o habría provocado guerras de exterminio internas”⁴¹, es decir, un cambio en los sistemas productivos habría producido cambio político sociales, hecho que finalmente no sucedió, debido principalmente a la abundancia de recursos naturales, lo cual permitía el desarrollo de un sistema recolector a gran escala, además de no presentar problemas de pobreza ni escasez en relación al tamaño de su población.

3.3 Estructura económica – social actual del pueblo *mapuche*.

La población *mapuche* actual trabaja y se gana la vida en el mismo sistema económico que lo hace la mayoría de los chilenos, postergando la recolección a la cual históricamente estaban más vinculados. En la actualidad, sólo una pequeña parte de los *mapuche* son campesinos.

A este respecto, “las actividades económicas, en este sistema, definen la inserción que tienen los *mapuche* en la estructura de clases, y en los sistemas de estratificación

⁴⁰ ROSALES, Padre Diego. *Historia General del Reino de Chile, Flandes Indiano*. Imprenta de El Mercurio de Valparaíso, Chile, 1877, en BENGOA, J. *Historia del Pueblo Mapuche...* 2000, p. 22.

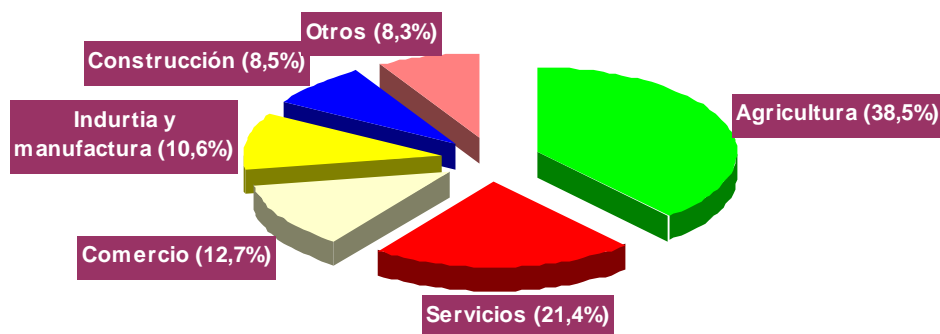
⁴¹ BENGOA, José. *Historia del Pueblo Mapuche...* 2000, p. 24.

social de la sociedad chilena actual. Ello permite conocer un aspecto fundamental de la situación y la identidad social de los *mapuche* de hoy”⁴².

La inserción económica y social de la población *mapuche* puede ser visualizada a través del tipo de actividad que realizan las personas económicamente activas. Estos tipos de actividades económicas permiten identificar las clases sociales y los sectores de clases a los cuales pertenece la población *mapuche* con su inserción económica a partir de datos censales disponibles. Tomando en cuenta la definición de *mapuche* entregada anteriormente, encontramos necesarios corregir los datos del Censo de población de 1992⁴³, todo con la finalidad de obtener una aproximación tentativa respecto a la inserción ocupacional de los actuales *mapuche*.

Si analizamos los datos censales en términos de categorías económicas, encontramos que la mayor parte de los hombres, considerados *mapuche*, de 15 años o más, económicamente activos, están ocupados como campesinos y como asalariados agrícolas (20, 6% y 19,3%).

Gráfico 3: distribución de población *mapuche* según rama de actividad económica.



Un 40% de los hombres *mapuche* económicamente activos siguen trabajando en la agricultura (ver gráfico 3). Esta proporción, bastante significativa a pesar de los cambios

⁴² SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. *Los mapuche...* 2002, p. 37.

⁴³ Para ello hemos tomado los datos entregados por el Instituto de Estudios Indígenas.

ocurridos en los últimos 30 años, se oculta al considerar como *mapuche* a todos los que declararon pertenecer a la cultura *mapuche* en el Censo de 1992.

Con respecto a las mujeres, más de la mitad de ellas desempeñan labores de asesoras del hogar (66,1%). Buena parte de las restantes trabaja como obreras fabriles y por cuenta propia en talleres y pequeños comercios. Por otra parte, un número importante de mujeres, no consideradas población económicamente activa por los Censos, trabaja efectivamente como campesinas (unas 30.000 personas).

Parece razonable concluir, a la luz de los datos entregados, que no más de un 15% de la población *mapuche* se gana la vida como campesino por cuenta propia. El resto se ha desvinculado del trabajo que hicieran en sus últimas comunidades.

Un 73,3% de la población *mapuche* económicamente activa se ha proletariado y trabaja como asalariados y como empleados.

Si tenemos presente que el vivir como campesinos en las reducciones fue una imposición del Estado chileno, y un verdadero proceso de aculturización de los *mapuche*, el hecho de emigrar de sus tierras, de abandonar las formas semicomunales recreadas en las reducciones y de tener que trabajar como asalariados y empleados, es significativamente destructivo de lo que quedara de la cultura *mapuche* después de la reducción de su población.

Todo lo anteriormente expuesto, y en base a los estudios entregados por el profesor Alejandro SAAVEDRA, nos permite señalar que en los últimos treinta y cinco años los *mapuche* se han empobrecido de tal forma, que los *mapuche* que hoy son pobres se encuentran en una pobreza mayor que hace 35 años.

Esta realidad se debe principalmente a la imposibilidad de sobrevivir en base a la economía campesina por cuenta propia y al imperativo de trabajar para otros como asalariados o empleados, obligados a emigrar cuando no se encuentra empleo y a la generalidad de remuneraciones muy bajas, todo lo cual nos da como resultado pobreza.

“La emigración por atracción tiene las mismas consecuencias si no hay empleo o las remuneraciones son muy bajas”⁴⁴, lo que efectivamente ocurre en la realidad.

Por otra parte, el empobrecimiento de grupos *mapuche* que se mantienen en sus tierras como campesinos tiene que ver con la minifundización y crisis de sus economías campesinas.

Finalmente, podemos señalar que todos los estudios realizados muestran que en la mayoría de los hogares *mapuche* “los ingresos campesinos no alcanzan para sobrevivir y que en muchos de estos hogares estos ingresos prediales más los ingresos provenientes de un trabajo asalariado son insuficientes. Sin las subvenciones o apoyos del Estado, muchos hogares campesinos *mapuche* no sobrevivirían”⁴⁵, pese a ésto los que sobreviven lo hacen con grandes complicaciones.

Para aterrizar las afirmaciones anteriormente señaladas es que nos serviremos de los datos otorgados por la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional⁴⁶, la que arrojó como resultado que un total de 666.319 personas declararon pertenecer a alguna etnia, y de este total 570.116 personas se consideraron de origen *mapuche*. Frente a esta cantidad se tomaron los siguientes ítems:

- **Pobreza.**

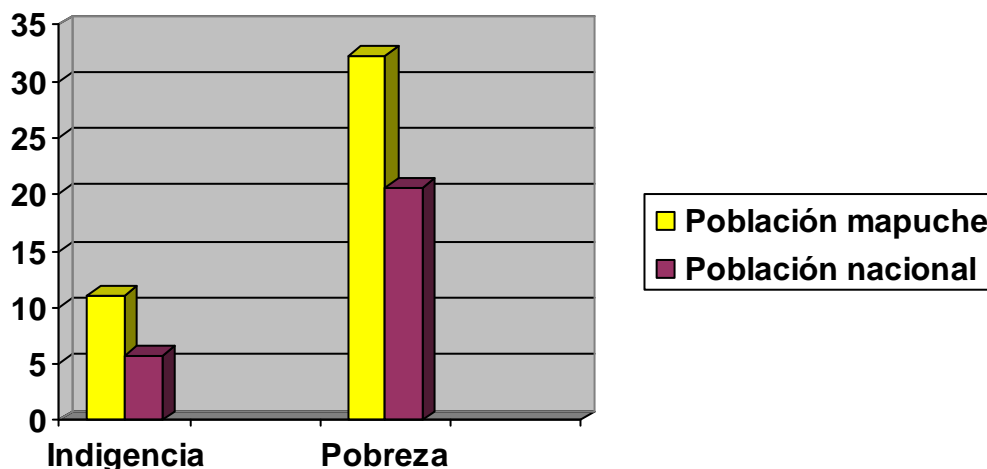
La población *mapuche*, a pesar de haber migrado a las ciudades, posee un estándar socioeconómico más deteriorado que el resto de la población (ver gráfico 4), esto se manifiesta en que la indigencia en población *mapuche* alcanza un 11%, duplicando el porcentaje de indigencia a nivel nacional (5,7 %). Situación similar ocurre con la pobreza, que alcanza a un 32,2% en su población versus un 20,6% para todo el país.

⁴⁴ BABAROVIC, Ivo. *Campesinado mapuche y procesos socioeconómicos regionales*. Editorial GIA, documento n° 34, Santiago, 1987, p. 15.

⁴⁵ SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. *Los mapuche...* 2000, p. 243.

⁴⁶ Fuente: Etnias y Pobreza en Chile, *Encuesta Casen*, 2000.

Gráfico 4: población *mapuche* v/s resto de la población del país, respecto a situación de pobreza.



- **Ingresos.**

Si analizamos la situación relativa a la distribución de ingresos, podemos comprobar que la mayoría de las familias *mapuche* se ubican en los quintiles de ingreso más pobres. Es así como el 41,2% se encuentra dentro del primer quintil de ingresos y el 65,3% en el 40% más pobre de la población. A pesar de esta situación, también existe un segmento de ellos que se ubica en los tramos superiores de ingreso; un 17,2% se ubica en el 40% del sector de mayor ingresos, constituyendo un grupo de personas que ha logrado superar la pobreza y que probablemente ha alcanzado un mayor grado de escolaridad, lo que probablemente ha repercutido en mejores empleos con mayores remuneraciones.

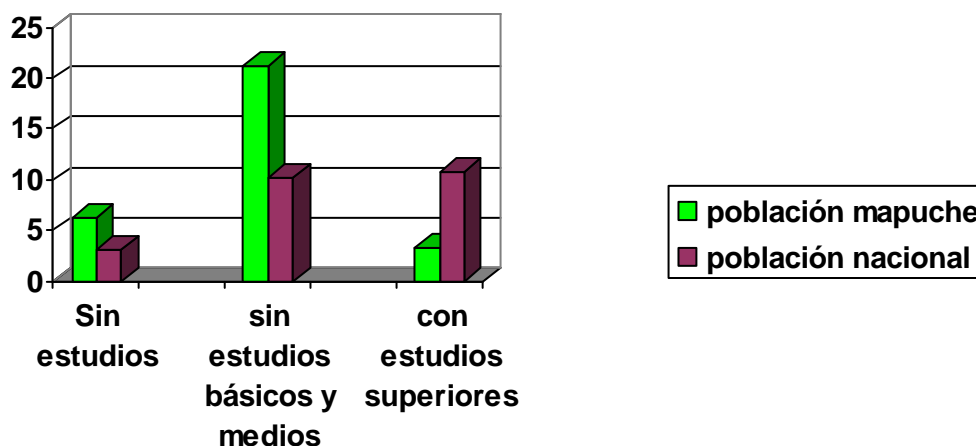
- **Antecedentes educacionales.**

En el área de la educación (ver gráfico 5) también encontramos disparidades entre población *mapuche* y no *mapuche*, partiendo de la diferencia que se constata entre quienes no tienen estudios, ya que un 6,3% de la población *mapuche* cae dentro de este grupo, mientras que un 3,1% de la población no *mapuche* está en la misma condición.

En relación a la educación básica tenemos que un 21,3% de la población *mapuche* no la ha terminado, mientras que el 10,2% de la población nacional no ha completado este ciclo educacional.

Con respecto a la educación superior, un 3,3% de la población *mapuche* posee estos estudios, mientras que un 10,8% de la población no indígena ha cursado dichos estudios, marcando una diferencia abismante y preocupante.

Gráfico 5: niveles educacionales de *mapuche* y el resto de la población nacional.



Sin embargo, a pesar de los datos expuestos encontramos que las brechas porcentuales se acentúan levemente entre los niños y jóvenes.

Históricamente la organización social del pueblo *mapuche* se ha caracterizado por su atomización y descentralización, siendo por este motivo su estructura más importante la familia, la cual fue analizada en cuanto a su composición y estructuración en el capítulo anterior.

Hoy en día esta situación se mantiene, pero el concepto de familia que se tenía en la época de la llegada de los españoles, en el sentido del espacio que ocupaba en la sociedad *mapuche* y en su importancia decisoria en la resolución de conflictos, así como en su estructura interna, referida al número de integrantes y generaciones que en ella se

ve involucrada, ha cambiado drásticamente encontrando como factor principal la reducción del componente numérico familiar.

Este fenómeno de la reducción familiar no es un hecho aislado del pueblo *mapuche*, sino que es una constante en todas las sociedades y, si ésto es así, cabe preguntarse ¿por qué es importante el análisis de esta situación si el proceso estudiado es común y más bien una consecuencia de la globalización, de políticas de control de natalidad y un creciente ánimo de las personas de buscar la realización personal ya no en el ámbito de la familia sino más bien del proyectar su éxito en el ámbito laboral? La respuesta es muy simple, y es que sencillamente en el caso *mapuche* no existió un proceso en el cual la familia fuera reduciéndose paulatinamente, sino que más bien se impuso la reducción de este pueblo mediante formas coactivas, tanto directas como indirectas.

En primer lugar, uno de los sucesos más importantes en el desarrollo de este pueblo es, sin lugar a dudas, la migración, la cual poco a poco fue llevando la concentración de este pueblo desde las zonas rurales hasta las zonas urbanas, estimándose hoy en día que cerca del 60% del pueblo *mapuche* vive en zonas urbanas⁴⁷.

⁴⁷ Fuente: Etnias y Pobreza en Chile; Encuesta CASEN 2000.

4-. ORGANIZACIÓN EN TORNO AL CONFLICTO DE RECUPERACIÓN DE TIERRAS.

Para enfrentar el tema de la recuperación de tierras, los *mapuche* han debido organizarse de diferentes formas, ya sea a través de coordinadoras, consejos u otras. Si bien la historia nos cuenta que la organización *mapuche* se debía esencialmente a cuestiones religiosas y bélicas (debido a la atonía y descentralización de la organización), actualmente el tema de la recuperación territorial ha pasado a manos de grupos organizados, siendo los más importantes:

4.1 Consejo de todas las tierras.

Este consejo es una derivación del *Ad Mapu*⁴⁸. En el año 1985 en las elecciones internas de este último venció el Partido Socialista, lo cual creó sus primeras diferencias internas.

Finalmente, el año 1989, el sector liderado por Aucán HUILCAMÁN, se margina del *Ad Mapu*, y funda el Consejo de todas las tierras, señalando este líder que “nos hemos lanzado a construir una fuerza propia, nos hemos estructurado, hemos dado un vuelco, le hemos dado una personalidad, hemos configurado un pensamiento ideológico basado en nuestra filosofía y en nuestra cultura”⁴⁹.

Este movimiento nació bajo la elaboración de un fuerte discurso antipartidista, tomando protagonismo en la década de los noventa encabezando múltiples procesos de recuperación de tierras.

En 1999 el Consejo de todas las tierras presentó una propuesta para la solución de la cuestión *mapuche*. Sus puntos fundamentales fueron los siguientes:

- “Derecho a la autodeterminación del pueblo *mapuche*, el cual debe expresarse en todas las políticas del Estado que lo afecten en su territorio.

⁴⁸ Entidad que según Andrés Benavente, en su texto *Conexiones políticas de las Agrupaciones Mapuches*, desde el inicio de la década de los ochenta estaba controlada por el Partido Comunista.

⁴⁹ MARIMAN, José. “*La organización mapuche Aukiñ Wallmapu Ngulam*”, Artículo publicado en Periódico *Azkintuwe N° 17*. Diciembre - Enero de 2006, pp. 14 y ss.

- Reconocimiento constitucional del pueblo *mapuche*, que implica admitir la preexistencia de la nación *mapuche* a la conformación del Estado chileno.
- Derecho a la participación, manifestado en el principio de discriminación positiva en el Congreso, que garantice dos parlamentarios *mapuche* por cámara.
- Ratificación de los convenios internacionales aplicables a los pueblos indígenas, en especial el convenio 169 de la OIT.
- Respeto al sistema normativo *mapuche* mediante reformas al sistema procesal penal, que incluya aspectos sustantivos de la cultura *mapuche*.
- Reconocimiento de un parlamento autónomo *mapuche*.
- Restitución de las tierras reduccionales y ancestrales.
- Retirada de las empresas forestales al territorio *mapuche*⁵⁰.

4.2 La identidad territorial Lafquenche.

La identidad agrupa alrededor de 90 comunidades del sur de la provincia de Arauco, planteando como objetivo fundamental la recuperación de siete espacios territoriales ubicados en las comunas de Arauco, Cañete, Contulmo y Tirúa, y proponiendo para ello que el Estado de Chile reconozca su deuda histórica, planteando además la creación de un Consejo Territorial que asumiría la administración de estos espacios territoriales de territorio Lafquenche, funcionando de manera paralela a la estructura gubernamental.

Lo anterior plantea una separación del Consejo de todas las tierras y de otras agrupaciones, ya que al proponer una administración paralela estamos planteando en la práctica un dualismo institucional.

4.3 La Coordinadora Arauco Malleco

Esta Coordinadora se forma en Tranaquepe, provincia de Arauco, en 1998. En ella convergen diversas agrupaciones tales como la *Meli Wixam Mapu*, la Coordinadora *mapuche* Metropolitana y múltiples hogares universitarios de estudiantes *mapuche*.

⁵⁰ JARAQUEMADA, Jorge. *Conexiones políticas de las agrupaciones mapuches: En la cuestión mapuche, aportes para el debate*. Editorial L y D, Santiago, 2003, p. 151.

La Coordinadora Arauco Malleco visualiza a sus miembros “como marginados y explotados”⁵¹. Cuestiona al Estado y a la institucionalidad vigente considerándola como el centro de la dominación y exclusión que sufren los *mapuche* como pueblo y minoría étnica.

Entre sus planteamientos tienen como objetivo central la recuperación del territorio y la búsqueda de la autonomía *mapuche*. En palabras del abogado Alliwén ANTILEO, se trata de “crear una correlación de fuerzas tanto políticas como de organización, en torno al movimiento *mapuche*, que permita avanzar en una propuesta de liberación nacional”⁵²

En resumen, la prioridad para la Coordinadora Arauco Malleco es la recuperación de 200.000 hectáreas de tierras, las cuales, según su punto de vista, fueron usurpadas por las empresas forestales para posteriormente reconstruir la nación *mapuche*.

⁵¹ SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. *Los mapuche...* 2000, p. 131.

⁵² BENAVENTE, Andrés y JARAQUEMADA, Jorge. *Las conexiones Políticas en torno al conflicto mapuche*. Serie Informe Político, N° 71, Libertad y Desarrollo, ISSN 0717-1552, 2001, P. 6. Disponible En internet: http://www.lyd.com/biblioteca/serie/politico/71Serie_%20mapuche.pdf (Fecha consulta: 21 Enero 2008)

CAPÍTULO II

LA PROPIEDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONFLICTO.

5.- DISMINUCIÓN DEL TERRITORIO HABITADO POR EL PUEBLO *MAPUCHE*. ASPECTOS SOCIALES Y JURÍDICOS.

Es imprescindible para la correcta comprensión de los fenómenos de protesta social llevada a cabo por personas pertenecientes al pueblo *mapuche* en el sector sur del país, el llevar a cabo un análisis de la situación de dicha etnia, principalmente en cuanto a la propiedad de tierras y a la constante disminución del territorio habitado por dicho pueblo a lo largo de su historia, lo cual ha sucedido como consecuencia de múltiples factores a lo largo del tiempo.

Tal análisis se hace necesario toda vez que la conflictividad social en comento y los actos de protesta social asociados a ella, encuentran precisamente su fundamento en el discurso de reivindicación de tierras llevado a cabo por los *mapuche*.

Legítimo discurso de reivindicación, en tanto apliquemos principios y doctrina internacional en la cual existe un amplio consenso a este respecto, en los cuales los derechos propietarios indígenas respecto de sus tierras y recursos, encuentran un alto grado de reconocimiento. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sistematizado la doctrina internacional acerca de los derechos de propiedad indígena en el Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice, postulando que:

“[L]os principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:

- El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;

- El reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y
- En los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.”^{53 54}

En este sentido, resulta cada vez más evidente para una solución real de esta compleja situación, la ampliación y consolidación del reconocimiento de los derechos indígenas en Chile, así como una revisión del marco legal e institucional vigente, además de las políticas públicas relacionadas con tales derechos con el fin de avanzar hacia niveles acordes a un Estado de Derecho democrático y, en particular, en la configuración de una política criminal conforme a los principios propios de un derecho penal mínimo.

Es en esta línea argumentativa en que se erige, como elemento ineludible dentro del examen propuesto, una delimitación clara de las pretensiones *mapuche* sobre la propiedad de las tierras ubicadas en la zona sur del país, enmarcadas en un derecho de propiedad indígena ancestral, basado en un hecho cierto y notorio, cual es la detentación de las tierras por sus ancestros.

Así, el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco en sentencia dictada con fecha 9 de noviembre de 2004, en la causa llevada contra los comuneros *mapuche* Pascual Pichún y Aniceto Norín, acusados por el Ministerio Público y el Gobierno de Chile bajo los cargos de “asociación ilícita terrorista”, resolvió su absolución considerando que:

⁵³ COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Mary y Carrie Dann*, Caso 11.140 en *Informe No. 75/02*, OEA/Ser./L/V/II.114 Doc. 5 rev., Estados Unidos, 2003.

⁵⁴ Doctrina profundizada COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo / Belice*, Caso 12.053 en *Informe N° 96/03*, 2003.

“Respecto de los acusados Pascual Pichún y Aniceto Norín, todos los antecedentes coinciden en que ostentan la calidad de “logko” de sus respectivos “lof”, es decir, son dirigentes, son la autoridad dentro de esa unidad conocida como “lof” en la organización socio-política de la sociedad *mapuche* y que en el concepto español se le identifica como comunidad. De allí que la finalidad última de la conducta de estos acusados al frente de su agrupación aparece como orientada a la recuperación de las tierras que consideran como suyas por haberlas detentado sus ancestros, descartándose a su respecto un afán terrorista en su accionar.”⁵⁵

Tampoco podemos olvidar que para el *mapuche*, y en general para todos los pueblos indígenas, su tierra detenta valores espirituales y materiales únicos. Tal realidad fue recogida incluso por el propio Estado chileno en la ley 19.253 al afirmar, en su artículo primero, que “la tierra es el fundamento de la identidad indígena”, aún cuando su protección real es puesta en duda por la gran mayoría de los pueblos originarios, así como por las organizaciones internacionales de derechos humanos.⁵⁶

Así las cosas, podemos distinguir al menos cuatro períodos históricos fundamentales del pueblo *mapuche* en que se ha visto modificado su territorio, con sus consecuentes cambios sociales y culturales. Evidentemente cada uno de estos procesos se enmarca dentro de distintos periodos de nuestra historia y, por tanto, obedecen a causas y variables diversas. Del mismo modo, a lo largo del tiempo podemos distinguir variadas concepciones del hombre indígena y de su cultura, que conllevará diversas formas de relación entre el Estado chileno y el pueblo *mapuche*, lo que se reflejará en último término en el derecho aplicable mediante la dictación de normas jurídicas que regulen las diversas interacciones adecuadas a cada visión.

5.1 Conquista y colonia. Delimitación del territorio *mapuche* ancestral.

Con anterioridad a la llegada de los españoles encabezados por Diego de Almagro y luego por Pedro de Valdivia, los *mapuche* ocupaban una vasta región, que comprendía gran parte de la zona sur del actual territorio chileno, desde el río Limarí en el norte hasta

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 9 de noviembre de 2004, RUC.0200142499-0; R.I.T. 080/2004.

⁵⁶ Más ampliamente, ver informes de las investigaciones de la Federación Internacional de Derechos Humanos.

la Isla de Chiloé en el sur, y desde el Océano Pacífico en el oeste, a las pampas del este, en lo que hoy en día es territorio argentino. Los que vivían al norte del río Bío-Bío aceptaron la presencia española y fueron rápidamente asimilados dentro del sistema de encomienda impuesto por la Corona, no así los *mapuche* ubicados más al sur, quienes defendieron fieramente su territorio y libertad.

La guerra con España cambió sustancialmente la forma de la sociedad *mapuche* en todos sus aspectos. En particular nos interesan para nuestra investigación dos interesantes puntos.

Primero, un aspecto geo-político respecto a la delimitación del Walmapu o territorio *mapuche* autónomo, mediante los denominados “Parlamentos”. Y en segundo lugar, respecto a los cambios en su configuración socio-política, específicamente en cuanto a la estratificación social y centralización del poder, gestada principalmente debido a las constantes campañas militares llevadas a cabo en mayor medida durante el siglo XVI, junto con el persistente comercio que se generó en la frontera, que derivará finalmente en la concretización en ciernes de una “propiedad privada”.

Este último punto será abordado con mayor detenimiento al analizar la visión de la propiedad desde el punto de vista del *mapuche*.

- **Delimitación del territorio *mapuche* (Walmapu).**

Existe un amplio y difundido conocimiento de la resistencia prestada por el pueblo *mapuche* al ejército español, que concluyó en una peculiar situación de equilibrio militar que subsistió hasta fines del siglo XIX, en plena República.

Diversas teorías se han desarrollado para explicar tal situación. Aquélla que goza de mayor aceptación entre los entendidos es la elaborada por Álvaro JARA⁵⁷, la cual se encuentra fundamentada en la estructura social no jerarquizada de esta etnia, lo que impidió al ejército de la Corona la conquista a través de un ataque al centro político, como ocurrió verbigracia con los imperios Inca o Azteca. Por el contrario, el sometimiento del

⁵⁷ JARA, Álvaro. *Guerra y Sociedad En Chile. Ensayo de Sociología Colonial*. Editorial Universitaria, Santiago, 1971.

pueblo *mapuche* significaba y dependía de la resistencia de cada una de las familias independientes.

Así las cosas, dos son los acontecimientos que configuran y consolidan un territorio autónomo *mapuche* en plena conquista hispánica sobre el continente americano, alterando el escenario inicial de dominación: la batalla de Curalaba y la rebelión de 1598 a 1601, donde los indígenas liderados por Pelentaro enfrentaron y vencieron al Ejército Real al mando del gobernador Oñez de Loyola, quien fue muerto en dicha batalla, en que Pelentaro destruyó todos los pueblos de colonos ubicados al sur de la frontera, haciendo patente la incapacidad militar española y obligando a sus autoridades a un cambio en su política, lo que se reflejará en la suscripción de Parlamentos o acuerdos de paz. Esta circunstancia constituyó una diferencia diametral con los demás pueblos conquistados y colonizados de América. Significó para el *mapuche* permanecer independiente y al margen de la dominación del invasor por un periodo de 260 años y, para el español, el reconocimiento expreso de una frontera cierta y determinada en el sur del “Reino de Chile” constituida por el río Bío-Bío. A partir de entonces, se comenzó a conformar un espacio sociocultural autónomo constituido por los territorios de La Araucanía, Las Pampas y La Nor-Patagonia, donde floreció y se desarrolló la sociedad *Mapuche* en sus múltiples dimensiones y manifestaciones.⁵⁸

Fue sólo en 1641, cuarenta años después de la victoria indígena, y gracias al trabajo del jesuita Diego de Rosales y otros de su orden, que logran reunirse por primera vez españoles y *mapuche* en las Paces de Quilín, firmado por el Gobernador de Chile don Francisco López de Zúñiga y los caciques *mapuche*. En este instrumento definitivamente se reconoce la frontera en el río Bío-Bío y la independencia de los territorios comprendidos desde allí y hasta el río Toltén, constituyéndose en un territorio no perteneciente a la Capitanía General de Chile. Gran importancia tuvo para los araucanos este Parlamento, dado que todos los firmados con posterioridad se basarán en lo allí acordado.⁵⁹

Ahora bien, los Parlamentos han sido definidos como “actos-documentos jurídicos que, durante el periodo colonial y la primera fase del periodo independiente, fueron

⁵⁸ TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. *Pueblo Mapuche...* 2006, p. 26.

⁵⁹ BENGOA, José, *Historia del pueblo mapuche...*, 2000, pp. 36 y ss.

firmados, principalmente (pero no exclusivamente) en los actuales territorios de las Repúblicas de Argentina y Chile entre las autoridades coloniales (en nombre del rey) o autoridades repúblicas (en nombre de sus respectivos gobiernos) y autoridades indígenas". La mayoría de los parlamentos fueron ratificados, directamente, por el Rey de España o por el Consejo de Indias en su nombre; los parlamentos del periodo independiente fueron ratificados por el Gobierno y/o el Parlamento.⁶⁰

Tales Parlamentos de paz, renovados periódicamente, refrendaron la existencia de una frontera y la existencia de un **territorio autónomo**. De este modo, se ha afirmado que durante la colonia se habría logrado constituir un equilibrio entre dos "**naciones independientes**", las cuales mantenían relaciones, pero eran autónomas y se reconocían mutuamente.⁶¹

Así, en el siglo XVII se firmaron Parlamentos en los años 1641, 1647, 1651, 1683, 1692, 1693 y 1694; en el siglo XVIII, en los años 1716, 1726, 1735, 1738, 1756, 1760, 1764, 1771, 1774, 1784, 1793; y a principios del siglo XIX, en los años 1803 y 1816. Cabe destacar que esta lista no es taxativa y sólo incluye los Parlamentos más relevantes.

Es precisamente en estos actos-documentos jurídicos donde surge la memoria colectiva y el derecho ancestral sobre territorios reivindicados por las comunidades indígenas en la actualidad. En este sentido, ha constituido un gran avance para las organizaciones *mapuche* la inclusión de dichos parlamentos en el "Estudio Sobre Tratados, Acuerdos y Otros Arreglos Constructivos entre Pueblos Indígenas y Estados", realizado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)⁶², donde el relator especial reconoce la

⁶⁰IBARRA, Mario. *Algunas reflexiones y notas a propósito de algunos Tratados, en este momento, no reconocidos, firmados entre Potencias Coloniales o Estados actuales y Pueblos Indígenas*, en *Seminario de Expertos sobre Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y los Pueblos Indígenas*, Organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, Párrafo 12.

⁶¹ Tal aseveración fue hecha por la misma comisión de verdad histórica y nuevo trato, designada por el presidente de la República para el estudio de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Informe final comisión de verdad histórica y nuevo trato, Santiago, 2003, Pág. 365.

⁶² MARTÍNEZ, Miguel Alfonso. *Informe Final del Estudio sobre Tratados, arreglos y otros acuerdos constructivos entre Estados y Poblaciones Indígenas*. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 1999, p. 60. (E/CN.4/Sub.2/1999/20)

calidad de tratados para dichos instrumentos.⁶³ Asimismo, afirma en relación a la validez de dichos tratados, a la luz del derecho internacional, que “esos *instrumentos mantienen su valor original y siguen siendo plenamente vigentes y, por consiguiente, son fuente de derechos y obligaciones para todas sus partes originales (o sus sucesores), que deberán respetar sus disposiciones de buena fe.*”⁶⁴

Como podemos concluir, los Parlamentos y el consustancial histórico, cultural y jurídico innegable para el pueblo *mapuche*, viene a reafirmar la legitimidad de sus actuales pretensiones.

5.2.- Surgimiento de la República. Ocupación De La Araucanía.

A comienzos del siglo XIX comienzan en toda América Latina los procesos independentistas de las nacientes Repúblicas liberales, inspiradas en las ideas de la Ilustración y del progreso, además de confianza en el poder de la razón y la civilización. El paradigma de este periodo fue la Revolución Francesa y el auge de la sociedad burguesa como culminación y perfeccionamiento de la organización social. Chile no estuvo al margen del contexto internacional y en 1810 se crea la Primera Junta Nacional de Gobierno, y en 1818 se declara finalmente su independencia definitiva de España.

No obstante, el territorio chileno independiente difiere en gran manera de las actuales fronteras. En efecto, el territorio ocupado por los criollos al iniciarse nuestra vida republicana fueron los mismos que detentó la Capitanía General de Chile: entre Copiapó hacia el norte y Concepción al sur, más la existencia de pequeños asentamientos en Valdivia, Osorno y Punta Arenas.

Con la llegada del nuevo siglo, y los trascendentales cambios ya esbozados tanto en el ámbito interno como en el internacional, se vio transformada la concepción hacia la población indígena y su cultura. Para los españoles fueron enemigos que derrotar, además de paganos, idólatras, polígamos y, en consecuencia, enemigos igualmente de

⁶³ Ídem. Párrafo 108 y ss.

⁶⁴ Ib Ídem. Párrafo 271. Ello en virtud que “los tratados que no tienen fecha de expiración se considera que mantienen su vigencia hasta que todas las partes decidan darlos por terminados, a no ser que en el texto del propio instrumento se establezca algo distinto o que sean declarados nulos y sin valor en debida forma.” MARTÍNEZ, Miguel. *Informe Final...* Párr. 272.

la cristiandad. En cambio, a partir de la independencia los *mapuche* formaron parte del nuevo sentimiento patriota, gestando los antecedentes de la nacionalidad. Los criollos percibieron ideológicamente la cuestión indígena y la incorporaron a su discurso anticolonial. Sin embargo, y como es de suponer, la independencia de Chile fue ajena a los *mapuche*, los cuales gozaban de derechos territoriales particulares debido a los ya comentados Parlamentos. El último de ellos fue el de Negrete, el año 1803, donde una vez más fue reconocida la frontera del río Bío-Bío. Los araucanos en su mayoría mantenían sus compromisos contraídos con los ibéricos, con los cuales habían llegado a una relativa estabilidad fronteriza. Asimismo previeron, acertadamente, la constitución de un nuevo escenario con un gobierno central en Santiago poseedor de fuerzas armadas capaces de atacar y someter definitivamente su territorio.⁶⁵

Pues bien, concluidas las guerras de independencia en el valle central, algunos oficiales españoles derrotados huyen hacia el sur levantando a los *mapuche*, recurriendo a los compromisos pactados. Surge lo que en la historiografía nacional se ha denominado “guerra a muerte”, término acuñado por Benjamín Vicuña Mackenna en oposición a las batallas acaecidas en la zona central. Comienza a decaer en el imaginario nacional la figura *mapuche* que cimentaba la lucha por la libertad. Surge el estereotipo decimonónico de bárbaro, la imagen de seres salvajes, primitivos. Corresponderá, en este orden, a la civilización la superación por medio de la razón de este estado semihumano.⁶⁶ Esto conforme con las corrientes evolucionistas que lideraban el pensamiento científico de la época y que fundamentarán el expansionismo y colonialismo europeo.

Será esta actitud contradictoria de Chile frente a los *mapuche* la que determinará las relaciones entre estos dos pueblos.

- **Ocupación militar de la Araucanía.**

⁶⁵ BENGOA, José. *Historia del pueblo Mapuche...*, 2000. pp. 139 y ss.

⁶⁶ Idem, p. 27. Para José BENGOA, con quien concordamos, esta contradicción se reflejará en la construcción de la historia chilena. Los primeros tomos de las “Historias de Chile” se encuentran colmadas de héroes araucanos. De improviso todos los habitantes del sur de Chile desaparecen. La “pacificación de la Araucanía” no ocupa ni tres líneas en los textos escolares. La matanza de indios a manos del ejército chileno se enfrentaba al mito del origen de nuestra nacionalidad. La ideología fue simple y eficiente: negó la existencia del hecho. La ocupación se hizo sin costo de vidas humanas, el alcohol había degenerado a esa valiente raza y ya no era ni la sombra de lo que fue. Pasado glorioso y presente silenciado ha sido la característica constante del tratamiento de la cuestión indígena.

Este es sin duda uno de los episodios más oscuros de nuestra historia, ocultada sistemáticamente por la historiografía nacional, fruto de una cosmovisión decimonónica evolucionista, discriminatoria e intolerante. La sociedad chilena no supo comprender al pueblo *mapuche* y su cultura; no tuvo la capacidad de reconocer en nuestros indígenas una manifestación distinta de sociedad. En fin, no fue capaz de vislumbrar en los *mapuche* simplemente otra civilización.

La ocupación militar del territorio aborígen fue un proceso simultáneo y coordinado a ambos lados de la cordillera que se prolongó por tres décadas, y donde finalmente el *Wallmapu* fue invadido, fraccionado e incorporado por las armas a la soberanía de los Estados chileno y argentino. Esto no se condice con el término “pacificación”, mediante el cual se denominó la conquista armada de la región de la Araucanía, lo cual significó la muerte de 850.000 *mapuche* en el periodo 1860 – 1883⁶⁷, así como la vulneración y usurpación de sus derechos propietarios ancestrales. Un claro ejemplo lo constituye el territorio *mapuche* comprendido entre el río Itata y el río Cruces, de una extensión de 5.4 millones de hectáreas, es decir, cinco millones de hectáreas como mínimo que poseía el pueblo *mapuche* fue reducido a apenas quinientas mil.⁶⁸

Durante el siglo XIX, la economía chilena fue una proyección de la economía colonial basada en la exportación de materias primas, que permitirá la consolidación en el poder de las oligarquías liberales. Dicho modelo fue denominado de crecimiento “hacia fuera”, y logró posicionarse como un modelo exitoso, al menos en un comienzo. Sin embargo, Chile se encontraba absolutamente sujeto y desprotegido ante los avatares del comercio internacional. La crisis del modelo surgirá entre los años 1857 y 1861, debido principalmente a la desaparición de los mercados de California y Australia. Al igual que en los demás países latinoamericanos, las elites nacionales resolvieron sus crisis mediante sendas guerras de expansión. De esta forma, Chile configura su territorio durante esta época y lo hace con una clara vocación expansionista: incorpora las provincias del norte y la Araucanía, así como Magallanes y la isla de Pascua.⁶⁹

⁶⁷ Bajo los gobiernos de Manuel Montt entre los años 1856 a 1861, José Joaquín Pérez entre los años 1861 a 1871, Federico Errázuriz Zañartu entre los años 1871 a 1876, Aníbal Pinto entre los años 1876 a 1881 y Domingo Santa María entre los años 1881 a 1886.

⁶⁸ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*. Volumen I, primera edición Cuaderno Bicentenario, Santiago, 2004, p. 392

⁶⁹ Ídem, p. 386.

Durante la segunda mitad del siglo XIX se inicia la construcción de un imaginario, respecto a la situación en el sur del país, influenciado por la prensa de la época se crea la concepción del *mapuche* en decadencia, degradada por el alcohol, sin parangón frente a los héroes de la colonia. Así, el diario El Mercurio de Valparaíso, órgano representativo de los intereses oligárquicos, publicará en uno de sus artículos:

*“Los hombres no nacieron para vivir inútilmente y como los animales selváticos, sin provecho del género humano y una asociación de bárbaros, tan bárbaros como los pampas o como 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...”*⁷⁰

Asimismo, fue forjándose la falsa idea que los *mapuche* eran cada vez menos y que los territorios se encontraban prácticamente desocupados. A mediados de siglo se realiza un censo de población estimándose para toda la Araucanía sólo cerca de treinta mil personas.⁷¹

Todo lo anterior fue esquematizando una justificación moral y material que sustentó la posterior ocupación.

- ***Leyes de ocupación.***

La intención del Estado chileno de ocupar los territorios indígenas queda de manifiesto con la dictación de la Ley de 2 de julio de 1852, bajo el gobierno del Presidente Manuel Montt, mediante la cual se crea la provincia de Arauco que comprenderá “...en su demarcación los territorios indígenas situados al sur del Bío Bío i al norte de la provincia de Valdivia...”⁷², permitiendo al Estado intervenir, sin previa consulta, directamente sobre el territorio *mapuche*.

Tal ley es contraproducente en cuanto, si bien se reconocen los territorios como indígenas, se establece una ley para ser aplicada fuera del territorio chileno donde no se ejerce soberanía. De esta manera lo entendieron los frailes franciscanos de la época,

⁷⁰ Citado en PINTO, Jorge. *De la inclusión a la exclusión. La formación del estado, la nación y el pueblo mapuche*. Colección Idea, Santiago, 2000, p. 132.

⁷¹ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...*, 2004, p. 387

⁷² REPÚBLICA DE CHILE. *Ley de 2 de julio de 1.852*, Artículo 1.

quienes representaron una defensa clara hacia los indígenas durante las campañas militares. A su influencia se imputan una serie de artículos aparecidos en la Revista Católica del año 1859:

“Sentimos altamente que de una manera oficial se proclame la conquista armada, y que a nombre de los principios fundamentales, del respeto a las leyes del progreso y de la civilización, se trate de invadir un territorio que jamás hemos poseído, que tiene legítimos dueños, que han estado siempre en posesión de su independencia y libertad, sin sujeción a nuestras leyes; por más que la constitución política de la república cuente como parte de esta”. (Nº 597)⁷³.

Por su parte la Ley de 4 de diciembre de 1866, dictada en el gobierno del presidente José Joaquín Pérez, sentó las bases para la ocupación y posterior radicación del territorio araucano complementada luego por la Ley de 4 de Agosto de 1874 sobre radicación de colonos extranjeros, y la Ley de 20 de Enero de 1883. A través de ella el Estado chileno declaró **fiscales** las tierras en el territorio indígena al sur del río Bío- Bío, cambiando el concepto de “**territorio indígena**” al de “**territorio de colonización**”. Los terrenos al sur del Bío - Bío serían tratados como fiscales, se sacarían a remate por parte del Estado y se formaría una Comisión Radicadora de Indígenas que los ubicaría en los terrenos que fueran de su pertenencia.⁷⁴ Esto para evitar que los aventureros y especuladores se apropiaran de todos los recursos y no dejaran espacio para la inmigración extranjera, que era en definitiva, el verdadero objetivo. De tal manera triunfa la posición “estadista” por sobre la de los especuladores, que abogaban por una “colonización espontánea”, como en un comienzo se efectuó.

Esta es la interpretación jurídica -sostenida y elaborada por José Bengoa - predominante y ampliamente aceptada en el medio nacional, doctrina que servirá de antecedente y operará como base para la redacción de la actual “ley indígena”, Ley Nº 19.253, en virtud de la cual los derechos propietarios tanto de indígenas como de no indígenas, se constituyen a partir de diversos actos estatales, desconociendo los derechos indígenas ancestrales y validando una situación de usurpación. Existen, sin embargo, sólidos argumentos para establecer que la Ley de 1866 no declaró fiscales las

⁷³ BENGOA, José. *Historia del pueblo Mapuche...*, 2000, p. 183.

⁷⁴ Ídem, p. 343.

tierras indígenas, no conculcó los derechos de propiedad *mapuche*, no estableció una expropiación, ni entregó al Estado la propiedad de las posesiones indígenas. Y que, en relación a los terrenos baldíos, la propiedad fiscal sólo podría definirse una vez delimitadas las posesiones de los *mapuche*. Sólo entonces podría el Estado proceder a adquirir terrenos para fundar poblaciones y rematarlas, dar en concesión o asignar a colonos las tierras baldías de su propiedad.⁷⁵ Tal interpretación está más acorde con la creencia ampliamente difundida en la capital de que las tierras se encontraban despobladas y que, por tanto, la ocupación era su destino “natural”.

Sea cual sea la interpretación correcta, lo cierto es que la propiedad indígena no se respetó. El territorio *mapuche* fue invadido militarmente por un ejército moderno y profesional, vencedor en Chorrillos y Miraflores en Perú, frente a *mapuche* armados con lanzas, caballos y boleadoras, lo que sin embargo no amilanó el ímpetu *mapuche* en la defensa de su *mapu*. La guerra costó la vida de cientos de miles de indígenas y la pérdida definitiva de sus territorios y propiedades.

La derrota militar *mapuche* se consolida el año 1881, luego del último alzamiento mancomunado. Junto con el arribo del ejército se constata que la tierra que se asumía deshabitada, estaba densamente poblada. Era necesario, por tanto, reducirlos.

Divulgada la noticia en Santiago de la existencia de territorios vacíos, se le encomienda a la Comisión Radicadora su reducción, radicación y otorgamiento del correspondiente título de Merced. Este proceso fue excesivamente lento e ineficiente, el que sólo termina el año 1929 y, ya que los *mapuche* no podían vender sus tierras a particulares debido a las leyes que regían, debían esperar la llegada de la Comisión. Esto significó que alrededor de 40.000 *mapuche* no fueran radicados, esto es, más de un tercio de la población.⁷⁶ Conjuntamente se sucedieron todo tipo de abusos por parte de particulares o por el propio Estado, cuando a través de remates, no respetaba los

⁷⁵ Más ampliamente ver TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. *En Segura y Perpetua Propiedad. Notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX*, en http://www.politicaspUBLICAS.cl/bibliotecavirtual/articulosvtil/Debate_sigloXIX_tierras.pdf. (fecha consulta: 7 julio 2007) Dicho autor concluye mediante una revisión crítica tanto del texto como de su elaboración (espíritu de la ley) que tal legislación sobre tierras no se respetó, no se reconocieron las posesiones indígenas en su integridad, y los agentes estatales dispusieron de las tierras como si fuesen fiscales, en actos nulos de acuerdo a la propia legislación chilena.

⁷⁶ BENGOA, José. *Historia del pueblo Mapuche...*, 2000, p. 356.

deslindes establecidos por los títulos de Merced.⁷⁷ Gran parte de estas tierras fueron usurpadas mediante corridas de cercos, engaños y manipulaciones legales sobre antiguas mercedes y contratos⁷⁸, así como la adquisición de grandes extensiones de terrenos mediante actos fraudulentos, que redundaron finalmente en la constitución de grandes latifundios en el sur de Chile, prolongando la situación de la zona central.

Quienes fueron radicados, dejaron de ser dueños de grandes extensiones de territorio que ancestralmente les pertenecían (estimado en diez millones de hectáreas), para ser confinados en una parte ínfima de éste donde, por lo general, se les otorgó las tierras más apartadas y de más baja calidad agrícola.⁷⁹ De esta manera, “se recortó su espacio de producción y reproducción y debieron cambiar costumbres, hábitos productivos, sistemas alimentarios; en fin, todo su mundo cultural se transformó en una sociedad agrícola de pequeños campesinos pobres”⁸⁰, condicionándolos a una agricultura de subsistencia. A esto se debe agregar que el proceso de radicación no respetó las estructuras sociales de este pueblo ni las delimitaciones territoriales propias, con lo cual se atropelló todas sus tradiciones y cultura, así como los mecanismos de solidaridad, lo que será fuente de rencillas y disputas internas.

Tabla Nº 1: Proceso de Radicación.

Provincia	Títulos de Merced	Hectáreas	Personas
Arauco	66	7.116	1.912
Bío - Bío	6	659	112
Malleco	350	83.512	11.512
Cautín	2.102	317.112	56.938
Valdivia y Osorno	552	66.711	7.261
Llanquihue	2	84	16
TOTAL	3.078	475.194	77.751

⁷⁷ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004, pp. 393 y ss.

⁷⁸ La Comisión Parlamentaria de Colonización recibió en su corta vigencia, 1911, un total de 563 denuncias y solicitudes de *mapuche*, que daban cuenta lo que estaba ocurriendo con las tierras indígenas: “Solicitudes de Amparo en las tierras ocupadas 278; Solicitud de Radicación o Título de Merced 130; Aumento de terreno de la radicación 63; Deslindes con particulares 42; División de la comunidad 23; Exención del pago de contribuciones de haberes 11; Nulidad de escrituras de ventas 10; Remensuras de terrenos 6”. (C.P.C: 1912)

⁷⁹ COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS. *Los Pueblos indígenas en la Legislación Nacional e Internacional y en el Derecho Comparado*. Documento de trabajo del Proyecto Constitucional de Pueblos Indígenas, Santiago, 1988, p.2.

⁸⁰ BENGOA, José. *Historia del pueblo Mapuche...*, 2000, p. 330.

Fuente: Datos de Radicación de los indígenas en Chile. Datos basados en el informe del Comité Interamericano de Desarrollo Agrícola (CIDA).

El año 2003, Ricardo Lagos Escobar, Presidente de la República, encomendó a un grupo de conciudadanos la preparación de un informe que investigara y le informara acerca de la historia de la relación que ha existido entre los Pueblos Indígenas y el Estado. El resultado de las investigaciones comentadas son lapidarias: "...el Estado chileno ha sido el principal actor y responsable de las políticas que se han desarrollado en torno de la sociedad *mapuche*. Todas las consecuencias que implicó la ocupación militar de la Araucanía constituyen el origen de la situación actual del pueblo *mapuche*." Y luego se agrega: "El Estado chileno, al optar por esta integración forzada y violenta... origina buena parte de los actuales conflictos territoriales *mapuche*: una doble pérdida, tierras y autonomía, que tiene un eje común: el no reconocerlos como pueblo."⁸¹

5.3.- Reforma agraria y pueblo *mapuche*.

A partir de 1962 y hasta al año 1973, se desarrolló en Chile el proceso de reforma agraria, cuyo objetivo fundamental era promover la modernización del agro y aumentar la productividad del suelo mediante la expropiación de sectores no utilizados de grandes latifundios, para ser transferidos a pequeños propietarios, permitiendo aumentar el volumen físico de la producción agrícola y levantar el nivel de vida de la familia campesina en el orden económico, social, educacional y cultural. Si bien tal proceso se encontraba orientado hacia el campesinado en general, la reforma tuvo importantes implicancias para los *mapuche*.

La reforma se inició en el gobierno de Jorge Alessandri, con la dictación de la Ley 15.020, conocida como "la reforma de macetero", debido a su exigua aplicación que se limitó básicamente a la constitución de la Corporación de Reforma Agraria (CORA) en sustitución de la Caja de Colonización Agrícola. Dicha Ley sólo permaneció dos años vigente, expropiándose una superficie de 2.399,8 hectáreas. No obstante lo anterior, constituyó un primer paso, instalándose un debate público sobre la prioridad de materializar dicha reforma, y en la cual los *mapuche* vieron la posibilidad para que la sociedad y el Estado atendieran sus demandas de tierras.

⁸¹ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004, p. 392.

En 1967 se dicta la Ley 16.040, con el objetivo de reforzar la propiedad agrícola. Sin embargo, y pese al aumento de las demandas indígenas, su opinión fue meramente marginal en la discusión legislativa, por lo cual no serán considerados en su especificidad étnica sino como parte del campesinado, apuntando a mejorar sus condiciones de vida, otorgándoles apoyo crediticio y asistencia técnica. En virtud de esta Ley se expropiaron a favor de comunidades *mapuche* un total de siete predios en las comunas de Angol, Lumaco, Lautaro y Purén, con un total de 10.682,3 hectáreas.⁸²

Hacia fines de este periodo presidencial, la política estatal de reforma agraria entra en crisis, debido a la confrontación de distintos modelos de sociedad que se postulan, así como de las frustradas expectativas de la población campesina. El pueblo *mapuche* no estará ajeno a estos acontecimientos, y desde al año 1967 se manifiesta un cambio en las acciones de sus organizaciones que se traducirán en “corridas de cerco” y tomas de predio sobre tierras usurpadas, tanto aquéllas entregadas en merced como las consideradas ancestrales, proceso facilitado por el contexto político en que se llevaron a cabo.

En estas circunstancias asume la presidencia Salvador Allende Gossens, quien utilizando el mismo marco legislativo, “aceleró el proceso expropiatorio... e incorporó masivamente a las comunidades *mapuche*”⁸³. Particular importancia en esta nueva etapa detendrá el denominado “Cautinazo”, por medio del cual múltiples movilizaciones *mapuche* se desplegarán en la región sur del país. El “Cautinazo” marcará un período que dejará a lo menos tres consecuencias inmediatas: a) se logra una importante restitución de tierras; b) se produce un fortalecimiento organizacional *mapuche*, que crea la Confederación Nacional *Mapuche*, la que ejercerá una fuerte presión para cambiar la Ley 14.511 (sobre división de comunidades indígenas), proceso que terminará con, c) la promulgación de la Ley Indígena de 1972, N° 17.729.

Con esta Ley, y por primera vez en la historia republicana, se afronta por parte del Estado chileno la cuestión *mapuche* en su integridad. La Unidad Popular reconoce la injusticia y usurpación hacia los *mapuche*, iniciando un proceso de reparación del daño a

⁸²CORREA, Martín, MOLINA, Raúl, et. al. *La Reforma Agraria y Las Tierras Mapuche Chile 1962-1975*, en *Cultura, Sociedad e Historia Contemporánea. América Latina, Revista del doctorado en el estudio de las sociedades latinoamericanas*, N° 2, Santiago, 2002, p. 248.

⁸³ TOLEDO, Víctor. *Pueblo Mapuche...* 2006, p. 32.

través de políticas orientadas a la resolución de las demandas y reivindicaciones indígenas.

Los predios expropiados a favor de comunidades *mapuche* o con participación *mapuche* durante el gobierno de la Unidad Popular fueron 138, con una superficie total de 132.115,78 hectáreas. Durante este periodo se restituyeron tierras consideradas usurpadas de los títulos de merced, y también tierras reivindicadas como territorio ancestral.⁸⁴

5.4.- El golpe de Estado, la contra reforma y el nuevo orden neoliberal

Con el golpe de Estado del 11 de Septiembre de 1973 se inauguró un periodo de represión que tuvo una violencia inusitada en casi todos los predios donde la Reforma Agraria benefició a los *mapuche*. Se fusiló e hizo desaparecer a dirigentes y asentados *mapuche*, se encarceló y torturó, a la vez que se revocaron la mayoría de los predios donde los *mapuche* habían recuperado tierras.⁸⁵

En el aspecto territorial, la mayoría de los predios expropiados a favor de comunidades *mapuche* fueron devueltos a sus antiguos propietarios. Hacia septiembre de 1973, la mayor parte de las tierras expropiadas no eran de propiedad de los campesinos ni de los *mapuche*, sino de la CORA, en muchas aún no se había definido la modalidad de transferencia, ni tampoco se estaba en el plazo legal de 3 años a partir de la asignación. La Reforma Agraria continuó su existencia con posterioridad, al menos en el ámbito legal. Evidentemente su sentido fue modificado mediante decretos y políticas gubernamentales, acoplándose a un nuevo proyecto de país impuesto a sangre y fuego. Éste consistirá básicamente en un programa económico primario-exportador tendiente a la reducción de aranceles y a una fuerte inversión extranjera⁸⁶, con el objetivo de fomentar la competencia en los mercados internacionales en virtud de las ventajas comparativas de nuestra Nación en lo que se refiere a la extracción de recursos naturales. De esta manera, se procedió a una reorganización de división político-administrativa del territorio nacional funcional a tal

⁸⁴ CORREA, Martín, et. al. *La Reforma Agraria...* 2002, p. 256.

⁸⁵ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004, p. 904.

⁸⁶ Dichas facilidades quedaron establecidas en el DL 600 sobre inversión extranjera

proyecto, asignándosele a cada unidad regional un determinado fin. La zona sur (regiones IX, X y XI) fue orientada hacia la actividad económica forestal.

Así, el Estado incentivará fuertemente las plantaciones forestales en la zona sur. En 1974 se dicta el DL 701 sobre fomento forestal, estableciéndose un subsidio directo en dinero equivalente al 75% del valor total de las plantaciones que demuestren tener un 75% de rendimiento al año de vida. Asimismo, se eliminó la tributación fiscal y territorial, y se estableció la inexpropiabilidad de los predios. Además se abrieron líneas de crédito destinadas exclusivamente a su fomento, al mismo tiempo que se privatizaban la generalidad de las industrias (Celulosa Arauco y Celulosa Constitución). La mayoría de las compañías forestales adquirió tierras por medio de los remates o traspasos directos con que el régimen militar liquidó la reforma agraria.⁸⁷

- **División y liquidación de las comunidades *mapuche*.**

Las comunidades *mapuche* y su sistema de propiedad, ciertamente no cabían dentro del nuevo esquema neoliberal, considerándosele un residuo anómalo del pasado, un obstáculo para la conformación de extensas superficies para la industria forestal. De esta misma manera los integrantes del pueblo *mapuche* y su cultura no estaban considerados en las nuevas estructuras político-espaciales del nuevo régimen, en cuanto a la constitución unitaria del territorio. Por tanto, pasaron a ser de pleno derecho un ciudadano más. Así el año 1979 se dicta el Decreto de Ley 2.568, que tuvo por objetivos acabar con la condición de indígena, cuyo artículo 1º inciso 2º establecía: “*A partir de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, las hijuelas resultantes de la división de las reservas [indígenas], dejarán de considerarse tierras indígenas, e indígenas a sus dueños o adjudicatarios.*”

“... [L]a nueva ley implica un nuevo enfoque: en Chile no hay indígenas, son todos chilenos...”⁸⁸. Eran las palabras del Ministro de Agricultura de turno para referirse a la nueva política indígena. Las comunidades debían ser divididas de oficio por los

⁸⁷ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Entre el Olvido y la Exclusión*. Misión Internacional de Investigación, N° 358/3, 2003, p. 10.

⁸⁸ RUPAILAF, Raúl. **Las organizaciones mapuche y las políticas indigenistas del Estado chileno (1970-2000)**, en *Revista de la Academia* N° 7, Editor Universidad de Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 2002, pp. 59-103. Esp. p. 74.

organismos del Estado (art. 10), asignándose la propiedad individual a cada ocupante indígena o no indígena, desconociendo además el derecho de los ausentes. Cabe recordar que un gran número de *mapuche* había emigrado a centros urbanos en busca de mejores expectativas, originándose un conflicto entre los *mapuche* del campo y de la ciudad, al ser estos últimos desheredados legalmente de su comunidad.⁸⁹

El D.L. 2.568 sería modificado por el D.L. 2.750 de 1979, sin embargo, se mantendrían sus principios y orientaciones.

La aplicación práctica del Decreto Ley 2.568, significó que hasta el año 1990 se aplicara una sistemática división de las comunidades indígenas, logrando dividir casi la totalidad de los títulos de merced que las leyes indígenas antecesoras, aplicadas entre los años 1927 a 1961, no habían podido efectuar.

Tabla Nº 2: Resultados división de títulos de merced: 1979-1986

PROVINCIA	RESERVAS DIVIDIDAS	%	SUPERFICIE ORIGINAL	%	SUPERFICIE REMENSURA	Nº HIJUELAS	PROMEDIO HÁS/PERS
ARAUCO	45	58.4	4233.98	43.6	5388.45	1093	4.93
BIO-BIO	1	16.7	43	0.3	85.07	21	4.05
MALLECO	87	31.1	14417	17.8	13986.28	3089	4.53
CAUTIN	1273	62.5	211676.48	64.8	180940.04	38865	4.66
TOTAL	1406		230.370,46		200.399,94	43.086	4,54

De esta forma, el pueblo *mapuche* en menos de una década no sólo tuvo que sufrir la revocación de las tierras que logró recuperar gracias al proceso de reforma agraria, ni la división y liquidación de casi la totalidad de su propiedad comunitaria, sino que una vez más, y al igual que en el periodo de ocupación, el Estado impuso su cosmovisión a quienes tienen una historia y cultura diferente, con sus propias normas y cosmovisión. La consideración de la tierra como un mero bien inmueble rompió con las

⁸⁹ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004, p. 455

estructuras espaciales internas de la cultura *mapuche*, la cual fue dividida según una cartografía adecuada a las leyes del mercado: “los lugares sagrados quedaron dislocados en distintas propiedades, posibilitando que quien quedó como propietario de un *nguillatue* o un *ngnko* decidiera unilateralmente si arrendar, permutar o dar otro destino a la tierra, afectando a toda la comunidad o a un *rehue* completo.”⁹⁰

5.5 La transición democrática y el territorio *mapuche*.

Cuando el régimen militar llegaba a su fin, los pueblos originarios, y en particular el pueblo *mapuche*, vieron en la democracia la oportunidad de establecer una nueva relación con el Estado y la sociedad chilena, planteando una serie de demandas y reivindicaciones para proteger sus derechos amenazados. Entre los ejes centrales de estas demandas, destaca el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, hasta entonces negada en el país, la participación de sus representantes en la conducción de la política indígena del Estado, la protección legal de sus tierras y aguas, el otorgamiento de tierras fiscales o de tierras particulares adquiridas por el Estado a objeto de poner fin al proceso histórico de comercialización de sus comunidades, y permitir la ampliación de sus tierras y el apoyo al desarrollo económico y cultural de sus pueblos y comunidades.⁹¹

Por su parte, los partidos de oposición al régimen militar, reunidos en la Concertación de Partidos por la Democracia, percibieron el alto valor simbólico que significaba incluir la cuestión indígena en la transición democrática, asumiendo como válidos los planteamientos formulados por las organizaciones indígenas. Así, ambas partes se reúnen en octubre de 1989 llegándose al Acuerdo de Nueva Imperial, donde el nuevo gobierno se comprometía a reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas, a elaborar una Ley Indígena que les reconocería sus derechos a la tierra, recursos naturales, participación y cultura, y se ratificaría el Convenio 169 de la OIT que les reconoce el derecho a sus territorios.

Transcurridos unos pocos años desde la instauración de la democracia, las aspiraciones indígenas se vieron truncadas. En efecto, la reforma constitucional para el reconocimiento de la existencia de pueblos indígenas dentro del territorio nacional y, por

⁹⁰ TOLEDO, Víctor. *Pueblo Mapuche...*, 2006, p. 72

⁹¹ AYLWIN, José. *Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una perspectiva histórico-jurídica*, en *Revista América Indígena*, Volumen LIX, Número 4, 2003, p. 133.

tanto, el reconocimiento de un país pluriétnico compuesto por una diversidad de pueblos, fue rechazada por el parlamento debido principalmente a las críticas efectuadas por la derecha política (ahora oposición). Esto por cuanto significaría, en primer lugar, un peligro al carácter unitario de la Nación, y afectaría también el derecho de propiedad, soterrando su integridad en cuanto a la protección de las tierras indígenas.⁹² Aún en la actualidad tal reconocimiento no es efectivo.⁹³

Respecto a la elaboración de una nueva legislación indígena, el gobierno democrático creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) con el objeto que esta entidad asumiera la coordinación de las políticas del Estado en el ámbito indígena y elaborase un proyecto de legislación para sus pueblos y comunidades.⁹⁴ Elaborado el proyecto de ley, fue discutido por los pueblos indígenas a través de congresos realizados a lo largo del país, los cuales culminaron en un Congreso Nacional de Pueblos Indígenas en enero de 1991, en la ciudad de Temuco, donde se entregó al Ejecutivo la propuesta indígena.⁹⁵ Sin embargo, y como era de esperar, el proyecto del Ejecutivo presentado al Parlamento fue sustancialmente distinto al elaborado por los indígenas. Asimismo, el proyecto del Ejecutivo fue objeto de nuevas modificaciones en el Parlamento. Sólo en 1993 fue promulgada la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Si bien dicha Ley representa un avance en la medida que hasta este punto de la historia los esfuerzos de parte de nuestros gobernantes por acoger las demandas e inquietudes indígenas son prácticamente nulas, no es menos cierto que se encuentran claramente por debajo de los estándares aceptados internacionalmente. En este sentido, la Ley N° 19.253 se enmarca dentro de una concepción paternalista, propia de otro ciclo histórico. No trata

⁹² Ambas críticas aparecen como inaceptables ante los estándares internacionales de derechos de los pueblos indígenas desarrollado en el marco de las Naciones Unidas y el sistema interamericano.

⁹³ Recientemente, en enero de 2006, la cámara de diputados, en el marco de la votación del proyecto de ley de Reforma Constitucional y pueblos Originarios, aprobó por unanimidad un inciso que señala: “La Nación es única e indivisible” Información disponible en MAPUEXPRESS. *Reacciones ante polémica por proyecto de Ley Reforma Constitucional y Pueblos originarios* en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=629> (fecha consulta: 7 julio 2007)

⁹⁴ AYLWIN, José. *Pueblos Indígenas De Chile: Antecedentes Históricos Y Situación Actual*. Serie Documentos N° 1. Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera. Disponible en línea: <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/aylla.html> (fecha consulta: 7 julio 2007)

⁹⁵ Para más información, ver *Informe Final del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*. Ediciones CEPI, Santiago, 1991.

de derechos indígenas, sino de las obligaciones estatales. El sujeto de derecho en consecuencia es el Estado, reconociendo a los sujetos indígenas sólo como individuos⁹⁶

Esta ley, en lo que respecta al tema de tierras y recursos, establece un estatuto limitado de reconocimiento y protección de tierras indígenas, y desconoce derechos sobre recursos naturales, lo cual obviamente deja en una situación de indefensión a los pueblos indígenas, más aún en un modelo económico neoliberal que incentiva y favorece las exportaciones de recursos naturales. En particular, el pueblo *mapuche* se encuentra constantemente presionado por la industria forestal, la cual ve en el archipiélago de comunidades indígenas una limitación para su expansión. Tal situación fue recogido en el informe de Rodolfo Stavenhagen, relator especial de las Naciones Unidas, sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, al afirmar que: “...las tierras de las comunidades se encuentran aisladas dentro de propiedades de particulares, principalmente de extensas plantaciones forestales, cercadas y protegidas por guardias privados (dificultades de tránsito, hostigamiento, ningún acceso a los bosques). [C]omo un efecto del desarrollo de las plantaciones forestales el suelo en que se encuentran las tierras de los mapuche han perdido sus fuentes de agua (para consumo y para riego), ha disminuido o desaparecido la fauna silvestre (que hizo parte de su dieta) y la vegetación del sotobosque (tradicionalmente utilizada con fines rituales, medicinales y alimenticios).”⁹⁷

En la actualidad, Chile ocupa el segundo lugar mundial de superficie plantada, y tras los acuerdos de libre comercio con EEUU, Corea, y Unión Europea, así como el reciente acuerdo con Japón, la industria forestal se proyecta como el segundo sector exportador del país, con lo cual la superficie plantada se ampliará aún más.⁹⁸ En este contexto, los derechos *mapuche* sobre sus respectivas tierras han sido vulnerados por el Estado para privilegiar la concreción de diversos proyectos de inversión públicos y privados en territorios indígenas de la VIII y IX regiones, tales como centrales

⁹⁶ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *La Otra Transición Chilena: “Derechos Del Pueblo Mapuche, Política Penal Y Protesta Social En Un Estado Democrático”*. Misión Internacional De Investigación. n° 445/3. abril 2006, p. 12

⁹⁷ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas sobre su visita a Chile*, Doc. ONU E/CN.4/2004/80/Add. 3, 2003, párrafo 58.

⁹⁸ CORMA. *Bajo nivel de plantaciones*. Noticias Corma, Enero de 2005; *Forestales requieren más plantaciones en Chile para sus planes de largo plazo*, Periódico La Tercera, 10 de diciembre de 2004.

hidroeléctricas, carreteras y proyectos forestales, donde se ha aplicado la normativa sectorial con preeminencia a la Ley indígena, tanto en los procedimientos administrativos como judiciales a que han dado lugar la ejecución de los mismos.⁹⁹

Cabe destacar que la legislación en cuestión asumió la doctrina por medio de la cual los derechos propietarios indígenas emanan de actos del Estado, por cuanto los territorios ubicados al sur del Bío - Bío fueron declarados fiscales a mediados del siglo XIX, desconociendo el desarrollo del derecho internacional y los avances normativos y doctrinarios. En virtud de lo anterior son de propiedad indígena sólo aquellas que las comunidades ocupan en propiedad o posesión, provenientes de algunos de los títulos que emanan de las leyes utilizadas por el Estado para constituir o regularizar la propiedad indígena, negándoseles el derecho sobre tierras que la memoria colectiva de las comunidades *mapuche* aún conserva como sus “tierras antiguas” y estableciendo un “techo” a las reclamaciones *mapuche*, lo que algunos observadores han denominado como una política de hechos consumados, que legitima el despojo originario.¹⁰⁰

Sobre la base de tales reclamaciones arbitrariamente limitadas, y para su resolución, se estableció el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI) administrado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), con el objeto de adquirir tierras por vía del mercado para traspasarlas a comunidades indígenas. Uno de los efectos más indeseados, pero previsible, es la espiral de especulación en el mercado de tierras, en que los detentadores de las tierras reclamadas terminan siendo los principales beneficiarios, en tanto los precios de las tierras que demandan los *mapuche* se han quintuplicado; de este modo, se anula el efecto de incremento del presupuesto del Fondo de Tierras, que ha seguido la curva de los conflictos.¹⁰¹ Esta política de tierras se ha hecho ingobernable desde su inicio, debido principalmente a la exclusión a priori de las

⁹⁹ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004, p. 950.

¹⁰⁰ GARCIA, Pedro. *Territorios indígenas: tocando las puertas del derecho*, 2004, en www.servindi.org/pdf/Territorios_Indigenas_PedroGarcia.pdf (fecha consulta: 7 julio de 2007). Actualmente existe un amplio consenso respecto a las Reclamaciones de restitución de tierras incluidas en Títulos de Merced, usurpadas total o parcialmente por medio de diversos mecanismos operados desde fines del siglo XIX hasta el presente, las cuales sumarían 150.000 hectáreas, constituyendo el límite para las reclamaciones restitutorias.

¹⁰¹ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *La Otra Transición Chilena...* 2006, p. 15

reclamaciones de tierras antiguas que ha redundado en un camino de presión y movilización de parte de las comunidades, frente a lo cual el gobierno de Chile ha reaccionado mediante la contención penal de las reclamaciones.

Por último, y en relación a la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas, Tribales y Semitribales en Países Independientes, que recoge una serie de estándares mínimos en torno a los derechos de los pueblos indígenas, en particular en lo que se refiere al tema de tierras, el artículo 14.1 prescribe: *“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.”* Luego agrega en su artículo 15.1: *“Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.”*

Cabe mencionar que dicho convenio goza de una reconocida autoridad y aceptación, siendo asumidos plenamente por diversas instancias internacionales¹⁰², y como tal ha sido ratificado por prácticamente la totalidad de los Estados latinoamericanos, con las excepciones de Uruguay y El Salvador países que no reconocen la existencia de pueblos indígenas dentro de sus fronteras, y Nicaragua, cuyos pueblos indígenas gozan de un régimen reforzado de autonomía regional. Sin embargo, en Chile se encuentra entrampado en el Congreso desde hace más de una década, especialmente por la existencia de ciertas reticencias de los sectores más conservadores respecto a cuestiones políticamente sensibles como el uso de los términos "pueblo" y "territorio". No obstante, el propio Tribunal Constitucional en septiembre de 2000 dictaminó que el Convenio se ajusta a la Carta Fundamental chilena.

¹⁰² Léase Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas, Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Parlamento Europeo, entre otros. Asimismo, las disposiciones del Convenio han servido de inspiración para las políticas indígenas de organismos financieros y de cooperación internacionales, como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Fondo Indígena.

A este respecto existen pronunciamientos internacionales en torno a la ratificación del Convenio. En el informe sobre su misión a Chile de 2003, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas incluyó entre sus recomendaciones la "pronta ratificación del Convenio 169 de la OIT", haciendo un "llamado urgente" a la Cámara de Diputados y al Senado de Chile en este sentido¹⁰³. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU "lament[ó] que el Estado parte no haya ratificado el Convenio N° 169 (1989) sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)", recomendando la ratificación del Tratado¹⁰⁴. Así también la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato recomendó la más pronta ratificación del Convenio N° 169, por cuanto el Estado de Chile, como miembro de la comunidad internacional, debe hacer suyas las directrices y derechos reconocidos en el orden internacional a los Pueblos Indígenas"¹⁰⁵

Paralelamente a las deudas pendientes con el pueblo *mapuche*, durante los gobiernos democráticos se ha tendido al perfeccionamiento del modelo económico y a la conducente reclasificación y reestructuración territorial implantada durante la dictadura e íntimamente ligada a la nefasta situación actual de esta etnia. Más aún, se ha tendido hacia una legitimación democrática altamente cuestionable a partir de los estándares internacionales de Derechos Humanos, desde donde la respuesta *mapuche* por sus derechos y territorios amenazados es por lo menos previsible.

La respuesta del Estado ante tales circunstancias ha sido la contención social mediante la criminalización de toda reclamación reivindicatoria, sin atender las raíces mismas del conflicto. Ante tal situación las organizaciones *mapuche* han agudizado su discurso y sus protestas, dando inicio de esta forma a una escalada represiva en 1992, con la aplicación de la ley penal común contra las acciones del Consejo de Todas las Tierras. El año 1997 se aplica la Ley de Seguridad Interior del Estado contra comuneros que reclamaban sus tierras ocupadas por industrias forestales. Por último, el año 2002 se llega a la aplicación de la Ley Antiterrorista.

¹⁰³ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Informe del Relator Especial...* 2003, párrafos 42 y ss.

¹⁰⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chile* 33º periodo de sesiones (8 al 26 de noviembre de 2004) E/C.12/1/Add.105, 2004, párrafo 12.

¹⁰⁵ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004.

Por su parte, el empresariado forestal ha venido actuando estratégicamente en relación a los factores que pudiesen poner en riesgo sus intereses, llevando a cabo un fuerte “lobby” para mantener las políticas represivas hacia los *mapuche*. En este sentido, la internalización de los valores del sistema va siendo claramente asumida por grupos privados que, dominando los medios de comunicación, imponen sus propios valores e intereses a la opinión pública^{106 107}.

¹⁰⁶ BUSTOS, Juan, HORMAZABAL MALAREÉ, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. 1. Trotta, Madrid, 1997, pp. 20 y ss.

¹⁰⁷ Así por ejemplo, el diario *El Mercurio*, representante de los grandes conglomerados económicos, al igual que en el periodo de la “pacificación” incentivaba la ocupación militar de la Araucanía, hoy aboga por la eliminación total de la propiedad comunitaria *mapuche*, así como por aplicación de la legislación de emergencia en contra de comuneros que lleven a cabo actos de protesta social violenta con fines reivindicatorios, aun contra los numerosos pronunciamientos de los organismos internacionales para el respeto y defensa de los derechos humanos, léase Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, Relatores especiales de la ONU, Federación Internacional de Derechos Humanos, Human Right Match, entre otros.

6.- CONCEPCIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA CULTURA *MAPUCHE*

El derecho, al igual que el lenguaje y así como toda manifestación social creada por el hombre, representa una extensión de su propia cultura y entorno, por lo tanto, la existencia de diversas culturas prescribirá la existencia de diversos ordenamientos normativo-sociales.

Ahora bien, en Chile no existen dudas sobre la presencia de una variedad de culturas y etnias, aun cuando nuestra Carta Magna no las reconozca. El Estado reconoce sólo con rango legal, como principales etnias indígenas, las siguientes: *Mapuche*, *Aymará*, *Rapa Nui* o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, *Quechuas* y *Collas* del norte del país, las comunidades *Kawashkar* o *Alacalufe* y *Yámana* o *Yagán* de los canales australes.

En consecuencia, es posible distinguir variadas formas de entender las realidades que coexisten simultáneamente dentro del territorio geográfico nacional, lo cual en último término determinará la configuración de distintos ordenamientos jurídicos con instituciones particulares, esto es, con un sistema de regulación y control social propio de cada cultura y su respectivo cuerpo social. En efecto, mientras nuestro derecho de tradición franco germana se caracteriza por ser escrito, tener instituciones rígidamente reguladas encargadas de la aplicación de normas predeterminadas, se ha señalado que el derecho indígena se caracteriza por su visión circular o universal, no fraccionada, en que los conflictos se resuelven a través de la aplicación de normas que surgen de la costumbre y en que los actores tienen mayor intervención¹⁰⁸.

Lamentablemente, Chile se ha mantenido al margen del proceso de reconocimiento del derecho indígena verificado en las últimas décadas en el subcontinente latinoamericano¹⁰⁹, conjuntamente con la falta de reconocimiento

¹⁰⁸ LILLO, Rodrigo. *Pluralismo Jurídico en Chile. Formulando un marco teórico para una Investigación Empírica*, en Resolución de Conflictos en el Derecho *Mapuche*. Un Estudio desde la Perspectiva del Pluralismo Jurídico. Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, Editorial Kolping, Temuco 2003, p. 86.

¹⁰⁹ Así, se han elevado a rango constitucional los derechos tanto individuales como colectivos de los pueblos y de las personas indígenas en Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992,2000), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia

constitucional, lo que redundaría en una patente injusticia al no dar cabida al derecho propio de los distintos pueblos indígenas, sin reconocer sus sistemas normativos e instituciones propias.¹¹⁰ Esta postura del Estado chileno encuentra sus fundamentos desde los albores de la República bajo el paradigma ilustrado y la concepción de igualdad del hombre ante la ley, rechazando de plano la multiculturalidad y abogando por una asimilación mediante la imposición de un derecho único y común.

Así las cosas, la actual Constitución Política de la República de Chile señala textualmente en su artículo 73 que “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley.” Por su parte, el Código Civil en su artículo 2º prescribe que “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella”, todo lo cual conlleva a un reconocimiento muy limitado o nulo del derecho propio indígena, salvo escasas excepciones.

No obstante lo anterior, los sistemas normativos indígenas continúan desarrollándose al “margen de la ley”. En particular, en el caso de la etnia *mapuche* la resolución de conflictos por las autoridades *mapuche*, fundadas en las normas del *Az Mapu*¹¹¹, forma parte del derecho propio, el cual es reconocido, practicado y respetado por las comunidades. Se aplica un procedimiento, se dictan sanciones que son acatadas y verificadas por los afectados de acuerdo a su propia ley.¹¹² De la misma manera sus instituciones propias perduran al interior de su cultura. Así, sus máximas autoridades siguen estando representadas por los *Lonko* y las *Machi*. Asimismo es posible identificar una noción o concepción particular y adecuada a su contexto de la institución de la propiedad. Evidentemente ésta posee características propias que conforman una

(1994) y Ecuador (1994, 1998), reconociendo en su mayoría las costumbres o derecho consuetudinario indígena, estableciendo normas para su consideración en el derecho estatal.

¹¹⁰ AYLWIN, José. *Derecho Indígena Y Derecho Estatal En América Latina*, en Resolución de conflictos en el Derecho *Mapuche*. Un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico. Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, 2003, p. 172.

¹¹¹ Normas de conductas tanto individual y colectiva establecidas por la divinidad, que debe observar el *mapuche* para mantener la armonía cósmica. Estas normas deben ser asumidas por el hombre (che) en su relación primero con el mapu (Waj mapu y Wajontu mapu), y luego con las personas entre sí, de manera de atender a la filosofía de vida (mogen) de esta cultura. *Informe de la comisión de trabajo autónoma mapuche*, en REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004, p. 1122

¹¹² Más ampliamente ver *El Derecho en la Sociedad Mapuche: Un análisis de acuerdo a los Estudios publicaciones previos. En el derecho Mapuche. Un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico*. Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, 2003.

institución *sui generis*, imposible de asimilar o encuadrar en la concepción occidental judeo-cristiana de propiedad privada.¹¹³

Dicha contradicción entre cosmovisiones distintas ha sido resuelta mediante la integración forzada tanto de territorios como de su gente a ordenamientos jurídicos occidentales que, lejos de contar con respuestas apropiadas para una descripción de las relaciones, valores y sentimientos que incorporen armónicamente a los pueblos indígenas con su entorno natural, se imponen prescriptivamente sobre la realidad regulada, distorsionándola, y resultando la mayoría de las veces etnocida.¹¹⁴

Tal ha sido la suerte de nuestros pueblos originarios. Si bien estos logran intuir medianamente un concepto de propiedad privada de carácter económico (estos animales y este arado son “míos”, por ejemplo), dicha situación cambia sustancialmente al referirse a la tierra. Para el pensamiento occidental, la propiedad de la tierra es un derecho civil que se tiene sobre una cosa y que le permite disponer de ella de manera exclusiva erga omnes. Y este ámbito de poder sobre las cosas corresponde a un individuo. Diferente es en el caso de las sociedades indígenas en las cuales la tierra, o más específicamente el territorio, se vincula más bien al pueblo que al individuo, y nadie piensa que puede disponer de él a su antojo.¹¹⁵ Tales fueron las conclusiones, propuestas y recomendaciones del Relator Especial, Sr. José R. Martínez Cobo, en el volumen V del Estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas, al afirmar que:

¹¹³ Contradicción que se encuentra en los fundamentos mismos de nuestras culturas. Así, en el génesis bíblico Dios crea al hombre para que “mande a los peces del mar y a las aves del cielo, a las bestias, a las fieras salvajes y a los reptiles que se arrastran por el suelo” (génesis 1: 26). Luego Dios bendice al hombre y a la mujer “diciéndoles: Sean fecundos y multiplíquense. Llenen la tierra y sométanla.”(génesis 1:28). Por otra parte, para el pueblo *mapuche* “...el concepto *mapu* posee diferentes planos y concepciones. En esencia el *mapu*, no sólo es el suelo, no sólo lo tangible, sino el universo, el todo, que incluye lo intangible (...) es un ente vivo y está poblado por seres vivos y diferentes *newen* (fuerzas) que coexisten y hacen posible la existencia de estas vidas. El concepto *mapu*, es una construcción que la sociedad *Mapuche* ha realizado para fundamentar su existencia y estructuración. Toda explicación que se refiera a la existencia del *Mapuche* se sustenta en el concepto *mapu*, desde su auto identificación como *Mapuche* en lo más genérico y *Mapuche* cuando se refiere a lo más interno. El *Mapuche* no es dueño de la tierra sino, por el contrario, la tierra o el *mapu* es dueña de las personas porque las personas son los brotes, hijos de la tierra y de ahí deviene el término *ñuke mapu* (madre tierra). Nosotros somos *che* (gente), y como *che* por tanto, pertenecemos al *Waj papu*, que es el todo, el globo.” QUIADEL, Javier. *Reflexiones sobre el ordenamiento y autorregulación o sistema jurídico mapuche*, en *El Derecho Mapuche...*, 2003. p. 243.

¹¹⁴ GARCIA, Pedro. *Territorios indígenas...* 2004, p. 1

¹¹⁵ Ídem, p. 3.

"Es esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras como algo básico en su existencia como tal y en todas sus creencias, costumbres, tradicionales y cultura.

Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción. La relación integral de la vida espiritual de los pueblos indígenas con la Madre Tierra, con sus tierras, tiene muchas implicaciones trascendentales. Además, la tierra no es mercadería que pueda apropiarse, sino elemento material del que debe gozarse libremente."¹¹⁶

Actualmente las forestales plantan en el lugar de los rewe (lugares sagrados), lo cual perfectamente podría ser considerado una afrenta por el pueblo *mapuche*.

Por otro lado, el título indígena, a diferencia del título de propiedad del derecho común, no sólo se refiere a tierras, en tanto bienes inmuebles claramente delimitados, sino que incluye un concepto más amplio de territorios y los recursos que en ellos se encuentren.

Ahora bien, indiscutiblemente cada etnia indígena ha vivido (o sufrido) distintos procesos de aculturación, pudiendo distinguir claramente entre ellas mayores o menores niveles de asimilación. Bajo este argumento es absolutamente insoslayable una revisión de la evolución histórico-social de la institución de la propiedad en la cultura *mapuche* en particular, con el objetivo de lograr una concepción más acabada del actual contexto de reivindicaciones territoriales. Ahora bien, y debido a que en el apartado anterior se realizó una síntesis histórica, sólo nos acotaremos al estudio de dicha institución.

6.1 La propiedad *mapuche* en particular

Para los *mapuche*, como gente de tierra (Mapu = tierra; Che = gente), tal elemento ha sido central en su cultura a través de su historia, estando vinculada directamente su subsistencia material a su defensa. La relación del *mapuche* con su tierra, la forma de

¹¹⁶ NACIONES UNIDAS, Publicación N° de venta: S.86.XIV.3. Párrafos 196 y ss., citado por DAES, Erica Irene. *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión, 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21. Párrafo 16.

concebirla y usarla ha sido, sin embargo, fuertemente afectada por la influencia occidental.¹¹⁷

Como ya se ha señalado anteriormente, a la llegada de los españoles los *mapuche* se encontraban en un estado de desarrollo protoagrario que determinaba la existencia de un fuerte sentido de territorio común que como pueblo le pertenecía, no existiendo, por lo tanto, un sentido de propiedad privada individual de la tierra por cuanto dicha apropiación habría carecido por completo de sentido.

El contacto con los españoles transformó profundamente la sociedad indígena dando lugar a una sociedad agrícola-ganadera, con crecientes relaciones mercantiles, con sistemas de trabajo cada vez más complejos y, por lo tanto, con una organización social en proceso de transición hacia una forma de “señoralismo”, influencia que, sin embargo, no logró constituir plenamente la concepción de propiedad privada, al menos sobre la tierra. Sobre los ganados había un sentido más preciso de propiedad, ya que implicaban intercambio y riqueza¹¹⁸, no obstante aquí tampoco nos encontramos frente a un concepto occidental de propiedad.

A pesar de la influencia hispánica y el constante contacto fronterizo, tanto comercial como bélico, lo cierto es que el pueblo *mapuche* y su cultura subsistió de un modo independiente a lo que acontecía en el “Reino de Chile”, manteniendo en gran medida sus propias costumbres en cuanto al uso y concepción de la tierra.

Ahora bien, y contrariamente a los demás pueblos originarios conquistados durante el siglo XVI, no será sino hasta la ocupación militar llevada a cabo por el Estado chileno y su ejército a fines del siglo XIX, que podemos hablar de manera precisa de aculturación. En este sentido, el proceso de radicación y reducción significó un grave quiebre en la relación del *mapuche* con su tierra, principalmente debido a una drástica reducción de sus territorios originales mediante la creación de un archipiélago de comunidades reduccionales constituidas sin consideración alguna a sus propias estructuras sociales, desconociendo toda una historia como pueblo.

¹¹⁷ AYLWIN, José. *Tierra Mapuche: Derecho Consuetudinario y Legislación Chilena*, en *Revista América Indígena*, Vol. 49, N° 2, 1989, pp. 369-391. Esp. p. 372.

¹¹⁸ BENGGOA, José. *Historia del Pueblo Mapuche...*, 2000. pp. 62 y ss.

Sin embargo, será la legislación dictada y aplicada desde 1927 sobre división de comunidades indígenas, y a continuación del proceso de radicación, la que verdaderamente introduzca un quiebre en el concepto y la costumbre de la sociedad *mapuche* sobre la propiedad y uso de la tierra, ya que al interior de las comunidades se mantuvieron en gran medida las bases de la concepción *mapuche* sobre el uso y tenencia común de la tierra; se replegaron al interior de sus reservas adaptándose a las nuevas condiciones que le impuso la sociedad chilena, transformando a las comunidades en *el espacio propio, autónomo e independiente, subordinado y segregado, donde es posible reeditar una cultura de resistencia, una cultura que tiene como objetivo impedir la aniquilación total.*¹¹⁹

Tal situación cambia a partir de 1927, año en el cual comienza la dictación de una serie de normas jurídicas que progresivamente restringe la existencia de la propiedad colectiva de la comunidad indígena con el fin de instaurar definitivamente la propiedad privada, base del Estado Republicano liberal. De esta forma se dicta:

1. Ley N° 4.169 de 1927 sobre División de las Comunidades Indígenas. La división de las Comunidades Indígenas puede ser solicitada por cualquiera de los comuneros.
2. Ley N° 4.802 de 1930 que suprime la "Comisión Radicadora de Indígenas" de 1866 y 1883. Dicha ley crea los "Juzgados de Indios", cuyo objetivo es proceder de oficio a la división de las comunidades indígenas.
3. Decreto con Fuerza de Ley N° 266 de 1931, el cual dispuso que la división de las comunidades sólo procedería cuando lo solicitase la tercera parte de los comuneros.
4. Decreto Supremo N° 4.111 de 1931, que resume el Decreto Ley N° 4.802 de 1930 y del Decreto Ley N° 266 de 1931.
5. Ley N° 14.511 de 1961, que reemplaza la Ley 4.111. Se decreta que el Presidente de la República tiene facultades para expropiar los terrenos de propiedad de las

¹¹⁹ AYLWIN, José. *Tierra Mapuche...* 1989, p. 386.

Comunidades Indígenas. Ésta crea los "Juzgados de Letras de Indios" que modifica las funciones de los "Juzgados de Indios" creados en 1930.

Sin embargo, será el Decreto Ley N° 2.568, modificado por el Decreto Ley 2.750 de 1979, el que profundice este proceso dividiendo sólo entre los años 1979 y 1986 un total de 1.739 comunidades, con lo cual restaban sólo 288 por liquidar.¹²⁰ Asimismo, tal legislación ha sido calificada de etnocida debido a su abierta posición negadora de pueblos indígenas con una identidad cultural diferente a los demás sectores que componen la sociedad.¹²¹

La exitosa aplicación de la legislación comentada ciertamente ha modificado las costumbres culturales y jurídicas del pueblo *mapuche* en lo que respecta a la terratenencia. Así lo constató la comisión especial de pueblos indígenas al verificar una creciente demanda de tramitación de posesiones efectivas de conformidad al derecho común, sin distinción al principio de patriliniedad que rige en la sucesión de acuerdo al derecho consuetudinario *mapuche*. Asimismo, y debido a la misma división, existen comunidades donde cada familia tiene cercada su tierra¹²², dando lugar a un nuevo tipo de propiedad indígena individual y enajenable. Esta nueva forma de propiedad de la tierra, impuesta institucionalmente por el Estado chileno por más de un siglo, además de ser contraria a la costumbre *mapuche*, viene a dificultar enormemente su subsistencia económica y cultural. De esta manera, las nuevas generaciones han debido traspasar las tierras que les fueron adjudicadas a particulares chilenos o extranjeros, emigrando hacia las ciudades en busca de mejores oportunidades, rompiendo definitivamente su vínculo con la tierra.¹²³ Por otra parte, y a pesar de lo anterior, se ha comprobado que "en las comunidades divididas no hubo mayor desarrollo que en las no divididas; sino que ambos tipos de comunidades han tenido durante los últimos 50 años igual comportamiento, lo que indica que las opiniones que sostenían -y aún sostienen- que la pobreza *mapuche* sería consecuencia de la ausencia de propiedad privada están descartadas. Más aún, se

¹²⁰ Vid. GONZALEZ, Héctor. *Propiedad Comunitaria o Individual: Las Leyes Indígenas y El Pueblo Mapuche*. En Revista NUTRAM, año II, N° 3, Santiago, 1986.

¹²¹ AYLWIN, José. *Tierra Mapuche...* 1989, p. 382.

¹²² ALDUNATE, Carlos. *Alonqueo: estudio de terratenencia de una comunidad Mapuche. 1906-1976*. Ediciones Kulrún, Santiago, 1979, citado por HERVE, Dominique, URRELOLA, Antonia. *El derecho consuetudinario indígena: su reconocimiento por el derecho internacional, el derecho comparado y el derecho chileno: el caso mapuche*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1994, pp. 212 y ss.

¹²³ AYLWIN, José. *Tierra Mapuche...* 1989, pp. 386 y ss.

ha podido observar que en la comunidad de tierras, hay un uso más flexible de la tierra, lo que ha permitido que en tiempos de escasez se desarrollen procesos de solidaridad interna complementarios a la subsistencia.”¹²⁴

Conjuntamente con los procesos descritos, su entorno medioambiental se ha visto fuertemente modificado. La sustitución de los bosques nativos y la consiguiente desaparición de la biodiversidad, ha implicado la ausencia de plantas medicinales (*lawen*) que son utilizadas por las *machi* (autoridad religiosa tradicional *mapuche*); la tala indiscriminada ha provocando erosión y deterioro de los suelos, afectando gravemente la agricultura y ganadería *mapuche*; así también han debido soportar la contaminación del suelo y las aguas por el uso de productos químicos, el polen y la generación de desechos industriales; los caminos internos de las comunidades se han deteriorado; y la disponibilidad de agua ha disminuido notablemente debido al gran consumo de las plantaciones forestales.

No obstante los grados de aculturación antes señalados, no es menos cierto que una asimilación del pueblo *mapuche* a la sociedad chilena, y a su correspondiente cultura, está bastante lejos de la realidad. Así ha quedado demostrado en el Informe de la Comisión de Trabajo Autónoma *Mapuche* dentro de la investigación de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, al afirmar que: “Los *mapuche* son poseedores de un derecho de carácter retórico y situacional que les ha permitido a través del tiempo mantenerlo en lo relativo a sus principios y valores fundamentales y a la vez, sin perder esta esencia propia, ir adecuándolo a las circunstancias históricas que les ha tocado vivir.”¹²⁵ Luego, al referirse a la actual situación de la economía campesina *mapuche*, reconoce un evidente componente cultural en cuanto a la orientación productiva y los procesos de decisión económica, los cuales responden a una lógica propia, que sustenta objetivos dirigidos a asegurar la reproducción biológica y económica de la unidad familiar, minimizar el riesgo económico-social y operar sobre una base conocida de distribución que busca controlar el riesgo de no poder obtener los niveles necesarios de reproducción, generando excedentes no en el sentido capitalista, sino para mantener un fondo de

¹²⁴ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004, pp.453. También ver DUHART, Daniel, DURSTON, John. *Formación y Pérdida de Capital Social Comunitario Mapuche: Cultura, Clientelismo y Empoderamiento en dos Comunidades, 1999-2002*. Serie Políticas Públicas, CEPAL, Santiago, 2003, pp. 15 y ss.

¹²⁵ Ídem, p. 1235.

reemplazo de semillas e insumos de producción, mantener un fondo de reposición de herramientas y de animales como energía de trabajo, así como mantener un fondo ceremonial - ritual (religioso, festivo, social, funerario, etc). Sin embargo, ya muchas de las unidades casi no están en condiciones de mantener los factores que le aseguraban control de riesgo, debido principalmente al deterioro de recursos escasos como tierra, agua, recursos naturales, o a la casi inexistencia de apoyos tecnológicos apropiados, de conocimiento adecuado y de sistemas viables de créditos, de acceso a insumos, etc., debiendo en dicho caso dejar sus pequeñas propiedades. En el caso del campesino *mapuche*, tales decisiones se ven afectadas por la connotación sociocultural y personal profunda que implica abandonar la actividad en el predio, y la relación con la tierra. En muchos de los casos puede ser tal el peso del determinante que unidades familiares muy pobres mantengan su autodefinición como hombres de la tierra.¹²⁶

En este sentido, para las comunidades *mapuche* la tierra no sólo es una fuente que permite la subsistencia económica, sino que es un elemento de su cultura, religión y sociabilidad. La tierra deja de ser, por tanto, un bien apropiable individualmente. En cambio, pasa a ser el escenario del desenvolvimiento de la espiritualidad *mapuche*, espacio donde se realizan y elevan una serie de rogativas y rituales como el *nguillatún*, destinadas fundamentalmente a la preservación de la armonía con el entorno.

“La tierra es el único espacio donde nosotros podemos llevar a cabo y ejercer nuestra cultura. La urbanidad lo único que está generando es asimilación y desaparición, incluso de nuestro lenguaje. Por eso, la única forma de recuperar nuestra cultura es volver a nuestras tierras ancestrales. Para los mapuche la tierra trasciende lo económico; tiene que ver con nuestra espiritualidad, nuestra filosofía. Nuestra ideología está ahí, en cada sierra, en cada lago, en cada bosque, cada desierto. Somos parte de la tierra y sin ella, en vez de "mapuches", quedamos convertidos sólo en "che", en gente, nomás.”¹²⁷

¹²⁶ Ib ídem, p. 1380.

¹²⁷ **Millán:** *“Mapuche es gente de la tierra”* Entrevista a Mauro Millán, dirigente *mapuche* argentino, en http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/hi/spanish/misc/newsid_3877000/3877839.stm (fecha consulta: 7 de julio de 2007)

7.- LEGISLACIÓN SOBRE LA PROPIEDAD INDÍGENA.

7.1.- Legislación actual aplicable en Chile.

Actualmente y como se ha señalado, la normativa que regula la propiedad indígena en Chile es la Ley Nº 19.253 de 1993. En ella se exige que la propiedad sea inscrita, lo que se adecua perfectamente con nuestra tradición de escrituración del título. La Ley demanda que la inscripción se haga en un Registro, lo que se encuentra en total armonía con nuestro sistema de registro de la propiedad, razón por la cual se altera la naturaleza original e histórica de la propiedad indígena, generando entre los pueblos originarios, y en los *mapuche* en particular, una permanente sensación de amenaza y de inseguridad jurídica, ya que se hace depender el reconocimiento de sus derechos sobre sus tierras y territorios, no de su derecho propio, sino de un requisito extraño a su cultura y costumbres proveniente de un sistema jurídico diverso.

En otro aspecto, la Ley reconoce tanto la propiedad indígena individual como la propiedad indígena comunal, teniendo como titulares a las personas naturales indígenas y a la comunidad indígena definida por esta Ley, respectivamente. En este sentido, diversos autores han señalado que "el concepto de "comunidad" en el derecho civil es sinónimo de múltiples propietarios y que hay que "remitirse a la definición que da el artículo noveno de esta ley, vale decir, la propiedad individual, cuyo titular es la persona jurídica denominada "comunidad indígena"¹²⁸. Dicha comunidad ha sido distorsionada por el legislador, asimilándola a cualquier asociación o sociedad que nace y se forma conforme al derecho común, respecto de la cual los comuneros o socios tendrían derechos de dominio en una parte o cuota. Aquí no hay, pues, derechos colectivos sino, simplemente, derechos individuales. En definitiva, esta desnaturalización de la realidad indígena tiende a distorsionar el funcionamiento y aplicación del sistema de reconocimiento y protección de las tierras indígenas.¹²⁹

¹²⁸ LÓPEZ, Jaime. *Las tierras indígenas en la ley 19.253*, en Revista Cuhso, editorial UC Temuco, volumen especial, Temuco, 1999, pp. 17.

¹²⁹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno*, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100010&lng=es&nrm=iso (fecha consulta: 7 julio 2007)

7.2.- Desarrollo de la propiedad indígena en el derecho internacional.

En las últimas décadas del siglo XX se efectuaron interesantes avances en cuanto al reconocimiento de los derechos indígenas como también en lo que respecta al contenido de éstos. Dichos avances no han sido, sin embargo, concesiones pacíficas sino, por el contrario, han significado complejos y dinámicos procesos de debates. Al igual que los derechos laborales y los derechos políticos de la mujer, hoy ampliamente aceptados, el rol de los movimientos sociales ha sido trascendental, donde los conflictos sociales constituyen el escenario para la discusión política.¹³⁰

En este largo camino por el reconocimiento, podemos citar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, el Convenio Sobre la Eliminación de la Discriminación Racial...etc. No obstante, uno de los convenios internacionales más importantes relacionados a los derechos específicos de pueblos indígenas es el Convenio 169 de la OIT, analizado en el apartado anterior, y que en general demanda a los Estados respetar las aspiraciones de los pueblos indígenas en toda decisión que los afecta. Por último debemos nombrar el Preámbulo del Proyecto de Declaración Americana Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas Aprobado en Santiago de Chile por la Asamblea General de la Organización de Estados americanos (OEA) (2003), en el cual se reconoce:

“(...) la especial relación que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras, territorios y recursos (y) que para los pueblos indígenas sus formas tradicionales colectivas de propiedad y uso de tierras, territorios, recursos, aguas y zonas costeras, son condición necesaria para su supervivencia, su organización social, su desarrollo, espiritualidad, bienestar individual y colectivo”¹³¹.

En este sentido, y en armonía con la doctrina internacional desarrollada, es necesario hablar ya no de derechos sobre tierra, sino de derechos sobre territorios indígenas. Dentro del término territorio es posible distinguir tres dimensiones interdependientes una de otra que configuran, finalmente, un concepto integral:

¹³⁰ TOLEDO, Víctor. *Pueblo Mapuche...* 2006, pp. 119 y ss.

¹³¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Texto consolidado Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Aprobado por la asamblea general de la OEA, Santiago, 2003.

a) Base material, entendida como espacio geográfico y conjunto sistémico de recursos –un hábitat- esenciales para la supervivencia, (tierras, aguas, bosques, riberas, subsuelo y patrimonio cultural material)

b) Espacio social, construido bajo la influencia histórico-cultural y simbólica de un pueblo.

c) Espacio político-geográfico, que se encuentra bajo el control político de un pueblo.¹³²

En esta línea, y para reafirmar lo anteriormente dicho, la Corte Interamericana de derechos humanos elaboró el siguiente concepto de propiedad indígena:

"Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"¹³³

¹³² KRIEMER, 2003, citado por TOLEDO, Víctor. *Pueblo Mapuche...* 2006, p. 120.

¹³³ CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Awas Tingni vs. Nicaragua* Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo), Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No.79, párrafo. 149.

8.- LA PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL.

8.1.- Aspectos generales de la propiedad privada.

A lo largo de los siglos la propiedad ha sido un elemento fundamental en la organización de las sociedades, siendo regulada de forma íntegra a través de los diversos cuerpos normativos existentes en éstas. El concepto de propiedad se ha ido construyendo en base a formulaciones de múltiples pensadores a lo largo de la historia, lo que ha significado una evolución tanto en su formulación teórica como en su manifestación práctica.

Ya en el siglo V a. de C. Aristóteles, recogiendo la clasificación de Platón, distinguía diversas formas de propiedad; la privada, la común y la mixta. Durante la escolástica la distinción entre propiedad privada y comunitaria adquirió una nueva variante al considerarse la común por sobre la privada, a fin de evitar la apropiación personal de cosas y promover su aprovechamiento socialmente compartido. En la época moderna surge la justificación liberal del derecho de propiedad durante el siglo XVII, siendo LOCKE su máximo exponente, quien la considera una proyección de la personalidad del individuo, por lo cual debe reconocerse como un atributo esencial del ser en el plano jurídico. De esta forma, al conceptualizarse como un derecho natural, es deber del Estado cumplir con su finalidad y, por ende, garantizar su disfrute pacífico. Durante la Revolución Industrial el trabajo humano se convierte en una propiedad enajenable, lo cual lo deslegitima y origina la crisis en la fundamentación del derecho de propiedad privada. En este contexto ROUSSEAU postula *“que el reconocimiento de la propiedad como derecho exclusivo implicaba la negación del derecho natural, a la subsistencia para muchos, y era el germen del conflicto social”*¹³⁴. A su vez, MARX sostiene su tesis sobre la alienación, *“consecuencia necesaria del sistema productivo capitalista, que reduce el trabajo y al propio ser humano a la condición de mercancía”*¹³⁵.

¹³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1984, p. 402.

¹³⁵ Ídem.

8.2.- Protección de la propiedad privada en el ordenamiento jurídico nacional.

La propiedad privada está amparada de forma transversal por el ordenamiento jurídico nacional, es decir, está regulada y protegida mediante distintos cuerpos normativos, sean de igual o distinta jerarquía.

Para los fines de este trabajo, se pretende describir en términos generales las distintas formas de protección a la propiedad privada, haciendo especial énfasis a la normativa de derecho común que podría haberse aplicado a ilícitos cometidos por *mapuche* en el contexto del proceso de recuperación de tierras, y a la vez intentar demostrar cómo la propiedad privada está sobreprotegida en nuestra legislación.

8.2.1.- Constitución Política de la República de Chile.

La Constitución Política de la República puede ser considerada nuestra Norma Jurídica Fundamental, fuente de nuestro Derecho. “Es la *ley suprema* que rige el ordenamiento jurídico del Estado. Y como suprema ley, a ella deben subordinarse todas las demás normas aplicables dentro del Estado...”¹³⁶. Contiene un conjunto de normas que determinan tanto la organización como la actividad del Estado, además de los derechos de todos los individuos. Regula además la generación y el contenido de las normas que se crean, a fin de evitar que éstas se contradigan entre sí. No obstante su elogiada labor, el lograr que en la práctica no se contradigan es difícil, pues la Constitución Política, a lo más, puede evitar que no se contradigan en cuanto a su texto formal, sin embargo, es deber de la sociedad en general el evitar que las normas se contradigan en cuanto a aspectos de fondo, como puede ser la proporcionalidad de ciertas penas o sanciones ante determinados actos contrarios al ordenamiento jurídico. Esencial es destacar que “el fundamento sobre que se apoyan todas estas disposiciones constitucionales, consiste en el principio de que la soberanía reside esencialmente en la Nación, y que toda autoridad de los funcionarios emana de su formal delegación...”¹³⁷. Y que, junto con ello, la Constitución Política de la República reconoce derechos fundamentales, derechos tendientes “... a hacer efectivo el derecho de los hombres a una participación igualitaria, particularmente en el rendimiento de la propiedad –además- con

¹³⁶ URZÚA VALENZUELA, Germán. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 11.

¹³⁷ Ídem, p. 17.

ellos se procura consagrar los derechos económicos y sociales tendientes a una efectiva nivelación e igualdad socioeconómica...”¹³⁸, lo cual, a nuestro juicio, es de la mayor relevancia, pues significa que hay derechos y garantías que, al no ser creados por ella, no pueden ser restringidos ni anulados por el legislador mediante cuerpo legal alguno, constituyendo una garantía para todos los habitantes y ciudadanos de la República. La Constitución Política de la República puede dividirse, para su análisis, en tres partes:

1. Parte Orgánica.
2. Parte Dogmática.
3. Parte Relacional.

Para efectos de nuestro estudio, nos centraremos en la Parte Dogmática, por ser ella la que regula los Principios y Derechos Fundamentales. De hecho, el artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República regula los Derechos Fundamentales que ésta asegura a todas las personas. Dentro de esos Derechos Fundamentales, está, entre otros, el derecho a la propiedad, el cual se regula en los numerales 20º, 22º, 23º, 24º y 26º del artículo en cuestión.

Haciendo un análisis de los numerales referidos, podemos vincularlos con el derecho de propiedad en cuanto se relacionan con la intervención económica:

1. El numeral 20º se refiere a la igual repartición de los tributos;
2. el 22º a la igualdad en materia económica, específicamente en materia de subsidios;
3. el 23º a la libertad para adquirir toda clase de dominios, es decir, el acceso a la propiedad; y
4. el 24º al derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, estableciendo que sólo la ley podrá establecer los modos de adquirir la propiedad, y de usar, gozar y disponer de ella. Ello no implicaría “(...) una autorización al legislador para prohibir o vulnerar la potestad del dueño (...) salvo que se trate de imponer (...) una obligación o limitación, lícita, al derecho de propiedad.”¹³⁹ Importante es destacar que la

¹³⁸ Ib ídem, p. 178

¹³⁹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos Constitucionales*. Editorial jurídica de Chile. Tomo III, Santiago, 1999, p. 232.

garantía constitucional en cuestión abarca también los derechos adquiridos, los cuales no podrán ser afectados ni restringidos en virtud de la dictación de leyes posteriores. Señala además la función social de la propiedad, la cual no podrá ser objeto de limitación u obligación alguna impuesta por la ley, que implique "...la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio..."¹⁴⁰ Asimismo regula la expropiación, la cual sólo procederá en virtud de una ley general o especial que la autorice por causa de utilidad pública o interés nacional, calificada por el legislador, y las propiedades especiales. La Constitución de 1980 con la modificación de este numeral "buscó cumplir los siguientes objetivos:

1º Restablecer la garantía del derecho de propiedad y amparar sus atributos esenciales.

2º Admitir que la propiedad puede ser objeto de limitaciones y obligaciones para cumplir su función social, pero sin que ello pueda, en caso alguno, afectar la esencia del derecho de dominio, y

3º Exigir en toda expropiación, autorizada siempre por ley, el pago de la indemnización total, al contado y en dinero, como requisito previo, anterior a la toma de posesión material del bien expropiado."¹⁴¹

Además, debemos señalar que en caso de privación, perturbación o amenaza respecto de los derechos constitucionales, se contempla una acción constitucional establecida en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, de carácter cautelar y con una tramitación rápida, breve y concentrada, dada la magnitud del derecho cuyo legítimo ejercicio se priva, perturba o amenaza, con el objeto de solicitar la adopción de las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho.

¹⁴⁰ Ídem, p. 235.

¹⁴¹ Ib ídem, p. 229.

8.2.2 Código Penal.

Este cuerpo normativo tiene especial importancia para el presente trabajo, puesto que en sus páginas regula situaciones de facto que atentan contra el bien jurídico propiedad, estableciendo sus penas, modalidades, etc.

Nuestro Código Penal dedica su título IX del libro II a los crímenes y simples delitos contra la propiedad. Sin embargo, antes de entrar a la regulación de este bien jurídico, es necesario hacer la precisión de qué se entiende por propiedad en este Código, ya que su concepción como bien protegido no es la entendida en su concepción jurídico privado, es decir, como “*el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*”¹⁴². De este modo “la gran mayoría de las infracciones contenidas (...) no requieren precisamente la violación del derecho de propiedad stricto sensu, sino que pueden ser igualmente imaginables contra la posesión hasta en su forma más rudimentaria de mera tenencia de las cosas y contra otros derechos reales y obligaciones”¹⁴³. Podemos concluir así que “no sólo protege esa relación de dominio entre las personas y las cosas, sino otras relaciones reales entre ambos, de carácter menos amplio, como son los otros derechos reales que las leyes le reconocen al hombre sobre éstas, así como también los llamados derechos personales y los derechos administrativos, y la vinculación de hecho – entre una persona y las cosas – de posesión y tenencia”¹⁴⁴.

Para iniciar esta revisión, utilizaremos la clásica distinción realizada por la doctrina española¹⁴⁵, la cual agrupa los delitos en patrimoniales de enriquecimiento y patrimoniales sin enriquecimiento, siendo, para los fines de esta memoria, más relevantes los segundos, por lo cual sólo nos remitiremos a efectuar una descripción normativa de los primeros.

8.2.2.1.- Delitos patrimoniales de enriquecimiento

¹⁴² REPÚBLICA DE CHILE, *Código Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, Artículo 582.

¹⁴³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Ediciones Akal, Madrid, 1988, p. 12.

¹⁴⁴ NÚÑEZ, Ricardo. *Delitos contra la propiedad*, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1951, p. 7.

¹⁴⁵ Véase entre otros, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

En estos delitos el autor obtiene una determinada ventaja patrimonial, mediante distintas formas:

- **Por apoderamiento:**

- a) *Sin violencia*: hurto simple.

Corresponde a aquella apropiación que recae sobre cosas muebles, ajenas y apreciables pecuniariamente, ejercida sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro. Se requiere la ausencia del uso de fuerza o violencia. El bien jurídico protegido es la propiedad o posesión de las cosas corporales muebles ajenas. Las penas varían según el valor de la cosa, y se compone de una privativa de libertad que oscila entre presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado máximo, y una pecuniaria que va de cinco a treinta Unidades Tributarias Mensuales. El delito de hurto se califica en los casos de abuso de confianza, tal como lo establece el artículo 447 del Código Penal. En este caso, la pena privativa de libertad puede llegar hasta el presidio mayor en su grado mínimo.

Además, se distinguen hurtos especiales, considerando el objeto material en que recaen. Así, encontramos el hurto de plumas, pelos, crines o cerdas, el hurto de expedientes, de energía eléctrica, de hallazgo y de posesión.

- b) *Sin violencia pero con peligro para las personas*: robo con fuerza en las cosas.

En este caso, junto con lesionar el bien jurídico propiedad, implica un potencial peligro a la vida, integridad y libertad humanas. Para su configuración es necesaria la ausencia de violencia e intimidación en las personas, pero el ejercicio efectivo de fuerza en las cosas en las formas previstas en el Código Penal, elemento distintivo con el delito de hurto. Podemos distinguir los siguientes delitos sin violencia con peligro para las personas:

- Robo con fuerza en las cosas en lugar habitado. Artículo 440.
- Robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación y sus dependencias. Artículo 440.
- Robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado. Artículo 442.
- Robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado. Artículo 443.
- Robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público. Artículo 443.
- Robo con fuerza en las cosas en sitios no destinados a la habitación.
- Apropiación de alambres de tendido eléctrico y similares.
- Sustracción de animales o parte de ellos (Abigeato).

Ex - curso: Abigeato.

Este último tipo penal, merece un mayor análisis, pues por su naturaleza posee elementos que han permitido una aplicación desmesurada en el marco del “conflicto *mapuche*”, al establecer reglas que posibilitan la aplicación de sanciones más severas cuando el objeto material de la acción consiste en ganado¹⁴⁶. Más aún teniendo en consideración la reforma efectuada con fecha 11 de enero de 2006, a través de la Ley 20.090 que sanciona con mayor rigor el abigeato y facilita su investigación.

Efectivamente, la nueva normativa además de añadir una pena pecuniaria a este tipo de delito, aumenta sus penas al restringir la facultad discrecional del juez en la determinación de la pena, el cual deberá, en todo caso, aumentarlas en un grado cuando se trate del hurto o robo de especies animales. En efecto, el artículo 448 ter inciso 1º

¹⁴⁶ Cabe recordar los acontecimientos ocurridos el día 27 de agosto de 2006, cerca de la localidad de Nueva Imperial, donde efectivos de Carabineros de Chile allanaron una comunidad donde presuntamente se encontraban 6 animales robados. Operativo en el cual resultó muerto el comunero *mapuche* Juan Colihuil Catril y otros 2 resultaron heridos a bala. Hasta el día de hoy, los hechos no han sido aclarados, no existen responsabilidades. Fuente: Periódico Azkintuwe, Edición Agosto, 2006. “Operativo policial deja comunero mapuche muerto.” Disponible en Internet: www.sumariados.info/article.php3?iv_article=391 (Fecha consulta: 9 de julio de 2007).

prescribe: “Una vez determinada la pena que correspondería a los autores, cómplices y encubridores de abigeato sin el requisito de tratarse de la sustracción de animales y considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes, el juez deberá aumentarla en un grado” (el subrayado es nuestro).

En segundo lugar, la nueva Ley establece, en su artículo 488 quater, una presunción de autoría a “aquél en cuyo poder se encuentren animales o partes de los mismos, cuando no pueda justificar su adquisición o legítima tenencia y, del mismo modo, al que sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales.” Presunción simplemente legal inexistente con anterioridad a la reforma aludida, en clara infracción al principio de presunción de inocencia establecido en la legislación internacional aplicable en Chile en virtud del artículo 5º de la CPR, y por tanto goza de rango constitucional. Dice el artículo 14 del PIDCP: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley.”

Finalmente, y ciertamente lo más grave, la Ley 20.090 modifica el artículo 206 del Código Procesal Penal agregando un nuevo inciso, el cual, tratándose del delito de abigeato, permite el ingreso de la policía a los predios cuando existan indicios o sospechas de que se está perpetrando dicho ilícito, inclusive prescindiendo de la autorización del juez o del propietario, siempre que las circunstancias hagan temer que la demora de tal requisito, facilitará la concreción del mismo o la impunidad de sus hechos. Lo anterior, en flagrante vulneración de los principios básicos y rectores que inspiran el nuevo proceso penal así como las que sustentan el Estado de derecho, en cuanto otorga a las policías facultades más allá de sus competencias, dando pie a la arbitrariedad y legitimando el abuso en su accionar.

c) *Con violencia o intimidación: robo con violencia o intimidación.*

Hablamos de un delito pluriofensivo, pues afecta diversos bienes jurídicos cuales son la propiedad y la libertad, salud y vida de las personas. El elemento distintivo con los delitos anteriores es el uso de violencia o intimidación para obtener la consumación del delito. A pesar de la magnitud de este tipo penal, nuestro Código establece figuras

calificadas de robo con violencia o intimidación en su artículo 433, si concurren determinados hechos tales como homicidio, violación, castración, mutilaciones o lesiones, sean graves o gravísimas. Además, están las figuras calificadas menos graves (artículo 433 n° 2) y los robos agravados por cometerse mediante actos de piratería (artículo 434).

Podemos distinguir, entre otras, las siguientes modalidades:

- Robo con violencia o intimidación en las personas.
- Robo calificado con violencia o intimidación en las personas.
- Robo por sorpresa.
- Piratería.
- Extorsión.

d) Por defraudación:

i. Estafa.

Se trata de engaños, mentiras u ocultamiento de información por parte de un sujeto obligado a decir la verdad. Podemos distinguir la figura básica (artículo 473), las especiales (artículos 468 a 470 y 197), fraudes por abuso de confianza y delitos sin estafa ni engaño (artículo 470 n° 1).

- **Por ocupación o usurpación.**

Esta última categoría presenta mayor importancia, pues se vincula directamente con la situación de facto que puede ocasionarse en predios agrícolas *mapuche*. El bien jurídico protegido es la propiedad inmueble, sea pública o privada, y el dominio, posesión y mera tenencia legítimas respecto de estos bienes.

Podemos distinguir variados delitos. Entre ellos:

- Usurpación de inmuebles y de derechos reales constituidos sobre ellos. Artículos 457 y 458.
- Usurpación de aguas. Artículo 459 a 461.

- Destrucción o alteración de términos o deslindes. Artículo 462.

Es necesario, para los fines perseguidos, hacer un análisis más minucioso de estos tipos penales.

a) Usurpación de inmuebles y de derechos reales constituidos sobre ellos (Artículos 457 y 458 del Código Penal).

El Código Penal distingue entre usurpación violenta y usurpación pacífica, y en ambos se presentan similares características, analizándolos por separado en los artículos 457 y 458 respectivamente.

El tipo objetivo de ambos está constituido de manera primordial por la conducta prohibida, la cual es ocupar una cosa inmueble o usurpar un derecho real. La diferencia entre estos dos conceptos radica en que la ocupación es invadir algo, es decir, hacerse cargo de ello materialmente, en tanto que usurpar un derecho real es sustituir a un tercero que es el dueño legítimo, y de esta forma constituirse de manera aparente en todos sus derechos. La ocupación debe ser de carácter permanente para que se constituya el tipo objetivo, no importando si se lleva a cabo personalmente o a través de un tercero bajo instrucciones.

El objeto material de la acción, como ya se ha mencionado, debe ser un objeto inmueble o un derecho real.

El sujeto activo en este tipo de delitos puede ser cualquier persona, inclusive el propio dueño, tal como establece el inciso 2º del artículo 457, y esto se instauró para evitar el ejercicio arbitrario de este derecho. Por otra parte, el sujeto pasivo puede ser el propietario del bien, su poseedor legítimo e inclusive el poseedor ilegítimo con derecho aparente.

Por último el tipo subjetivo en el delito de usurpación de bienes muebles o derechos reales constituidos en ellos lo constituye el ánimo de apropiarse ejerciendo las facultades de señor y dueño con cierta permanencia. Por lo tanto, el dolo exige tener el conocimiento de que se entra en un bien raíz, que se ocupa materialmente; que ese bien lo tiene un tercero, por lo menos con título aparente y, por último, conocer que los actos que se realizan vinculados con ese bien son propios de ese tenedor al cual se ha desposeído. El dolo en este caso no requiere el ánimo de enriquecimiento.

La usurpación puede tener dos modalidades:

- Usurpación violenta.

Se homologa el empleo de violencia (la violencia es un concepto amplio que puede consistir en amenazas, malos tratos, etc.) al empleo de intimidación. De acuerdo al artículo 457 la violencia se puede utilizar en dos oportunidades; ya sea para ocupar el bien o cuando ocupado pacíficamente el bien se rechaza el regreso del morador legítimo ejerciendo violencia.

La usurpación violenta se sanciona con multas que se determinarán atendiendo a:

- Si fue realizada por el poseedor regular o dueño del bien → 6 a 10 UTM.
- Por otra persona → 11 a 20 UTM.

La usurpación puede dar lugar a otros delitos cuando se ejerce con violencia, por ejemplo el homicidio, caso en el cual se estará ante un concurso material.

- Usurpación no violenta.

La diferencia con la usurpación violenta es que el dueño o poseedor regular del bien no puede ser sujeto activo de este delito, porque el derecho le reconoce la facultad de recuperar sus bienes.

La sanción por este delito es una multa de 6 a 10 UTM.

b) Usurpación de aguas (Artículos 459 a 461 de Código Penal).

Nuestro ordenamiento jurídico penal sanciona la usurpación de aguas, estableciendo 3 situaciones particulares, sin embargo, sólo estimamos pertinente analizar uno de ellos, con el fin de no apartarnos de los objetivos del presente trabajo.

- Sustracción de aguas (Art. 459 N° 1 y 2.)

En este artículo se describen dos conductas. La primera consiste en sacar agua de los lugares que allí se mencionan, lo cual se puede llevar a cabo por cualquier medio, siempre que no importe el uso de fuerza sobre las cosas, ya que se constituiría otro tipo penal, como es el de daños. La segunda conducta es romper o alterar obras para sustraer el agua que allí se encuentra, hipótesis en la cual por su naturaleza se requiere el uso de fuerza.

Cualquier persona puede ser autor de estos delitos (común), siempre que no sea el dueño de las aguas.

La pena es de presidio menor en su grado mínimo y multa de 11 a 20 UTM. El artículo 460 establece una calificante en la que se regula que se castigará con presidio menor en su grado mínimo a medio si el que ejecutare la sustracción lo hiciere con violencia en las personas.

c) *Destrucción o alteración de términos o deslindes (artículo 462 del Código Penal).*

Este delito hace referencia a una forma especial de usurpar un inmueble, la cual consiste en modificar su cabida alterando o destruyendo los deslindes que lo determinan en la corteza terrestre. Por lo tanto, lo que se sanciona no son los daños sino que la usurpación de terrenos que ello involucra.

El tipo objetivo está conformado por dos clases de acciones: destruir o alterar términos o deslindes de un inmueble. El objeto material de la acción deben ser límites o términos, correspondientes a líneas divisorias que generalmente son muros o cercas. Las acciones descritas han de hacer variar negativamente la extensión del predio, los cuales pueden ser particulares o públicos, por lo cual la usurpación de una plaza o camino se puede enmarcar en este delito.

El tipo subjetivo, además del dolo, requiere del ánimo de lucro, no siendo necesario que este ánimo se concrete.

8.2.2.2.- Delitos patrimoniales sin enriquecimiento.

En estos delitos se produce un efecto distinto a los delitos de enriquecimiento. En efecto, en los últimos se produce un desplazamiento de la propiedad de manos del sujeto pasivo al activo del delito en cuestión. En cambio, en los delitos de destrucción no se produce tal desplazamiento, sino que el bien se menoscaba o destruye. Por esta razón, resulta de vital importancia analizar en forma más exhaustiva estos delitos.

Las figuras que integran estos delitos son:

- **Incendios.**

Se considera un delito contra la propiedad “por el *daño que provoca en los bienes de las personas*”¹⁴⁷, no obstante ser considerado también como un delito de peligro por atentar contra la seguridad pública por sus riesgos y sus posibles consecuencias dañosas para la ciudadanía.

La conducta prohibida en este delito es, mediante el uso de fuego, dañar o destruir bienes ajenos, sean muebles, inmuebles, públicos, privados, colectivos o individuales¹⁴⁸. Por lo tanto, el bien jurídico protegido en este delito es variable, sin embargo, el caso especial materia de este trabajo, es la protección del bien jurídico propiedad como bien mueble o inmueble, amparado en los artículos 476 N° 3, 477 y 478 del Código Penal.

El tipo objetivo en los delitos de incendio se compone de la conducta prohibida, la cual es prender fuego a una cosa ajena para destruirla o deteriorarla. En este sentido, cuando el legislador habla de encender algo se refiere a combustionar una cosa la cual, en circunstancias normales, no debería arder.

Por su parte el tipo subjetivo en este tipo de delitos requiere necesariamente de un dolo directo, es decir, se debe tener la intención de incendiar algo.

La pena correspondiente a este delito se compone de dos partes; una pena privativa de libertad que oscila entre presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo, esto es 61 días a 5 años, y una pena pecuniaria que se determina en relación al valor del daño causado.

Relevante es señalar, primero, que el Código Penal contempla tipos de incendio agravados. Se configuran mediante los siguientes supuestos:

- a) “Que el incendio cause la muerte de una o más personas o, sin privarlos de la vida, les mutile un

¹⁴⁷ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 399

¹⁴⁸ La excepción la constituye el artículo 482 del Código Penal.

- miembro importante o les cause una lesión de las calificadas como gravísimas (artículo 474),
- b) que el fuego ponga en peligro la vida o salud de alguna persona (artículo 475 nº 1) y
 - c) cuando la cosa incendiada por su naturaleza pusiere en riesgo la salud pública (artículos 475 nº 2 y 476)¹⁴⁹

En estos casos, las penas oscilan entre presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo. Y además, se castiga la tenencia de bombas explosivas o preparativos dispuestos para incendiar o causar estragos (artículo 481) con presidio menor en sus grados mínimo a medio.

Importante es detenernos un momento y ahondar más sobre el caso del artículo 476, precepto que señala:

“Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados:

1º Al que incendiare un edificio destinado a servir de morada que no estuviere actualmente habitado.

2º Al que dentro de poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aún cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación,

3º El que incendiare bosques, mieses, pasto, monte, cierros o plantíos”.

En estos preceptos el bien jurídico protegido es sin lugar a dudas la propiedad y el sujeto activo puede ser cualquier persona natural.

El tipo subjetivo de la acción está constituido por el querer incendiar estos lugares que señala el Código, los cuales se caracterizan por la ausencia de moradores.

¹⁴⁹ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal Parte especial...*, 2000, p. 407.

No es la intención en este análisis realizar una descripción detallada de estos delitos, sino más bien hacer énfasis en la alta penalidad de estos tipos, los cuales parten de penas que van desde los 5 años y 1 día, cuestión que será analizada en mayor profundidad en los párrafos posteriores.

- **Estragos.**

Lo contempla nuestro Código Penal en su artículo 480. Hablamos de un delito de resultado, donde mediante la aplicación de medios de destrucción tan poderosos como los expresados en dicho artículo, se causan daños a la propiedad ajena.

Las penas aplicables serán cualquiera de las que establece el Código para el delito de incendio en sus diversas hipótesis. Por lo tanto, “se deberá homologar el hecho a alguno de los tipos penales correspondientes a los delitos de incendio, sistema absolutamente inadecuado, pues deja en un ámbito de incertidumbre la sanción a imponer, puesto que no siempre resultan compatibles las distintas figuras.”¹⁵⁰

- **Daños.**

El delito de daños está contemplado en el artículo 484 del Código Penal. Se establece con carácter residual, pues corresponde a los daños causados en la propiedad ajena que no se hallen comprendidos en los párrafos relativos al incendio y los estragos. Además se establece que sólo procede calificar un hecho como delito de daños cuando ese hecho no pueda considerarse como otro delito que no merezca una pena mayor (artículo 488).

Se protegen las facultades inherentes al derecho de dominio, cuando la propiedad afectada es de un tercero, sea pública o privada. También protege “otra clase de bienes como son el ejercicio de la autoridad, la seguridad pública, y aún el patrimonio del perjudicado. En esa dirección se toma en cuenta la circunstancia de que el autor persiga

¹⁵⁰ Ídem, p. 418.

entorpecer la aplicación de las leyes, o causar infecciones o el contagio de animales domésticos, o la *ruina* del afectado (artículo 485).”¹⁵¹

Se contempla el delito de daños calificado en el artículo 485, el delito de daños causado por animales en el 497, y el de daño falta en el 495 n° 21.

De este modo, importante es destacar la amplia protección que se da en el ámbito penal a los delitos que atentan contra la propiedad. Y ello podemos concluir luego de compararlo con el título que el mismo Código consagra a los delitos contra las personas. Tales son:

1. Homicidio:

- a) Calificado.
- b) Simple.
- c) En riña.
- d) Parricidio.
- e) Auxilio al suicidio con resultado de muerte.

2. Infanticidio.

3. Lesiones.

Podemos apreciar la diferencia en cuanto a los tipos penales que se establecen para los delitos contra las personas, los cuales muestran incongruencias y desproporcionalidad entre las penas. Así, en el caso del parricidio las penas fluctúan entre presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, y en el caso del infanticidio las penas son de presidio mayor en sus grados mínimo a medio. Por otra parte, se contemplan tipos penales en franco desuso, como es el duelo, a diferencia de los tipos penales en materia de propiedad, los cuales se van actualizando a medida que surgen nuevas amenazas o conductas destructivas de ella. Y además, en relación a estos últimos delitos, podemos advertir la notable desproporción considerando las penas de

¹⁵¹ Ib ídem, p. 420.

unos y otros si comparamos un infanticidio con un acto de piratería, o un robo con violencia o intimidación cuyas víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día, lo cual se analizará en mayor profundidad en los párrafos siguientes.

8.2.3- Código Civil.

Siguiendo con el análisis de los distintos cuerpos normativos que protegen el derecho de propiedad, tenemos nuestro Código Civil, el cual regula las materias relativas a la adquisición de la propiedad, sea a título que sea, las transferencias de propiedad a cualquier título, y la protección del derecho de propiedad para el titular del bien. De este modo, podemos hacer el siguiente análisis:

8.2.3.1.- En cuanto a la adquisición de la propiedad.

Nuestro Código Civil establece los modos para adquirir la propiedad de los bienes, sean corporales o incorporales¹⁵², muebles o inmuebles¹⁵³. Siguiendo al artículo 588 del Código, podemos distinguir los siguientes:

- a) Ocupación.
- b) Accesión.
- c) Tradición.
- d) Prescripción.
- e) Sucesión por causa de muerte.
- f) Ley¹⁵⁴.

8.2.3.2.- En cuanto a los títulos para adquirir la propiedad.

Se establecen los requisitos para que los títulos sean válidos y produzcan efectos en la vida jurídica, sea el título que sea, y a su vez los derechos y obligaciones que tiene tanto el que se desprende del dominio o derecho real que tenga sobre el bien, y aquél que

¹⁵² REPÚBLICA DE CHILE, *Código Civil*, artículo 565.

¹⁵³ Ídem, artículo 566.

¹⁵⁴ Se desprende de lo dispuesto en los artículos 243, 1.753, 2.115, entre otros, del *Código Civil*.

adquiere para sí dicho dominio o derecho real constituido sobre el bien en cuestión, sin dejar de lado aquéllos que las partes pacten. Junto a ello, se regulan también los casos de incumplimiento de las obligaciones que establece la ley o que las partes han pactado libremente.

8.2.3.3.- En cuanto a la protección de la propiedad, su conservación y pérdida.

Podemos distinguir distintos medios para proteger al dueño o titular del(los) derecho(s) real(es) constituido(s) sobre el bien. Así, tenemos aquellos medios para resguardar una posesión pacífica al momento de adquirir un bien, respecto de aquél que se desprende del dominio o derecho real sobre el bien, tales como los vicios redhibitorios, y medios que dicen relación con la protección hacia el titular del derecho de dominio y posesión respecto del bien, con efecto erga omnes, tales como las acciones reivindicatorias y posesorias, regulados en los títulos XII, XIII y XIV del libro segundo del Código Civil. Importante es señalar también la existencia de la acción de petición de herencia regulada en los artículos 1.264 y siguientes, como modo de protección también al derecho de propiedad.

8.2.3.4.- En cuanto a los derechos que se pueden constituir sobre ella.

Siguiendo los títulos IX a XI del libro segundo del Código, distinguimos:

- a) Derecho real de dominio.
- b) Derecho real de usufructo.
- c) Derecho real de uso.
- d) Derecho real de habitación.
- e) Derecho real de servidumbre.

Importante es destacar que el artículo 591 de este cuerpo normativo dispone que “El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás substancias fósiles...”, lo cual complementa lo dispuesto en nuestra Constitución Política de la República en el inciso 6º del número 24º de su artículo 19. Este inciso señala que “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas...”.

8.2.3.- Código de Minería.

Así, cabe entonces referirse al Código de Minería, el cual en su artículo 1º reitera lo dispuesto en el Código Civil en su artículo 591. Regula la propiedad minera¹⁵⁵, cómo adquirirla¹⁵⁶, mantenerla y cómo se extingue¹⁵⁷, y establece una presunción respecto del delito de compra de minerales hurtados o robados¹⁵⁸.

8.2.4.- Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

Corresponde a una legislación de excepción que data de 1984, año en que Chile aún se encontraba bajo el régimen militar impuesto por el golpe de Estado de 1973.

En este cuerpo normativo se exagera la protección al bien jurídico propiedad. Junto con ello, se considera que protege los bienes jurídicos fundamentales de las personas. “En este sentido, se han incluido conductas que atentan contra la vida, la integridad física, la libertad, la salud pública, el orden público...”¹⁵⁹

“El delito terrorista a nivel internacional está estipulado como un deliberado atentado contra la integridad corporal o la libertad de las personas y se trata de circunstancias totalmente extremas de delitos atroces...”¹⁶⁰

¹⁵⁵ REPÚBLICA DE CHILE. *Código de Minería*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, Título I

¹⁵⁶ Ídem, título II, V

¹⁵⁷ Ib ídem, título X.

¹⁵⁸ REPÚBLICA DE CHILE. *Código de Minería*, artículo 223.

¹⁵⁹ *Proyecto de modificación de la ley antiterrorista 18.314*, Mensaje 185-354 de 3 de julio de 2006, en http://meli.mapuches.org/breve.php3?id_breve=107 (fecha consulta 7 de julio de 2007).

¹⁶⁰ ARAYA, Natalia y CONTARDO, Cristian. *Juicio del Siglo: resolver odio con más odio.*, en <http://www.periodismo.uchile.cl/contintanegra/2004/Diciembre/politica1.html> (Fecha consulta: 7 julio de 2007)

Se establece la configuración de los delitos en sus artículos 1 y 2, señalando que las circunstancias que deben concurrir para que un hecho constituya un delito de terrorismo, son:

- 1) *Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie.*
- 2) *Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.*

Los delitos que deben reunir estas características son los especificados en la propia ley. Entre otros, los de homicidio, determinadas lesiones, secuestro, incendio, estragos, atentar contra el Jefe de Estado, la asociación ilícita, etc.

De esta manera los tipos penales que protegen la propiedad en esta Ley son los descritos en el artículo 2 número 4, el cual señala que:

Artículo 2º.- Constituirán delitos terroristas cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

4º. Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo que afecten o puedan afectar la integridad física de las personas **o causar daño.** (El destacado es nuestro)

Por lo tanto, y de acuerdo al artículo transcrito, los tipos que se podrían encuadrar en esta ley con respecto a la propiedad son el incendio, los estragos y los daños.

A grandes rasgos, se establecen penas mayores para todos estos delitos contemplados en la ley que reúnan las características contempladas en los dos primeros artículos de ella, y quienes son condenados como autores de delitos terroristas, entre otras consecuencias, no pueden optar al indulto presidencial (artículo 9 de la Constitución Política de la República). La ley permite la presencia de testigos ocultos, sobreprotegidos,

lo cual resulta cuestionable a la luz de los principios que infunden nuestro nuevo Sistema Procesal Penal, éstos son, entre otros, oralidad, publicidad, transparencia, justicia.

El delito de terrorismo también se caracteriza porque la tentativa es penada con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado, y también porque la amenaza seria y verosímil de cometer delito terrorista, es castigada como tentativa (artículo 7º, Ley Nº 18.314).

Esta legislación es criticada tanto en el ámbito nacional como en el internacional, pues se estima que "rompe así con los principios de proporcionalidad y ultima ratio, "que deben ser el bastión de un derecho penal democrático en el contexto de un Estado de Derecho", como remarca el Mensaje presidencial."¹⁶¹

8.2.5.- Ley de Seguridad del Estado.

La ley de seguridad del Estado se regula en el decreto 890 de 3 de Marzo de 1975, y corresponde al texto refundido de la ley 12.927

Esta ley contempla en su título III los delitos contra el orden público, y en su artículo 6º señala:

Artículo 6º.- Cometén delito contra el orden público:

- i. Los que inciten, promuevan o fomenten o de hecho y por cualquier medio, **destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpen o dañen** las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos;

¹⁶¹ AA.VV. *Declaración de apoyo al Proyecto de Ley para modificar la Ley Antiterrorista*, Santiago, 2006, en <http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/noticias/cmdo-259.htm>. (Fecha consulta: 7 de julio de 2007)

- ii. Los que inciten, promuevan o fomenten o de hecho y por cualquier medio, **destruyan, inutilicen o impidan** el libre acceso a los puentes, caminos, calles u otros bienes de uso público semejante.

De esta forma, los tipos penales que contempla la ley son el delito de daños, estragos e incendio, pero en el sentido de su significancia en su modo de operar y en definitiva de alterar el orden público. Pero en el fondo el concepto de orden público engloba en demasía a casi todo el derecho penal, y es por esta razón que estimamos que este artículo contiene normas que protegen derechamente la propiedad, asignándole penas que van desde el presidio mayor en su grado medio a máximo, es decir, de 10 años y 1 día, a los 20 años.

8.3.-Análisis crítico de la regulación jurídica de la propiedad.

En nuestro país la regulación de la propiedad recorre todo nuestro ordenamiento jurídico, ya sea su nacimiento y forma de adquirir (prácticamente entregado al Código Civil), como también su protección por su carácter de bien jurídico a través de la *última ratio* del Estado. En este sentido, la centralización de la propiedad en los sistemas jurídicos de orientación occidental, y en particular en el nuestro, es demasiado obvia, configurando no sólo la base de las sociedades capitalistas modernas, sino además su motor. En palabras de Pedro García, será la ambición por “poseer” o “tener”, la que mueva los resortes sociales hacia el progreso.¹⁶²

Este resguardo de la propiedad nos plantea la inquietud de descubrir la necesidad del Estado por asegurar de una forma tan minuciosa el bien jurídico propiedad, entendiendo propiedad como el derecho sobre una cosa, y no el derecho a adquirir un bien o disponer libremente de él.

Sin entrar todavía en el tratamiento de los bienes jurídicos, nos resulta indispensable hacer hincapié en la importancia del bien jurídico propiedad en relación a otros bienes jurídicos de mayor o igual trascendencia como lo son la vida y la integridad física y psíquica. Para ello, y tomando como base el estudio realizado en los párrafos

¹⁶² GARCIA, Pedro. *Territorios Indígenas...* 2004, p. 3.

precedentes, elaboraremos un paralelo entre las distintas penalidades que se consideran en relación a diversos bienes jurídicos transgredidos, tomando siempre como punto de referencia la propiedad privada.

8.3.1.- Análisis comparativo de penas.

a) Artículo 476 v/s artículo 390, 391, 392, 393 y 394.

El artículo 476, como ya se analizó anteriormente, versa sobre el delito de incendio y sus penas varían desde los 5 años y un día hasta los veinte años. Se contraponen con una selección de artículos, todos los cuales están referidos a los delitos contra las personas en sus manifestaciones más deplorables para la sociedad, es decir, parricidio, homicidio calificado, homicidio simple, auxilio al suicidio e infanticidio. Lo importante en esta consideración son sus penas, ya que comparadas con el delito de incendio, sólo el parricidio y el homicidio calificado lo superarían, pudiéndose asignarles a ambos, en casos extremos, el presidio perpetuo calificado.

Lo anterior, por decir lo menos, resulta llamativo, pudiéndose dar el absurdo que al incendio de un pastizal se le imponga una mayor pena que a un delito de parricidio, facultando al juez dictar una sentencia de este tipo, adecuándose totalmente a la legislación vigente. De esta forma, si el juez aplica el artículo 476 n° 3 del Código Penal puede condenar a una persona por el incendio de un pastizal a la pena mínima de 5 años y un día, teniendo en cuenta una irreprochable conducta anterior, en tanto que si el mismo juez aplica el artículo 392 o 393, es decir, el homicidio en riña o auxilio al suicidio, la pena mayor será de 5 años, cualquiera que sea la agravante.

b) Artículo 396 v/s artículo 440.

Tal como el análisis anterior, éste presenta la sobrevaloración del bien jurídico propiedad sobre otros más esenciales, como la integridad física. Así, el artículo 396 sanciona las lesiones gravísimas con penas que van desde los 3 años y 1 día hasta los 10 años, en tanto que el artículo 440 sanciona el robo con fuerza en las cosas con una pena que va desde los 5 años y 1 día hasta los 10 años. Por tanto, el robo con sorpresa, que por su naturaleza no involucra un riesgo directo para la integridad de las personas, parte

en su escala punitiva con dos años más que las lesiones gravísimas, cuestión incoherente considerando que estas últimas involucran para la persona afectada la imposibilidad de valerse por sí misma o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba.

La evolución de los bienes jurídicos antes tratados nos lleva a la conclusión que no es posible que hoy en día nuestra legislación los siga equiparando de tal forma, e inclusive, en la gran mayoría le otorgue una mayor protección a la propiedad que a la vida. Sin duda esta es la manifestación más clara de la falta de valoración de los bienes jurídicos en nuestra sociedad actual.

Lo anterior, tomando en cuenta un análisis sistemático de la legislación penal actual, torna la situación aún más dramática. Esto en base a que la mayoría de las penas asociadas a los delitos contra la propiedad parten desde el presidio mayor en su grado mínimo, es decir, 5 años y un día, lo cual cierra inmediatamente la puerta al encausado de un posible cumplimiento alternativo de la pena, en el sentido que señala la ley 18.216, esto es, reclusión nocturna, libertad vigilada y remisión condicional de la pena.

Para graficar de mejor forma la situación expuesta es que se ha elaborado la siguiente tabla comparativa:

Delito	Naturaleza	Pena mínima	Pena máxima
Homicidio simple	Atentatorio contra la vida.	5 años y 1 día	15 años
Homicidio en riña	Atentatorio contra la vida.	3 años y 1 día	5 años
Mutilaciones	Atentatorio contra la integridad física.	5 años y 1 día	15 años
Lesiones gravísimas	Atentatorio contra la integridad física	3 años y 1 día	10 años
Robo con fuerza	Atentatorio contra la propiedad	5 años y 1 día	10 años
Incendio	Atentatorio contra la propiedad	5 años y 1 día	20 años

SEGUNDA PARTE
**Análisis dogmático de la “Cuestión
mapuche”.**

CAPÍTULO III

REGULACIÓN JURÍDICA EN TORNO AL CONFLICTO *MAPUCHE*. UN ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY 18.314.

9.- VISIÓN DE LA NORMATIVA APLICADA EN EL CONFLICTO *MAPUCHE*.

Como se ha venido señalando, el “conflicto *mapuche*” se enmarca dentro de un proceso de recuperación de tierras ancestrales, las cuales han pasado a manos de particulares, principalmente forestales y latifundistas de forma ilegítima desde la perspectiva del pueblo *mapuche*, siendo éste el elemento esencial del conflicto. Accesoriamente, podemos agregar manifestaciones como protestas pacíficas tradicionales, entre ellas marchas, huelgas de hambre y ocupaciones de edificios públicos, y acciones ilegales como cortes de carreteras, ocupaciones de tierras en disputa, incendio de casas patronales, tala e incendio de bosques, y sabotaje de maquinaria en reacción a las políticas del gobierno en torno a sus demandas de recuperación de tierras ancestrales, respecto de sus derechos civiles y políticos, con relación al respeto a su identidad y manifestaciones culturales y, finalmente, en reacción a las demandas que se enmarcan dentro de aquéllas que surgen del sector más pobre de la sociedad, como acceso a la educación, salud, vivienda, empleo, etc.

Los ilícitos a analizar, son aquéllos respecto de los cuales el Estado chileno ha tenido una reacción represiva desproporcionada y sostenida en el tiempo. Analizando dichas respuestas sólo en el período de democracia actual, podemos señalar que durante el gobierno de Eduardo Frei (1994-2000) se iniciaron enjuiciamientos en contra de *mapuche* por infracción a la Ley de Seguridad del Estado. Los orígenes de esta ley se remontan a 1958 y su finalidad es combatir la subversión, rebelión y violencia política. Durante el gobierno de Ricardo Lagos (2000-2006) la respuesta oficialista fue aún más firme al aplicar la legislación antiterrorista, legado del régimen militar (1973-1990), la cual surge como reacción a actos ilegales y graves como, por ejemplo, secuestros y asesinatos, cometidos por grupos políticos armados y tras fines eminentemente políticos.

“Esta ley, es la más dura de la legislación chilena, y sus disposiciones han sido endurecidas en cierto modo desde la llegada de la democracia. Duplica las condenas normales para algunos delitos, dificulta la libertad provisional, permite que el Ministerio Público retenga pruebas a la defensa durante un plazo de hasta seis meses y que los acusados sean condenados basándose en el testimonio de testigos anónimos.”¹⁶³

Los delitos por los cuales se han formulado acusaciones e iniciado procesos penales en virtud de esta última ley son amenaza e incendio terrorista, asociación ilícita terrorista, lanzamiento de bombas y artefactos explosivos. Se tipifican en la ley, concurriendo los requisitos establecidos en ella, como delito de colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios; delito de estragos terroristas; delito de asociación terrorista.

Hasta esta fecha, se han llevado a cabo al menos diez juicios penales en los cuales se ha invocado la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en contra de *mapuche* por configurarse supuestos delitos terroristas en los actos realizados en el proceso de recuperación de tierras ancestrales y exigencias de un trato igualitario y no discriminatorio para su pueblo.

La mayoría de los actos ilegales cometidos por *mapuche* son delitos contra la propiedad que no revisten graves violaciones contra las personas en relación tanto a su integridad física y psíquica como a sus derechos humanos fundamentales, lo cual aporta un argumento contundente a la hora de criticar la aplicación de una legislación estricta, dura y de carácter excepcional, ya que internacionalmente se sostiene que un elemento esencial para calificar un acto como terrorista, es la probabilidad cierta de peligro grave o daño en sí a las personas.

9.1.- ILÍCITOS Y REACCIÓN ESTATAL BAJO EL AMPARO DE LA LEY 18.314.

9.1.1.- Causa seguida en contra de Víctor Ancalaf¹⁶⁴.

¹⁶³ HUMAN RIGHTS WATCH Y EL OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, Los Tribunales Militares y Los Mapuches en el Sur de Chile*. Vol. 16, N° 5 (B), 2004, p. 3.

¹⁶⁴ Causa Rol 191-2004, Corte de Apelaciones de Concepción, 04 de junio de 2004.

Se le imputan dos delitos de incendio a camiones y una retroexcavadora de propiedad de Endesa, cometidos el 3 y 17 de marzo de 2002, con la calificación de terrorista. La Corte de Apelaciones de Concepción establece que la participación de Víctor Ancalaf queda acreditada por los medios probatorios presentados en primera instancia, principalmente declaraciones de testigos, sólo respecto de los hechos acontecidos el 17 de marzo de 2002, los cuales se encuentran tipificados como delito terrorista en el artículo 2 n° 4 de la ley 18.314, en relación con el artículo 1 del mismo cuerpo legal, el cual señala que constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2 cuando concurren las circunstancias siguientes:

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

El mismo fallo en su considerando 18° señala que “Los enumerados en el artículo 2, para que una conducta sea considerada como delito terrorista y penado conforme a la ley 18.314, contempla algunos delitos que por su gravedad y naturaleza caen dentro de esta categoría, y se remite también a otras situaciones del n° 2 al 5. Sistematizándolos de acuerdo al bien jurídico protegido, se contemplan delitos que **atentan contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas**; delitos que atentan contra la libertad de las personas y directamente contra el orden y seguridad públicos” (los destacados son nuestros).

Si bien se absuelve al acusado respecto de los hechos ocurridos el 3 de Marzo de 2002, revocando en esa parte a la sentencia de primera instancia, el razonamiento se basa en el grado de convicción que se han creado los sentenciadores y no en la calificación del delito en común o terrorista. A la luz del considerando que hemos citado, se desprende la característica esencial de todo delito terrorista, esto es, atentar contra la vida, integridad corporal y salud de las personas, lo cual no concurre en la especie, por

cuanto se acreditó en primera instancia que, previo a proceder al incendio de los vehículos y la maquinaria, se obligó a los conductores de los mismos a descender y alejarse de éstos, de modo que su vida, integridad corporal y salud no fueran objeto de este delito, ni tampoco se les puso en peligro.

La Corte partió del supuesto que dichos hechos constituyesen delitos terroristas, y a partir de ello se formó su convicción. El resultado fue la condena de Víctor Ancalaf a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa. Además, no reuniéndose los requisitos de la ley 18.216, no se le concedió ninguno de esos beneficios.

9.1.2.-Causa seguida en contra de Ionkos Pascual Pichún y Segundo Norín, y Patricia Troncoso.¹⁶⁵

La acusación hace referencia a varios hechos, como son el incendio en la casa habitación propiedad de Juan Agustín Figueroa Elgueta, amenazas de incendio contra los dueños y administradores del fundo Nanchahue, incendio al predio forestal San Gregorio de propiedad de Juan y Julio Sagrado Marín, y amenazas de incendio contra los dueños y administradores del predio San Gregorio.

Respecto de la primera acusación, los hechos son los siguientes:

El 12 de diciembre de 2001, cerca de las 23:30 hrs., un grupo de personas iniciaron cuatro focos de incendio forestal en el interior del predio y, una vez que los trabajadores estaban sofocando dicho incendio, y que en el sector de la casa quedaron sólo mujeres y niños, procedieron a incendiar el comedor de la casa habitación de Juan Agustín Figueroa Elgueta, vivienda que **se encontraba sin sus moradores en ese momento**, la cual resultó quemada en su totalidad.

Respecto de la segunda acusación, los hechos son los siguientes:

¹⁶⁵ Causa RUC 0100083503-6, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 14 de abril de 2003.

Desde noviembre de 1997 los administradores y propietarios del predio forestal Nancahue recibieron exigencias escritas de hacer cesiones gratuitas de bosques para explotar y tierras para pastoreo a favor de las comunidades *mapuche* vecinas. Además, recibieron presiones escritas y verbales de sufrir la usurpación de sus tierras, de ser afectados con incendios de bosques y de ser agredidos si no accedían a tales solicitudes.

Respecto de la tercera acusación, podemos señalar como hechos los siguientes:

El 16 de diciembre de 2001, cerca de la 1:00 de la madrugada, individuos provocaron cuatro focos de incendio al interior del fundo San Gregorio. El incendio se reactivó cerca de las 14:30 hrs. de ese día, lo que afectó a aproximadamente 80 hectáreas de pino insigne.

Con relación a la cuarta acusación, los hechos son:

Desde julio de 2001, los hermanos Juan y Julio Sagrado Marín fueron objeto de diversas exigencias para que accedieran a la concesión gratuita de bosques y terrenos a favor de las comunidades *mapuche* vecinas, las que fueron rechazadas por sus dueños. Posteriormente, se produjo el incendio de la casa habitación de Julio Sagrado Marín, además de un intento de usurpación del predio y la paralización de las faenas.

A juicio de los acusadores, estos ilícitos constituyen delitos terroristas contemplados en la ley 18.314, ya que se produjeron con la finalidad de producir en la población o en parte de ella, el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, debiendo presumirse tal finalidad cuando los ilícitos se cometen a través de artefactos explosivos o incendiarios, salvo que conste lo contrario. A juicio de los sentenciadores, estos hechos configuran delitos terroristas pues “es obvio inferir que la finalidad perseguida es provocar en la gente un justo temor de ser víctima de atentados similares, y con ello obligar a los dueños para que desistan de seguir explotando sus propiedades y hacer que las abandonen, ya que la sensación de inseguridad e intranquilidad que generan dichos atentados, traen consecuencias tales como la disminución y encarecimiento de la mano de obra, aumento del costo, tanto en la

contratación de maquinarias para la explotación de los predios, como para cubrir las pólizas que aseguran las tierras, instalaciones y plantaciones, también, es cada vez más frecuente ver trabajadores, maquinarias, vehículos y faenas instalados en los distintos predios, bajo protección policial que asegure la ejecución de las labores. Todo esto afecta derechos garantizados constitucionalmente.”¹⁶⁶

No obstante, estiman que no queda completamente acreditada la participación de los imputados a fin de contrarrestar la fuerza de la presunción de inocencia que los ampara, por lo que se rechaza la acusación por no acreditarse, más allá de toda duda razonable, la participación de los imputados. De este modo se rechazan, con costas, las acusaciones formuladas y las demandas civiles.

Se interpone un recurso de nulidad el 9 de mayo de 2003 ¹⁶⁷ en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, basándose en que la sentencia, al señalar que no se encuentra acreditada la participación de los imputados en los hechos que fueron legalmente acreditados, deja de manifiesto que los sentenciadores no hicieron la debida valoración de la prueba presentada en el juicio oral por los acusadores. Además, se sostiene que aquéllos deben basarse en todos y cada uno de los medios de prueba presentados para hacer una valoración de los hechos y, así, tenerlos por aprobados o desestimados.

Los recurrentes estiman que el razonamiento de los jueces en lo penal de Angol contradijeron los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados al absolver a pesar de todas las pruebas que se habían presentado y que permitieron acreditar la existencia de los delitos en que se basó la acusación. La Corte, a su vez, estimó que el principio de inocencia no excusa a los sentenciadores a dar examen pormenorizado de la prueba rendida.

No obstante ello, el Ministro Señor Juica sostiene que los vacíos que se denuncian respecto de la sentencia en relación con la valoración de la prueba, no tienen la capacidad para influir sustancialmente, respecto de las sentencias absolutorias, en la decisión de absolver que adquiere el Tribunal pues ha quedado en evidencia que la

¹⁶⁶ Considerando décimo.

¹⁶⁷ Causa Rol 1743-2003, Corte Suprema, 2 de julio de 2003.

prueba presentada en juicio provocó en los sentenciadores la duda razonable que impide adquirir la conciencia moral de condena. Además, la ley lo que exige es la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados, sean favorables o desfavorables a los acusados, y la valoración de dichos medios de prueba que fundamentan las conclusiones posteriores, sea para condenar o absolver.

Del análisis de estas sentencias, podemos decir que marcaron precedentes contundentes en las causas seguidas con posterioridad contra *mapuche*. Ello pues que la Corte Suprema haya anulado una sentencia que absuelve a imputados *mapuche* que son acusados como autores de delitos terroristas por no quedar suficientemente acreditadas sus participaciones, no obstante haber acreditado completamente los hechos constitutivos de delito y, más aún, haberse calificados éstos como delitos terroristas, marca una clara tendencia en torno al razonamiento que deben tener los jueces de única instancia en materia penal en torno a estos conflictos. Además, se sostiene a lo largo de los razonamientos de las distintas sentencias, incluso la anulada por la Corte Suprema, que los delitos efectivamente se califican de terroristas, con lo cual, al aplicar dicha legislación, se ven restringidas ampliamente las garantías procesales de los imputados, se elevan sustancialmente las penas y se niega la posibilidad de optar al indulto presidencial consagrado en nuestra Constitución Política de la República.

Un segundo juicio oral se lleva a cabo, condenando el 27 de septiembre de 2003¹⁶⁸ a Pascual Pichún y Segundo Norín a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, cada uno, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas del juicio, como autores de los delitos de amenaza terrorista en contra de los administradores y dueños de los fundos Nancahue y San Gregorio, respectivamente. Se rechaza la demanda civil. Se establece que “nuestra legislación no define los delitos terroristas sólo los enumera. Estos corresponden a actos de violencia llevados a cabo por personas armadas **contra la vida, la salud, libertad de las personas** o en definitiva daños que ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad, de miedo colectivo para alterar el orden constitucional u otra actividad desarrollada dentro del orden legal con

¹⁶⁸ Causa RUC 0100083503-6, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 27 de septiembre de 2003.

el ánimo de infundir terror”¹⁶⁹ (los destacados son nuestros). Nuevamente se considera elemento determinante para calificar estos delitos como terroristas el hecho que infundan temor en la población, aun cuando no concurre la amenaza de peligro cierto o daño contra las personas.

Haciendo un análisis crítico de los argumentos esgrimidos por los sentenciadores, creemos que se hace una calificación errada al señalar que los delitos tienen el carácter de “terroristas” pues, como podemos observar, se llega a dicha calificación por la circunstancia que los hechos provoquen temor en la población de sufrir delitos de la misma connotación. No obstante, si bien señalan que los delitos terroristas son aquéllos que atentan contra derechos de las personas como la vida, integridad física y seguridad individual, sólo se considera el que infundan temor en la sociedad. Sin embargo, ello no puede considerarse el elemento determinante a la hora de calificar un delito como terrorista, pues casi todos los delitos infunden un temor en la población. De hecho, en la actualidad, producto de la ola de asaltos y robos a personas y casas habitacionales, se ha producido una sensación de miedo y temor de ser víctima de uno de dichos delitos. Y no por ello podemos calificarlos de terroristas.

Así, el elemento determinante debe ser el daño o puesta en peligro de la vida e integridad de las personas, junto a los elementos analizados en las distintas sentencias, esto es, el arrancar decisiones de la autoridad e infundir temor en la sociedad, entre otros. Y así las cosas, ese elemento determinante no se encuentra en los actos constitutivos de los delitos analizados, pues en las quemas a vehículos o maquinarias, previamente se obligó a los conductores a abandonarlos; en las quemas a predios forestales los daños son sólo patrimoniales; y en el caso del incendio a la casa habitación del fundo Nanchahue, previamente se procedió a desalojar dicho inmueble por parte de las mujeres y los niños que se encontraban en el lugar.

9.1.3.- Causa seguida en contra de José Huenchunao, Patricia Troncoso, Juan Millacheo, Florencio y Juan Marileo.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Considerando decimotercero.

¹⁷⁰ Causa RUC 0100086594-2, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 22 de agosto de 2004.

La acusación por parte de las querellantes Empresa Forestal Mininco S.A. y Gobernación Provincial de Malleco se funda en los siguientes hechos:

El 19 de diciembre de 2001, personas procedieron a prender fuego en diversos focos en el interior de los fundos Poluco y Pidenco, los cuales forman un solo predio ubicado en la comuna de Ercilla de propiedad de la empresa Forestal Mininco S.A. Se suma el ataque que sufrieron los brigadistas forestales que combatían el incendio la mañana de ese mismo día por cerca de 40 personas. Carabineros, por su parte, fue agredido en el interior del fundo por piedras lanzadas con boleadoras y elementos contundentes. Resultaron quemadas 180 hectáreas aproximadamente plantadas con pino y eucaliptos. El incendio se prolongó por dos días y ocasionó un daño cercano a los cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000), en esa época.

Los querellantes sostienen que dichos actos se enmarcan dentro de la Ley nº 18.314 por haber sido cometidos con la finalidad de producir un temor justificado en la población o en una parte de ella de ser víctima de hechos de la misma naturaleza, concurriendo en la especie los dos presupuestos contemplados en el artículo 1 de la citada ley, a saber, que se cometa con dicha finalidad, **sea por la evidencia que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas. Dicha finalidad se presume por el hecho de cometerse el delito mediante artefactos explosivos o incendiarios.** Y junto a ello, que el delito sea cometido con la finalidad de arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias. Sostienen el primer argumento por obedecer el acto a un plan predeterminado que forma parte de una serie de hechos ilícitos que han tenido como objetivo el atacar a un sector determinado de la población, conformado por todos los vecinos de comunidades *mapuche*. De este modo, la Forestal Mininco S.A. pide una sanción de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, pues estima que además concurren las agravantes del artículo 12 del Código Penal. Sobre la base de los mismos argumentos, interpone una demanda civil por indemnización de daños y perjuicios.

A su vez, el Ministerio Público solicita aplicar la pena de diez años y un día de presidio menor en su grado medio a cada uno de los imputados. Entre las pruebas que presentó se encuentra la declaración de Christian Sotomayor, técnico forestal que trabajaba como supervisor de predios de la Forestal Mininco. Sostiene en su declaración

que avisados del siniestro fueron llevados en helicóptero hasta una plantación de pinos y eucaliptos. Luego de controlar uno de los focos, cuando iban de un cortafuego hacia otro, cuarenta personas encapuchadas los intimidaron y **“finalmente los echaron del lugar y salieron caminando**, mientras los encapuchados se fueron por un cortafuego en dirección oeste...”¹⁷¹ (los destacados son nuestros). Es decir, estuvo la preocupación de sólo causar daños a la propiedad, no a las personas.

Importante es destacar los argumentos de la defensa de Patricia Troncoso y Jaime Marileo, la cual sostiene que no hay “medios dañosos ni peligrosos que ameriten la existencia de un delito particularmente grave; la cantidad de actores no lo es y tampoco la organización que se alega; sólo hay medios materiales destinados naturalmente a la producción de fuego y si dichos medios son los que se han considerado para la calificación de terrorista, todos los incendios deberían serlo”¹⁷² Además, sostiene que “los testigos de los acusadores no podrán probar ninguno de los fundamentos de los cargos, puesto que no son coherentes y carecen de idoneidad al declarar contra los enjuiciados, ya que lo hacen por móviles que se derivan por la mala convivencia con el resto de la comunidad; que el propósito de ellos no es colaborar con la justicia, sino que la obtención de beneficios; en efecto, en octubre de 2003 el Ministerio Público habría gastado en ellos la suma de **veinte millones de pesos** (...), devengados en la implementación de diversas medidas de protección en su favor (...)”¹⁷³ (los destacados son nuestros). Por lo demás, les favorece la atenuante del nº 6 del artículo 11 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior.

La defensa de los demás imputados sostuvo que “se está criminalizando un conflicto cultural y social no resuelto, donde la intervención de las empresas forestales y el Estado ha provocado divisiones al interior de la comunidades (...) El incendio no puede calificarse de terrorista, puesto que nada tiene que ver, para hacer tal apreciación la cantidad de personas que estaba dentro del predio al momento de ocurrir los hechos(...)”¹⁷⁴

¹⁷¹ Considerando octavo.

¹⁷² Considerando quinto.

¹⁷³ Ídem.

¹⁷⁴ Ib Ídem.

Finalmente, el Tribunal llega a la convicción, más allá de toda duda razonable, que los hechos configuran el delito de incendio, tipificado y sancionado en el artículo 476 n° 3 del Código Penal, en carácter de terrorista según los artículos 1 n° 1 y 2 n° 2 de la Ley 18.314, en grado de consumado, puesto que resultó probado que los imputados “participaron como autores directos en el incendio del fundo Poluco Pidenco referido por haber actuado de un modo inmediato y directo en la ejecución del mismo, **ilícito inserto en el denominado conflicto territorial *mapuche*, cometido con la finalidad de causar en la población un justo temor de ser víctimas de delitos de la misma especie**”¹⁷⁵ (los destacados son nuestros).

Esencial es destacar que el mismo Tribunal reconoce el marco de hecho en que se desarrollan estos delitos. Este marco no es otro que el conflicto territorial *mapuche*, el cual busca recuperar, de uno u otro modo, tierras que reconocen como suyas de forma ancestral, y en modo alguno atentar contra la sociedad como tal, lo que sí ocurre en la comisión de delitos terroristas. Cuando estamos frente a uno de estos delitos, el sujeto pasivo del hecho punible no es uno o más particulares, sino el Estado, la sociedad entera que se ve afectada, pues si bien puede ser uno o más particulares los afectados directos con el hecho en cuestión, éste afecta derechos que son universales, de todas las personas y, por ende, directa o indirectamente toda la sociedad resulta dañada por la comisión de estos hechos delictuales.

No obstante, en este caso los afectados son los particulares dueños de empresas forestales. Así lo señala el mismo fallo al establecer que “estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desmedidas, hechas bajo presión por grupos violentistas a los dueños y propietarios, a quienes se les amenaza y presiona para que accedan a los requerimientos que se les formulan.”¹⁷⁶ Los delitos de los cuales hablamos son graves puesto que ocasionan perjuicios materiales cuantiosos, con lo cual se produce correlativamente un derecho a indemnización por las pérdidas materiales. Sin embargo, siendo el delito grave *per se*, nuestra legislación común establece los medios para que cada persona particular o grupo de ellas que se sientan afectadas en sus derechos legalmente garantizados por nuestro ordenamiento jurídico, concurren a las instancias

¹⁷⁵ Considerando decimosexto.

¹⁷⁶ Considerando decimonoveno.

pertinentes a fin que se restablezca el imperio de la ley y obtengan un justo reparo ante los perjuicios sufridos. Por ello, siendo nuestro ordenamiento jurídico pleno, es decir, sin lagunas o vacíos legales, no hay razón para argumentar que existe un vacío en actos delictuales que afectan a particulares, pues para ello está la legislación común. La legislación de excepción, como es la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, es una legislación para casos excepcionales, siendo tales los que van más allá de atentar contra particulares o un grupo de ellos; estamos hablando de delitos que afectan a la sociedad entera, al Estado y, por tanto, atacan las bases de la institucionalidad.

Por otra parte, señalamos anteriormente que los delitos terroristas persiguen una finalidad política, lo cual no se condice con la finalidad establecida en el fallo mismo, esto es, la finalidad de causar en la población un justo temor de ser víctimas de delitos de la misma especie. Ya hicimos la analogía con los delitos de robo y hurto de que es víctima nuestra actual sociedad; además podemos ejemplificar este hecho incluso con casos de violadores o asesinos en serie, quienes al violar o asesinar también causan un justo temor en la población o parte de ella de ser víctima de delitos similares, pero no podemos pretender que éstos sean actos terroristas. Claramente, estamos confundiendo conceptos distintos.

No obstante ello, el Tribunal condena a los acusados a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autores del delito de incendio terrorista. Habiéndose acreditado la existencia del hecho punible y la responsabilidad de los imputados en su comisión, el Tribunal considera que ellos deben responder solidariamente por el daño causado a la querellante empresa Forestal Mininco S.A., por lo que se les condena a pagarle la suma de cuatrocientos veinticuatro millones, novecientos sesenta y cuatro mil setecientos noventa y ocho pesos (\$424.964.798.), con los respectivos intereses y reajustes legales que se devenguen desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta la fecha de su total y efectivo pago, con costas.

9.1.4.-Causa seguida en contra de Juan Huenulao.¹⁷⁷

Los hechos se enmarcan en el incendio al fundo Poluco y Pidenco, siendo hechos establecidos en el proceso los siguientes:

El día 19 de diciembre de 2001, el acusado procedió junto a otras personas a prender fuego en el bosque y en diversos sectores al interior del fundo Poluco Pidenco, de propiedad de la empresa Forestal Mininco S.A.

A juicio de los sentenciadores, este hecho se califica como delito de incendio terrorista pues “se desarrolla dentro de un contexto destinado a producir un justo temor en un grupo determinado de la población de ser víctima de atentados similares, adquiriendo en consecuencia el delito de la especie el carácter de terrorista”.¹⁷⁸ Importante es destacar a este respecto el argumento esgrimido por la defensa con relación al carácter de terrorista en este delito. En este sentido, si bien la defensa no discute que hubo un incendio, “objeta que se le pretenda calificar de terrorista, porque en la legislación actual no existe un concepto de lo que es terrorismo...[dicho concepto] sí resulta importante puesto que dado que el legislador no lo define, para entender que estamos frente a un hecho terrorista no basta con sólo decirlo, sino que ese hecho efectivamente debe serlo, no basta con que se diga que este hecho es muy grave para constituir un acto terrorista. Se ha dicho en la audiencia, que la finalidad es ocasionar temor a las empresas forestales, a agricultores y a propietarios colindantes con estas comunidades que declaran predios unilateralmente declarados en conflicto, así se ha declarado por lo tanto este medio estragante que es un incendio no tiene por objeto lo que se llama el terrorismo selectivo, los medios estragantes tienen por objeto, como lo señala el legislador, ocasionar temor en la población, pero el Ministerio Público dice que la naturaleza y efectos de los medios empleados son de tal gravedad que llevan a presumir la finalidad de ocasionar temor en la población en general, pero eso no es así (...) qué relación tiene el número de personas que participó con la naturaleza y efecto de los medios empleados (...) qué más normal dentro de un delito, no normal en la vida diaria, que en un incendio de bosque (...) resulten quemadas 200 hectáreas. Lo que se requiere por el legislador, en

¹⁷⁷ Causa RUC 0100086954-2, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 3 de mayo de 2005.

¹⁷⁸ Considerando undécimo.

definitiva, es exigir que esa naturaleza y el efecto de los medios empleados sean más allá de los normales en un delito de incendio”¹⁷⁹

Finalmente se condena al imputado en calidad de autor del delito de incendio terrorista previsto y sancionado en el artículo 476 n° 3 del Código Penal, en grado de consumado, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y a las accesorias legales de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

9.1.5.-Causa seguida en contra de José Cariqueo y Juan Colihuinca.¹⁸⁰

Al igual que la causa anterior, ésta también se enmarca en los sucesos del 19 de diciembre de 2001, que concluyeron con el incendio del fundo Poluco Pidenco, por lo cual obviaremos su relación.

La defensa en su alegato de clausura explicó que “no se ha podido establecer un incendio terrorista, sólo se ha acreditado un incendio común (...) porque el terrorismo tiene por objeto atentar contra la vida de las personas, causar lesiones graves en ellas, y va acompañado con la evidencia de ser un plan premeditado, así es terrorismo lo ocurrido en la estación del metro de Atocha en Madrid, en Londres, lo ocurrido en las torres gemelas en Nueva York, todos ellos **actos dirigidos con medios tendientes a atentar contra la vida e integridad física**”¹⁸¹ (los destacados son nuestros).

El Tribunal estima que los hechos en cuestión configuran el delito de incendio común. En lo referente al carácter de terrorista de este delito, los sentenciadores estiman que no existen elementos suficientes que acrediten esta circunstancia. Agrega además que “la ley mencionada sobre conductas terroristas se encuentra en contraposición con lo consagrado en el artículo 9° de la Constitución Política de la República, que prohíbe que se pueda presumir de derecho la responsabilidad penal.

¹⁷⁹ Considerando tercero.

¹⁸⁰ Causa RUC 0100086954-2, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 7 de abril de 2006.

¹⁸¹ Considerando undécimo.

En este orden de ideas, la presunción simplemente legal establecida en el artículo 1º de la Ley N° 18.314, relativa a la finalidad de producir en la población o en una parte de ella temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, se encuentra en abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia que en nuestro país tiene rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta fundamental asegura respetar y garantizar en el inciso segundo de su artículo 5º, encontrándose entre tales tratados la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) que dispone: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en conformidad a la ley”(…)

Además, como lo señalan los profesores Horvitz y López, citando a Binder, (...) “el principio de inocencia refleja el status básico de un ciudadano sometido a proceso. Él llega al proceso con un status que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad (...)” “lo que está en juego no es ningún nivel de conocimiento, sino una garantía política que protege al ciudadano que ingresa al ámbito de actuación de las normas procesales y penales”

Teniendo claro lo anterior, se debe tener presente respecto de la presunción legal del artículo 1º de la Ley 18.314, en la cual el legislador asume que la conducta de las personas es constitutiva de delito terrorista prescindiendo de una investigación, de un juicio, vulnerando tratados internacionales ya antes mencionados y la propia ley procesal, es por ello que en la especie nos encontramos ante un caso en que el legislador, sin procedimiento alguno, asume la intención volitiva de los acusados de querer infundir temor en la población o arrancar decisiones de la autoridad, en circunstancias que dichos hechos deben ser acreditados durante el desarrollo del presente juicio...”¹⁸²

En definitiva se absuelve a los imputados de las acusaciones en su contra, y se rechaza la indemnización de perjuicios deducida por la empresa Forestal Mininco S. A. en

¹⁸² Considerando vigésimo.

contra de los imputados. Además, se condena en costas al Ministerio Público, a la Gobernación Provincial de Malleco y a la empresa Forestal Mininco S. A., y se condena también en costas al actor civil Forestal Mininco S. A.

En este caso, podemos ver que el motivo de la absolución fue producto de un razonamiento anterior a la calificación del delito como terrorista. Se razonó con relación a la posibilidad de aplicar o no la Ley sobre conductas terroristas conforme a los principios que establece nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, no se cuestionó el hecho de la correcta procedencia de la Ley 18.314 ante grupos de personas que no revisten el carácter de asociación terrorista, lo cual a nuestro juicio es elemental, pues se debe establecer la asociación terrorista para calificar determinados actos como tales. Claramente el razonamiento, correcto, de los sentenciadores, fue anterior a estos elementos.

9.1.6.- Causa seguida en contra de Patricia Troncoso, Jorge Huaiquín, Marcelo Quintrileo, Pascual Pichún, Segundo Norín y José Llanca.¹⁸³

Esta causa la hemos querido dejar para el último dentro de este tema, pues versa respecto al elemento esencial de todo delito terrorista, esto es, la asociación ilícita terrorista.

Relevante es destacar que esta sentencia corresponde al segundo juicio oral llevado a cabo. En el primero, se absolvió con fecha 9 de noviembre de 2004¹⁸⁴ de forma unánime a todos los imputados, por cuanto se consideró que los hechos objeto de la acusación fiscal y particular se trataban de acciones de protesta relacionadas con demandas legítimas, como es la recuperación de tierras ancestrales, lo cual carece de afanes terroristas. No obstante, el Ministerio Público, el Subsecretario del Interior don Jorge Correa Sutil, la querellante Agrícola Curaco S.A. y la empresa Forestal Mininco S.A. interpusieron cuatro recursos de nulidad ante la Corte Suprema¹⁸⁵, argumentando una supuesta violación de las garantías procesales en la valoración de la prueba rendida, por

¹⁸³ Causa RUC 0200142499-0, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 27 de julio de 2005.

¹⁸⁴ Ídem.

¹⁸⁵ Actuando de igual forma que en la causa seguida en contra de los lonkos Pascual Pichún y Segundo Norín, y Patricia Troncoso

parte del tribunal sentenciador. La Corte Suprema mediante sentencia de fecha 6 de abril de 2005¹⁸⁶ acogió el referido recurso, ordenando proceder a un nuevo juicio ante Tribunal no inhabilitado.

Los hechos en que se funda el segundo juicio, (al igual que el primero) son los siguientes:

Los imputados forman parte de una asociación denominada “Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauco Malleco”. A juicio de los querellantes, organizaron los distintos ilícitos que se vivieron en Temuco, Nueva Imperial, Traiguén, Ercilla, Collipulli, Vilcún, Lumaco y Galvarino, hechos que difundían por distintos medios de comunicación con la finalidad de lograr el control territorial de diversos sectores, produciendo un temor generalizado. Los querellantes identificaron distintas funciones dentro del grupo, a fin de justificar la organización y estructura jerárquica de sus miembros.

Las defensas de los imputados, a excepción de la de Patricia Troncoso, plantearon como excepción de previo y especial pronunciamiento la cosa juzgada, por cuanto los imputados ya han sido condenados por distintos delitos perpetrados todos dentro de los márgenes del conflicto *mapuche*¹⁸⁷ a que esta causa se refiere, por lo que, a su juicio, debería dictarse el sobreseimiento definitivo parcial al respecto. La excepción fue rechazada, lo que a nuestro juicio no corresponde, pues estaríamos ante un caso de non bis in ídem.

Dentro de la prueba testimonial que rindieron los querellantes para acreditar el delito de asociación ilícita terrorista, se encuentra el testimonio de Osvaldo Carvajal Rondanelli, empresario y académico, quien sostuvo que la forma de operar de estos grupos terroristas es de forma articulada como nodos independientes, donde “todos sirven al mismo fin, pero actúan de forma independiente, sin jerarquía vertical; las asimila a células cancerígenas que terminan causando la muerte de su víctima; menciona como agrupaciones de estas características a las FARC en Colombia, la ETA en el país Vasco; Al Qaeda.”¹⁸⁸ También testificó Daniel Zavinovic Berríos, Capitán perteneciente a la Brigada de Inteligencia de Carabineros, quien realizó un análisis de los hechos que

¹⁸⁶ Causa rol 5440-2004, Corte Suprema.

¹⁸⁷ Ver análisis de sentencias anteriores.

¹⁸⁸ Considerando séptimo.

estaban ocurriendo desde fines de 2002 a fin de determinar si existía un grupo organizado que amparara los ilícitos cometidos en el marco en análisis, y constató “que se trataba del procedimiento de personas que desarrollaban actividades ilícitas bajo el amparo del grupo autodenominado coordinadora Allauco Malleco, que se planteaba una serie de objetivos relacionados con el problema *mapuche* en la región, tales como lograr el reconocimiento del pueblo *mapuche*, y crear un Estado *mapuche* dentro del Estado de Chile [y] que no requieran grandes sumas de dinero para funcionar”¹⁸⁹

Se presentó diversa prueba material, encontrándose entre ella diversos elementos mediante los cuales se contactaban los integrantes de la Coordinadora entre ellos y con los medios de comunicación, Carabineros, Hospitales, etc., como son libretas con números telefónicos, junto a recortes de periódicos, copias de sentencias relativas a *mapuche*, y diversas cintas de video. Entre estas últimas se exhibe una entrevista a José Huenchunao, a quien se sindicaba como ideólogo de la Coordinadora Allauco Malleco, “quien habla de la misión que tienen de llevar adelante [el] conflicto *mapuche* hasta su total etapa de consolidación, y cuyo objetivo es recuperar las tierras. Dice que están en estado de guerra contra el Estado y las empresas y que no son delincuentes ni terroristas; que se trata de un problema político, ideológico. Que se subestima a los *mapuche* [...] Que la reforma agraria no resultó porque la manejaron los políticos, y que ninguna querrela ha llegado a buen puerto porque la solución del conflicto no es judicial.”¹⁹⁰

Los jueces al razonar sobre la existencia, primero, de una asociación ilícita, se refieren a los elementos de prueba aportados por el perito Daniel Zavinovic, sosteniendo que sus conclusiones “son contrarias a la lógica y a las máximas de la experiencia [...] La lógica indica que para la magnitud de la tarea que se habría propuesto la CAM [...] era más que necesario que contara con los medios económicos, el armamento y la estructura jerarquizada verticalmente, que permitiera tal logro; sin embargo [...] la [...] contabilidad[...] no arroja una cantidad mayor que \$1.800.000 [...] Tampoco una estructura horizontal, esto es, mediante células que actúan coordinadamente pero de forma independiente, se condice con el liderazgo que deben ejercer una o más personas para llevar a buen término una lucha independentista [...]”¹⁹¹

¹⁸⁹ Considerando décimo

¹⁹⁰ Considerando séptimo.

¹⁹¹ Considerando undécimo.

“Cabe tener presente que la Coordinadora Allauco Malleco [...] podría ser una organización perfectamente lícita, según lo admitió en alegato de apertura el Abogado de la Subsecretaría del Ministerio del Interior, de lo que habría que inferir que quienes comenzaron a actuar utilizando su nombre, su ideología y sus medios materiales, constituirían un grupo aparte que decide emplear la violencia para lograr objetivos propuestos. Uno de los medios materiales utilizados es la página Web de la CAM, cuyo lanzamiento [...] se realizó en un salón de la Universidad Católica de Temuco [...] El objetivo que tendría la CAM, como organización, nada tiene de ilícito, toda vez que la Ley N° 19.253 [...] señaló que la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos originarios señalando como deber de la sociedad en general y del Estado en particular “proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.¹⁹²

Respecto al carácter de terrorista de la presunta asociación ilícita, si bien “[s]e logró establecer la perpetración de diversos delitos, la mayoría de ellos contra la propiedad, y respecto de ellos se condenó a los responsables cuando fueron individualizados [...] no habiéndose acreditado la existencia del delito de asociación ilícita, no corresponde entrar a precisar si ellos tienen o no el carácter de terroristas”¹⁹³.

Finalmente, se rechaza la acusación absolviendo a los acusados de las acusaciones fiscales y particulares deducidas en su contra por los delitos de asociación ilícita y asociación ilícita terrorista, condenando en costas a los acusadores fiscales y particulares. Fue acordada con el voto en contra del Juez Aner Padilla, quien estuvo por tener por acreditada la existencia del delito de asociación ilícita, sancionado en el Código Penal, por configurarse los supuestos exigidos en el tipo penal descrito por el legislador, esto es:

1. existencia de una colectividad de individuos,
2. existencia de algún grado de organización,
3. existencia de un fin común,
4. permanencia en el tiempo.

¹⁹² Ídem.

¹⁹³ Considerando duodécimo.

Por ello, el disidente estuvo por condenar a Patricia Troncoso a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales, y a los demás imputados a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales correspondientes.

La tramitación de estos juicios no estuvo exenta de polémica por cuanto, en la tramitación del primer juicio oral, los imputados que no estaban cumpliendo condena por delitos terroristas fueron sometidos a prisión preventiva por períodos de hasta un año y seis meses, declarándose, además, el secreto en la etapa de investigación, lo cual va en contraposición directa al espíritu, fundamentos y principios del nuevo sistema procesal penal.

Por otra parte, las excepciones presentadas por la defensa en relación a la excepción de cosa juzgada, por una parte, y en relación a la incompetencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol por cuanto los hechos debían retrotraerse a 1998, año de creación de la CAM, produjeron que en marzo de 2004 el Juzgado de Garantía de Temuco se declarara incompetente para instruir la causa, decisión que fue anulada por la Corte de Apelaciones de Temuco, sobre la base del argumento de la fiscalía, esto es, que la acusación no se centra en la CAM sino en un grupo de individuos organizados al interior de ella para la comisión de delitos.

Además, la Corte Suprema en un pronunciamiento sin precedentes, conociendo del recurso de nulidad deducido por los querellantes fiscal y particular, señaló que “es evidente que un análisis pormenorizado de la prueba rendida, lo que necesariamente deberá hacerse en otro juicio oral, deberá conducir a una sentencia totalmente diferente, y respecto de algunos o todos los acusados.”¹⁹⁴ Hecho que se contradice con el principio procesal penal respecto del cual la prueba debe ser apreciada y valorada sólo por los jueces de fondo.

En este contexto de absoluta tensión en el ámbito nacional e internacional, el relator especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, señor Rodolfo Stavenhagen, solicitó la intervención del

¹⁹⁴ Considerando vigésimo primero causa rol 5440-2004, Corte Suprema.

presidente de la República, en ese entonces Ricardo Lagos E., “siempre en el más profundo respeto a la independencia judicial, para que se ofrezca una solución equitativa y justa a este caso”.¹⁹⁵

La segunda absolución por parte de la justicia chilena en este caso donde se imputaban delitos bajo el amparo de la Ley 18.314, marca un precedente y una jurisprudencia a considerar, pues los propios jueces del Tribunal Penal de Temuco consideran que “cabe tener presente que cualquier definición de terrorismo que se quiera enunciar debe necesariamente contener el concepto de **desprecio a la vida humana, propia o ajena**, concepto que no resulta del contenido de los hechos que se relataron en la audiencia”¹⁹⁶ (los destacados son nuestros). Así, son los propios sentenciadores quienes reconocen de manera implícita, que en todas las causas en que se condenó a *mapuche* por delitos terroristas respecto de delitos enmarcados en el conflicto territorial *mapuche*, se utilizó un concepto errado y del todo amplio para calificar delitos como terroristas cuando en realidad no lo son, pues carecen del elemento esencial de todo delito terrorista, es decir, el desprecio por la vida propia o ajena, y no la finalidad de causar temor en la población o una parte de ella.

Por lo tanto, creemos que la calificación de los hechos que se hace en estos casos, a excepción de la absolución por asociación ilícita terrorista, no se ajusta a los requisitos que se establecen en la legislación chilena ni en la internacional a través de los distintos tratados que Chile ha firmado y ratificado en materia de derechos humanos, ni es una calificación acorde a la doctrina internacional con relación a lo que se entiende por “delito terrorista”. Además de vulnerarse garantías procesales con relación al imputado, en relación con la sociedad entera también hay consecuencias, cual es la inseguridad jurídica pues, ante delitos similares, como es el caso del delito de incendio cometido por un *mapuche* versus el delito de incendio cometido por un chileno o extranjero, las penas son altamente desproporcionadas, esto es, artículo 476 n° 3 del Código Penal, versus artículo 2 n° 4 de la ley 18.314.

¹⁹⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Carta del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, al Excmo. Sr. Ricardo Lagos Escobar, Presidente de la República de Chile*. 22 de julio de 2005.

¹⁹⁶ Considerando duodécimo, causa RUC 0200142499-0, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 27 de julio de 2005.

Para estos efectos, creemos que la normativa aplicable es la legislación común, por no concurrir los supuestos de hecho y de derecho que se requieren para una correcta aplicación de legislaciones especiales, como es la legislación antiterrorista.

9.2.- Ilícitos y reacción estatal más allá de la ley 18.314: El abuso de la legislación común.

Si bien para efectos de nuestro análisis debemos centrarnos en los delitos que se califican, erróneamente, como terroristas en nuestra jurisprudencia nacional, no debemos dejar de lado la reacción estatal en relación con el “conflicto *mapuche*” desde esta otra perspectiva, la cual provoca una represión violenta a las actividades de reivindicación de tierras y una “persecución penal de supuestos actos ilícitos asociados a la protesta *mapuche* [que] ha conducido a procesos y condenas que, por su elevado número, por sus relevantes consecuencias sociales, y por afectar casi exclusivamente a personas *mapuche*, vierten dudas razonables sobre la compatibilidad de la política penal existente con los objetivos de protección de los derechos humanos y de resolución de conflictos sociales en el marco de una sociedad democrática”¹⁹⁷.

9.2.1.- Los juicios militares.

Los juicios militares siempre han sido criticados, pues restan igualdad en la aplicación de la justicia. Dentro del denominado “conflicto *mapuche*” estas críticas se agudizan aún más, pues no son tribunales independientes e imparciales que garanticen un juicio justo en contra de *mapuche*, ni un resarcimiento justo a favor de los mismos.

Los casos que nos parecen relevantes por su importancia no son los delitos cometidos por *mapuche* a agentes de la policía uniformada, pues los resultados llegan más temprano que tarde, acompañados de condenas desfavorables para los primeros. Son los casos de violencia policial contra *mapuche* los relevantes, pues pasa el tiempo y no hay soluciones ni respuestas ante dichos delitos.

¹⁹⁷ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Chile La Otra Transición...* 2006, p. 49.

Entre estos últimos casos se destacan los siguientes:

a. Alex Lemún Saavedra.

Recibió un impacto de un perdigón de plomo en su cabeza, proveniente de una escopeta calibre 12, disparado por el Mayor Marco Aurelio Treuer de Carabineros. Murió en un hospital de Temuco cinco días después. El fiscal regional de Temuco anunció que el caso se trasladaría a la justicia militar pues las pruebas indicaban que un oficial de Carabineros sería el culpable. El fiscal militar formuló cargos contra Treuer por violencia innecesaria con resultado de muerte. La Corte Marcial retiró los cargos, acogiendo la versión de la defensa, esto es, que oído un disparo por parte de los *mapuche*, actuó en legítima defensa. No obstante, no se encontraron pruebas materiales que avalaran esta tesis.

b. Daniela Ñancupil.

Durante un desalojo, Carabineros hirió a Daniela, *mapuche* de 13 años, cuando dispararon a su casa encontrándose ella dentro. Su abogado defensor presentó una petición de cargos contra el policía responsable, y horas más tarde secuestraron a Daniela, amenazaron al abogado defensor y quemaron su vehículo.

c. Juan Isaías Huenchullán.

Cuando se dirigía a su domicilio, fue interceptado por carabineros que resguardan la propiedad de Urban. Fue detenido e ingresado al interior de un bus policial donde fue interrogado y amenazado de muerte, además de ser apuntado por las armas de servicio de los uniformados. Luego fue dejado en libertad, se dirigió a su domicilio, al cual llegó en estado de shock, impresionado por la violencia con que actuaba carabineros, además del estado de ebriedad en que se encontraban al momento de su detención del todo ilegal e ilegítima.

9.2.2.- Los juicios bajo la ley de Seguridad del Estado.

Como dijimos al comienzo de este capítulo, la Ley 12.927 de Seguridad del Estado fue aplicada bajo el gobierno del presidente Eduardo Frei. Respecto a esta ley, podemos decir que trae consigo dos grandes consecuencias:

a. Discriminación en la aplicación de justicia.

Esta ley se aplicó en el marco del conflicto territorial *mapuche*, con lo que se inició la criminalización del conflicto *mapuche*, criminalización que se agudizó posteriormente con la aplicación indiscriminada de la legislación antiterrorista. Su aplicación iba dirigida a un grupo determinado de personas, dadas sus características especiales, con lo cual se vulnera el principio penal que establece la generalidad de la norma penal y la igualdad en su aplicación.

b. Inseguridad jurídica.

Al igual que en el caso de la ley sobre conductas antiterroristas, el uso de esta ley implica que ante situaciones similares se apliquen normas diametralmente distintas, de modo de castigar un delito por la legislación común, luego por la Ley de Seguridad del Estado, y tiempo más adelante por la Ley Antiterrorista. En este aspecto, podemos mencionar el caso de Collupulli (región de la Araucanía), donde se incendiaron camiones y máquinas pertenecientes a empresas forestales de la región, produciendo daños graves a las personas como consecuencia de los incendios. Ocurrió en el año 2000 y se condenó bajo la Ley de Seguridad del Estado y bajo la Legislación Antiterrorista.

9.2.3.- Los juicios bajo la legislación penal ordinaria.

En este aspecto, es relevante destacar a la comunidad de Temucuicui por los constantes hostigamientos de que ha sido objeto y la nula respuesta de las autoridades. Dentro de los delitos que se les imputan a sus habitantes están las amenazas, abigeato y daños, entre otros.

El hostigamiento surge por las constantes denuncias de René Urban Pagnard, propietario del Fundo Montenegro (colindante con la comunidad), desde el 2004 en contra de los comuneros de Temucuicui. El mencionado fundo se encuentra resguardado con un

contingente policial al interior del mismo. A nuestro juicio, nos parece del todo correcto que a quien se siente constantemente amenazado por un grupo de personas y solicite por ello resguardo policial, se le conceda de forma oportuna. No obstante, se ha demostrado que las acusaciones del latifundista carecen de fundamento. Entre otros casos podemos mencionar¹⁹⁸:

- a. En septiembre de 2004, por una acusación de abigeato en su contra, dos comuneros *mapuche*, Jorge Huenchullán y Luis Cayul, fueron puesto bajo prisión preventiva por tres y cuatro meses respectivamente, hasta que el fiscal reconoció que carecía de pruebas en su contra, no obstante los obligó a firmar cada 15 días, hasta dejarlos en completa libertad el 11 de octubre de 2005, más de un año después de su detención.
- b. El 30 de octubre de 2004, otro *mapuche*, Omar Huenchullán, fue formalizado por amenaza y daño a la propiedad de René Urban, debiendo firmar cada 15 días por lo 8 meses que duró la investigación. Si bien el fiscal no pudo establecer responsabilidad alguna, 15 meses después de la formalización de la investigación aún seguía con su libertad restringida.
- c. El 26 de noviembre de 2004, allanan la comunidad uniformados y policía de Investigaciones, quienes destruyen dos casas de la familia Huenchullán Cayul, vecina de René Urban, hiriendo a un menor de 10 años y dejando a su madre en estado de shock por los insultos y violencia ocupada. El operativo buscaba detener a los responsables de un supuesto robo, amenazas y daños a Urban.
- d. El 10 de enero de 2005, Jaime Huenchullán, quien había sido herido por un disparo el 16 de noviembre de 2004, encontrándose luego más de cuarenta perdigones en su cuerpo, fue notificado de que debía firmar quincenalmente por el delito de daños y amenazas a Urban. A la salida del Tribunal lo detuvieron por abigeato, ocurrido el mismo día en que fue gravemente baliado. No obstante las contradicciones de las declaraciones prestadas en su contra, el juez de garantía

¹⁹⁸ MELLA, Eduardo y MEZA, Matías. *Temucucui: Paradigma de la vulneración de los derechos fundamentales Mapuches*. Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, en <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=407> (fecha consulta: 10 junio 2007)

de Traiguén lo dejó en prisión preventiva, hasta que el 12 de septiembre de 2005 el fiscal reconoció que no tenía antecedentes suficientes para fundar una acusación.

- e. En enero de 2006, Urban sufrió un atentado incendiario en su predio. A su juicio fueron *mapuche*, por lo que el 15 de ese mismo mes, cerca de las 7 de la mañana, alrededor de 200 efectivos de fuerzas especiales, GOPE y fuerzas de tarea ingresaron a la comunidad utilizando buses, carros lanza gases, tanquetas y un helicóptero, allanando trece casas sin mostrar la orden judicial que portaban. Después se supo que la orden judicial autorizaba el allanamiento de sólo tres casas.

Producto de este abuso de la legislación penal común, los *mapuche* de Temucucui presentaron un recurso de Amparo, el cual se declaró sin lugar el 8 de marzo de 2006 por la Corte de Apelaciones de Temuco, en la vista de la recurso. El conflicto llegó a su punto máximo cuando en una reunión de los comuneros *mapuche* con el director nacional de la CONADI, este último solidarizó con la comunidad por los hechos de violencia policial, ofreciendo una ayuda solidaria del Gobierno consistente en plástico para invernaderos. La comunidad se sintió atropellada, y el director de la CONADI se querelló por agresión contra él y tres de sus asesores. Ello se tradujo en una investigación por atentados contra la autoridad.

La comunidad ha reaccionado a través de comunicados explicando su versión de los hechos en cada uno de los supuestos delitos que se le imputan a sus miembros. No obstante, la violencia policial y el abuso por parte de latifundistas en el sentido de presentar querellas que conducen sólo a prisión preventiva y luego a la declaración del fiscal de no tener medios para fundamentar una investigación, nos parece del todo incorrecto. Así como se protege con contingente policial al latifundista dueño del predio colindante con la comunidad de Temucucui, con el mismo recelo se deben resguardar los derechos de todos y cada uno de los habitantes de la República de Chile, incluidos los habitantes de la comunidad mencionada. Más aún si existen numerosas pruebas de la violencia policial utilizada con clara desproporción y abuso en contra de los comuneros, y numerosas pruebas también en relación a la falta de fundamento de las querellas que se imponen en contra de los mismos.

Para finalizar, a la fecha hay 58 *mapuche* cumpliendo condena por delitos, a su juicio, políticos, y 161 *mapuche* están sometidos a proceso.¹⁹⁹

El nuevo sistema procesal penal se estableció para eliminar los abusos que se cometían en el sistema antiguo, donde los acusados cumplían la mayor parte de la pena en prisión preventiva, sin dictarse condena aún por sus causas, y más aún, siendo muchas veces absueltos de los delitos de que se les acusaba por no reunirse las pruebas necesarias. Mucho se criticó que nadie resarcía el daño provocado por el cumplimiento de la prisión preventiva a personas que luego eran declaradas inocentes. Y en la actualidad, vemos que no obstante las garantías que presenta nuestro actual sistema, las garantías de los más desprotegidos se vulneran cada vez más.

No es posible que haya criterios tan desproporcionados en materia de aplicación de justicia, la cual debe ser igual para todos. No es posible que a algunos se les apliquen determinadas leyes y procedimientos, y a otros leyes y procedimientos distintos, más severos y que vulneren sus derechos y garantías constitucionales. Pareciera que a la luz de todos los casos analizados en este capítulo, en la República de Chile sí hay personas y grupos privilegiados que gozan de derechos y garantías reconocidos y protegidos tanto por el ordenamiento jurídico nacional como internacional. La justicia se aplica a favor de ellos, y en desmedros de otros. Por lo tanto, habría una incoherencia desde las bases mismas de nuestro Estado democrático, lo cual corrobora la realidad analizada.

A nuestro juicio, no es posible que un grupo de personas protejan sus intereses mal utilizando las instituciones que están creadas en beneficio de todos y cada uno de los integrantes de la República, pues no hacen más que pervertir el sistema. Ello es inaceptable sobretodo al hablar de uno de los sistemas que debiera ser el más transparente de todos, esto es, el Poder Judicial y la aplicación de justicia en todas sus etapas.

¹⁹⁹ *Lista de prisioneros políticos mapuche*, en <http://www.mapuche.info/mapa/resmap020518.html> (Fecha consulta: 10 de junio de 2007)

10.- CONCEPTO DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

No existe en nuestra legislación un concepto ontológico del concepto de terrorismo, aun cuando sí existe una ley especial que determina conductas terroristas fijando su penalidad (Ley Nº 18.314). En efecto, dicha ley realiza la enumeración de un catálogo de delitos comunes cualificados de terroristas si y sólo si concurren en su comisión alguna de las finalidades allí descritas.

Esta contradicción no parece ser exclusiva de la legislación nacional. Así, el Consejo de la Unión Europea adoptó el año 2002 la decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo, mediante una técnica legislativa similar.²⁰⁰

En la Constitución Política de la República su articulado 9 reza: “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.” Lo cual tampoco nos proporciona un concepto de terrorismo, sino a lo sumo una de sus características esenciales.

Pues bien, el arribo a una definición unívoca del concepto de terrorismo ha sido desde su acuñación en el siglo XVIII²⁰¹, así como en el presente, una empresa extraordinariamente compleja, ya que nos encontramos ante un fenómeno de una carga conceptual eminentemente política, esto es, nos hallamos ante un concepto íntimamente vinculado a las intrincadas estructuras de las relaciones de poder, lo cual conllevará innumerables conflictos a nivel doctrinal y legislativo a la hora de buscar consensos. “En efecto, el problema de la definición podría muy bien ser el principal factor de controversia en relación con el terrorismo. Esto es tanto más cierto si se tienen en cuenta los

²⁰⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo*. 13 de junio de 2002 (2002/475/JAI). Art. 1º: “Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o
- desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”.

²⁰¹ Desde un punto de vista filológico parece existir acuerdo en que los términos terrorismo y terrorista nacieron históricamente durante el periodo que sigue a la caída de Robespierre para referirse a la política del terror de los años 1791 – 1794.

importantes intereses políticos concomitantes. El término terrorismo lleva una importante carga emotiva y política. Por lo general va acompañado de un juicio negativo implícito y se usa selectivamente. A este respecto, algunos autores han destacado acertadamente una tendencia entre los comentaristas en la esfera de confundir definiciones con juicios de valores y calificar de terrorismo toda actividad o comportamiento violentos a los que se oponen o, por el contrario, rechazar el término cuando se refiere a situaciones con las que simpatizan.”²⁰²

Las dos características esbozadas del término en cuestión, a saber, su indefinición y su carácter ciertamente político, determinan su uso y abuso sistemático con fines propagandísticos con el fin de realzar o descalificar prácticas que en estricto rigor escaparían a esa noción, revelando no una voluntad de describir ciertas acciones, sino el propósito de obtener fines políticos. En definitiva, el objetivo general que subyace a tales denominaciones será la de ganar la “batalla” por la legitimidad y por el favor de la opinión pública. Entre los objetivos específicos se cuentan: descalificación de la organización adversaria, la cual, como “terrorista” no puede ser considerada como posible contraparte; argumento de defensa frente a denuncias de violaciones de Derechos Humanos aduciendo los inevitables costos que lleva aparejado el combate al terrorismo; o la justificación para la elaboración de legislaciones especiales antiterroristas.²⁰³

Ahora bien, la imperiosa e ineludible legitimidad y eficacia que demandan las medidas para la prevención, persecución y sanción de tales actos, requiere como punto de partida la existencia de una definición más precisa y generalmente aceptada del concepto de terrorismo²⁰⁴, más aún cuando examinamos un tema innegablemente controversial, de una alta carga emocional y, por tanto, de fácil manejo político y mediático, que determina la tendencia a concebir el terrorismo atendiendo principalmente a criterios de oportunidad y eficiencia políticas. “La prioridad dada por los Estados a la

²⁰² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Otros Asuntos “Terrorismo y Derechos Humanos”* 53º período de sesiones Tema 6 del programa provisional, Informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa, Relatora Especial. 27 de junio de 2001. E/CN.4/Sub.2/2001/31. Párrafo 32.

²⁰³ ZALAUETT, José. *Conceptualización del Terrorismo desde un punto de vista Normativo*. En VARAS, Augusto. *Jaqué a la Democracia: Orden Institucional y Violencia Política en América Latina*. Editorial Gel, Buenos Aires, 1990, p. 94.

²⁰⁴ ALCAIDE, Joaquín. *Las Actividades Terroristas Ante El Derecho Internacional Contemporáneo*. Tecnos, Madrid, 2000, p. 48.

seguridad se ha traducido en un aumento de las arbitrariedades y en un retroceso de los derechos humanos. La lucha contra el terrorismo, siendo legítima y necesaria, es muy a menudo desviada de su objetivo principal para servir únicamente a los intereses de regímenes poco respetuosos de los Derechos Humanos”²⁰⁵, situación que se ha intensificado producto de la gravedad de los últimos ataques terroristas, atizados por los medios de prensa, desatando un miedo desproporcionado a un peligro real, que ha favorecido el incremento de las legislaciones de excepción que han limitado, restringido o, lisa y llanamente, suspendido las garantías individuales en pos de una respuesta más efectiva contra la violencia terrorista.

10.1.- Aproximación al concepto de terrorismo desde el punto de vista doctrinario, legislativo y jurisprudencial.

Básicamente es posible distinguir dos criterios a nivel doctrinal para abordar el concepto de terrorismo:

10.1.1.- Criterio Objetivo.

En virtud de este criterio primará la modalidad de acción utilizada para cometer el delito, es decir, la naturaleza de los medios empleados por los agentes. De esta manera, será posible diferenciar el terrorismo de otras formas de violencia según sus manifestaciones concretas mediante un análisis objetivo de los hechos, prescindiendo la calificación de una acción en función a las finalidades que pudiese haberse planteado el responsable²⁰⁶, facilitando la “neutralización ideológica de esta especie de actividades criminales, en la que el medio prima decisivamente sobre el móvil o fin.”²⁰⁷

QUINTANO RIPOLLES, siguiendo este criterio, afirma que por la noción de terrorismo, en sentido estricto, hemos de entender “la violencia ejercida por

²⁰⁵ OBSERVATORIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS (FIDH/OMCT). *Los Defensores de los Derechos Humanos frente a las políticas de seguridad*. Informe anual, 2003. París, FIDH/OMCT, 2004, p. 9.

²⁰⁶ RAMMCIOTTI, Beatriz. *El Terrorismo como crimen internacional*, en ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Cursos de Derecho Internacional XX – XXI*, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 1996, p. 173.

²⁰⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo IV, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 31.

procedimientos de riesgo general, singularmente por los de empleo de explosivos, que entrañan un riesgo o resultado lesivo para la comunidad social”.²⁰⁸

Así, la finalidad es relegada a un segundo plano, aun cuando este autor reconoce que no sería conveniente caer en un extremo objetivismo.

10.1.2.- Criterio Subjetivo.

En segundo lugar, existe el criterio que atenderá ya no a los medios, sino a la finalidad o móvil que guía al sujeto activo en la comisión del delito. Al respecto, la doctrina se encuentra subdividida en cuanto a la forma que reviste dicha finalidad. Para algunos será el objetivo de causar terror o intimidar a la población, o bien la creación de un estado de alarma pública. Para otros, en cambio, el móvil es de carácter político.

- **El terror o la alarma pública como finalidad.**

La Real Academia de la lengua Española define terrorismo como “dominación por el terror” o “la sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror”²⁰⁹. No es de extrañar entonces que la noción de terror sea recurrente en la utilización de esta expresión en el lenguaje común.

La misma generalidad y escasa delimitación conceptual ha sido recurrente en parte de la doctrina, principalmente en las definiciones clásicas del término en cuestión. El objetivo de crear terror constituiría la gran originalidad del fenómeno terrorista, y lo que permitiría distinguir el terrorismo de otras realidades conexas a éste.²¹⁰

Podemos citar a MARTINEZ CARDÓS quien sostiene que el terrorismo “no es una circunstancia calificativa del delito común, sino un tipo penal en sí mismo, pues la finalidad de “provocar terror” se eleva a la condición sustantiva de la infracción penal.”²¹¹

²⁰⁸ Ídem, p. 25. Similar postura RAMON CHORNET, Consuelo. *Terrorismo y respuesta de la fuerza en el marco del Derecho Internacional*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 112.

²⁰⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 2001, en <http://www.rae.es/> (Fecha consulta: 7 de julio de 2007).

²¹⁰ ALCAIDE, Joaquín. *Las actividades terroristas...* 2000, p. 52.

²¹¹ MARTINEZ CARDOS, Leandro. *El terrorismo: aproximación al concepto*. Actualidad Penal Nº 1, 1998, marg. 485. En esta postura además SOTTILE, A. *Le Terrorismo Internacional*, en Recueil des Tours

Una serie de autores han criticado tales definiciones calificándolas de tautológicas y redundantes al elaborar un concepto de terrorismo en base al término terror. Así, Carmen LAMARCA estima que “estas aproximaciones pueden ser correctas en la descripción de lo que supone un estado de terror, parecen escasamente significativas a la hora de intentar acuñar una categoría con relevancia jurídico-penal.”²¹²

Respecto a la alarma pública como finalidad o móvil de los delitos de terrorismo no difieren en gran medida a los ya analizados. Aquí lo relevante es el estado de incertidumbre, de inseguridad en la población producto de una serie de conductas de intimidación suficiente, capaces de lograr tal resultado. Debido a lo anterior adquiere mayor significancia la naturaleza de los medios empleados.

Para JIMENEZ DE ASÚA, “el terrorismo no constituye un grupo delictivo, o clase de infracciones, como los delitos políticos anarquistas y sociales, que se distinguen por su índole evolutiva, frente al “atavismo” del delito común. Sino que es más bien un crimen, o serie de crímenes que se tipifican por la alarma que producen, ordinariamente motivada por los medios de estrago que suele usar el terrorista”.²¹³

Sendos criterios recién expuestos concurren en una dificultad, a nuestro entender, infranqueable, cual es la imposibilidad de determinar de un modo certero los reales niveles emocionales y psicológicos de una población o parte de ella en un momento dado, capaces de configurar los estados de terror, inseguridad o alarma pública requeridos para encontrarnos ante un acto de terrorismo. Asimismo, no puede negarse en la actualidad el control que los medios de comunicación masiva ejercen en la opinión de las personas y la consiguiente valoración sobre determinados hechos, así como el control potencial sobre el flujo informativo que poseen. Por otra parte, y concordando con Myrna VILLEGAS, existen suficientes argumentos político criminales como para sostener que es difícil desde el

de L'Academie de Droit International, Vol. 65, 1938 p. 96, citado por LAMARCA, Carmen. ROUX. IV *Conferenza Intenazionale per l'unificazione del Diritto Penale*, citado por LAMARCA, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del ministerio de justicia, Secretaria General Técnica, Madrid, 1985. p. 36.

²¹² LAMARCA, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, 1985, p. 35.

²¹³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II y III, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pp. 115 y ss. En un sentido similar MARINELLI, *Il delitto político*, en *Archivo Penale*, 1976, pp. 71 y ss., citado por LAMARCA, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, 1985, p. 41.

punto de vista penal concebir el terror o la alarma como un resultado realmente creado por el agente que comete la conducta.²¹⁴

No obstante los sólidos argumentos esgrimidos en contra, estos han sido predominantemente los criterios adoptados actualmente por nuestra jurisprudencia en la criminalización del llamado “conflicto *mapuche*”. En efecto, los sentenciadores de modo similar en reiteradas ocasiones han señalado que “[...] según el diccionario de la lengua española el termino “terrorismo” significa dominación por el terror, sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir “terror” y define el último vocablo como miedo, espanto, pavor de un mal que amenaza o de un peligro que se teme [...] Los delitos terroristas [...] corresponden a actos de violencia llevados a cabo por personas armadas contra la vida, la salud, libertad de las personas o en definitiva daños que ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad, de miedo colectivo para alterar el orden constitucional u otra actividad desarrollada dentro del orden legal con el ánimo de infundir terror [...] los hechos materia de la acusación fiscal y particular [...] que causaron estos delitos demuestran que la forma, métodos y estrategias empleadas, **tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona** [...] los ilícitos antes referidos están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo *mapuche*, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que **buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor** en diversos sectores de la octava y novena regiones [...] Es obvio inferir que **la finalidad perseguida es provocar en la gente un justo temor de ser víctima de atentados similares**, y con ello obligar a los dueños para que desistan de seguir explotando sus propiedades y hacer que las abandonen²¹⁵ (los destacados son nuestros).

- **La finalidad o móvil político**

²¹⁴ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de Terrorismo en las legislaciones de Chile y España*. Tesis Doctoral, volumen I, sin publicar, pp. 523 y ss.

²¹⁵ Causa RUC 0100083503-6, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 27 de septiembre de 2003, considerando décimo tercero.

Para las posturas analizadas recientemente, el alcance del término terrorismo se encuentra dado por las consecuencias inmediatas producto de la consumación de este tipo de actos. En consecuencia, la naturaleza altamente destructiva de los medios empleados y el terror o alarma pública que deriva de su utilización se encuentran evidentemente unidas por una relación de causalidad de difícil delimitación jurídica. Ahora bien, y siguiendo en este punto a Carmen LAMARCA, cuando el terrorismo se define sólo en función de la violencia o en su forma de exteriorización delictiva e, incluso, cuando a ello se añade el resultado de alarma, admite modalidades tan diversas que difícilmente puede reconocérsele relevancia jurídica específica²¹⁶. Por lo tanto, es preciso profundizar en el estudio del fenómeno terrorista con el objeto de circunscribir tales conductas, las cuales revisten la forma de delitos comunes que, como tales, son posibles de realizar con cualquier finalidad o método distinto al terrorista.

Será la instrumentalización que presentan las concretas acciones terroristas lo que individualiza este tipo de criminalidad. Instrumentalización que deviene en política, toda vez “que contiene, en último término, un intento de incidir en el desarrollo de una determinada forma de convivencia, mediante la lesión de bienes jurídicos de importancia trascendental, o a través de la utilización de medios que provoquen alteraciones graves a la vida ciudadana.”²¹⁷ Así, para ARROYO ZAPATERO terrorismo será “toda forma de acción política explicitada con medios propios de la criminalidad común.”²¹⁸

En Chile, partidarios se muestran de este criterio, DEL BARRIO y LEÓN REYES, afirmando que son delitos de terrorismo "Los actos de violencia armada contra la vida, la salud y la libertad de las personas que, ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo, para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático"²¹⁹

²¹⁶ LAMARCA, Carmen. *Sobre el concepto de terrorismo*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Madrid 1993, p 551.

²¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Terrorismo y Derecho*. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de Reforma del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento criminal. Editorial Tecnos, 1988. p. 55.

²¹⁸ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Terrorismo y sistema penal*, en *Reforma, Política y Derecho*, actas del curso celebrado en la Universidad Internacional Méndez Pelayo, Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Madrid, 1985, p. 155.

²¹⁹ DEL BARRIO REYNA, Álvaro y LEÓN REYES, José Julio. *Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos*. Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1990, p. 208.

Ahora bien, parte de la doctrina ha estimado que esta finalidad ulterior en los actos terroristas se encontraría integrada, además del elemento político, por una finalidad social. De este modo, por ejemplo, CUELLO CALÓN estima que el terrorismo “es la creación mediante la ejecución repetida de delitos, de un estado de alarma o de terror en la colectividad y en ciertos grupos sociales, para imponer o favorecer la difusión de determinadas doctrinas sociales o políticas.”²²⁰

Tal fue el criterio seguido por la jurisprudencia nacional el año 1992 en el caso Edwards, al señalar que son delitos terroristas los “actos de violencia armada contra la vida, la salud y la libertad de las personas, que, ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo, para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático; o sea, violencia organizada con fines político sociales”.²²¹

Ahora bien, el propio desarrollo de la tensión del concepto terrorismo y de delito político deja en evidencia la incuestionable consideración del elemento político en la estructuración de un concepto de terrorismo. En este sentido, BUENO ARUS nos recuerda que la idea de terrorismo está necesariamente unida a la del delito político, aunque sea, paradójicamente, para rechazar sus consecuencias,²²² principalmente en materia de extradición. No obstante, ¿es posible extender el elemento teleológico del terrorismo al ámbito social, esto es, enmarcar conjuntamente en los delitos de terrorismo tanto delitos de carácter político como de índole social, sin caer en una extralimitación conceptual?

Estimamos, en concordancia con la doctrina mayoritaria, que para esclarecer esta interrogante es necesario realizar la distinción previa entre violencia política y violencia social, identificando de manera correcta y adecuada cada categoría de delito. La violencia política, por una parte, presenta un elemento estructural ideológico-normativo así como

²²⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, p. 319. Similar postura BARBERO SANTOS, Marino. *Los delitos de Bandolerismo, Rebelión Militar y Terrorismo, regulados por el decreto de 21 de septiembre de 1960*. Estudios de Criminología de Derecho Penal, Universidad de Valladolid, 1972, p. 277.

²²¹ Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia de 13 de noviembre de 1992, considerando quinto, en *Gaceta Jurídica* N° 149, 1992, p. 91

²²² BUENO ARUS. *Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de Terrorismo*, en *Terrorismo Internacional*. Dirigido por S. del Campo. Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, p. 117, citado por LAMARCA, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, 1985, p. 47.

una intencionalidad estratégica propia, dirigida a la consecución de una finalidad política. La violencia social, en cambio, carece de objetivos precisos a largo plazo, propios de una violencia de carácter espontáneo y, por tanto, carente de un diseño general en sus acciones.²²³

Con esto, nos remitimos a un campo que es antesala del campo jurídico, y cuya delimitación es necesaria para la posterior consagración de tipos penales, ya que de lo contrario, el reconocimiento del terrorismo como violencia social acabaría por subsumir al derecho penal sustancial en una extensión indebida de la punibilidad, contraria a los principios garantistas, especialmente al principio de legalidad.²²⁴

En consecuencia, y a modo de corolario, la delimitación jurídica del terrorismo ha de centrarse en el elemento político, característica de este tipo de violencia que la diferenciaría de otras conductas que pueden producir alarma o terror. Esta finalidad política es la de alterar la propia unidad del ordenamiento estatal y la exclusividad de los causes constitucionales como forma de acción política; o en definitiva, la alteración del régimen constitucional del Estado democrático, ya sea para socavar la estabilidad de un régimen establecido o bien a modo de instrumento complementario en las tareas gubernamentales de control social atomizando y paralizando a la sociedad civil para asegurar la sumisión y prevenir cualquier expresión de disenso²²⁵. Luego, el terrorismo es “un modo de consecución política y un modo de dominación política”²²⁶

Si bien existiría acuerdo en cuanto a la valoración del elemento teleológico para el tratamiento jurídico del terrorismo, no ocurre lo mismo en torno al elemento organizativo o estructural mediante el cual se llevan a cabo las acciones terroristas. Así, para ciertos autores el elemento estructural no formaría parte esencial de un concepto jurídico de terrorismo. Para VIVES ANTON, los elementos que conforman dogmáticamente el concepto de terrorismo son: a) actos graves ejecutados por medios especialmente violentos, aptos para producir terror en la población o en una parte de ella, b) comportan

²²⁴ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 525.

²²⁵ REINARES, Fernando. *Terrorismo y Antiterrorismo*. Editorial Paidós, Barcelona, 1998, pp. 22y ss.

²²⁶ MARTINEZ CARDOS, Leandro. *El terrorismo: aproximación ...* 1998, pp. 478 y ss.

al menos un peligro para la vida, la integridad o la salud de las personas, y c) dirigidos a subvertir total o parcialmente el orden político constituido.²²⁷

A nuestro entender, la finalidad política implícita en los delitos de terrorismo, es decir, la ejecución de este tipo de violencia que, como bien dijimos anteriormente, posee un elemento ideológico-normativo en vista a la consecución de un fin político, no puede sino realizarse mediante un uso táctico de la violencia, lo cual determina que uno de los rasgos contemporáneos más sobresaliente que adquieren dichas conductas consiste en haberse convertido en estrategia o método de acción sistemático y sostenido, propio de un grupo estructurado²²⁸. La forma singular de violencia como forma de acción política, y dado el carácter ilegal de dicha actividad, así como el alto riesgo que comporta, determina que esta clase de organizaciones adopten una naturaleza conspiratorial o clandestina.²²⁹ Carmen LAMARCA, aceptando este criterio, intenta definir jurídicamente terrorismo de la siguiente manera: “toda acción violenta con un fin político, desarrollada por grupos organizados que pretenden una alteración del orden constitucional mediante la comisión sistemática de determinados delitos comunes”²³⁰. Así también se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, al definir el delito del terrorismo en el caso Edwads como “violencia organizada con fines político sociales[...]”²³¹ así como su “ejecución de modo sistemático y planificado”²³²

Vale hacer mención en este punto al hecho que el terrorismo se manifiesta mediante la comisión de conductas que en sí misma constituyen delitos comunes, lo que deviene en una multiformidad en los modos de su ejecución, lo que para algunos autores significaría un peligro contra el principio de legalidad y seguridad jurídica establecer la estructura de los delitos de terrorismo sobre la base de otro delito que puede ser cualquiera²³³. Resulta evidente entonces, un intento de delimitación clara y precisa del o los bienes jurídicos protegidos en esta especie de delitos. Aun cuando el tema es tratado

²²⁷ VIVES ANTON, Tomás. *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 83.

²²⁸ LAVIN, Michel y VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo e intervención penal en la red Internet. Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo*. Universidad Arcis. 2005, pp. 43. Versión electrónica en: <http://derecho.universidadarcis.cl/index.php?option=content&task=view&id=8&Itemid=45> (Fecha consulta: 7 de julio de 2007)

²²⁹ REINARES, Fernando. *Terrorismo y Antiterrorismo*. 1998, p. 29.

²³⁰ LAMARCA, Carmen. *Tratamiento jurídico del terrorismo*. 1985, p. 48.

²³¹ Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia de 13 de noviembre de 1992. *Gaceta Jurídica*, 1992

²³² Ídem.

²³³ DEL BARRIO, Álvaro y LEÓN REYES, José. *Terrorismo, Ley Antiterrorista...* 1990, p. 168.

más adelante con mayor detención, cabe adelantar aquí que adherimos a la tesis que vincula al fenómeno terrorista con los Derechos Humanos como el criterio adecuado para la valoración correcta del bien jurídico que se pretende proteger, estimando que “la fuerza política, incluso la armada se somete a normas coherentes con los derechos humanos y a la libre determinación de los pueblos, en cambio el terrorismo –estatal o privado- no lo hace, dando rienda suelta al desprecio más absoluto respecto a la dignidad y soberanía del pueblo, mediante el uso intenso y sistemático de la barbarie y la crueldad extrema indiscriminada”²³⁴. A partir de esto, una de las características esenciales del terrorismo es la crueldad que se aplica directamente sobre *la vida humana, su integridad y su seguridad*.

Lamentablemente, éste ha sido el criterio minoritario adoptado por nuestra jurisprudencia en la actualidad. En el caso por asociación ilícita terrorista contra comuneros *mapuche* miembros de la organización Coordinadora Arauco Malleco, nuestros tribunales señalaron: “cabe tener presente que cualquier definición de terrorismo que se quiera enunciar debe necesariamente contener el concepto de desprecio a la vida humana, propia o ajena, concepto que no resulta del contenido de los hecho que se relataron en la audiencia.”²³⁵

En vista que la elaboración de un concepto tanto fenomenológico como jurídico de terrorismo no es precisamente el objetivo de esta investigación, creemos adecuado al menos una delimitación normativa de los elementos esenciales que debiese integrar el injusto penal. Asimismo, y debido las propias características del objeto de análisis ya esbozadas, parece conveniente renunciar a cualquier formulación de lo que pudiese denominarse un concepto ontológico de terrorismo y conformarse con una dimensión funcional o instrumental que, si bien de alcance teórico más modesto, pueda resultar significativa y útil desde una perspectiva jurídica²³⁶.

Así las cosas y siguiendo a la doctrina mayoritaria, estos elementos son:

²³⁴ DOMINGUEZ VIAL, Andrés. *El poder y los derechos humanos*. Editorial Terranova, Santiago, 1998, p. 58.

²³⁵ Causa RUC 0200142499-0, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 27 de julio de 2005, considerando décimo segundo.

²³⁶ LAMARCA, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*. 1985, p. 32.

1º El terrorismo se manifiesta mediante la violencia que se exterioriza a través de conductas que en sí mismas constituyen delitos comunes de aquellos que lesionan o ponen en peligro concreto la vida, la integridad física, la libertad o la salud de las personas.

2º Tales conductas se distinguen por el carácter indiscriminado que revisten en consideración tanto a los medios empleados idóneos para afectar los bienes jurídicos individuales ya mencionados, así como al resultado producido. De esta forma, el delito debe ser cometido utilizando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, que impliquen una agresión directa o indirecta a los Derechos Humanos fundamentales de la persona.

3º Asimismo, y en virtud de lo anterior, dichas conductas poseen la capacidad de provocar un estado de alarma o terror en la población o en parte de ella, elemento que, sin embargo, carece de utilidad desde un punto de vista jurídico, dado su indeterminación objetiva respecto a su dimensión o grado.

4º Presencia de un elemento teleológico constituido por la finalidad política de alterar el régimen constitucional del Estado Democrático, finalidad que permitiría diferenciarlo de otras conductas que pudiesen producir algún tipo de conmoción.

5º A los numerandos antedichos, debemos agregar la existencia del elemento estructural, por cuanto el terrorismo se basa en el uso de la violencia o su amenaza para imponer una determinada voluntad política a ciertos sectores de la sociedad, o a toda ella, sobre la base del miedo. En consecuencia, la violencia no es aislada sino sistemática, adoptando usos tácticos y estratégicos que le dan la característica de estrategia predominante o “método tendencialmente exclusivo”.

10.2.- Examen del concepto de terrorismo en la legislación chilena.

A la luz de los antecedentes doctrinarios reseñados en el punto anterior, es posible realizar un examen a la actual normativa vigente, en particular en lo que respecta al concepto de terrorismo.

Como ya hemos mencionado, no existe un concepto legal de terrorismo. La Ley 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, establece una serie de delitos comunes cualificados de terroristas al concurrir alguna de las finalidades señaladas.

Así, el artículo primero de dicha Ley señala:

Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2° cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

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

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

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

El artículo 2 se integra por cinco numerales que establecen los delitos comunes:

Artículo 2°.- Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas Art. 2° en el artículo anterior:

1.- Los de homicidio sancionados en los artículos 390 y 391; los de lesiones penados en los artículos 395, 396, 397 y 399; los de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores, castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de efectos explosivos del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, reprimidos en los artículos 474, 475, 476 y 480; las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316; el de descarrilamiento, contemplado en los artículos 323, 324, 325 y 326, todos del Código Penal.

2.- Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.

3.- El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.

4.- Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.

5.- La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°.

Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores, establecidos en los artículos 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas.

La redacción de estas disposiciones deriva de las reformas introducidas el año 1991 por la Ley 19.027, ante la necesidad de adecuar la normativa al nuevo contexto normativo correspondiente a un Estado de Derecho. De esta manera, el mensaje del Ejecutivo indicaba que “la ley vigente confunde un acto propiamente atentatorio contra la seguridad del Estado con conductas terroristas porque atribuye al terrorismo el carácter de una ideología”. Ante lo cual la reforma entendía que “más que una ideología, el terrorismo es un método de acción criminal al cual recurren los extremismos de derecha e izquierda, los narcotraficantes, los fanáticos religiosos, los traficantes de armas, los gobiernos totalitarios y las dictaduras”²³⁷.

De allí la exclusión de la finalidad política como elemento constitutivo del concepto de terrorismo, que como ya hemos advertido permite extender en demasía el ámbito de punibilidad, como ha quedado de manifiesto en su aplicación en la criminalización de conductas enmarcadas en acciones de protesta social violenta llevadas a cabo por

²³⁷ CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley 19.027*. Santiago, 1997, p. 1.

personas pertenecientes a la etnia *mapuche*. En este sentido, nuestra legislación se aleja respecto a una tendencia que a nivel comparado encuentra reconocimiento institucional y doctrinario, esto es, la exigencia de un fin político en la configuración del delito terrorista.

La prescindencia de este elemento podría explicarse como un cumplimiento demasiado literal del mandato del constituyente en lo relativo a la consideración de los delitos de terrorismo como delitos comunes debido a su esencial contradicción con los Derechos Humanos. En efecto, “la carta fundamental en ningún momento desconoce que la finalidad en el terrorismo sea política, de hecho se ocupa precisamente de privarles de ese carácter político “para los efectos legales”, porque dichas conductas lesionan bienes jurídicos de la mayor importancia atendida su estrecha conexión con los derechos humanos.”²³⁸

La falta de consideración del móvil político como elemento constitutivo de los delitos terroristas determina la inexistencia de un bien jurídico específico protegido, optándose por considerar como bienes protegidos de forma general y difusa los protegidos por las conductas en la ley penal común, con la consiguiente flexibilización del ámbito de punibilidad ya aludido.

Ahora bien, la propuesta original del ejecutivo sí establecía un concepto genérico del delito de terrorismo, proponiendo el establecimiento del siguiente artículo 1º de la Ley 18.314: “constituirá conducta terrorista atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas, por métodos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o toda la población.”²³⁹

La comisión de constitución, legislación y justicia se opuso a tal propuesta por considerarla demasiado general, a pesar de contener todos los elementos del tipo delictual, considerado que “el delito terrorista no existe, y de existir es excepcional. Lo que hay es una conducta terrorista que se traduce en la comisión de un delito común que es agravado en su realización.”²⁴⁰ Tal fue el criterio que primó en la aprobación del proyecto que posteriormente daría lugar a la nueva Ley 18.314.

²³⁸ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 535.

²³⁹ CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley 19.027*, 1997, p. 3.

²⁴⁰ Ídem, p. 47.

El endurecimiento de las normas generales del derecho penal y procesal derivado de la aplicación de esta legislación por la ejecución de conductas que de común serían consideradas y sancionadas por la legislación ordinaria, encuentra su fundamento en la gravedad implícita de dichas conductas. Como ya se ha observado, tal gravedad está compuesta por un elemento subjetivo teleológico en la realización de conductas comunes calificándolas de terroristas. En la actual ley, dichas finalidades presentan una dualidad alternativa enunciadas en artículo 1, pudiendo éstas consistir o en la finalidad de intimidar a la población o a una parte de ella (artículo 1, circunstancia 1ª), o en la finalidad de arrancar resoluciones o exigencias a la autoridad (artículo 1, circunstancia 2ª).

En cuanto a la primera circunstancia, ésta puede a su vez materializarse ya sea “por la naturaleza y efectos de los medios empleados”, o bien “por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas”.

Se distingue, por lo tanto, la inclusión del criterio de tipo objetivo, al menos en cuanto a la naturaleza de los medios empleados, capaz de configurar la finalidad de causar temor. Esto ante la dificultad que recae en la demostración del ánimo interno del agente de producir la intimidación. En este mismo sentido, se ha introducido una presunción simplemente legal a efectos de entenderse constituida la intención de producir temor por la sola concurrencia de artefactos de alto poder destructivo en la comisión de la conducta tipificada. Lo anterior en abierta infracción a la presunción de inocencia establecida en el art. 14 del PIDCP al prescribir que: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Dicho tratado se encuentra ratificado por Chile y su normativa se entiende incorporada a nuestro ordenamiento en virtud del art. 5º CPR.

En lo tocante a la 2ª circunstancia del artículo 1, sólo fue incluida en virtud de una indicación de un grupo de parlamentarios bajo la justificación de tratarse de un elemento reconocido tanto en la doctrina como en la legislación internacional, no encontrándose establecido en el proyecto del ejecutivo.²⁴¹ Su inclusión como criterio autónomo de calificación nos parece inadecuado, toda vez que extiende de un modo inconveniente el ámbito de punibilidad hacia conductas que resultan insuficientes, subjetiva y

²⁴¹ Ib Ídem, p. 56.

objetivamente, de provocar un estado de temor, o bien conductas que no ataquen necesariamente derechos fundamentales (art. 9 CPR). Quizás advirtiendo esta falencia – nos dice Myrna VILLEGAS – es que posteriormente, mediante la Ley 19.241 de 1993, se especificó que el secuestro cometido por una asociación ilícita terrorista, será siempre considerado como terrorista.²⁴²

En cuanto a las conductas posibles de constituir delitos terroristas establecidas en el artículo 2 N°s 2, 3 y 4, no constituirían, en estricto rigor, delitos establecidos en el Código Penal o en otro cuerpo legal, aun cuando, y no obstante, muchas de dichas hipótesis serían típicas en relación a disposiciones del Código Penal.

En fin, el artículo 2 N° 5 establece la asociación ilícita como delito común calificable de terrorista y, en consecuencia, la tipificación autónoma de la asociación ilícita terrorista, con lo cual implícitamente se excluiría la exigencia del elemento estructural u organizativo como elemento típico común a todos los delitos terroristas, posibilitando el terrorismo individual, figura que rechazamos, más aún considerando el actual desarrollo del fenómeno terrorista. Asimismo, cabría la posibilidad de una doble incriminación por la comisión de un delito terrorista llevado a cabo por un grupo de individuos concertados, vulnerando el principio de *non bis in ídem*, así como el potencial adelantamiento de la punibilidad por actos preparatorios.²⁴³

²⁴² VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 536.

²⁴³ Ídem, pp. 615 y ss.

11.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TERRORISMO

La norma (penal) en un Estado de Derecho surge como resultado del juego interactivo de sujetos en el seno de una sociedad determinada. Como tal, su origen y estructura deriva de su realidad social. Es, en última instancia, una imposición del Estado que surge desde la propia base del sistema social.²⁴⁴ En efecto, su finalidad es la regulación de conductas por parte de los individuos en su interrelación con los demás componentes societales, en tanto discusión y confrontación de intereses consustanciales a cada uno de los miembros que conforman un grupo humano. Luego, la relación social se expresará siempre en una *relación dialéctica*, en el entendido que el choque de intereses contrapuestos es lo que determinará la existencia de procesos de tesis, antítesis y síntesis. Lo anterior supone como condición perentoria la preexistencia de un régimen democrático, ya que sólo éste ofrece las condiciones estructurales necesarias para que se produzca la síntesis dialéctica.²⁴⁵

Ahora bien, en el juego de intereses contrapuestos, la norma señala cuál es el valor del sistema, qué es lo que se quiere proteger. La infracción de aquélla derivará en una respuesta social que en materia penal estará configurada por la pena como “reacción social formal ante una conducta desviada que ha sido definida como delito”.²⁴⁶ Este poder sancionador del Estado condensado en la pena encuentra su límite, en un Estado de Derecho democrático, en una serie de garantías o límites materiales directamente relacionados con su propia lógica existencial. Entre éstos se encuentra el principio de necesidad de intervención, de dignidad de la persona y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. De acuerdo a este último, la intervención punitiva del Estado (*ius puniedi*) sólo es posible en la medida que proteja o tutele ciertos bienes u objetos cuya protección resulta socialmente valiosa, esto es, bienes jurídicos. El bien jurídico determinará, en consecuencia, el objeto protegido por el sistema penal. “El objeto de protección y fuente de origen de una norma penal debe ser un bien jurídico en un Estado social y democrático de derecho [...] una norma que no tenga su fuente de origen en la protección de un bien jurídico, carecerá de validez material.”²⁴⁷

²⁴⁴ BUSTOS, Juan - HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Vol. I., 1997, p. 36.

²⁴⁵ HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Política penal en el Estado Democrático*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Nº 2, Madrid, 1984, p. 342.

²⁴⁶ BUSTOS, Juan. - HORMAZABAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Vol. I., 1997, p. 19.

²⁴⁷ Ídem, p. 37.

La formulación conceptual teórica que se adopte respecto al tema será entonces de vital importancia en la determinación y legitimidad en el desarrollo de una política penal, específicamente en lo que dice relación al sistema jurídico penal. Efectivamente, al rol restrictivo asignado al bien jurídico como criterio político penal, es posible agregar una función teológica y otra dogmática. La primera tiene como objeto definir el sentido y alcance de la norma conforme al bien jurídico protegido por la misma. De ahí su idoneidad en la clasificación de los delitos en los Códigos Penales (función sistemática). En la función dogmática, el bien jurídico se erige como núcleo material de lo injusto. “En el injusto se pueden apreciar dos momentos valorativos diferentes [tipicidad y antijuricidad] que, sin embargo, comparten el hecho de tener ambos al bien jurídico como fundamento.”²⁴⁸

Adscribimos aquí a una teoría material del bien jurídico²⁴⁹ capaz de darle contenido propio, reconociendo su carácter preexistente al Derecho, anterior a la norma. Su origen gira en torno a la persona considerada en tanto ente social que participa y se expresa en sociedad mediante relaciones interpersonales concretas y determinadas. En consecuencia, y siguiendo a HORMAZABAL MALAREE, los bienes jurídicos son “relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno”²⁵⁰; es, por lo tanto, la expresión a nivel normativo de *una estructura social democrática*, ya que su origen está en ese sistema de relaciones sociales, de allí su carácter dinámico en cuanto están en permanente discusión y revisión.

Entendido de esta forma, el bien jurídico cumple esencialmente una función de carácter crítico, ya no sólo de la norma penal vigente (objeto protegido) y del sistema jurídico penal, sino que, en la medida que se coloca en una instancia pre-jurídica, somete a un examen crítico al modelo de organización social toda vez que se sitúa fuera de dicho modelo.²⁵¹ No deja de ser sintomático el proceso de reforma legislativa que se dio al inicio de la transición democrática en nuestro país. “El cambio político de un gobierno autoritario

²⁴⁸ Ib ídem, p. 28.

²⁴⁹ Para una revisión crítica y detallada de las diversas teorías elaboradas en torno al bien jurídico, ver VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, pp. 540 y ss.

²⁵⁰ HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Editorial. PPU, Barcelona, 1991, pp. 152.

²⁵¹ HORMAZABAL, Hernán. *Política penal...* 1984, pp. 344.

a un gobierno democrático, obliga a este último a la revisión de todo su sistema represivo, incluido por su puesto, el sistema jurídico penal.”²⁵²

La selección de determinados objetos a ser tutelados penalmente implica una decisión política del Estado condicionada, en un Estado social y democrático de derecho, por el respeto a la libertad y dignidad de las personas y de sus necesidades.²⁵³ En vista de la anterior, es imprescindible la circunspección de un criterio de selección de tales objetos “a partir de la realidad social en conflicto [intereses contrapuestos] para que pueda realmente constituir una síntesis normativa”.²⁵⁴

Siguiendo la tesis de TERRADILLOS, estimamos que el concepto de *necesidad humana*, por su carácter no abstracto y su relación con la idea de valor, aparece como criterio guía dentro de una sociedad democrática, toda vez que su satisfacción se encuentra determinada por las condiciones de participación del individuo en el proceso político, económico y cultural consustancial a un Estado de Derecho. Así, para dicho autor, “el promover este tipo de participación nos lleva a identificar el bien jurídico con las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas”²⁵⁵

Pues bien, en los delitos de terrorismo este criterio se entiende en la satisfacción de los Derechos Humanos y su realización, cuya validez se basa en el consenso que idealmente ha de alcanzar su respeto en la legitimación del poder político de un sistema democrático²⁵⁶, constituyendo, sin duda, el máximo consenso valórico de cualquier sociedad democrática.²⁵⁷ Por el contrario, la adopción de los criterios de dañosidad social, propios de una teoría funcionalista, nos conduciría a identificar los bienes jurídicos con las condiciones necesarias para la conservación de la sociedad. Así será posible subordinar “las necesidades del individuo a las sociales hasta el extremo de estar justificada la

²⁵² Ídem, p. 333.

²⁵³ BUSTOS, Juan.- HORMAZABAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Vol. I, 1997, p. 59.

²⁵⁴ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 578.

²⁵⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*. Revista de la Universidad Complutense. N° 63. 1981 a), pp.125 y ss. Esp. p. 136.

²⁵⁶ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 578

²⁵⁷ MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge. *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de Derechos Humanos*. Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 6, Santiago, 1996, p. 356.

eliminación de los seres humanos inútiles o molestos, por ser ésta funcional”²⁵⁸, lo que concretamente podría significar la instrumentalización del derecho penal para la represión ideológica. De esta manera, y si la regla es suprimir lo disfuncional y potenciar lo funcional, lo que se hace es consolidar sin límite la situación presente²⁵⁹, haciendo ilusoria cualquier manifestación de disidencia.

Una clara manifestación de lo anterior podemos encontrarla en la llamada Patriot Act de los EE.UU (HR. 3162), a través de la cual se regulan una serie de medidas para combatir el terrorismo. En lo que nos interesa, vale hacer mención a la introducción de una nueva tipología de terrorismo, esto es, el denominado terrorismo “doméstico”, definido como “actos que son peligrosos a cualquier vida humana y que están en violación de las leyes criminales de los Estados Unidos o de cualquier Estado y que parecen tener la intención de influir la política del gobierno por intimidación o coacción.”²⁶⁰ Una definición tan vaga como la transcrita incluiría cualquier acción, violenta o no, de legítima manifestación de disenso en cuanto “ataque” la política interna o externa de EE.UU., flexibilizando y extendiendo indebidamente el tipo penal, pudiendo ser considerado terrorista cualquier ciudadano que se manifieste o exprese políticamente contra el gobierno.²⁶¹

11.1.-Bienes Jurídicos Colectivos.

Así las cosas, y a partir de las reflexiones efectuadas, la síntesis normativa recogida en los tipos delictivos de terrorismo corresponderá a las relaciones sociales concretas de convivencia democrática estimadas como esenciales para su desarrollo, que presuponen el respeto a los Derechos Humanos. La aplicación de criterios político criminales que garanticen la dignidad, igualdad y libertad de los miembros de la sociedad proviene de la realización de tales derechos, propiciando los espacios públicos y los

²⁵⁸ TERRADILLOS, Juan. *La satisfacción de necesidades...* 1981, p. 134.

²⁵⁹ Ídem, p. 135.

²⁶⁰ Sección 802, título XVIII

²⁶¹ En este sentido se ha manifestado la organización no gubernamental Bill of Rights Defense Comité, afirmando que tales medidas “amenazan y disminuyen las libertades civiles que son garantizadas por los Derechos del Ciudadano (Bill of Rights) a los americanos y a los residentes estadounidenses”, aludiendo a que tal definición “incluiría las acciones de activistas pacíficos que están practicando su derecho de manifestar y disenter”. TALANIAN, Nancy. *Legislación y sus consecuencias: La Ley Patriota*. Documento escrito por la directora de Bill of Rights Defense Comité. En http://www.bordc.org/espanol/espanol_legislacion.php (Fecha consulta: 7 de julio de 2007)

principios y garantías del Estado de Derecho para su concreción material en el ordenamiento institucional, esto es, la existencia de las vías democráticas de participación ciudadana en la satisfacción de sus necesidades “enmarcada en una política social auténticamente democrática.”²⁶² Nos encontramos, por tanto, frente a bienes jurídicos que la doctrina ha designado como colectivos o supraindividuales, y que también pertenecen al individuo en la medida que constituyen una exigencia o imperativo para la satisfacción de necesidades humanas.²⁶³

Nuestra Constitución Política recoge estos principios de participación y garantías en su artículo 1º sobre las bases de la institucionalidad: “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos (inc. 1º). Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta y promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y **asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional**”(inc. 5º), (los destacados son nuestros).

Luego, “el bien jurídico protegido no puede circunscribirse sólo a bienes jurídicos individuales, sino que debe plasmar la exigencia social de protección a un bien jurídico colectivo, que estimamos es el *ordenamiento constitucional democrático*”²⁶⁴. El interés protegido, la relación social concreta y determinada, mira por tanto a la sociedad en su conjunto. Su trasgresión afecta no tanto a la persona individual como a la comunidad toda, es la agresión a la convivencia pacífica de las personas asegurada por un cierto

²⁶² ZUÑIGA, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*. Editorial PPU, Barcelona, 1993, p. 65, citada por VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 586.

²⁶³ El surgimiento de los bienes jurídicos colectivos proviene de las nuevas tareas del Estado ante la necesidad de intervenir en las disfunciones de los procesos sociales y económicos como consecuencia de la crisis del Estado puramente liberal, lo cual obliga a una revisión crítica del concepto de bien jurídico desde un Estado *social y democrático* de Derecho. Ciertamente, los bienes jurídicos surgen de la oposición Estado liberal-Estado absoluto, con lo que su contenido fue en un comienzo marcadamente individual, y cierto es que el concepto de bien jurídico surge dentro de una concepción burguesa. Sin embargo, ésto no significa que deba prescindirse del mismo, sino que se debe sobrepasar sus límites formales para llegar a una concepción material de él. Planteado desde un punto de vista material es insoslayable el análisis de las transformaciones producidas en el Estado y las implicancias que sobre éste recaen en virtud de la constitución de un Estado social y democrático de Derecho. Luego, “el bien jurídico aparece como una relación social en que se da la interrelación entre sujetos entre sí y el Estado, pero con un carácter múltiple y amplio”, esto es, con un carácter macrosocial y no sólo microsociales (bienes jurídicos individuales). Vid. BUSTOS, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos*, en *Control social y Sistema Penal*”, Editoril PPU, Barcelona, 1989, pp. 188 y ss.

²⁶⁴ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 609.

orden social (jurídicamente, orden constitucional), lo que fundamenta el injusto penal y que se manifiesta en un aumento del reproche jurídico penal.

Tal es en definitiva lo vulnerado en los delitos de terrorismo, esto es, la utilización de la violencia de un modo indiscriminado por parte de un grupo con el fin de imponer, sobre la base del miedo o la intimidación, determinados postulados políticos a una población o a parte de ella, en desmedro de sus propias posibilidades de participación. En vista de lo anterior, parte de la doctrina acertadamente afirma que el terrorismo “implica una agresión directa o indirecta a los derechos inherentes a la persona humana, al Estado de Derecho que se funda en ellos y al régimen democrático coherente con los principios y normas propias al derecho a la libre determinación del pueblo”²⁶⁵.

Rechazamos, en consecuencia, la adopción de los amplísimos conceptos de orden público o seguridad pública como objetos de tutela penal en este tipo de delitos, por cuanto impiden al bien jurídico cumplir adecuadamente su función de garantía y, en general, el respeto al principio de legalidad en materia penal. Conceptos posibles de deducir, de *lege data*, de la propia legislación antiterrorista (artículo 1º LCT).

Ahora bien, y como hemos recalcado anteriormente, la ejecución de los delitos de terrorismo afectarán conjuntamente bienes jurídicos individuales, toda vez que su comisión se exterioriza a través de conductas que en sí mismas constituyen delitos que se ven instrumentalizados para lesionar otros bienes jurídicos (colectivos) de mayor relevancia. De ahí el carácter dual del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.

11.2.- Bien Jurídico Colectivo y Delitos de Peligro.

La adopción de parte del Estado social y democrático de Derecho de nuevas funciones proactivas en la protección de entidades supraindividuales, ha motivado la crítica de parte de la doctrina en cuanto llevaría necesariamente a ampliar o anticipar los límites del ilícito penal mediante la creación de delitos de peligro abstracto con la

²⁶⁵ LAVIN, Michel y VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo e intervención penal en la red Internet...* 2005, p. 43. En esta misma línea doctrinal GUTIERREZ SAHAMOD, L. *La política del Estado frente al Terrorismo: la legislación Antiterrorista y sus modificaciones*. Cuaderno N° 14 del Centro de Estudio del Desarrollo (CED), Santiago, Chile, 1991, pp. 2. ZALAUQUETT, José. *Conceptualización del Terrorismo...* 1990, pp. 91 y ss. DEL BARRIO REYNA, Álvaro y LEON REYES, José. *Terrorismo, Ley Antiterrorista...* 1990, p. 208.

consecuente vulneración a los principios de responsabilidad por el hecho y de lesividad.²⁶⁶ Sin embargo, esto se debería a una errada delimitación del bien jurídico colectivo y a una imprecisión terminológica.

En efecto, el surgimiento de nuevas entidades colectivas merecedoras de protección penal es innegable, cuya particularidad se conforma por su carácter masivo y universal, es decir, que están en las relaciones de la colectividad y, por ello mismo, su afectación implica a todo el conjunto. Características tales que han puesto en duda su capacidad para ofrecer una base material precisa al ilícito penal. Efectivamente, se ha tendido a definirlos de manera vaga, mediante fórmulas ajenas al derecho penal, tendiéndose a su confusión con los derechos subjetivos, ya sea en relación a un sujeto -objeto de protección del Derecho Privado-, ya sea en relación al Estado -garantías constitucionales. Pareciera que todo ello proviene del error de volver a formalizar el bien jurídico²⁶⁷, prescindiendo de su carácter material, es decir, de las relaciones sociales concretas y dialécticas derivadas del nuevo escenario social y democrático. La satisfacción de las nuevas necesidades surgidas en un Estado social y democrático de Derecho deviene en una reordenación de los bienes jurídicos a partir de los bienes jurídicos colectivos.

Así, existen bienes jurídicos relacionados con las bases y subsistencia de un sistema democrático y que están constituidos necesariamente por la persona y su dignidad. De ahí su carácter microsociales y su denominación de individuales. Junto con estos bienes jurídicos "clásicos", surgen otros en relación al funcionamiento del sistema, esto es, a los procesos o funciones que éste ha de cumplir para asegurar materialmente las bases del mismo. En otras palabras, bienes jurídicos que fomenten y desarrollen las condiciones para la satisfacción de las relaciones microsociales. De ahí su carácter de *complementario*, constituidos en función de cada uno de los miembros de la sociedad. Aquí se trata entonces de relaciones macrosociales identificadas con la nomenclatura de bienes jurídicos colectivos.

²⁶⁶ PADOVANI, Tullio. *La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, núm. 1, pp. 114 y ss. HASSEMER, Winfried. *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale* en *revista DDDP*, 1984, núm. 1, pp. 104 y ss. Citados por BUSTOS, Juan. *Los bienes jurídicos...* 1989, p 187.

²⁶⁷ BUSTOS, Juan. *Los bienes jurídicos...* 1989, pp. 193 y ss.

Delimitados correctamente es posible precisar adecuadamente el ilícito penal, evitando la confusión con otros bienes jurídicos. Sin embargo, subsistiría la equívoca apreciación de requerir la construcción de tipos penales de peligro abstracto para su protección. Cabe primeramente realizar una precisión terminológica.

En efecto, la doctrina ha distinguido entre bien jurídico y objeto material del delito. El primero es un concepto valorativo, mientras el segundo es más bien un concepto empírico sobre el cual recae directamente la acción del autor, y que puede estar o no vinculado al bien jurídico. Tal distinción deriva de la precisión entre “resultado en sentido valorativo jurídico” o “ideal” referido a la lesión o peligro del bien jurídico y “resultado en sentido material” referido al efecto que en el mundo empírico produce la acción (objeto de la acción) y que se encuentra descrito en el tipo penal.²⁶⁸

Así también se explica la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad, donde en estos últimos basta para su consumación la sola realización de una conducta, situándose en el campo del “resultado valorativo o ideal”. Los delitos de resultado, en cambio, exigirían para su consumación un resultado separado de la conducta, esto es, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, situándose en el ámbito del “resultado en sentido material”, denominados delitos de resultado material. A su vez, en los delitos de resultado material es posible diferenciar entre aquéllos que efectivamente lesionan un bien jurídico o, por el contrario, aquéllos que lo ponen en peligro, arribando a la categoría de delitos de resultado de peligro concreto.²⁶⁹

Delitos de peligro concreto serán por tanto “aquéllos en los que el peligro es un elemento del tipo de modo que, para que pueda hablarse de realización típica, se exige la demostración de que efectivamente se produjo la situación de riesgo”. Delitos de peligro abstracto de mera actividad son, en cambio, “aquéllos en que sólo se exige la realización de la conducta prevista en el tipo –como peligrosa- sin que sea precisa la puesta en peligro concreta del bien jurídico”²⁷⁰

²⁶⁸ GIL GIL, A. *Derecho penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Editorial. Tecnos. Madrid, 1999, pp. 160 y ss., citado por VILLEGAS, Myrna. **Terrorismo: un problema de Estado...** sin publicar, pp. 562 y ss.

²⁶⁹ Ídem.

²⁷⁰ DE LA CUESTA AGUADO, María Paz. *Respuesta penal al peligro nuclear*. Editorial PPU, Barcelona, 1994, p. 132.

Para buena parte de la doctrina, el concepto de peligro se asienta en base a criterios de probabilidad de lesión a un bien jurídico en relación a un comportamiento valorado de forma negativa. El peligro es una categoría doblemente relacional, ya que debe ser considerado en cuanto a una relación de valor y en cuanto a una relación de probabilidad.²⁷¹ En otros términos, como juicio de valor y como juicio de probabilidad.

La aplicación de este criterio doblemente relacional del concepto de peligro a las definiciones dadas, permiten precisar conceptualmente al delito de peligro como “la probabilidad de producción efectiva de un daño inherente a la realización de una determina acción.”²⁷² Del otro lado, el peligro abstracto no requeriría este grado de proximidad con la lesión del bien jurídico, bastando la sola “peligrosidad” de la conducta. Un sector de la doctrina ha postulado la presencia en este tipo de delitos de peligro (abstracto) de una “presunción de existencia del peligro, que por lo mismo priva a la noción de peligro de toda función en la estructura del tipo”²⁷³, con la consecuente afectación al principio de legalidad.

De esta manera, los delitos de peligro abstracto son definidos como “delitos que se consuman formalmente sin que el bien jurídico haya corrido peligro o sufrido lesión, y que se castiga la mera peligrosidad de la acción”²⁷⁴, a partir de la cual debemos excluir de dicha categoría a aquellos delitos en los que el tipo no exige un resultado sobre un objeto material (del delito), pero sí un disvalor de resultado consistente en la lesión de un bien jurídico. Luego, no existe necesidad de recurrir a delitos de peligro abstracto –que van en contra de los principios garantistas del derecho penal- si se considera que el bien jurídico colectivo posee un carácter complementario respecto de los bienes jurídicos individuales, ya que desde una debida delimitación del bien jurídico colectivo se pueden construir en

²⁷¹ BUSTOS, Juan. *Los delitos de peligro*, en *Control social y Sistema Penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1989, p. 324

²⁷² COBO DEL ROSAL – VIVES ANTON. *Derecho Penal Parte General*. Editoril Tirant lo Blanch, 1996, p. 302. Citado por VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 465.

²⁷³ BUSTOS, Juan. *Los delitos de peligro...* 1989, p. 327. No obstante, BUSTOS advierte que tal vulneración resultaría menos intensa de contemplar la incorporación de condiciones objetivas de punibilidad o elementos subjetivos del tipo. La ausencia de tales circunstancias limitantes toleraría la construcción de tipos penales de peligro abstracto en los que la existencia del peligro concreto sea irrelevante tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, lo que podría conllevar a la punición de la sola desobediencia.

²⁷⁴ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 466.

relación a él –y no al bien jurídico complementado- delitos de lesión o de peligro concreto.²⁷⁵

Así las cosas, y siguiendo a Myrna VILLEGAS, si el objeto material del delito de terrorismo, el substrato empírico del bien jurídico colectivo, aquéllo sobre lo cual recae directamente la conducta del agente son bienes individuales, su efectiva lesión no agota el tipo penal, sino que basta para su consumación que los actos realizados por el agente tengan la capacidad material de alterar o poner en peligro (concreto) al ordenamiento constitucional democrático.²⁷⁶

En fin, estimamos que es innegable que la consideración del ordenamiento constitucional democrático, como bien jurídico colectivo tutelado por la regulación de los delitos terroristas, se ve perjudicada o, al menos, afectada en la medida que se constata, de *lege ferenda*, la falta de relevancia de la finalidad política, así como la prescindencia del elemento estructural en los elementos constitutivos del concepto de delito terrorista bajo la actual Ley 18.314 sobre conductas terroristas.

11.3.- Bienes Jurídicos Individuales.

Como hemos anotado, la lesión o puesta en peligro (concreto) del ordenamiento constitucional democrático, necesariamente resulta de la afectación de ciertos bienes jurídicos individuales, en la medida que son utilizados como instrumento o vehículo para el menoscabo del bien jurídico colectivo de mayor entidad.

Asimismo, hemos comprobado que la actual legislación antiterrorista no posee un concepto general de terrorismo, sino que se da un catálogo de delitos comunes calificables de terroristas si concurren en su realización determinadas finalidades, las que ya han sido examinadas. Lo anterior en detrimento de una adecuada delimitación de los bienes jurídicos tutelados. En consecuencia, y de *lege data*, los bienes jurídicos individuales estarán constituidos por aquéllos protegidos por los correspondientes delitos comunes capaces de configurar delitos terroristas, es decir, delitos comunes mediante los

²⁷⁵ BUSTOS, Juan. *Los bienes jurídicos...* 1989, p. 198. En la misma opinión VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo, un problema de Estado...* sin publicar, pp.566 y ss., TIEDEMAN, Klaus. *Poder económico y delito*. Editorial. Ariel, Barcelona, 1985, p. 36.

²⁷⁶ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado...* sin publicar, p. 612.

cuales se exteriorizan tales conductas y que se encuentran establecidos en el artículo 2º de la LCT, de manera tal que los bienes jurídicos individuales serán la vida, la libertad individual, la integridad física, la salud y el patrimonio.

No obstante, y como analizaremos a continuación, no nos parece pertinente que el ataque a la mera propiedad, sin afectación a otros bienes jurídicos de mayor relevancia como los mencionados, sea objeto de protección penal conforme a la legislación especial en comento.

12.- LA PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TERRORISMO.

Al abordar el tema del concepto de terrorismo, dijimos que éste se caracteriza por constituir un ataque directo hacia los Derechos Humanos, criterio recogido por la propia Constitución Política (art. 9) y aceptado ampliamente en la doctrina. Así, para DEL BARRIO REYNA y LEÓN REYES, el terrorismo no viola cualquier derecho, sino sólo Derechos Humanos fundamentales²⁷⁷.

La gravedad de los delitos de terrorismo hace insoslayable la observancia al carácter de última ratio y al carácter fragmentario del Derecho Penal. En consecuencia, los delitos de terrorismo no pueden proteger todos los bienes jurídicos sino sólo los más importantes y frente a los ataques más graves²⁷⁸. Así, se ha adoptado en la presente investigación como criterio de valoración jurídico penal en la delimitación del contenido material del bien jurídico la satisfacción de necesidades humanas, en particular en los delitos de terrorismo, la satisfacción y realización de los Derechos Humanos. La propiedad es un derecho consagrado en la Constitución dentro del catálogo del artículo 19, junto a otros derechos esenciales como la vida o la integridad física. Sin embargo, tal calificación nos parece, al menos, un tanto apresurada considerando las propuestas doctrinarias desarrolladas a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Así las cosas, cabe preguntarse si el ataque a la mera propiedad sin la afectación de otros bienes jurídicos de mayor relevancia como la vida, la integridad física, la salud o la libertad, puede ser materia de tan agravada incriminación. En otras palabras, ¿es posible sostener tal protección hacia la propiedad “a secas” en un Estado democrático de Derecho, sin desconocer la naturaleza misma del terrorismo?

La excesiva protección de la propiedad por una legislación de excepción reservada para los ataques más graves hacia los derechos más esenciales del hombre suponen un desconocimiento de los actuales debates doctrinarios y jurisprudenciales en torno a los derechos fundamentales, desarrollados con posterioridad al término de la segunda guerra

²⁷⁷ DEL BARRIO REYNA, Álvaro. - LEÓN REYES, José. *Terrorismo, Ley Antiterrorista...* 1990, p. 126.

²⁷⁸ VILLEGAS, Myrna, *El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche*. Artículo de próxima aparición en el libro homenaje a Eduardo Novoa. Universidad Central, p. 25.

mundial. Así, para BOBBIO “que la propiedad es sagrada e inviolable debió aparecer probablemente como evidente a los autores de la Declaración de ´89. Hoy, en cambio, ha desaparecido totalmente cualquier alusión al derecho de propiedad como Derecho Humano en los documentos más recientes de las Naciones Unidas”²⁷⁹. En efecto, la formulación de los derechos fundamentales es una aportación liberal y, por consiguiente, de clase. La mayor parte de los textos constitucionales elaborados a partir de la independencia de las colonias americanas, revelan los presupuestos iusnaturalistas e individualistas que los inspiran. “De ahí – nos dice PEREZ LUÑO - que los derechos del hombre no sean los derechos de todos los hombres, sino los del hombre burgués, para quien el derecho de propiedad privada tiene el carácter de inviolable y sagrado, que expresamente proclama el artículo 17 de la Declaración de 1789. Los derechos proclamados en aquellos textos eran considerados como patrimonio del individuo en su condición presocial.”²⁸⁰

En la actualidad dicha visión, en conjunto con el modelo positivista voluntarista, se encuentra superada. Hoy se habla de un “modelo constitucional democrático” o “neoconstitucionalismo”, para diferenciarlo del constitucionalismo liberal, desarrollado a partir del trabajo dogmático de autores como Peces-Barba, Prieto Sanchís, Perez Luño, Alexy, Hesse, Favoreau y Ferrajoli; así como de un gran desarrollo jurisprudencial por parte de los organismos internacionales de protección de los Derechos Humanos.²⁸¹

Siguiendo a PECES-BARBA, hoy existe una posición ecléctica entre la inmutabilidad y la historicidad de los valores sociales y humanos. “La filosofía democrática y los derechos del hombre responde a una realidad objetiva, el sentido del ser humano y de su desarrollo. [Esta,] es la organización social que mejor responde a las necesidades de la promoción integral de la persona. Sin embargo, su despliegue es progresivo en la historia y se formula con aportaciones plurales[...].”²⁸²

²⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *Sobre el fundamento de los derechos del Hombre*. En el tiempo de los derechos. Editorial Sistema, Madrid, 1991, pp. 53 y ss.

²⁸⁰ PEREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 38.

²⁸¹ NASH, Claudio. *Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros*. En *Revista de Derecho Público*, N° 67, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005, pp. 73 y ss.

²⁸² PECES-BARBA, Gregorio. *Los derechos fundamentales*. Editorial latina Universitaria, Madrid, 1980, pp. 47 y ss.

De esta manera, y en la medida en que el Estado liberal de Derecho ha evolucionado hacia formas de Estado social de Derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación, han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político para devenir en un conjunto de valores y fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos. Así, concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente al Estado, se consideró que no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango, en las relaciones entre particulares. Este planteamiento obedecía a una concepción puramente formal de la igualdad. Pero es un hecho notorio que en la sociedad neocapitalista esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos²⁸³.

Revisemos pues, las propuestas desarrolladas por los profesores Luigi Ferrajoli y Eduardo Novoa,²⁸⁴ las cuales nos entregarán los fundamentos necesarios para nuestras formulaciones y propuestas:

12.1.- Propuesta de Luigi Ferrajoli.

La intención de este profesor italiano es postular la creación de una definición estrictamente teórica (netamente formal o estructural) de derechos fundamentales, entregando, de paso, una diferenciación clara entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales, lo cual resulta interesante analizar en este acápite.

²⁸³ PEREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. 1995, pp. 21 y ss. Piénsese en particular en los hechos acaecidos en el sur de nuestro país, en la trascendental influencia ejercida por los grandes propietarios de la zona agrupados en el Consorcio Agrícola del Sur (CAS) y en la infructífera discusión parlamentaria sobre la modificación a la actual Ley 18.314. El 5 de julio de 2006 el Ejecutivo envió un proyecto de Ley con la intención de restringir la calificación de terrorista sólo a los ataques más graves contra los bienes jurídicos de la mayor importancia, referidos al ámbito de la indemnidad personal, excluyéndose por ende la propiedad. Mediante un inserto en el Diario El Mercurio, se atacó duramente la idea del Ejecutivo prescindiendo de toda base científica, expresando su molestia frente al hecho que la propiedad no es un derecho fundamental digno de tan agravada protección. El resultado: el Congreso no legisló a favor de los *mapuche*. No hubo solución al problema, el cual perdura hasta el día de hoy sin que se vislumbre una salida efectiva y democrática al conflicto.

²⁸⁴ Tales propuestas, si bien ven a los derechos fundamentales desde diferentes prismas, coinciden en que la propiedad no debe ser considerada como un derecho fundamental.

Según Ferrajoli, los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”²⁸⁵ En base a esta definición, Ferrajoli no busca entrar en materias de la ciencia jurídica positiva o de la filosofía política que buscan establecer cuáles son y cuáles deben ser los derechos fundamentales, respectivamente. Lo que pretende es establecer una teoría del derecho²⁸⁶ que abarque el ámbito de los derechos fundamentales. En este sentido, los rasgos estructurales que se pueden distinguir de su definición son tres:

- a. **La universalidad de su imputación**, entendiéndose universal en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal, es decir, incorporando dentro de esta clasificación a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. Partiendo de la base, de que estas tres categorías se han mantenido a lo largo de la historia, sólo aumentando o disminuyendo su rango, dependiendo de la etapa histórica.
- b. **Su estatuto de reglas generales y abstractas**; para esto Ferrajoli hace un distinguo entre normas téticas en contraposición a las normas hipotéticas, siendo las primeras las que inmediatamente disponen, en forma general y abstracta, las situaciones expresadas en ellas. Por otra parte, las normas hipotéticas no disponen inmediatamente nada, sino que pre-disponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos por ellas como hipótesis. En otras palabras, las normas que establecen derechos fundamentales (a las cuales Ferrajoli denomina

²⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

²⁸⁶ Entendiéndose por Teoría del Derecho, un sistema de conceptos y afirmaciones idóneos para denotar y explicar las formas y estructuras del Derecho Positivo.

téticas) se satisfacen a sí mismas para su aplicación, sin embargo las normas hipotéticas necesariamente tienen otro presupuesto normativo.

- c. **Su carácter indisponible e inalienable**, en tanto corresponden de igual forma y medida a todos sus titulares.

Ferrajoli, una vez entregada esta definición, realiza un análisis de los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, señalando que desde Lock ,en su Segundo tratado sobre el gobierno en 1690, pasando por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se han concebido a los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales en una misma categoría, siendo en sí figuras heterogéneas, ya que la propiedad es un derecho patrimonial, y por otro lado, bienes como la vida o libertad, forman parte del grupo de derechos fundamentales, a los cuales él circunscribe de acuerdo al concepto teórico ya entregado.

Para graficar esta heterogeneidad, Luigi Ferrajoli establece cuatro diferencias trascendentales entre los derechos fundamentales y el derecho de propiedad, las cuales son:

- a. Los derechos fundamentales, de acuerdo a su definición, son derechos universales en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares, es decir, los ya mencionados personas, ciudadanos y capaces de obrar; mientras los derechos patrimoniales son derechos singulares, en el sentido asimismo lógico que para cada uno de ellos existe un titular determinado con exclusión de todos los demás. Por esto los derechos fundamentales están reconocidos de igual forma y medida mientras que los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad. Es decir, los primeros son inclusivos, formando la base de la igualdad jurídica, mientras que los segundos exclusivos, y están en la base de la desigualdad jurídica. Para esclarecer esta idea surge el ejemplo que todos, en tanto personas, ciudadanos o capaces de obrar, somos titulares del mismo derecho a la vida o integridad física, independiente de nuestra raza, sexo o posición política, mientras que en el derecho de propiedad surge un situación diversa, ya que si yo soy

dueño de un auto “X”, el derecho me ampara esta posesión y me reconoce como único dueño del mencionado auto, siendo imposible que la universalidad posea con la misma calidad el referido bien, asimismo como puede ocurrir que un sujeto determinado, no sea dueño de ningún bien, es decir, el ordenamiento jurídico no le reconocería titular de derecho respecto de ningún bien, ya sea mueble o inmueble, situación que es imposible que acontezca en torno a los derechos fundamentales, ya que el sólo hecho de ser persona, ciudadano o capaz de obrar entrega la titularidad de los respectivos derechos.

- b. La segunda diferencia radica en que los derechos fundamentales son, por su esencia, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos. Por su parte, una de las principales características de los derechos patrimoniales es su disponibilidad y posibilidad de transferencia o negociación. Esto genera que los segundos sean acumulables y variables a través del tiempo (puede poseer más o menos bienes), mientras que los primeros permanecen invariables, ya que mi derecho a la vida o derecho a la propiedad no aumenta o disminuye, como regla general, a través del transcurso del tiempo.
- c. Como tercera diferencia podemos apreciar que los derechos fundamentales tienen su origen en la ley, generalmente por mandato constitucional; por otra parte los derechos patrimoniales nacen por actuaciones singulares dispuestas a su vez por actos singulares y pre-dispuestos por normas. En nuestro país, el catálogo de derechos fundamentales está entregado a la Constitución Política de la República, la cual entrega en su artículo 19 un listado de derechos que están asegurados a todas las personas, dentro de los cuales encontramos el derecho a la vida, el derecho a la igualdad ante la justicia, a la honra y dignidad, etc. Por otro lado, el derecho a la propiedad privada tiene como origen, por regla general, actos jurídicos bilaterales, en los cuales la voluntad de las partes es indispensable.
- d. Por último, el carácter vertical de los derechos fundamentales es antagónico al carácter horizontal de los derechos patrimoniales. Esto fundamentado en

que la relación jurídica que emana de los primero es de tipo publicista, es decir, del titular del respectivo derecho con el Estado, y los segundos son relaciones intersubjetivas de tipo civilistas (es a lo que nos referíamos con los contratos sinalagmáticos perfectos).

Como podemos apreciar, para autores como Luigi Ferrajoli el derecho de propiedad (y no el derecho “a la propiedad”, que sí es considerado por él como un derecho fundamental) no formaría parte de la categoría de derechos fundamentales. Pero la principal característica de este autor, es que la marginación del derecho de propiedad no viene dado por una ideología determinada o una visión crítica de lo que es o significa la propiedad dentro de un sistema de Estrado liberal, sino que por un marco netamente teórico que es perfectamente aplicable a cualquier tipo de Estado, independiente de la postura que tenga en torno a la propiedad, ya sea sólo regulándola o interviniendo en ella para acentuar su fin social.

12.2.- Propuesta del Profesor Eduardo Novoa Monreal.

El profesor Eduardo Novoa nos entrega una fundamentación de los Derechos Humanos en base a las necesidades de las sociedades por éstos. En sus propias palabras *“los derechos humanos se fundan, en verdad, en las necesidades de las comunidades humanas, tal como ellas son apreciadas en un momento dado por los miembros de ella que logran difundir sus ideas y hacerlas admisibles para aquellos que tienen la posibilidad de imponerlas de hecho”*²⁸⁷.

Los Derechos Humanos se fundan en última instancia en principios morales y concepciones políticas avanzadas de las sociedades, donde se logra el consenso en base a la participación de la totalidad de la comunidad. Por lo tanto, la fuerza y la eficacia de estos derechos vienen dadas por el vigor con el cual los pueblos adhieren a su concepto.

²⁸⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Nacionalización, Derecho y Propiedad*, en selección de Carlos Margotta, Editorial Arcis, Santiago, 2006, p. 147.

Esta postura no se coincide ni con las tesis *iusnaturalistas*, ni con ideologías positivistas, aunque a simple vista pareciera acercarse más a las últimas. Difiere de las primeras en cuanto sostiene que los derechos fundamentales **no son inherentes a la persona**, sino que son el consenso de éstas en determinado momento, y respecto de las corrientes positivistas en cuanto que no es una simple manifestación de respeto a la legislación vigente y una consagración de los acuerdos, sino que tiene que ver con algo mucho más profundo y de significancia social.

Para graficar esto último, Novoa señala que “lo que sostiene y explica en forma directa a los derechos fundamentales del hombre es la generalizada convicción actual que domina a la gran mayoría de los seres humanos, acerca de la necesidad y conveniencia de rodear a todos los miembros de la sociedad, de un halo de respeto y de reconocimiento de máximas posibilidades de desarrollo, de cada uno, dentro de una sociedad bien integrada que oriente y guíe el conjunto de sus actividades en un plano de relaciones, de efectiva solidaridad y cooperación entre todos”.²⁸⁸

Al referirse en particular al derecho de propiedad, el profesor NOVOA destaca las transformaciones experimentadas por esta institución tanto desde el punto de vista de su concepto, como desde su vigencia real en las sociedades humanas, principalmente tras el advenimiento de las guerras mundiales y la dolorosa experiencia que sendos conflictos significaron para ella. Por esto toma como referencia la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual en su artículo 17 prescribe:

- “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual o colectivamente.*
- 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.*

De la sola lectura del conciso artículo transcrito, se desprende la prescindencia de las “garantías inviolables de los actuales poseedores de riqueza como lo había hecho la declaración de 1789. Aquel pretende asegurar, en cambio, a todos los hombres, el acceso al uso y aprovechamiento de los bienes del mundo, apoyándolos en su derecho a contar con un patrimonio mínimo o necesario.”²⁸⁹ Esto es, la transformación de un derecho “de”

²⁸⁸ Ídem, p. 146.

²⁸⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho, política y democracia*. Editorial TEMIS, Bogotá, 1983, p. 79.

propiedad a un derecho “a” la propiedad. “Obsérvese el cambio enorme producido en relación con la vieja fórmula de 1789, que estaba dirigida esencialmente a vedar cualquier privación de la propiedad”. “El art. 17 de la DUDH elimina no sólo los calificativos de inviolable y sagrado, sino cualquier referencia a un pretendido derecho del propietario a ser indemnizado en caso de ser privado de la cosa.” Se disminuye considerablemente la barrera protectora de los derechos del propietario, limitándose sus redactores a indicar que éste no podrá ser despojado arbitrariamente.²⁹⁰

Luego, no se comprende la nula acepción del art. 17 de la DUDH en todos los estudios jurídicos sobre el derecho de propiedad, mas todos ellos recuerdan el punto XVII de la declaración de 1789. “¿Por qué se tiene siempre en consideración el documento que consagra el derecho de propiedad privada con sentido liberal-individualista y se olvida el moderno contenido del acta de 1948?”²⁹¹, se pregunta NOVOA. Las consecuencias tampoco escapan al destacado profesor: “[...] El aprendizaje de la propiedad es realizado por los alumnos de derecho de fines del siglo XX en forma semejante a la de sus iguales de comienzos de siglo pasado.”²⁹²

De esta manera, hoy por hoy, es posible distinguir un grupo reducido de derechos dentro de los Derechos Humanos pertenecientes a un “núcleo esencial”, definidos como absolutos, los cuales son plena y actualmente exigibles y que nunca pueden suspenderse o restringirse. Así, para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tales derechos son, entre otros:

- El derecho a la vida (art. 6).
- Prohibición de tortura, trato cruel o degradante (derecho a la integridad física y síquica) (art. 7).
- La libertad de pensamiento (art. 18).²⁹³

²⁹⁰ Ídem, pp. 84 y ss.

²⁹¹ Ib ídem, p. 89.

²⁹² NOVOA, E. *Derecho, política...* 1983, p.89.

²⁹³ El artículo 4º del PIDCP señala: 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

De ahí que DEL BARRIO REYNA y LEON REYES apunten correctamente que “[n]o toda violación de derechos humanos constituye terrorismo. Terrorismo es la violación organizada y sistemática de derechos humanos fundamentales (la vida, la integridad física y síquica y la libertad personal)”²⁹⁴

En conclusión, y tras una revisión tanto teórica como dogmática, nos parece adecuado la circunscripción de los Derechos Humanos fundamentales dignos de una protección tan agravada, sólo hacia aquéllos considerados como más íntimos y entrañables de la persona, a saber, la vida, la integridad física, la salud y la libertad.

Una posición contraria, esto es, la protección penal de la mera propiedad privada bajo una incriminación tan grave como la que suponen los delitos de terrorismo, significaría la instrumentalización del Derecho Penal para el mantenimiento del *statu quo* económico y social, que por cierto no se corresponde con una configuración democrática de un sistema social. Concordando con BUSTOS, estimamos que las mayores restricciones a la intervención punitiva del Estado han de producirse respecto de los bienes jurídicos colectivos -como es el caso del ordenamiento constitucional democrático-, en virtud que una amplia intervención comportará como efecto el cierre del sistema.²⁹⁵

Por las razones esgrimidas, el Derecho Penal no está en condiciones de proteger esta clase de bienes jurídicos de manera absoluta, y sólo le es posible una protección selectiva de acuerdo a la función social que la misma Constitución les atribuye a estos derechos.²⁹⁶

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

²⁹⁴ DEL BARRIO, Álvaro y LEÓN, José. *Terrorismo, ley antiterrorista...* 1990, p. 126.

²⁹⁵ BUSTOS, Juan. *Los bienes jurídicos...* 1989, pp. 200 y ss. El mismo autor agregará más adelante que aunque los bienes jurídicos colectivos son importantes, una excesiva protección en relación a ellos, más allá de lo fundamental para la atención de las necesidades de todos los miembros de la sociedad o de un colectivo, sólo es expresión de la tendencia autoritaria de un régimen. En igual sentido VILLEGAS sostendrá: “...bien sabemos que este tipo de legislaciones [de excepción] han sido - desde siempre - utilizadas políticamente por los estados para ejercer un control social severo frente a conductas que atacan los intereses de quienes detentan el poder político. Lo que ha puesto muchas veces en jaque a los sistemas penales y a las democracias mismas”. VILLEGAS, Myrna. *El derecho penal del enemigo...* sin publicar, p. 45.

²⁹⁶ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, p. 614. En la misma opinión DEL BARRIO, Álvaro. y LEÓN, José. *Terrorismo, ley antiterrorista...* 1990, pp. 183, HORMAZÁBAL, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social...* 1991, p. 165.

En este sentido cabe citar al profesor Enrique EVANS, miembro de la comisión Ortúzar encargada de la elaboración de un anteproyecto de la Constitución Política de 1980, quien al referirse al derecho de propiedad afirma: “luego de las experiencias políticas vividas por Chile desde 1925, hemos llegado a la conclusión [...] como observador y partícipe de algunas etapas del proceso, que la posibilidad de empleo, la utilización completa de la capacidad industrial instalada, el mejoramiento de las condiciones de vida del común de los habitantes, la creación de nuevas fuentes de trabajo bien remunerado y, en resumen, el progreso colectivo, descansan en gran medida en un estatuto constitucional del derecho de propiedad que quede al margen de los objetivos políticos del momento, que garantice la vigencia de un justo concepto de función social del dominio y que asegure a quienes invierten en actividades productoras el respaldo de una institucionalidad estable que ampare sus bienes en forma eficaz.”²⁹⁷ (el subrayado es nuestro)

El mismo autor agrega, citando al papa Paulo VI, que: “la sola iniciativa individual y el simple juego de la competencia no serían suficientes para lograr el éxito del desarrollo. No hay que arriesgarse a aumentar todavía más la riqueza de los ricos y la potencia de los fuertes, confinando así la miseria de los pobres y añadiéndola a la servidumbre de los oprimidos [...] Toca a los poderes públicos escoger y ver el modo de imponer los objetivos que hay que proponerse, las metas que hay que fijar, los medios para llegar a ellas, estimulando al mismo tiempo todas las fuerzas agrupadas en esta acción común”.²⁹⁸

La función social surge por tanto como elemento fundamental de la propiedad en la determinación y establecimiento de los diversos niveles y mecanismos para su resguardo efectivo, acorde a una política criminal propia de un Estado de Derecho.

Por función social debemos entender aquella “fórmula de armonía que intenta poner de acuerdo los intereses del individuo (propietario) con los de todo el resto de la sociedad, por la vía de impedir que el ejercicio del derecho por el propietario pueda menoscabar o afectar de cualquier manera el interés colectivo. Aúna la libertad del propietario y las facultades con que cuenta, con la obligación de respeto del interés

²⁹⁷ EVANS, Enrique. *Los derechos constitucionales*, 1999, p. 226.

²⁹⁸ PAULO VI. *Populorum Progressio*. N° 33, 1987, citado por EVANS, Enrique. *Los derechos constitucionales*, 1999, p. 226.

colectivo.”²⁹⁹ De este modo, cabría sancionar bajo tan grave incriminación, y en virtud del principio de proporcionalidad, aquella conducta que lesione el derecho de propiedad vulnerando o poniendo en peligro bienes jurídicos personalísimos; o bien en la mediada que impida a su propietario el desarrollo de, -más allá de la satisfacción de sus necesidades-, la satisfacción de las necesidades colectivas que importe la restricción, supresión o privación de derechos personalísimos (fundamentales) a alguno de los miembros de la sociedad. Lo anterior derivado de una concepción moderna de la propiedad, entendida no ya únicamente como *derecho* sino en concordancia con un *deber* correlativo. Así, en este último caso, y a modo de ejemplo, es perfectamente subsumible bajo este tipo de legislación la destrucción mediante artefacto explosivo de una infraestructura privada que tenga por objeto la distribución de agua potable y alcantarillado a un poblado con el fin de causar temor.³⁰⁰

Ahora bien, prescindir de la mera propiedad como bien jurídico protegible en la LCT no significa, en modo alguno, su indefensión. Considérese la ya exhaustiva y transversal protección dada por el ordenamiento jurídico en su integridad, no siendo el derecho penal común la excepción, inclusive –como ha quedado de manifiesto– de forma agravada (Ver Capítulo II punto 3). En consecuencia, su exclusión como bien jurídico protegido por este tipo de legislación no implica que su afectación quede sin punición. Más aún, no proponemos la supresión total del bien jurídico propiedad en la LCT, sino, en cambio, limitar su protección si y sólo si su ataque importa la afectación o peligro de afectación (resultado de peligro concreto) de bienes jurídicos de la mayor importancia referidos al ámbito de indemnidad personal de los individuos como los ya enunciados, resguardando de este modo su función social.

²⁹⁹ NOVOA, Eduardo. *Derecho, política y democracia*. 1983, p. 87.

³⁰⁰ Nótese la importancia de vincular ese deber inherente a todo derecho, en particular en este caso al de propiedad, a alguno de los derechos humanos fundamentales de aquéllos pertenecientes a la indemnidad de la persona, para una adecuada calificación de una conducta como terrorista. Sólo así se evita la artificiosa incriminación a título de terrorista esgrimida por los grandes propietarios de la zona sur de nuestro país respecto de conductas que lesionen la propiedad, arguyendo una pretendida afectación de la función social de ésta, por cuanto no sólo perjudicaría al propietario privándole de su dominio, sino además afectaría su capacidad empleadora de contratar a un mayor número de trabajadores. La aceptación de un argumento como este significa ampliar de un modo exorbitante y exagerado el ámbito de punibilidad de la norma, en expresa vulneración de los principios de lesividad y proporcionalidad. En efecto, y siguiendo dicho razonamiento, cabría sancionar bajo la legislación de excepción en comento al empresario que, con el fin de arrancar resoluciones de la autoridad, cerrara las puertas de su fábrica en perjuicio del derecho al trabajo de sus empleadores, por sobre la función social que le compete.

Por otra parte, una propuesta como la formulada en estas páginas de ninguna manera altera el respetuoso cumplimiento del Estado de Chile para con los convenios y tratados internacionales, ni conduciría a políticas criminales más restrictivas que las recogidas por los criterios del derecho internacional.

Sin embargo, y a raíz del envío al Parlamento de un proyecto de ley que modifica la Ley 18.314, estableciendo como delitos terroristas exclusivamente aquéllos que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad y la salud, dejando fuera el derecho de propiedad, ciertos grupos de poder han utilizado y tergiversado normas internacionales. En efecto, en el mes de agosto de 2006, mediante una inserción publicada en el diario El Mercurio, el Consorcio Agrícola del Sur, entidad que agrupa a los grandes propietarios agrícolas y forestales del sur de Chile, invocó -entre otras razones para el rechazo de la iniciativa- la supuesta contradicción con el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997.

Dicho instrumento señala en su artículo 2.1: “Comete delito en el entendido del presente convenio quien ilícita e intencionalmente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

- a. con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o
- b. con el propósito de causar la destrucción significativa de ese lugar instalación o red que produzca o puede producir un gran perjuicio económico”

“De esta suerte, conforme a compromisos internacionales, [concluye el CAS] también la propiedad privada debe ser protegida con una legislación antiterrorista, cuando es objeto de este tipo de atentados.”³⁰¹

Sin embargo y del propio texto, en su sentido natural y obvio, se entiende que los delitos aquí sancionados están referidos hacia aquéllos cometidos por medios de un alto

³⁰¹ Periódico *El Mercurio*. Temuco, 4 de Agosto de 2006.

valor destructivo hacia las personas o hacia la propiedad en su aspecto social. Lo anterior es innegable cuando el Convenio se refiere a lugares de “uso público”, “instalación pública o de gobierno”, o “una red de transporte público”. Respecto al término “instalación de infraestructura”, el artículo 1.2 del mismo Convenio dicta: “por instalación de infraestructura se entiende toda instalación de propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público como los de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones”. La propiedad es protegida, en consecuencia, en tanto función social.

La doctrina mayoritaria estima que los delitos atentatorios a la mera propiedad no debiesen ser calificados de terroristas. Así, para DOMINGUEZ el terrorismo no resulta adecuado asimilarlo al sabotaje. “Éste es un delito común o político, que salvo ponga en peligro la vida, la integridad y la seguridad de las personas, corresponde a una figura típica propia, que debe ser tratada según las normas del derecho penal.”³⁰²

En igual sentido, ZALAQUETT al referirse a la Convención Europea sobre Supresión del Terrorismo que considera los actos contra la propiedad como terroristas sólo si se trata de “crímenes graves que han creado un peligro colectivo para las personas”, afirma que “la distinción nos parece adecuada, en el sentido que, por exclusión, no se consideran actos terroristas los ataques contra la propiedad que se realizan con las precauciones necesarias para circunscribir sus efectos”³⁰³.

Por el contrario, donde efectivamente existe un incumplimiento de Convenios y Tratados Internacionales es precisamente en la aplicación extensiva de la Ley Antiterrorista en el denominado “conflicto *mapuche*”, con la consiguiente vulneración de garantías procesales e individuales, así como en la discriminación en su empleo hacia dicho pueblo. Tal situación ha sido recogida en diversos pronunciamientos por parte de organismos internacionales de Derechos Humanos, entre los cuales vale destacar al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU³⁰⁴, visita del Relator

³⁰² DOMINGUEZ, Andrés. *Terrorismo y derechos humanos*, Comisión chilena de derechos humanos, Santiago, junio de 1990, p. 15.

³⁰³ ZALAQUETT, José. *Conceptualización del Terrorismo...* 1990, p. 117.

³⁰⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. *Observaciones finales...* 2004

especial de la ONU Sr. Rodolfo Stavenhagen³⁰⁵, Federación Internacional de Derechos Humanos³⁰⁶, Human Rigth Watch, Observatorio de Derechos Indígenas³⁰⁷, entre otros.

En definitiva, la restricción del ámbito de punibilidad en la legislación antiterrorista, respecto a la exclusión de los delitos contra la propiedad sin afectación a los bienes jurídicos más trascendentales, nos parece acertado y acorde a los principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, tal y como ha sido reconocido progresivamente en el plano internacional.

³⁰⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos...* 2003

³⁰⁶ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *La Otra Transición Chilena...* 2006.

³⁰⁷ HUMAN RIGHTS WATCH Y EL OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *Indebido Proceso...* 2004.

CAPÍTULO IV

LA PROPIEDAD EN LA LEY 18.314

13.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

La propiedad como bien jurídico individual se encuentra amparado por la Ley 18.314 en virtud de diversos tipos penales comunes enumerados en el artículo 2, de manera tal que su afectación resulta idónea para la eventual configuración de conductas terroristas.

Así, bajo la regulación de la legislación en comento, los delitos de incendios y estragos (art. 2 N° 1) y el lanzamiento o colocación de artefactos explosivos o incendiarios (art. 2 N° 4) forman parte de los delitos bases susceptibles de ser calificados como delitos de terrorismo. Ahora bien, la afectación del bien jurídico colectivo de mayor entidad que se intenta proteger mediante la LCT, demanda la realización de alguno de tales delitos añadiendo una finalidad o propósito en el agente, en función de las cuales se incrementa el disvalor del injusto. En efecto, la estructura del tipo requiere para su configuración la comisión del delito común (delito base) con alguna de las finalidades específicas establecidas en el artículo 1º, y que determinan la calificación de las conductas indicadas en el artículo 2 como delitos terroristas.

Estas especiales circunstancias que establece el legislador capaces de calificar las diversas modalidades de comisión en conductas terroristas, constituyen, desde el punto de vista dogmático, elementos subjetivos de lo injusto constitutivos del tipo penal y no un móvil del delito ni un dolo específico.³⁰⁸

De este modo, la presencia del dolo en este tipo de delitos será necesaria pero no suficiente para su configuración. Lo anterior dado que “por dolo típico se entiende [...] el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo”³⁰⁹, de modo tal que, y de forma ordinaria, la faz subjetiva del tipo de los delitos dolosos se agota en la

³⁰⁸ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, pp. 665 y ss.

³⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Civitas, Madrid, 1997, p. 308.

congruencia entre el conocimiento, la voluntad de realización y los extremos objetivos del hecho típico. No obstante, no siempre ocurre así y en un gran número de hipótesis la ley exige, para la perfección subjetiva del tipo, determinadas tendencias que no encuentran correlato en el plano objetivo.³¹⁰

Así y siguiendo en este punto a Myrna VILLEGAS, en los delitos de terrorismo el dolo se refiere a los elementos del tipo penal establecido en la ley y constituido - normalmente- por la descripción del delito común. De esta manera, el dolo del autor abarcará la conducta violenta e idónea para la lesión del bien jurídico individual, no alcanzando, por tanto, las finalidades alternativas que el legislador exige para la calificación terrorista de la conducta y que son las que se refieren directamente a la lesión o puesta en peligro (concreto) del bien jurídico colectivo protegido.³¹¹ Luego, estos elementos subjetivos no son total ni parcialmente idénticos al dolo, sino que están autónomamente junto al mismo, pero presuponen el dolo:³¹² en el caso verbigracia del homicidio terrorista, quien no tiene dolo de matar descrito en el artículo 391 del CP, no puede perseguir la finalidad de producir temor en la población. El dolo abarcará, en consecuencia, tan solo el conocimiento y voluntad del tipo, en este caso matar a otro en vulneración del bien jurídico vida.

De tales exigencias referentes a elementos subjetivos específicos en el tipo penal en los delitos de terrorismo, deriva como principal consecuencia dogmática la inadmisibilidad de su comisión imprudente. Se trata de tipos exclusivamente dolosos.³¹³

Tales elementos pueden ser definidos como “todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización”³¹⁴. En otros términos, son ánimos o fines específicos distintos del simple dolo y requeridos expresamente por la descripción legal.³¹⁵

³¹⁰ CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 315.

³¹¹ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, pp. 663 y ss.

³¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos...* 1997, p. 310.

³¹³ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, p. 670. BUSTOS, Juan. HORMAZABAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Vol. II, 1997, p. 75.

³¹⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Tecfoto, Barcelona, 1996, p. 262.

³¹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Volumen I. Editorial Universitas, Madrid, 1999, p. 395.

En todo caso, cabe consignar que no todos los componentes de un precepto penal que descubren factores anímicos corresponden a dicha clase de elementos subjetivos del injusto. En efecto, como bien expresa JESCHECK, “los componentes subjetivos de un precepto penal únicamente interesan en el injusto cuando caracterizan la voluntad de acción del autor en tanto afectan a la forma de comisión del hecho, al objeto de la acción protegida por el tipo o al bien jurídico. Constituyen, por el contrario elementos de la culpabilidad, todas aquellas circunstancias que caracterizan con más precisión la formación de la voluntad del autor”³¹⁶.

El fundamento de estos especiales elementos subjetivos - nos dice CURY - puede encontrarse en la necesidad de caracterizar adecuadamente conductas cuya identidad objetiva con otras sólo es posible diferenciar mediante la exigencia de una especificación de los motivos y tendencias en que se funda su ilicitud, como ocurre con el *animus rem sibi habendi* en el hurto (art. 432 CP), o como consecuencia de una anticipación punitiva. En este último caso, el legislador quiere castigar verdaderos torsos de acción, que no han llegado a realizar por completo la finalidad orientadora; y quiere hacerlo porque ya la parte de la conducta realizada ha provocado la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no obstante que dicha lesión o puesta en peligro sólo es jurídicamente relevante en consideración a los fines ulteriores perseguidos por el agente³¹⁷, esto es, en que el legislador traslada el centro de gravedad de la defensa frente al infractor a una etapa anterior a la del ataque.³¹⁸

Ahora bien, la doctrina suele distinguir en base al criterio señalado entre delitos de intención y delitos de tendencia³¹⁹.

³¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Editorial Comares, Granada, 1993, p. 286.

³¹⁷ CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 1992, p. 318.

³¹⁸ POLITOFF, Sergio. *Los elementos subjetivos del tipo legal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, p. 105.

³¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos...*1997, pp. 317 y ss. POLITOFF, Sergio. *Los elementos subjetivos...*1965, pp. 105 y ss. Conjuntamente con éstos, se encuentran los “delitos de expresión”, cuya categoría sugiere cuestionamientos para parte de la doctrina (LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de Derecho Penal. Parte General...*1999, pp. 397 y ss.) en los cuales el tipo requiere que haya en el autor un estado interior de conocimiento al que se contraponen el comportamiento externo, como es el caso de los delitos de falso testimonio. Debe incluirse, asimismo, los “elementos impropios de la actitud interna” o “elementos de la actitud interna” que constituyen tan sólo la faceta subjetiva de especiales elementos del injusto. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 1993, pp. 287. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos...*1997, p. 314. BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Vol. II, 1997, pp. 73 y ss. LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de Derecho*

Los delitos de intención exigen en su realización el ánimo, finalidad o intención adicional de lograr un ulterior resultado o una ulterior actividad, distintos a la realización del tipo³²⁰. Ánimo, finalidad o intención que es diverso al dolo y que va más allá de (trasciende a) la realización del tipo. Entendemos por intención “la meta o finalidad que se persigue con la realización del tipo, sin que sea necesario que se trate del fin último (el móvil) [...] basta con que sea la finalidad inmediata de la acción típica, la que frecuentemente será el medio para otro fin ulterior”³²¹. Así, pueden ser definidos como aquéllos en que “la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo”³²². Reconocemos entonces en tales figuras el requerimiento de una finalidad o motivo situado más allá de la conducta objetivamente exigida, con una relación de medio a fin entre lo que se exige en el plano objetivo y la que queda más allá.³²³ Motivaciones internas que, finalmente, trascienden la acción típica en el posible resultado exterior.

Dentro de los delitos de intención o de tendencia interna trascendentes se distinguen, asimismo, los delitos de resultado cortado y los delitos mutilados en dos actos, según si el resultado ulterior debe producirlo la propia acción típica sin una segunda acción adicional o si el resultado adicional ha de ser provocado por una acción posterior, respectivamente³²⁴. Es decir, en este último caso la intención del autor va dirigida a la realización de una segunda acción, mientras en los primeros la intención del autor va dirigida a un resultado independiente de él.

Los delitos de tendencia intensificada son aquéllos en que el momento subjetivo dota a la conducta de su especial sentido, esto es, la vuelve inteligible, impregnando de su particular coloración antijurídica a la conducta objetiva de que se trata.³²⁵ Será entonces ese determinado sentido subjetivo que el sujeto confiere a la conducta exigida objetivamente el elemento cofundante de su especial clase de ilicitud. Por lo anterior, el

Penal. Parte General. 1999, pp. 397 y ss. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 136.

³²⁰ LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 1999, p. 396.

³²¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 114, citado por VILLEGAS, Myrna. **Terrorismo: Un problema de Estado...** sin publicar, p. 665.

³²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos...* 1997, pp. 317.

³²³ POLITOFF, Sergio. *Los elementos subjetivos...* 1965, p. 105. BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Vol. II, 1997, p. 73.

³²⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 1996, p. 205.

³²⁵ POLITOFF, Sergio. *Los elementos subjetivos...* 1965, p. 110.

autor no requiere buscar algo más allá de la acción típica y el factor motivacional no trasciende al resultado.³²⁶

Ahora bien, esta “tendencia subjetiva” puede ser - según ROXIN - “inherente a un elemento típico o codetermina[r] el tipo (clase) de delito”³²⁷. En este último caso encontramos los delitos que requieren ciertas intenciones.³²⁸

³²⁶ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, p. 665.

³²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos...* 1997, p. 317.

³²⁸ Ídem.

14.- ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICANTES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 18.314.

El artículo 1º de la comentada ley prescribe:

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

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

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

Estimamos que la redacción de este artículo es sumamente deficiente, por cuanto desestima y prescinde de uno de los elementos conformadores esenciales en la estructuración de un concepto jurídico del fenómeno delictivo terrorista, en virtud de la posición doctrinaria que aquí se ha adoptado; esto es, el elemento teleológico referido a la finalidad política que subyace a esta clase de ilicitud, “ya que es ella en definitiva la que sirve para la identificación del bien jurídico protegido”³²⁹ (ordenamiento constitucional democrático).

14.1.- Circunstancia Primera: La finalidad de causar temor en la población o en una parte de ella.

Al referirnos al concepto de terrorismo, establecimos ciertos elementos que lo conforman desde un punto de vista jurídico³³⁰. En dicha oportunidad nos manifestamos reticentes a la consideración del temor o de la alarma pública como componentes delimitadores de un concepto normativo de terrorismo, justamente porque dichos conceptos carecen de una determinación objetiva precisa respecto a su dimensión o grado. Pues bien, la alusión a los efectos o resultados de alarma pública del delito terrorista, o el causar temor, impiden prohiar un criterio garantista respetuoso de los

³²⁹ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, p. 680.

³³⁰ Véase Capítulo III, punto II.

derechos humanos en orden a configurar las conductas de terrorismo. En efecto, los delitos de terrorismo no son los únicos que pueden llegar a producir tales efectos.³³¹ De hecho, cualquier delito común crea una percepción de inseguridad en la víctima y su entorno. Así las cosas, es improcedente afirmar que la comisión de una serie de delitos asociados a psicopatías es un delito terrorista, en virtud de la conmoción pública y al temor en las personas que tales hechos ocasionan.

Así lo ha indicado la jurisprudencia en nuestro país: “la alarma es el resultado posible del carácter programado, sistemático y organizado que tiene la acción terrorista, que es además, una violencia instrumental, orientada a la consecución de determinados fines, y por tanto, la alarma específica del terrorismo debe vincularse más a esas características que al hecho mismo de la violencia”³³²

Creemos que el temor no puede servir como elemento central para la calificación de una conducta como terrorista, ya que el miedo como tal es empleado por el terrorista para la consecución de sus propósitos utilitarios. En consecuencia, el temor o alarma pública **es un medio y no un fin**, de forma tal que la violencia indiscriminada propia del terrorismo es instrumentalizada por el delincuente para el sometimiento de la población o parte de ella a sus postulados que, según hemos establecido³³³, se circunscriben a lo político. Así, DEL BARRIO REYNA y LEÓN REYES asentirán en que “conviene precisar que el terror no es móvil, sino medio. La finalidad del terrorista es dominar a la población, imponer un determinado sistema político por medio de la violencia”³³⁴, situación esta última no considerada por nuestro legislador, confundiendo el medio del cual se vale el agente, con su finalidad.

³³¹ VILLEGAS, Myrna. *El derecho penal del enemigo...* sin publicar, p. 19.

³³² Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 13 de noviembre de 1992, considerando séptimo, *Gaceta Jurídica*, 1992.

³³³ Véase Capítulo III, punto III.

³³⁴ DEL BARRIO, Álvaro y LEÓN, José. *Terrorismo, Ley Antiterrorista...* 1990, p. 207. Vale precisar que discrepamos de la posición doctrinaria sustentada por esta doctrina nacional en cuanto a la consideración de las finalidades aquí analizadas, como móviles del delito. En efecto, y siguiendo a VILLEGAS, el móvil del delito es irrelevante para efectos de la Ley. El agente podrá actuar ya sea por motivos políticos, de lucro o religiosos, pues el dolo genérico abarca tanto la conducta con capacidad aterrizante, como la « tendencia aterrizadora de la conducta », quedando fuera de éste las circunstancias en comento y que son elementos subjetivos específicos de lo injusto. VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, pp. 665 y ss.

Modestamente, y de *lege ferenda*, estimamos pertinente que para un adecuado respeto de los derechos humanos, así como de las garantías individuales acordes a un derecho penal de un Estado democrático, la consumación debe depender axiomáticamente de la constatación de la lesión o peligro concreto hacia el bien jurídico colectivo que se pretende resguardar, y que se producirá mediante la realización de la conducta típica. Lo anterior sólo será posible reconociendo y estableciendo en el tipo penal la finalidad ideológica de las conductas terroristas, propiciando una apropiada delimitación del bien jurídico colectivo (ordenamiento constitucional democrático).

No obstante lo anterior, y prácticamente en la integridad de los procesos llevados a cabo contra personas pertenecientes a la etnia *mapuche* incriminados bajo la legislación antiterrorista por acciones de protesta social violenta, la más reciente jurisprudencia ha argumentado la calificación de los actos ilícitos cometidos precisamente en base a esta circunstancia. Así y a modo de ejemplo, en el caso Poluco- Pidenco la justicia señaló:

“ ...El incendio que afectó al fundo Poluco Pidenco el 19 de diciembre de 2001, es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia *mapuche* y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes. En efecto, el ilícito establecido en la reflexión décimo sexta, está inserto en un proceso de recuperación de tierras del pueblo *mapuche*, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en la Provincia de Malleco...”³³⁵ (los subrayados son nuestros).

Luego, el reconocimiento de la finalidad política inherente a las conductas terroristas permite dilucidar que estos hechos responden más bien a pretensiones reivindicatorias respecto a territorios cuyo actual dominio y posesión adolecen de serios problemas de legitimidad como ha quedado de manifiesto a lo largo de estas páginas, lo

³³⁵ Causa RUC 0100086594-2, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 22 de agosto de 2004.

cual circunscribe a los ilícitos cometidos en el ámbito de la violencia social, descartándose a su respecto un afán terrorista en su accionar³³⁶.

Ahora bien, la exclusión de una finalidad propiamente política como elemento constitutivo de un concepto jurídico de delito terrorista por la Ley 18.314, ha permitido sostener por parte de la doctrina - a nuestro entender de forma errada - que “este elemento subjetivo corresponde en su estructura a una tendencia interna trascendente, lo cual implica considerar a los delitos calificados como terroristas en virtud de su concurrencia como delitos de intención”, por cuanto lo que distinguiría la finalidad en comento “es el hecho de que el autor pretende, a través de su conducta, producir aquel estado de cosas (temor), sin que su efectiva producción sea, empero, condición necesaria para su producción”³³⁷.

Cabe recordar que - como bien apunta Myrna VILLEGAS - los delitos de intención se caracterizan por cuanto la dirección de la acción se encamina por el elemento subjetivo hacia la lesión del bien jurídico, asemejándose en su estructura a una tentativa castigada como delito consumado³³⁸. Por cierto que las semejanzas entre la tentativa y los delitos de tendencia interna trascendente son evidentes; en ambos casos lo pretendido como meta de la acción no es lo objetivamente realizado, sino justamente lo que está *más allá*, el contenido del propósito ulterior. Así, en la tentativa el principio de ejecución es querido como medio para alcanzar algo ubicado más allá de la conducta realizada en el plano objetivo³³⁹. Por su parte, BUSTOS afirma que “los elementos subjetivos pueden tener una función *anticipadora* de la punibilidad, en particular los llamados elementos subjetivos de intención trascendente. En estos casos, al legislador le basta con la comprobación de la

³³⁶ En similares términos se expresó el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco en sentencia absolutoria dictada con fecha 9 de noviembre de 2004, en la causa llevada contra los comuneros *mapuche* Pascual Pichún y Aniceto Norín.

³³⁷ BASCUÑAN, Antonio. *Informe en derecho. El delito de incendio terrorista*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Documento sin publicar, pp. 18y ss.

³³⁸ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, pp. 667 y ss. Dicha autora agrega que cuando en los tipos penales la consumación se hace depender de los elementos trascendentes se corre el riesgo de sancionar sólo por la intención, el deseo del sujeto, lo que inevitablemente conduce hacia la consideración de un derecho penal del ánimo o de autor, criterio que se contradice con los que guían un derecho penal democrático, y se asocian más bien a gobiernos totalitarios o dictatoriales que, valiéndose de tales elementos, cubren con un manto de legitimidad flagrantes actos de represión hacia la disidencia política. Así ocurrió en la legislación penal alemana bajo la influencia del nacionalsocialismo, en Italia con el fascismo, en España con el franquismo y, sin ir más lejos, en nuestro país bajo el régimen militar de Augusto Pinochet.

³³⁹ POLITOFF, Sergio. *Los elementos subjetivos...* 1965, p. 111.

mera intención del sujeto, prescindiendo de la realización objetiva de dicha intención, para estimar consumado el delito”³⁴⁰ (Las cursivas del original).

Asimismo, el autor citado reconoce en los elementos subjetivos, además de la función antedicha, por un lado una función *constitutiva* del tipo y, por ende, del injusto, relacionando la conducta con el bien jurídico protegido de modo tal que sin su consideración no puede establecerse la tipicidad correspondiente; y por otro – como consecuencia de la anterior - una función *garantizadora*, precisando el tipo legal y dando cumplimiento concreto al principio de certeza.³⁴¹

Estimamos que tanto el dolo genérico como los elementos subjetivos han de referirse al tipo, siendo constitutivos del mismo y, por tanto, ambos han de referirse al bien jurídico protegido. En este sentido debemos recordar que en los delitos de terrorismo hemos distinguido entre el bien jurídico colectivo que se pretende proteger y los bienes jurídicos individuales que resultan inmediatamente afectados por la acción. En cuanto al dolo genérico, dijimos anteriormente que éste se refiere a los elementos del tipo penal establecido en la ley y constituido -normalmente- por la descripción del delito común (delito base), y como tal, sólo comprende la conducta violenta e idónea para la lesión de los bienes jurídicos individuales.

En tanto, los elementos subjetivos específicos descritos por el legislador que se refieren al bien jurídico colectivo, son el contenido específico de la voluntad de la acción autónoma al dolo genérico “como tendencia que impregna la voluntad del agente y que encamina la dirección de la conducta (delito común) hacia el resultado de lesión o el resultado de peligro para el bien jurídico protegido que se pretende proteger”³⁴², es decir, como elementos subjetivos de tendencia intensificada, de aquéllos que codeterminan la clase de delito (función *constitutiva*), “concretando la propia acción verdaderamente lesiva del bien jurídico ante la imposibilidad del tipo objetivo de cumplir mínimamente con esa función de protección”³⁴³(función *garantizadora*).

³⁴⁰ BUSTOS, José y HORMAZABAL, Héctor. *Lecciones de derecho penal*. Vol. II, 1997, p. 73.

³⁴¹ Ídem, pp. 72 y ss.

³⁴² VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, p. 668.

³⁴³ Ídem.

Esto determina que los delitos de terrorismo deben ser interpretados como delitos de tendencia interna intensificada y no delitos de intención. Así, bastará con que el agente confiera a la acción un sentido subjetivo especial, que viene a concretar la forma de lesión de la conducta típica, sobre la base de este elemento subjetivo³⁴⁴, de modo que el hecho que se produzca el terror como resultado es secundario. No hace falta que se haya conseguido el objetivo de causar temor en la población o en una parte de ella. La consumación en los delitos de terrorismo, de acuerdo al criterio que aquí se sostiene, se producirá cuando se comprueba al menos el resultado de peligro (concreto) para el bien jurídico colectivo, para lo que hace falta la producción de los actos ejecutivos que se describen en el tipo objetivo y que se corresponden – en su mayor parte – con los descritos en el delito común³⁴⁵. En consecuencia, observamos al elemento subjetivo no como un ánimo o intención del sujeto, sino como una inclinación o tendencia interna intensificada presente en la conducta en cuestión, como una inclinación en la concreción y realización de la acción: ciertamente se encuentra caracterizado un acaecer externo, constituido en el particular por los delitos comunes o conductas “base”, “pero en los que lo decisivo es la dirección que el autor les imprime hacia el resultado”.³⁴⁶

En este sentido, vale recordar la discusión parlamentaria llevada a cabo en la Cámara de Diputados con ocasión de la exclusión, mediante una indicación efectuada por el Ejecutivo, de uno de los tres criterios alternativos considerados por la propuesta inicial de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia para la calificación de una conducta como terrorista.

Dicha circunstancia establecía:

“que el delito se cometa usando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos, que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado tales como artificios explosivos, infecciosos u otros que puedan ocasionar estragos o extender sus efectos a un grupo determinado de personas, particularmente si estas son ajenas a los móviles del delito, tanto si dichos medios se emplean efectivamente o se intimida verosímilmente con su uso”.

³⁴⁴ Ib ídem, p. 682.

³⁴⁵ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, p. 682.

³⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 1993, p. 287.

En sí, y según sus defensores, el fundamento de la exclusión no radicó en una negación de la necesidad de los medios empleados en la comisión de tales delitos, sino en el argumento que esa sola circunstancia no basta para la atribución de la calidad de terrorista del delito. De este modo, y según las propias palabras del diputado Gutemberg MARTÍNEZ: “[...]no es dable afirmar que todo delito cometido con métodos crueles es, necesariamente, un delito terrorista.” Asimismo, esgrimió que la figura del daño indiscriminado “está contemplada, en lo que corresponde, en la expresión “medios empleados, sea por su naturaleza o efectos”³⁴⁷. Como es posible colegir, y de los propios argumentos consignados, la utilización de esta clase de métodos (cruelles, perversos, etc.), sería condición necesaria, pero no suficiente, para la calificación de terrorista de la conducta. De allí que no resulte forzado inferir, para la calificación terrorista, una exigencia de una inclinación o tendencia interna intensificada presente en la voluntad del autor, que impregne y guíe la dirección de la conducta, confiriendo su particular carácter o especial peligrosidad para el bien jurídico protegido.

- **Presunción simplemente legal del Artículo 1º.**

Por otra parte, el establecimiento del temor como finalidad de las conductas de este tipo acarrearán no pocas dificultades en torno a su prueba por cuanto se trataría de una motivación presente en el ánimo interno del agente, por lo cual el propio legislador introduce una vía de concreción objetiva; “la naturaleza y efecto de los medios empleados”, o “la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar en contra de una categoría o grupo determinado”. Criterio este último que tiende a la consideración político criminal del terrorismo selectivo y a su criminalización, la cual requiere la existencia cierta de un vínculo entre la finalidad en comento del agente y la existencia de un plan premeditado. Esto ya que la existencia de tal plan debe ser en algún sentido imputable al autor del delito, por exigencia del principio de culpabilidad. Luego, una conducta que no satisficiera esta condición no sería punible, al menos a título de terrorista.³⁴⁸

³⁴⁷ CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley 19.027*. 1997, p. 80.

³⁴⁸ BASCUÑÁN, Antonio. *Informe en derecho*...sin publicar, p. 22.

Debido a la inexistencia de estos indicios objetivos, y ante la conciente dificultad del legislador de acreditar el propósito de atemorizar, se recurre al cómodo sistema de presunciones judiciales al establecer en el inciso 2º del artículo 1º:

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

Como se observa, el inciso examinado establece una presunción simplemente legal, al contemplar la cláusula “salvo que conste lo contrario” (en caso contrario constituiría una infracción a la prohibición de establecer presunciones de derecho en materia penal, proscrita por el art. 19 N° 7 CPR y, por tanto, sería inconstitucionalidad). Ésta se encuentra constituida por la comisión del delito a través de determinados medios, enumerados de modo no taxativo en vulneración al principio de legalidad, a partir de lo cual podría plantearse la inconstitucionalidad de la disposición³⁴⁹.

Asimismo, es posible dilucidar una clara infracción al principio de presunción de inocencia establecido en la legislación internacional aplicable en Chile en virtud del artículo 5º de la CPR y que, por tanto, goza de rango constitucional. Dice el artículo 14 del PIDCP: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley.”

En fin, esta presunción acarrea un problema de doble incriminación, por cuanto el artefacto explosivo reviste un doble carácter formando, por un lado, parte del tipo objetivo de la conducta (art. 2 N° 4) y, de otro, un eventual medio de comisión sobre cuya base puede presumirse la finalidad terrorista³⁵⁰, en infracción del principio *non bis in ídem*.

14.2.- Circunstancia Segunda: Arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.³⁵¹

³⁴⁹ Ídem, p. 24.

³⁵⁰ VILLEGAS, Myrna. *El derecho penal del enemigo...* sin publicar, p. 19.

³⁵¹ Inicialmente este criterio no se encontraba previsto en el proyecto del ejecutivo, siendo introducido por un sector parlamentario, bajo justificación de tratarse de un elemento que encontraba alero en la doctrina

Al igual que la circunstancia primera del artículo 1º, se trata de un elemento subjetivo del tipo. La exigencia de una especial intención en el agente en la comisión de la conducta corresponde a una tendencia interna intensificada que impregna de su particular coloración antijurídica a la conducta objetiva (delito común), cofundante de su especial clase de ilicitud. Luego, no es efectivo, como ha intentado crear parte de la doctrina, que tal criterio “[...]supone la intención de ejecutar un segundo acto para la producción del estado de cosas que se atribuye a la subjetividad del agente.”³⁵² Más bien, tal subjetividad se evidencia por la conducta (base) misma, estimándose ciertamente indispensable que la autoridad conozca este propósito. Indudablemente, por tratarse de una tendencia interna intensificada —y por tanto autónoma del dolo— no requiere que efectivamente la autoridad acate o lleve a cabo la exigencia para la realización del tipo, esto es, para la consumación del delito.

Pareciera que esta circunstancia calificante ha sido elaborada en especial atención para la calificación terrorista de la figura penal de secuestro (art. 2 nº 1), especificándose a través de la Ley 19.241 de 1993 que modificó la Ley 18.314, que el secuestro cometido por una asociación terrorista, sería siempre considerado terrorista. Asimismo, ha sido en estos casos en los que nuestros tribunales han considerado su aplicación (caso secuestro al coronel de Ejército C. Carreño³⁵³). Aún cuando nada obsta a que pudiese aplicarse en otros casos como los de amenaza de cometer delitos de terrorismo, como ha ocurrido en la realidad española.³⁵⁴

Desde una perspectiva crítica, no parece adecuada para una política criminal la inclusión de este propósito como criterio autónomo, en el sentido que tiende a ampliar en exceso el ámbito de punibilidad al posibilitar la incriminación, a título de delito terrorista, de ciertas conductas que carecen de la capacidad verosímil de producir un estado de

mayoritaria y en la legislación internacional. CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley 19.027*, 1997, p. 56.

³⁵² BASCUÑAN, Antonio. *Informe en derecho...* sin publicar, p. 27. Dicho autor estima que este criterio correspondería a una tendencia interna trascendente mutilada en dos actos. A nuestro entender BASCUÑAN confunde la conducta terrorista propiamente tal mediante la cual se exige ciertas resoluciones a la autoridad, con la eventual amenaza de llevar a cabo nuevos delitos terroristas.

³⁵³ Corte Marcial. Causa rol 1742-87, sentencia de 31 de Julio de 1991.

³⁵⁴ Así por ejemplo, el asesinato de un concejal del partido popular (M. Blanco) en 1997, acción que ETA realizó ante la negativa del Gobierno a acceder a sus requerimientos de implantar la política de acercamiento de los prisioneros. Ejemplo citado por VILLEGAS, Myrna en *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, p. 678.

temor. Si bien estimamos que la creación del estado de temor o inseguridad no puede ser considerado como elemento central en la conformación de un concepto normativo de terrorismo (como se mencionó en el apartado anterior), no significa que éste deba excluirse en su integridad. Ello, ya que de lo contrario se está desconociendo parte esencial del fenómeno terrorista, esto es, el carácter instrumental de la violencia en este tipo de delitos, mediante la cual el agente busca crear un clima de desconcierto para sus fines utilitarios. En este sentido, llama la atención la prescindencia absoluta del carácter indiscriminado en la ejecución de la conducta como elemento objetivamente relevante para la tipicidad del delito terrorista, precisamente porque es dicho proceder el que le confiere su carácter de contrario a los derechos humanos, criterio recogido en todo caso por nuestra Constitución Política³⁵⁵. Por otra parte, éste fue el tenor de la discusión parlamentaria para la reforma de la primigenia de la LCT.³⁵⁶

Ignorar este carácter eminentemente indiscriminado, justifica legalmente la aplicación de la legislación antiterrorista sobre meros ataques hacia la propiedad. En efecto, en el caso Ancalaf se castigó al imputado a la pena de 5 años de presidio como autor del lanzamiento de artefactos incendiarios (art. 2 N° 4 en relación con el art. 1° N° 2 LCT) que significó el incendio de un camión perteneciente a la empresa Ralco, por cuanto se señaló que “los incendios de los camiones y retroexcavadora se encuentran circunscritos dentro del conflicto Pehuenche[...]En este contexto han acontecidos los hechos, como una manera de exigir a las autoridades resoluciones o imponer exigencias para revertir la situación existente en la construcción de la Central”.³⁵⁷

Por último, la finalidad establecida en el artículo 1° N° 2 presenta la seria dificultad de crear un concurso de leyes, en particular respecto del delito de secuestro terrorista, en conjunto con la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado. Efectivamente, dicha hipótesis delictiva ya se encuentra tipificada en el art. 5 b) de la LSE como delito contra la seguridad del Estado. A partir de lo anterior, es posible colegir un eventual reconocimiento a la finalidad política en esta alternativa de calificación. Sin embargo, tal argumento se diluye debido a que carece del rigor suficiente para justificar la exclusividad del origen de dicha finalidad. Perfectamente puede darse el caso de exigencias de naturaleza

³⁵⁵ El artículo 9 de la Constitución Política de la República, designa al terrorismo como esencialmente contrario a los Derechos Humanos.

³⁵⁶ Véase *Historia de la ley 19.027*, pp. 78 y ss.

³⁵⁷ Sentencia causa Rol 191-2004, Corte de Apelaciones de Concepción, considerando 19.

meramente lucrativa o incluso social. A modo de ejemplo, y sin ir más lejos, podría sancionarse bajo este título las conductas violentas desplegadas por los obreros madereros en la VIII región al exigir la intervención del Estado en el conflicto, conducta que más bien pertenece al ámbito de la violencia social enmarcada en desórdenes públicos y que nadie se atrevería de calificar de terroristas.

14.3.- Especial consideración al elemento estructural del delito terrorista.

Con anterioridad señalamos que en el desarrollo del proceso parlamentario que antecedió a la reforma legislativa de la Ley 18.314 (Ley 19.027), logró imponerse la posición que establecía la punibilidad autónoma de la organización ilícita terrorista³⁵⁸, la cual finalmente quedó prescrita en el artículo 2º N° 5 como delito común base, idónea para la configuración de delito terrorista. Así, la actual ley prescinde de uno de los factores que más consenso genera para la elaboración de un concepto de delito de terrorismo a nivel comparado³⁵⁹.

En efecto, desde un punto de vista sociológico, y como mencionamos al tratar las características del terrorismo, se ha destacado que el fenómeno terrorista se identifica por adoptar usos tácticos y estratégicos que le dan la característica de estrategia predominante o “método tendencialmente exclusivo”. La violencia no es aislada sino sistemática y, por tanto, sólo puede ser llevado a cabo por una organización, pues es ella quien cualifica la violencia y la transforma en terrorista, amén de las finalidades exigidas en la conducta³⁶⁰. Así para REINARES la organización terrorista es "una clase peculiar de organización política caracterizada por su naturaleza clandestina y tamaño relativamente

³⁵⁸ La sanción de organizaciones con fines terroristas surge por primera vez en la discusión parlamentaria por efecto de una indicación del ejecutivo, conforme a la cual se considerarían conductas terroristas: “3º los que se asociaren u organizaren con el único fin de cometer los delitos tipificados...”. CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley 19.027*, p. 22.

³⁵⁹ Así, VILLEGAS, Myrna. *Los delitos de terrorismo en el anteproyecto*. En *Revista electrónica Política criminal*, n° 2, A3, Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, 2006, pp. 15 y ss. Disponible en Internet en: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_3_2.pdf. (Fecha consulta: 21 de enero de 2008) La misma autora, *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, pp. 615 y ss.; MARTÍNEZ CARDÓS. *El terrorismo: aproximación al concepto*. 1998, pp. 479-487; LAMARCA, Carmen. *Tratamiento jurídico del terrorismo*. 1985, pp. 48 y ss.; de la misma, *Sobre el concepto de terrorismo...* 1993, pp. 535 - 559; DEL BARRIO, Álvaro.- LEÓN REYES, José. *Terrorismo, ley antiterroristas...* 1990, p. 206.; GARCÍA ARÁN; FERRÉ OLIVE, et. al. *Contra la Impunidad, Dictamen, auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina*. Gráficas Alberdi S.A., 1998, p. 55.

³⁶⁰ VILLEGAS, Myrna. *Los delitos de terrorismo en el anteproyecto...* 2006, p. 15.

reducido, que trata de afectar la distribución del poder en una sociedad mediante un repertorio de acción colectiva en el que ocupa un lugar predominante la práctica de esa forma de violencia que cabe conceptualizar como terrorismo³⁶¹

Por otra parte, la postura que se ha adoptado en la presente investigación respecto al bien jurídico tutelado por este tipo de legislación, obligan a convenir en que la materialización de su afectación - esto es, su lesión o puesta en peligro (concreto) - orientada a la transformación del orden constitucional, demanda la existencia de un grupo organizado. Así, como bien apunta Carmen LAMARCA, en este caso violencia y política se funden en una estrategia, en un sistema ideológico-normativo que dota al terrorismo, a diferencia de otras formas de violencia política, de un carácter institucional y cuasijurídico que tiende a romper el monopolio estatal en el uso de la fuerza. Por consiguiente, ese elemento organizativo resulta esencial para la configuración del fenómeno terrorista³⁶².

Por las razones antes esgrimidas estimamos que el elemento estructural debe formar parte del injusto penal, desestimando en consecuencia el denominado terrorismo individual. Esto último, ante la peligrosidad que comporta esta figura en cuanto a la extensión indebida de la punibilidad hacia otras formas de violencia como la de tipo social o espontánea, no organizada con fines políticos o simple violencia callejera. Así por ejemplo, no puede ni debe adecuarse típicamente en los delitos de terrorismo los piquetes de huelga de trabajadores o manifestaciones de mera disidencia política situadas al margen de las reglas institucionales de participación que normalmente no constituyen más que la extralimitación en el ejercicio de derechos fundamentales³⁶³, lo cual desde el punto de vista político criminal – en el sentido de legitimación de la democracia – nos parece sumamente acertado³⁶⁴.

³⁶¹ REINARES, Fernando. *Terrorismo y Antiterrorismo*. 1998, p. 31.

³⁶² LAMARCA, Carmen. *Tratamiento jurídico del terrorismo*. 1985, pp. 450 y ss.

³⁶³ VILLEGAS, Myrna. *Los delitos de terrorismo en el anteproyecto...* 2006, p. 18

³⁶⁴ Piénsese en el reconocimiento de los derechos hoy considerados universales y en los complejos y dinámicos procesos sociales de debate y negociación que éstos conllevan a nivel político, no olvidando por cierto la importancia del activo rol desempeñado por los movimientos sociales de quienes aparecen afectados por un sistema considerado injusto para su consolidación. Tal es el caso de los derechos laborales, donde los movimientos laborales desempeñaron un rol fundamental; o del reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres, con el movimiento feminista. De este modo, la punición de todo acto de protesta social violenta a título de terrorista significa el afianzamiento del actual estado político, social y económico, sin posibilidad de progreso y perfeccionamiento lo cual, ciertamente, representa un retroceso flagrante hacia la consecución de una verdadera democracia en un sentido material y no simplemente formal.

Por último, también podrían encuadrar aquí conductas que son manifestación de la simple violencia organizada que no persigue fines políticos o no alcanza resultados políticos, como es el caso de las asociaciones ilícitas comunes. Esto es lo que ocurre en el caso *Mapuche*, dado que la LCT no contempla la pertenencia a una organización para calificar un hecho como terrorista; las conductas de violencia desplegadas por integrantes de la Coordinadora Arauco Malleco (CAM), que son simple violencia organizada que no persigue fines políticos (sino reivindicativos), son calificados como delitos de terrorismo³⁶⁵.

³⁶⁵ VILLEGAS, Myrna. *El derecho penal del enemigo...* sin publicar, p. 29.

15.- ANÁLISIS DE LOS TIPOS QUE COMPRENDEN EN SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD COMO BIEN JURÍDICO.

Como bien dijimos, son tres los tipos penales presentes en la Ley 18.314 que amparan, con diversa intensidad, a la propiedad como bien jurídico y que resultan idóneos para su configuración como delitos de terrorismo.

El criterio empleado en la estructuración del examen de los tipos a desarrollar, mirará no tanto su disposición dentro de la ley, sino más bien a la trascendencia que éste pueda tener para nuestra investigación. Así, nuestro análisis comenzará por el delito de estragos terroristas, siguiendo con el de colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios, para finalizar con el delito de incendio terrorista que es, justamente, el que conlleva las mayores deficiencias dogmáticas para una adecuada represión de este tipo de delitos con observación a los principios acordes a un derecho penal democrático, así como el de mayor aplicación jurisprudencial en torno a la “cuestión *Mapuche*”.

15. 1.- Delito de Estragos Terrorista (Art. 2º Nº 1).

La Ley 18.314 que tipifica las conductas terroristas, establece en su artículo 2 Nº 1:

“constituirán delitos terroristas cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

... [el delito] de estrago reprimido en el artículo 480 del Código Penal”.

Por su parte el artículo 480 del Código Penal establece que: *“incurrirán respectivamente en las penas que establece este párrafo los que causen estragos por medios de sumersión o varamiento de nave, inundación, destrucción de puentes, explosión de minas o máquinas de vapor, y en general por la aplicación de cualquier otro medio de destrucción tan poderoso como los expresados”.*

- **Tipo objetivo.**

En este caso la conducta típica o el verbo rector que caracteriza estos delitos es “causar estragos”. Según el sentido natural y obvio, se entiende por estrago: “Ruina, daño, asolamiento”³⁶⁶.

Este tipo de delitos posee como notas características, por una parte, la gravedad y peligro de los medios utilizados y, por otra, la magnitud de los daños provocados. Lo anterior se colige de la propia enumeración que establece de modo ejemplar el artículo. Respecto a los medios empleados, éstos deberán ser de tipo calamitosos o catastróficos, siendo la disposición meramente enunciativa, ya que termina refiriéndose a “cualquier otro agente de destrucción tan poderoso como los expresados”. La redacción es, sin embargo, poco acertada, por cuanto la enumeración no comprende medios de destrucción propiamente, no obstante lo cual son indiciarios de aquéllos a los cuales el precepto pretende referirse, que han de tener el gran poder destructivo que los referidos eventos suponen.³⁶⁷

En cuanto al bien jurídico protegido, se trata de un delito de resultado respecto del bien jurídico propiedad, ya que exige que se cause un daño de importancia o gravedad extrema mediante el empleo de medios catastróficos o calamitosos, lo cual no implica para su configuración la lesión o puesta en peligro concreto hacia bienes jurídicos personalísimos. Así, se configuran respecto a los bienes jurídicos de mayor envergadura delitos de peligro abstracto, pudiéndose castigar a título de estragos terroristas la mera actividad de la acción sin la afectación de tales bienes, ni aún su posibilidad de afectación.

- ***Tipo subjetivo.***

El tipo subjetivo presenta como primer aspecto, en concordancia con el delito de estrago común, el querer causar tal estrago. A lo anterior hay que añadir las circunstancias calificantes establecidas en el artículo N° 1 de la Ley 18.314, las cuales ya fueron analizadas a principios de este capítulo, ya sea causar en la población o en parte de ella el temor justificado de ser víctima de otros delitos de estrago, o bien arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias, y que constituyen elementos específicos del injusto de tendencia interna intensificada.

³⁶⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 2001, en <http://www.rae.es/> (fecha consulta: 7 de julio de 2007)

³⁶⁷ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal, parte especial*. 2000, p. 416.

- **Consumación.**

El delito se entiende consumado con la provocación del daño calamitoso, sin que se requiera la afectación o peligro de afectación de bienes jurídicos pertenecientes a la indemnidad de la persona, los cuales son, en definitiva, los que dan contenido al terrorismo en cuanto *nomen iuris proprio* constitutivos por esencia contrarios a los derechos humanos. De allí que, y de *lege ferenda*, esta clase de delito requiera una mayor precisión conceptual en torno a la exigencia de lesión o peligro (concreto) de lesión de los bienes jurídicos individuales, a través de los cuales sea posible la afectación del bien jurídico colectivo protegido por la Ley 18.314. Precisión que sólo es posible mediante la tipificación autónoma de la conducta como delito base susceptible de calificar como delito terrorista ante la imposibilidad del artículo 380 del Código Penal de centrar el disvalor de resultado en la vulneración o la proximidad de vulneración de la vida o la integridad física de las personas.

- **Penalidad.**

Por remisión expresa a las reglas establecidas en el párrafo 9º del capítulo IX del CP, su penalidad es idéntica a la del delito de incendio. En consecuencia, en virtud de la regla establecida en el art. 3º, la pena es determinada en función del delito cometido. La penalidad asignada a éste como figura común debe ser aumentada en uno, dos o tres grados. Lo anterior de acuerdo y respetando el principio de proporcionalidad.

- **Doble incriminación.**

En virtud de la presunción establecida en el art. 1º circunstancia 1ª, el artefacto o medio explosivo es considerada simultáneamente como elemento de lo injusto y eventual medio de comisión capaz de configurar la presunción antedicha, con el fin de facilitar la prueba y acreditación de la finalidad descrita en el art. 1º Nº 1, esto es, una doble fuente de ilicitud, en desmedro del principio del principio *non bis in ídem*.

15.2.- Delitos de Colocación, Lanzamiento o Disparo de Bombas o Artefactos Explosivos o Incendiarios (Art. 2, Nº 4).

El artículo 2º Nº 4 de la LCT determina:

“constituirán delitos terroristas cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

Nº 4 colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten la integridad física personas o puedan causar daños.”

- **Tipo objetivo:**

La conducta típica podrá realizarse mediante tres modalidades alternativas de comisión constitutiva de ella. Los verbos rectores que determinan la acción típica son colocar, lanzar o disparar. Según el sentido natural y obvio, se entiende por colocar “Poner a alguien o algo en su debido lugar.” Por arrojar “Impeler con violencia algo, de modo que recorra una distancia, movida del impulso que ha recibido.” Y por disparar entendemos “Hacer que un arma despidan su carga”, “Arrojar o despedir con violencia algo”.³⁶⁸

Respecto al objeto material, la acción final recae sobre “bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo”. Técnicamente corresponden a elementos descriptivos de carácter extrajurídico que carecen de referencia normativa expresa. Por bomba, en lo que nos importa, debemos comprender “Artefacto explosivo provisto del artificio necesario para que estalle en el momento conveniente”. El término artefacto es utilizado para designar cualquier “obra mecánica hecha según arte.” Por su parte, por explosión entendemos “Liberación brusca de una gran cantidad de energía, de origen térmico, químico o nuclear, encerrada en un volumen relativamente pequeño, la cual produce un incremento violento y rápido de la presión, con desprendimiento de calor, luz y gases. Va acompañada de estruendo y rotura violenta del recipiente que la contiene.” En consecuencia, por artefacto explosivo comprenderemos toda obra mecánica idónea para la consecución de tales efectos, mientras que incendio es “Fuego grande que destruye lo

³⁶⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 2001, en <http://www.rae.es/> (fecha consulta: 7 de julio de 2007)

que no debería quemarse”, por lo cual artefacto incendiario será toda obra mecánica capaz de producir un incendio.³⁶⁹

El tipo penal en relación con el bien jurídico exige, asimismo, que estos artefactos “afecten la integridad física de personas o puedan causar daños”, lo que determina la exigencia de un resultado alternativo de lesión o peligro a la integridad física o a la propiedad (pública o privada), esto es, se tutela a través de este tipo sendos bienes jurídicos individuales, en perjuicio de la crítica sustentada anteriormente en orden a la protección de la mera propiedad privada a través de los delitos de terrorismo, sin exigirse un riesgo de lesión para los bienes más íntimos y entrañables de la persona. El fundamento político criminal de tal inclusión se basa en el empleo de determinados medios lesivos para ejecutar la acción como factor indispensable para la cualificación terrorista de la conducta. En este sentido el legislador señala: “La colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo involucra por el poder letal, vulnerante o destructivo de estos medios, un grave riesgo para un alto número de personas o para bienes públicos o instalaciones de importancia[...]El perfeccionamiento cada vez mayor en el empleo de estos artefactos, señala otra característica del terrorismo actual, el aprovechamiento de los adelantos científicos y técnicos para ponerlos al servicio del terror”³⁷⁰. Se esgrimen por tanto, fundamentos basados sólo en criterios objetivos atendiendo a los medios empleados.

Lo anterior en expresa contradicción al principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, en virtud del cual debemos reconocer que no es el “acto” especialmente violento lo que determina la calificación jurídica, sino la lesión o posibilidad de lesión al bien jurídico protegido. De modo tal que el carácter colectivo del bien jurídico que se pretenda proteger por la LCT, exige que los bienes inmediatamente afectados (bienes individuales) a través de los cuales se vea lesionado o puesto en peligro (concreto) el ordenamiento constitucional, o bien (de lege data) la seguridad pública, deben limitarse a la vida, la integridad física y la salud de las personas. Resulta difícil imaginar que un atentado a la mera propiedad sin que traiga aparejado un riesgo para las personas logre afectar el bien jurídico de mayor entidad.³⁷¹

³⁶⁹ Ídem.

³⁷⁰ Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, p. 56, citado por VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, pp. 763 y ss.

³⁷¹ VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: Un problema de Estado...* sin publicar, p. 764.

No parece lógico, en todo caso, equiparar por medio de una idéntica incriminación bienes jurídicos tan disímiles, como son la vida y la integridad física de las personas con la propiedad privada. Estimamos que el elemento esencial dentro del bien jurídico propiedad para la diferenciación estratificada de los diversos niveles y mecanismos para su resguardo efectivo, acorde a una política criminal propia de un Estado de Derecho, es su función social. Así, de *lege ferenda*, estimamos pertinente la circunspección de los eventuales objetivos de artefactos explosivos en torno a lugares de uso público, instalaciones públicas o de gobierno, redes de transporte público o, en general, cualquier instalación de infraestructura -pública o privada- que se utilice para prestar o distribuir servicios al público. En caso contrario, esto es, el ataque a la propiedad privada que no ponga en jaque la vida o la integridad física de las personas (integridad que comprende el suministro y resguardo a los servicios públicos básicos –alcantarillado, agua, luz, etc.) sólo será asimilable al delito de daños y eventualmente sabotaje, figuras típicas propias y sancionadas por la legislación común³⁷².

- **Tipo subjetivo.**

El dolo abarca el conocimiento y voluntad de afectar los bienes jurídicos individuales, en este caso, saber que el medio o artefacto explosivo tiene la capacidad de afectar la vida, la integridad personal o la propiedad, y el deseo de ejecutar la conducta ilícita. Como en todo delito de terrorismo, para que la acción posea la aptitud de afectar el bien jurídico colectivo, el dolo debe estar matizado por cualquiera de las circunstancias alternativas establecidas en el art. 1º de la LCT, que corresponden a elementos subjetivos de tendencia interna intensificada, según el agente busque con su accionar la finalidad inmediata de producir temor en la población o en una parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie, o bien imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad.

- **Consumación.**

³⁷² DOMINGUEZ, Andrés. *Terrorismo y derechos humanos...* 1990, p. 15. ZALAUQUETT, José. *Conceptualización del Terrorismo...* 1990, p. 117.

El tipo penal se estructura como un delito de lesión y un delito de peligro, en función de la hipótesis delictual de que se trate, concurriendo –ciertamente y en todo caso- alguna de las finalidades exigidas por el art. 1º de la Ley 18.314.

Las hipótesis delictivas en las que se exige la efectiva afectación al bien jurídico individual, se configuran como delitos de lesión. Así, al “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo que afecten[...]la integridad física de las personas”, se está demandando un resultado materialmente separable de la acción y que consiste en causar lesiones en relación al bien jurídico integridad corporal.

Cosa distinta ocurre en la hipótesis delictiva de “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo que puedan afectar [...] la integridad física de las personas, o causar daño”, configurando un delito de peligro, donde no se requiere la efectiva lesión de los bienes individuales. La forma condicional de los verbos determina la posibilidad de configuración del delito de terrorismo sin que exista riesgo concreto para las personas o la propiedad. En efecto, el peligro se presume por el hecho de utilizar en la ejecución del delito determinados medios de comisión: bombas, artefactos explosivos o incendiarios, castigándose la mera peligrosidad de la conducta y configurando en consecuencia delitos de peligro abstracto. Reiteramos nuestra crítica en orden a delimitar de modo más o menos circunstancial los lugares respecto de los cuales el riesgo para la integridad corporal de las personas pueda tener un elemento a través del cual concretarse porque, de lo contrario, y de *lege data*, nos encontramos ante un tipo penal abierto, contrario al *principio de tipicidad*.

Así lo ha estimado también la jurisprudencia al considerar la existencia del “peligro que se incluye en la figura penal, porque el hecho demostrado de haber hecho estallar dos artefactos explosivos en una parte de la ciudad de Santiago densamente poblada y en un carro del tren metropolitano puso en situación de riesgo a las personas que normalmente se trasladan en ese medio de transporte, unido a la habitualidad de los mismos”. De ahí que los hechos “son constitutivos de los delitos que contempla el artículo 1º en relación con el art. 2 nº 4 de la Ley 19.027, que determina conductas terrorista y fija su penalidad, por cuanto se dan los elementos que la configuran”³⁷³.

³⁷³ 15º Juzgado del Crimen de Santiago, causa rol 89.049 contra A. Hidalgo. Sentencia de 31 de mayo de 1993, Considerando 8º.

En definitiva, para la actual legislación es indiferente que nos encontremos ante la hipótesis de efectiva lesión o ante las hipótesis de peligro para la integridad corporal o la propiedad. El delito no se cualifica por el resultado de lesión o la presunción del peligro respecto de estos bienes jurídicos, sino en virtud de los elementos subjetivos contenidos en el art. 1º, lo cual se ve agravado por cuanto tales artefactos poseen la potencialidad cierta de configurar la presunción del inciso 1º del art. 1º LCT.

- **Penalidad.**

De acuerdo a lo señalado por el art. 3 inciso 3º, “los delitos señalados en el número 4 del artículo 2º serán penados con presidio mayor en cualquiera de sus grados”, esto es, de diez años y un día de prisión a veinte años. No se distingue una variación en la pena para las diversas hipótesis delictivas, en atención sólo al disvalor de acción, mas no al de resultado. La valoración punitiva es idéntica en desmedro del principio de proporcionalidad.

- **Doble incriminación.**

En virtud de la presunción establecida en el art. 1º circunstancia 1ª, el artefacto o medio explosivo es considerado simultáneamente como elemento de lo injusto y eventual medio de comisión capaz de configurar la presunción antedicha con el fin de facilitar la prueba y acreditación de la finalidad descrita en el art. 1º N° 1, esto es, una doble fuente de ilicitud, en desmedro del principio del principio *non bis in ídem*.

15.3.- Delitos de Incendio Terrorista (Art. 2, N° 1 Ley 18.314).

El artículo 2º N° 1 de la LCT prescribe: “constituirán delitos terroristas cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior:

Nº 1[...].los de incendio[...], reprimidos en los arts. 474, 475, 476[...].del Código Penal.”

- **Tipo objetivo:**

Al igual que en todas las conductas terroristas, el agente o sujeto activo que lleva a cabo la acción delictiva es indeterminado, puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo es la sociedad en su conjunto materializado mediante la afectación de alguno o algunos de sus integrantes.

En relación a la conducta típica, existe una remisión expresa a los delitos de incendio del CP (Art. 474, 475, y 476), siendo la propiedad el bien jurídico inmediatamente tutelado, considerándose sólo en algunos casos el causar un peligro o resultado de lesión para bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad corporal. Analicemos pues, el delito de incendio común.

Los artículos del Código Penal prescriben:

Art. 474. El que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte de una o más personas cuya presencia allí pudo prever, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

La misma pena se impondrá cuando del incendio no resultare muerte sino mutilación de miembro importante o lesión grave de las comprendidas en el número 1º del artículo 397.

Las penas de este artículo se aplicarán respectivamente en el grado inferior de ellas si a consecuencia de explosiones ocasionadas por incendios, resultare la muerte o lesiones graves de personas que se hallaren a cualquier distancia del lugar del siniestro.

Art. 475. Se castigará al incendiario con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo:

1º Cuando ejecutare el incendio en edificios, tren de ferrocarril, buque o lugar habitados o en que actualmente hubiere una o más personas, siempre que el culpable haya podido prever tal circunstancia.

2º Si lo ejecutare en buques mercantes cargados con objetos explosivos o inflamables, en buques de guerra, arsenales, astilleros, almacenes, fábricas o depósitos de pólvora o de otras

sustancias explosivas o inflamables, parques de artillería, maestranzas, museos, bibliotecas, archivos, oficinas o monumentos públicos u otros lugares análogos a los enumerados.

Art. 476. Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados:

1° Al que incendiare un edificio destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado.

2° Al que dentro de poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aun cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación.

3° El que incendiare bosques, mieses, pastos, montes, cierros o plantíos.

A partir de una simple revisión de los delitos de incendio, observamos un tratamiento diferenciado sobre la base de sus efectos:

- Según el resultado de lesión o daño para la vida o la integridad de las personas (art 474).

- Según el resultado de peligro para las personas, distinguiendo, a su vez, entre el incendio producido en lugar habitado (art. 475 nº 1), atendiendo a la naturaleza del lugar (art. 475 nº 2), y el incendio producido en lugar no habitado (476).

En consecuencia, la acción típica exige para su configuración la realización por parte del agente de alguna de las siguientes hipótesis:

a) Incendiar edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte, mutilación o lesiones graves a una o más personas cuya presencia pudo prever. (Art. 474).

b) Incendiar un edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar habitado o en que actualmente hubiere una o más personas, siempre que se haya podido prever esta última circunstancia. (Art. 475 nº 1)

c) Incendiar buques mercantes cargados con explosivos o inflamables, busques de guerra, u otro de los lugares que se mencionan en el art. 475 nº 2.

d) Incendiar un lugar no habitado, de los señalados en el art. 476.

El verbo rector que determina la acción típica es “incendiar”, es decir “prender fuego a algo que no debería quemarse”³⁷⁴. El incendio se define doctrinalmente como “la destrucción o deterioro de una cosa mediante el fuego”³⁷⁵, de modo tal que la conducta prohibida consiste en provocar la combustión de algo; la trascendencia o magnitud de ese fuego no es significativa, suficiente es que ese objeto comience a arder. “No se exige, como algunos autores afirman, que se provoque un fuego incontrolable”³⁷⁶, lo que importa vincularlo con la noción de peligro”, que – como bien advierte GARRIDO MONTT – significaría marginar del delito en estudio “la destrucción de una cosa ajena mediante fuego si se emplean los recursos técnicos que existen en la actualidad que permiten que ese fuego sea cuidadosamente controlado por su autor, lo que está fuera del texto y del espíritu de la ley”³⁷⁷. Lo anterior determina que el incendio sea un delito de lesión, sin perjuicio que en determinados casos para regular la sanción se considere el peligro que involucra³⁷⁸, como es el caso que nos convoca.

³⁷⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, 2001, en <http://www.rae.es/> (fecha consulta: 7 de julio de 2007)

³⁷⁵ BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Editorial Ariel, Barcelona, 1991, p. 244.

³⁷⁶ Cfr ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1997, p. 463. El autor aludido afirma que “el fuego será un medio poderoso de destrucción, idóneo para constituir un delito de incendio, cuando se manifieste externamente por medio de **llamas incontrolables** por quien las incendió” (los destacados son nuestros). Posición de la cual discrepamos por las consideraciones que se expondrán a continuación.

³⁷⁷ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*, 2000, p. 400. Dicho autor puntualiza que la determinación de la naturaleza del incendio dependerá de la visión político criminal que se tenga del mismo. Así, el incendio puede concebirse como un delito contra la propiedad, por el *daño que provoca en los bienes*, o bien como un suceso que atenta contra la seguridad pública por el *riesgo de su propagación*. En el primer caso se trataría de un delito de lesión o de resultado; en el segundo de un delito de peligro. Es frecuente, no obstante, que las legislaciones – como la nacional – conciban al incendio con criterios pragmáticos y le reconozcan naturaleza múltiple, sea de daño, de peligro o de ambas alternativas a la vez. Tal circunstancia hace complejo encontrar una definición del delito omnicompreensiva de sus distintas posibilidades, por lo cual resultan insatisfactorias definiciones como la expresada por ETCHEBERRY: “la destrucción de cosas mediante el fuego, con peligro para las personas o la propiedad” (ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III 1997, p. 462.), porque no siempre el peligro es considerado, sino sólo por excepción.

³⁷⁸ Ídem, p. 399. En este sentido, bastante escarificador corresponde el análisis efectuado por RODRIGUEZ DEVESA quien, citando a BINDING, expone que los códigos penales modernos al regular el delito de incendio, se encontraron ante tres posibilidades: mantenerse en la vía marcada por el derecho común de considerar como tal la aplicación del fuego a la destrucción de determinados objetos; considerar indiferente el objeto a que se aplica el fuego y conceder preferencia a la producción de un peligro concreto engendrado por el fuego; o combinar ambos puntos de vista. En el primer caso, el incendio sigue siendo un puro delito de daños (calificados); en el segundo, un puro delito de peligro; y en el tercer, un delito de lesión con el aditamento de un peligro constitutivo (esencial) del mismo delito. Indudablemente es común a las tres hipótesis la idea de peligro que un incendio puede significar en abstracto, con independencia que en el caso concreto haya existido o no un peligro efectivo de propagación. Pero sólo cuando la exigencia de un peligro concreto de propagación se incorpora a la descripción del tipo, es cuando cabe afirmar que estamos ante genuinos delitos de peligro. RODRIGUEZ DEVESA, José. *Derecho Penal Español, Parte Especial*. Madrid, 1975, p. 339.

Respecto al objeto material, esto es, aquéllo sobre lo cual recae la acción típica, nos remitimos a lo ya consignado en las hipótesis de configuración del tipo: tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera (art. 474) u otro lugar habitado (475 N° 1), buques mercantes cargados con explosivos o inflamables... (art. 475 N° 2), bosques, mieses, pastos... (art. 476); esto es, una cosa ajena, sea mueble o inmueble, pública o privada, individual o colectiva. Prender fuego a cosa propia no constituye incendio, salvo excepciones³⁷⁹.

En cuanto al bien jurídico protegido, los tipos penales de incendio común cualificables como terroristas demandan en cada uno de los casos la lesión de la propiedad como resultado materialmente separable. No obstante, el razonamiento anterior no encuentra correlato en relación a los bienes personalísimos de mayor entidad. Bienes jurídicos que, en definitiva, son los que dan contenido al terrorismo en cuanto *nomen iuris proprio* constitutivo por esencia contrario a los derechos humanos. En conformidad a la posición que se ha venido adoptando en esta investigación, la calificación de terrorista del delito de incendio común debe importar al menos un **peligro concreto para bienes jurídicos personalísimos (o derechos humanos fundamentales)** pertenecientes a la indemnidad personal, que en el caso del incendio corresponden a la vida y la integridad corporal. Sólo entonces la conducta tendrá la idoneidad suficiente de lesionar o poner en peligro el bien jurídico colectivo tutelado en esta legislación. Esto es, para que un delito de incendio terrorista sea delito de peligro concreto es preciso que el tipo requiera, en todo caso, la comprobación que ha existido un peligro efectivo para un bien jurídico personalísimo.

No obstante, y como revisaremos a continuación, existen hipótesis de realización de la acción típica donde la idea de peligro que un incendio puede significar es establecida en abstracto, es decir, se establece con independencia al caso concreto en que haya existido o no un peligro efectivo hacia tales bienes jurídicos.

³⁷⁹ Así, el Artículo 482 del Código Penal señala: “*El culpable de incendio o estragos no se eximirá de las penas de los artículos anteriores, aunque para cometer el delito hubiere incendiado o destruido bienes de su pertenencia.*”

Pero no incurrirá en tales penas el que rozare a fuego, incendiare rastros u otros objetos en tiempos y con circunstancias que manifiestamente excluyan todo propósito de propagación, y observando los reglamentos que se dicten sobre esta materia.” (los subrayados son nuestros).

En este sentido, cabe recordar aquí la opinión aportada por BUSTOS, en cuanto a que las mayores restricciones a la intervención punitiva del Estado han de producirse respecto de los bienes jurídicos colectivos - como es el caso del ordenamiento constitucional democrático -, en virtud de que una amplia intervención comportará como efecto el cierre del sistema. Aunque los bienes jurídicos colectivos son importantes, una excesiva protección en relación a ellos, más allá de lo fundamental para la atención de las necesidades de todos los miembros de la sociedad o de un colectivo, sólo es expresión de la tendencia autoritaria de un régimen³⁸⁰. Asimismo, y en consideración del principio de proporcionalidad como estándar de legitimación del *ius puniendi*, la aplicación de un estatuto tan lesivo como es el que regula y sanciona los delitos terroristas debe estar guiada por un criterio restrictivo.

Ahora bien, se ha esgrimido en doctrina que el fundamento de la punibilidad del incendio no se vincula a la protección de la propiedad, sino en la protección de los miembros de la comunidad frente al peligro que implicaría para las personas, y eventualmente para la propiedad, dicho siniestro. Esto en virtud de la tipificación del incendio o estrago de cosa propia en el inciso 1º del artículo 482 del CP³⁸¹.

Si bien el argumento establecido es dogmáticamente correcto y, más aún, compartido en lo esencial por gran parte de la doctrina³⁸², no deja de ser cierto que la incriminación de todo incendio como terrorista por la sola realización de éste con alguna de las finalidades exigidas en la LCT debido al peligro que implicaría para las personas, manifestado en su autonomía y en el hecho que su curso y progreso no dependa de la voluntad del que lo ha iniciado, es bastante absurdo. Así quien prende fuego a mieses o a un sitio eriazado de las mencionadas en el art. 476 N° 3 sin peligro alguno para las

³⁸⁰ BUSTOS, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos...* 1989, pp. 200 y ss. En igual sentido VILLEGAS, Myrna. *El derecho penal del enemigo...* 1989, p. 45.

³⁸¹ BASCUÑAN, Antonio. *Informe en derecho...* sin publicar, pp. 32 y ss. Dicho autor argumentará que “de esta referencia se desprende necesariamente que la protección de la propiedad no puede ser el fundamento de la punición de los delitos de incendio y estragos, puesto que por definición el atentado contra cosa propia no puede constituir un delito contra la propiedad, pues la destrucción de cosa propia no es sino manifestación de la facultad de disposición implicada en el derecho de dominio, de modo tal que un atentado contra cosa propia, en cuanto tal, configura un supuesto de ejercicio y no de lesión del contenido fáctico del poder correlativo a la posición jurídico-formal de propietario, o sea, de la propiedad en tanto objeto de protección jurídico-penal.”

³⁸² CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III, Editorial BOSCH, Barcelona, 1952, pp. 894 y ss. BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal Parte Especial...* 1991, p. 244. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*, T. III. 1997, p. 462.

personas, con el fin de atemorizar a un poblado no puede ser calificado de terrorista por cuanto no demuestra un irrespeto o desprecio absoluto hacia la vida e integridad de las personas.

En este sentido, no debemos olvidar que el terrorismo forma parte, directamente, de los denominados crímenes contra la humanidad, esto es, actos de barbarie ultrajantes para la conciencia humana tales como el genocidio y los crímenes de guerra, la esclavización, las ejecuciones de opositores políticos, la desaparición de detenidos políticos, la tortura sistemática, el exilio indefinido y la segregación y discriminación institucionalizada por motivos políticos, de conciencia, raza, sexo o cualquier otra índole³⁸³. Por tales razones, concordamos plenamente con ZALAQUETT cuando apunta que los ataques contra la propiedad que se realizan con las precauciones necesarias para circunscribir sus efectos no se corresponden con conductas tildadas de terroristas, quedando sujetos a la legislación común a título de daños, estragos o, como en el particular, al delito de incendio común³⁸⁴. Un argumento basado en la incontrolabilidad del fuego nos llevarían insalvablemente a los absurdos ya consignados.

Cabe recordar asimismo que, como consecuencia de las exigencias alternativas del art. 1º de la LCT, no existen delitos terroristas culposos.

- **Tipo subjetivo.**

Debido a que el delito en cuestión representa, en esencia, un delito de lesión o de resultado, tanto porque se encuentra ubicado entre aquéllos que atentan contra la propiedad (título IX del CP), como por el hecho que su característica es la destrucción o deterioro de una cosa por el fuego, sin perjuicio que en los casos analizados se considere además la lesión o muerte de personas o el peligro hacia la seguridad pública³⁸⁵; en todos los casos se requiere la presencia del dolo genérico, en tanto conocimiento y voluntad de querer afectar la propiedad.

³⁸³ GARCÍA ARÁN; FERRÉ OLIVE, et al. *Contra la Impunidad...* 1998, pp. 40 y ss.; DOMINGUEZ VIAL, Andrés. “*Terrorismo y...*”, p. 13.

³⁸⁴ ZALAQUETT, José. *Conceptualización del Terrorismo...* 1990, p. 117.

³⁸⁵ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo. IV. 2000, p. 400.

Sin embargo, en las figuras tipificadas en los arts. 474 y 475 se hace referencia a una necesaria previsibilidad, no precisamente de la muerte o mutilación, sino de la presencia de las víctimas: el art. 474 habla de causar la muerte o mutilación de miembro importante o lesión grave por parte del agente “*de una o más personas cuya presencia pudo prever*” (el subrayado es nuestro). Por su parte el art. 475 N° 1 prescribe el hecho de causar un peligro concreto para las personas “*siempre que el culpable haya podido prever*” (el subrayado es nuestro) la presencia de una o más personas en el lugar del siniestro. Si el hechor no previó tal presencia, pese a ser previsible, se trataría de un caso de preterintencionalidad, pues estaría en culpa inconsciente en relación al resultado. Si previó la presencia, pero no quiso la muerte, estará en culpa consciente o dolo eventual con respecto al resultado. Si el incendio fue sólo un medio para procurar la muerte, habrá concurso de delito entre incendio (simple) y homicidio (con toda probabilidad, calificado)³⁸⁶.

Así las cosas, y aún cuando el elemento subjetivo en los delitos de terrorismo sólo abarcarán hasta la concurrencia de dolo eventual en relación a bienes personalísimos (esto por la presencia de los elementos subjetivos de lo injusto que condiciona a los delitos de terrorismo como tipos exclusivamente dolosos); o en otros términos, que el sujeto tenga conocimiento de la probable presencia de una o más personas en el lugar del incendio y, por tanto, el sujeto no puede menos que representarse como posible el resultado de muerte o lesiones como consecuencia del siniestro, mas asume dicho resultado dando curso a la acción³⁸⁷, esto es, una “aceptación” del resultado de afectación de los bienes jurídicos en cuestión (vida, integridad física) como consecuencia *probable* del siniestro; llama la atención la confusión dogmática de la que hacemos mención al establecer como delito base susceptible de calificar como terrorista, un delito común que admite como adecuación típica la hipótesis culposa en su comisión. Racionamiento que, junto con los que llevaremos a cabo en las páginas siguientes, permiten elaborar consistentes argumentos para considerar, de *lege ferenda*, la tipificación autónoma del delito de incendio terrorista.

³⁸⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III 1997, pp. 468 y ss. Igual postura GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV, 2000, pp. 406 y ss. Para este último “es suficiente la culpa respecto de esos resultados no perseguidos por el autor”.

³⁸⁷ BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II 1991, pp. 181 y ss.

Cuestión aparte representa el inciso final del art. 474 que se refiere a la situación extrema de que la lesión o muerte de una persona que se hallare a cualquier distancia del lugar del siniestro sea consecuencia de las explosiones provocadas por el incendio. Para el profesor GARRIDO MONTT, tal norma “importa una peligrosa inclinación a castigar por el resultado y no por la culpabilidad”³⁸⁸.

Finalmente, y para la calificación de la conducta como terrorista, deberá concurrir junto con el dolo, y matizándolo, alguna de las finalidades alternativas y que técnicamente corresponden a elementos subjetivos específicos de lo injusto que otorgan un mayor disvalor a la conducta, ya sea que el agente busque con su accionar la creación de un estado de temor en la población, o bien imponer exigencias o arrancar resoluciones a la autoridad. Es decir, elementos subjetivos de tendencia interna intensificada.

- **Consumación.**

Los delitos de incendio terrorista se consumarán con la sola comprobación del resultado de peligro para el bien jurídico colectivo. Inclusive, en ciertos casos bastará con la sola cuasación de un peligro abstracto, prescindiendo de toda lesión o puesta en peligro concreto de bienes personalísimos. De este modo, el abanico de hipótesis es el siguiente:

El caso del art. 2º Nº 1 de la LCT en relación con el art. 474 CP constituye un delito de lesión respecto a los bienes jurídicos inmediatamente afectados por los delitos de terrorismo (propiedad, vida, integridad corporal). El art. 474 se refiere “*al que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte de una o más personas cuya presencia pudo allí prever*” (inc. 1º) o bien “*cuando del incendio no resultare muerte sino mutilación de miembro importante o lesión grave*” (inc. 2º) Resultado lesivo que configura a su vez el peligro concreto que dicha conducta significa para el bien jurídico protegido en este tipo de delitos.

En el art. 2º Nº 1 de la LCT en relación con el art. 475 nº 1 CP se configura un delito de lesión para el bien jurídico propiedad y de peligro para las personas. Este peligro es concreto dada la proximidad de lesión de bienes jurídicos personalísimos producto que

³⁸⁸ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV, 2000, p. 408.

el incendio ha sido provocado en “*lugar habitado o en que actualmente pudiere haber una o más personas, siempre que el culpable haya podido prever tal circunstancia*” (el subrayado es nuestro). Esta proximidad de lesión hacia bienes más íntimos y entrañables de la persona, así como la indiferencia hacia aquéllos por parte del agente que se manifiesta en la producción de dicha situación de proximidad, determina la afectación y puesta en peligro concreto del bien jurídico colectivo protegido por la LCT.

En cuanto al tipo penal del art. 2º Nº 1 de la LCT en relación con el art. 475 Nº 2 CP, nos encontramos frente a un caso similar al anterior, mas el peligro que se configura hacia los bienes personalísimos es del tipo abstracto, debido a que la incriminación penal presente en la legislación común no exige un resultado de peligro en relación a dichos bienes, sino que éste es presumido por la naturaleza del lugar afectado. Por tanto, el peligro creado en relación al bien jurídico colectivo se hace remoto e, incluso, en ciertos casos ilusorio. En efecto, la ley teniendo en cuenta la naturaleza de ciertos bienes, ha establecido una situación agravada en la que está ausente toda referencia a la previsión o previsibilidad por parte del autor. Por cierto, éste debe tener conocimiento de la naturaleza del lugar que incendia³⁸⁹.

No deja de sorprender, más allá de un cierto abigarramiento casuístico en que incurre el legislador, el establecimiento de una suerte de equiparación de espacios o sitios de tan diversa naturaleza para la configuración del tipo penal, precisamente sobre la base de la naturaleza del lugar. Así, se menciona en el numeral 2º del art. 475 del CP como lugares idóneos para la configuración del ilícito, “buques mercantes cargados con objetos explosivos o inflamables, buques de guerra, arsenales, astilleros, almacenes fabricas o depósitos de pólvora o de otras sustancias explosivas o inflamables, parques de artillería, maestranzas”; para más adelante referirse a “museos, bibliotecas, archivos, oficinas o monumentos públicos”, cuya significación en relación a la seguridad común no tiene comparación con los demás casos³⁹⁰. Finaliza el artículo con la referencia genérica “u otros lugares análogos a los enumerados”.

³⁸⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III 1997, p. 469.

³⁹⁰ BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II 1991, p. 245. Aquí el autor citado hace referencia al artículo 547 del antiguo Código Penal español, el cual si bien no es idéntico al artículo 475 Nº 1 de nuestro Código, adolecía de idéntica falencia en su redacción.

Evidentemente, es preciso establecer una distinción: la primera parte alude a lugares que por su condición altamente inflamable representa un serio peligro para la comunidad³⁹¹, sin embargo al referirse a buques de guerra, arsenales, astilleros, pensamos que dichas circunstancias dicen relación más bien a actos contra la seguridad interior o exterior del Estado y no precisamente actos de terrorismo, que como ya hemos dicho, deben ser vinculados más bien con la noción de derechos humanos fundamentales. En cuanto a la segunda parte, la agravante se fundamenta en el daño o peligro que se produce para con el patrimonio cultural de la comunidad o el correcto funcionamiento de la administración pública, es decir, hace referencia a la utilidad social del lugar incendiado³⁹².

Como se ha adelantado, estimamos que, más que la creación de un peligro común o el daño a la comunidad en virtud de la utilidad pública del lugar, lo trascendental en los delitos de terrorismo es su constitución como ataque frontal y sistemático en contra de los derechos humanos que comprende una agresión simultánea, no sólo hacia a la víctima sino para toda la humanidad³⁹³. Agresión que entendemos debe encontrarse establecida en relación a lesión o peligro concreto hacia bienes personalísimos. De ahí que de *lege ferenda*, el tipo penal del art. 745 N° 2 como delito base susceptible de calificar como delito terrorista, sea examinado críticamente. Esto, ya que como hemos corroborado, se trata de un delito de mera actividad en relación a los derechos pertenecientes a la indemnidad personal al no exigir, en el caso concreto, la producción de un peligro cierto y efectivo para la vida, la integridad física o la salud de las personas para su consumación típica, lo que consideramos, empero, insuficiente para la afectación del ordenamiento constitucional democrático.

Dicho ésto, no vemos inconveniente alguno para establecer, en una propuesta de ley, el resguardo de determinados lugares en razón del *peligro concreto* que su destrucción mediante fuego importaría para las personas y sobre las cuales el agente no puede menos que estimar como muy probable su presencia, tales como teatros, iglesias u

³⁹¹ En este sentido ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, 1997, p. 469; GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV, 2000, p. 409; BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II 1991, pp. 244 y ss.

³⁹² ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III 1997, p. 470.

³⁹³ DOMINGUEZ, Andrés. *El poder y los derechos humanos...* 1998, p. 16.

otro edificio destinado a reuniones, siempre y cuando se exija la concurrencia de asistentes en sus dependencias al momento del siniestro.

Por último, en el caso del art. 2º Nº 1 de la LCT en relación con el art. 476 del CP se configura un delito de resultado respecto a la propiedad, estimándose como delito de peligro abstracto en relación a los bienes jurídicos personalísimos, castigándose la sola realización de la acción por la mera peligrosidad de la conducta. En efecto, el art. 476 del CP sanciona, con una penalidad bastante elevada³⁹⁴, situaciones que el legislador considera como peligrosas por sí mismas³⁹⁵.

El art. 476 Nº 1 sanciona *“al que incendiare un edificio destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado”*.

Por su parte, el art. 476 Nº 2 castiga *“al que dentro de poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aun cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación”*.

En los numerandos antedichos, ocurre una situación similar con la establecida en el art. 475 Nº 2 primera parte, es decir, constituyen delitos contra la seguridad común en virtud de la naturaleza del lugar incendiado, sin embargo, aquí el peligro para las personas es aún más remoto con lo que se diluye todavía más la probabilidad de afectación de alguno de sus derechos fundamentales.

Al igual que en el artículo anterior, no observamos aquí la precisión dogmática requerida para una acertada configuración del delito de terrorismo. Las conductas prescritas por el art. 476 Nº 1 y Nº 2 encuentran su *ratio*, no en relación con el daño causado por las mismas, sino por el peligro intrínseco que conllevan para las personas en abstracto, de modo tal que no exigiría la afectación (lesión o peligro concreto) hacia bienes jurídicos personalísimos para su consumación, no obstante que precisamente es este daño indiscriminado, esta afectación lo que singulariza al terrorismo de otros tipos de violencia política y que lo hace acreedor del calificativo de crimen contra la humanidad. No vemos otro modo, para la correcta configuración de los delitos de terrorismo, que una

³⁹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III, 1997, p. 465.

³⁹⁵ GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV, 2000, p. 409.

adecuada descripción de la conducta cualificable, capaz de contener este desprecio absoluto respecto a la dignidad de las personas.

Por último, el art. 476 N° 3 establece idénticas penas “*al que incendiare bosques, mieses, pastos, montes, cierros o plantíos*”.

Ciertamente es esta disposición la que suscita las mayores reticencias, a nuestro parecer, para la correcta adecuación típica de los delitos de terrorismo al ampliar de un modo exagerado el ámbito de punibilidad de la LCT en expresa vulneración de los principios de lesividad y proporcionalidad. Así, en principio la ley penal común toma en consideración para la aplicación de tan elevada penalidad, “la significación económica de los objetos y la particular facilidad de propagación del fuego, además de la mayor dificultad en combatirlo”³⁹⁶, y no necesariamente el peligro que representa para las personas o a la comunidad. A este respecto, cabe consignar que solamente el 5% de los casos de incendios de bosques acarrea este peligro³⁹⁷, no logrando dilucidarse la equiparación de situaciones tan disímiles bajo idéntica incriminación³⁹⁸.

La situación es bastante grave en relación a la Ley 18.314 que estima como delito base calificable como conducta terrorista la sancionada en el art. 476 N° 3 prescindiendo incluso de la creación de un peligro hacia las personas o a la comunidad para su configuración, siendo suficiente la afectación de la mera propiedad privada, lo cual no deja de sorprender al reconocer que éste es el único delito violento dentro de la LCT que no implica una amenaza directa o deliberada contra dichos bienes³⁹⁹. Es interesante recordar, asimismo, que precisamente por este ilícito es por el cual gran parte de comuneros *mapuche* involucrados en actos de protesta social violenta en el sur del país, han sido incriminados bajo penas tan altas como las que suponen los delitos de terrorismo.

La verdad no entendemos este exceso de protección hacia el bien jurídico propiedad a través de una incriminación tan agravada como la LCT. Más todavía cuando

³⁹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III 1997, p. 465.

³⁹⁷ VILLEGAS, Myrna. *El derecho penal del enemigo...* sin publicar, p. 24.

³⁹⁸ Una posible respuesta está en la sobreprotección al bien jurídico propiedad, llegando a los extremos ya señalados en el Capítulo II.

³⁹⁹ VILLEGAS, Myrna. *El derecho penal del enemigo...* sin publicar, p. 27.

constatamos que este tipo de delito se encuentra suficientemente sancionado por la propia legislación penal común⁴⁰⁰.

Por otra parte, y como ya se ha establecido⁴⁰¹, debemos tener presente que los delitos de terrorismo forman parte de los denominados crímenes contra la humanidad, esto es, actos de barbarie ultrajantes para la conciencia humana y que conforma un tipo de violencia política que se distingue por su carácter indiscriminado atentatorio esencialmente en contra los derechos humanos fundamentales de un modo masivo y sistemático, es decir, la violación de derechos pertenecientes a la indemnidad de la persona, a saber, la vida, la integridad física, la salud y la libertad personal. Sólo mediante su afectación será posible lesionar o poner en peligro (concreto) el bien jurídico colectivo que subyace a la regulación de los delitos de terrorismo: alterar el ordenamiento constitucional democrático.

Sostener en la actualidad que la propiedad es parte de estos derechos humanos fundamentales pertenecientes a la indemnidad personal, revela un desconocimiento absoluto (acaso deliberado) del desarrollo doctrinario, jurisprudencial y legislativo llevado a cabo en torno a la materia con posterioridad a la finalización de la segunda guerra mundial. En efecto, y de la sola lectura de los principales documentos suscritos por las Naciones Unidas, se desprende la ausencia de cualquier referencia a un derecho de propiedad absoluto, pleno y actualmente exigible, e imposible de suspender o restringir, como sí ocurre con la vida o la integridad física.

En consecuencia, y en vista de lo anterior, no parece adecuarse al concepto de terrorismo la protección del bien jurídico propiedad cuando ello no implique un peligro concreto para los bienes de mayor entidad, considerados como más íntimos y entrañables de la persona, como los señalados de modo taxativo. Una posición contraria que permita la protección de la mera propiedad significa desconocer la naturaleza misma del terrorismo.

⁴⁰⁰ En el artículo 476 la pena es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es, 5 años y un día a 20 años. Pena similar a la del homicidio simple, y aún con penalidades más altas. El homicidio simple es castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es, hasta 15 años.

⁴⁰¹ Véase Capítulo III.

De ahí que la vigencia del numerando 3º del 476 CP sea, de *lege ferenda*, altamente cuestionable.

- **Penalidad.**

En virtud de la regla establecida en el art. 3º, la pena es determinada en función del delito cometido. La penalidad asignada a éste como figura común debe ser aumentada en uno, dos o tres grados. Lo anterior de acuerdo y en conformidad con el principio de proporcionalidad.

- **La doble incriminación.**

Al igual que en todos los casos a analizar, existe una vulneración al principio del *non bis in ídem*, toda vez que el incendio conforma un elemento integrante del injusto penal del art. 2 nº 1, y como eventual medio de comisión del mismo establecida en la presunción recogida en el art. 1º nº 1 LCT.

16.- PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* EN RELACIÓN A LOS DELITOS DE TERRORISMO CONTRA LA PROPIEDAD. REFORMA A LA LEY 18.314.

En vista y consideración,

1° Al análisis teórico y dogmático llevado a efecto a lo largo de la presente investigación, que pone de manifiesto la deficiente redacción de la legislación en comento en lo que respecta a la adecuada delimitación de los bienes jurídicos (individuales y colectivos) que se pretende tutelar, lo que deriva de una errada concepción de la naturaleza misma del terrorismo en cuanto fenómeno histórico y social, en consideración al carácter prominentemente atentatorio contra los derechos inherentes a la dignidad humana y, en fin, el desconocimiento de la finalidad política propia de este tipo de delincuencia que ha concluido en la criminalización de actos de protesta social violenta asociado a legítimas reivindicaciones territoriales por parte del pueblo *mapuche*;

2° Al pronunciamiento negativo de diversos organismos internacionales de Derechos Humanos acerca de la aplicación extensiva de la Ley antiterrorista en nuestro país ante situaciones que no revisten necesariamente tal carácter, conculcando derechos y garantías individuales mínimas recogidas tanto por nuestra Constitución como por instrumentos internacionales ratificados por Chile, señalando, a grosso modo, que en Chile se violan los derechos humanos y se discrimina a este pueblo; hace necesario precisar con suficiente sutileza lo que debe entenderse por conductas terroristas, distinguiendo circunstanciadamente cada una de ellas, posibilitando el resguardo eficaz de los bienes jurídicos que se pretende proteger.

En consecuencia, y de *lege ferenda*, se propone la siguiente tipificación:

Artículo 1°: Constituirán delitos de terrorismo los enumerados en el artículo 2° cometidos por organizaciones ilícitas terroristas o por integrantes de ellas contra la vida, la integridad física, la salud o la libertad, concurriendo en su accionar las circunstancias siguientes:

1ª Que el delito se cometa con la finalidad de alterar el ordenamiento constitucional democrático mediante la creación e instrumentalización de un estado de temor,

inseguridad o alarma en la población o en parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie.

2ª Que el delito sea cometido mediante armas, artificios o medios de alto poder catastrófico, ya sean nucleares, explosivos, incendiarios, tóxicos, biológicas, químicas, corrosivos, infecciosos u otros de igual capacidad destructiva.

Artículo 2º: constituirán delitos de terrorismo, cuando reunieren las características señaladas en el artículo anterior:

Nº 3. Los de incendio, estragos o colocación, lanzamiento o disparo de artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten la vida o la integridad física de las personas, o que puedan afectarlas al ser ejecutadas en lugares de uso público, instalaciones públicas o de gobierno, redes de transporte público o, en general, cualquier instalación de infraestructura -pública o privada- que se utilice para prestar o distribuir servicios al público.

CONCLUSIONES.

1.- El tratamiento del “conflicto *mapuche*” necesariamente plantea como cuestión previa el entendimiento de sus orígenes y la situación en que se encuentran en la sociedad actual. Es así que el primer aspecto que se revela en este sentido, es el cambio drástico que ha sufrido la sociedad *mapuche* posterior a la llegada de los españoles, tanto en su organización territorial como social.

Otro antecedente, es el establecimiento de un concepto que nos entregue los delineamientos básicos de lo que significa ser *mapuche*. Tanto los intentos de los Censos de 1992 y 2002, como la Ley 19.253 han sido insuficientes en este sentido, pero no infructíferos, ya que pusieron sobre la palestra nuevamente la discusión del tema *mapuche*. De esta manera, se entiende como *mapuche* aquellas personas que viven o que nacieron en comunidades *mapuche*, así como sus hijos, nietos y otros descendientes directos que estuvieron involucradas en el proceso histórico de reducción de la población de dicha etnia y que están presentes en las causas tendientes a la resistencia cultural.

2.- Se reconoce como postura más aceptable sobre el origen del pueblo *mapuche* la teoría propuesta por el profesor BENGUA, quien señala que éste se habría originado de distintas agrupaciones, tanto nómades como sedentarios, que a través de miles de años poblaron el territorio actual de nuestra Nación.

3.- Respecto a la ubicación actual del pueblo *mapuche*, ésta se puede subdividir en tres áreas: población *mapuche* que habita en comunidades, la que habita en zonas tradicionales, y la correspondiente a zonas no tradicionales, siendo la predominante esta última, integrada principalmente por lo que se conoce como el grupo de los “*mapuche* urbanos”.

4.- La organización social y económica *mapuche*, tanto histórica como actual, se caracteriza principalmente por la desigualdad e inequidad existente en comparación con el resto de la población nacional. Este aspecto lo confirman los Censos nacionales de 1992 y 2002, así como diferentes encuestas, entre ellas Casen y de Estudios Indígenas. En estos instrumentos se enfatizan principalmente los aspectos educacionales, de

pobreza y de ingresos, y en todos éstos la diferencia se hace palpable en alrededor del cien por ciento respecto del resto de la población nacional.

En base a lo anterior se hace imprescindible un diálogo permanente en el tratamiento de este conflicto bajo el prisma de los diferentes actores de la sociedad, partiendo por el propio Estado chileno, así como los demás estamentos, tanto públicos como privados. En este sentido, estimamos incorrecto la denominación de esta coyuntura con el apelativo “conflicto *mapuche*”, en cuanto se trata de una denominación equívoca, ya que los conflictos por tierras en el sur de Chile involucran, al igual que todo conflicto, a más de una parte, en este caso a las comunidades *mapuche*, a los empresarios agrícolas y forestales que se asentaron en su territorio ancestral, y al Estado chileno, que con su legalidad y política pública ha avalado la apropiación de tierras y recursos naturales de los *mapuche*.

6.- La materialización del discurso tendiente a la recuperación de tierras del pueblo *mapuche* se da en un ámbito atomizado de organizaciones, siendo las más importantes el Consejo de Todas las Tierras, la Comunidad Territorial Lafquenche y la Coordinadora Arauco Malleco. Algunos más radicalizados que otros, todos por igual confluyen en el entendimiento de las injusticias que se producen contra el pueblo *mapuche*.

Si bien la organización es atomizada, nos parece poco coherente exigirle al pueblo *mapuche* una organización más estructurada y global, ya que lo anterior atentaría directamente contra la esencia de éste, en razón que históricamente la sociedad *mapuche* se agrupa en base a tribus y nunca ha existido confluencia mayor que albergara algún poder político.

7.- Para una comprensión fiel y acabada de la “Cuestión *Mapuche*” es primordial la consideración, como elemento consustancial a éste, del conflicto sobre la propiedad de territorios ancestrales y las demandas que sobre aquéllos sustentan los *mapuche*, como variable imprescindible a la hora de entender las profundas raíces sobre las que se estructura esta compleja problemática. En este sentido, importante es conservar un justo concepto de las legítimas reivindicaciones de este pueblo, en tanto existe un amplio consenso en el derecho internacional a este respecto – del cual Chile no puede

permanecer al margen –, donde los derechos propietarios indígenas sobre sus tierras y recursos encuentran altos grados de reconocimiento.

8.- Ratificado por prácticamente la totalidad de los Estados Latinoamericanos, el convenio N° 169 de la OIT constituye un amplio consenso internacional sobre la materia, al recoger una serie de estándares mínimos en torno a los derechos de los pueblos indígenas, gozando de una reconocida autoridad y aceptación, siendo asumidos plenamente por diversas instancias internacionales. El Convenio N° 169 se fundamenta en el respeto de las culturas e identidades indígenas, así como en los principios de participación y consulta a estos pueblos en relación con todas las actuaciones públicas susceptibles de afectarles directamente. Asimismo, incluye disposiciones relativas a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, instrucciones que consagran derechos y principios de amplia aceptación en el derecho internacional y comparado, incluyendo el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente, y los derecho de acceso, uso y gestión de los recursos naturales.

9.- Así también, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sistematizado la doctrina internacional acerca de los derechos de propiedad indígena postulando que, en virtud de los principios jurídicos internacionales generales aplicables en este contexto, incluyen:

a) el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;

b) el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y

c) en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien.

10.- Desafortunadamente para nuestros pueblos originarios, en particular para el pueblo *mapuche*, la relación con el Estado chileno ha sido trazada históricamente en base a una constante incompreensión que ha redundado en discriminación, violencia y represión. Así, la propia Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, creada en 2003 bajo el gobierno del presidente Ricardo Lagos, concluyó: “[...] el Estado chileno ha sido el principal actor y responsable de las políticas que se han desarrollado en torno de la sociedad *mapuche*. Todas las consecuencias que implicó la ocupación militar de La Araucanía, constituyen el origen de la situación actual del pueblo *mapuche*[...] El Estado chileno, al optar por esta integración forzada y violenta [...] origina buena parte de los actuales conflictos territoriales *mapuche*: una doble pérdida, tierras y autonomía que tiene un eje común: el no reconocerlos como pueblo”,

11.- Dicha incompreensión, si bien se ha visto menguada en la última década, está lejos de ser superada a la luz de los estándares mínimos reconocidos internacionalmente. En efecto, a partir de la transición democrática, los indígenas de nuestro país han centrado sus demandas y reivindicaciones en tres ejes centrales: reconocimiento constitucional, ratificación del Convenio N° 169 y elaboración de una legislación especial adecuada a los actuales parámetros ya señalados. En cuanto a los dos primeros requerimientos, sus expectativas han sido frontalmente truncadas; rechazadas en varias oportunidades por el parlamento debido principalmente a las críticas efectuadas por la derecha política, no se vislumbra, en el futuro cercano, una opción real para su concreción.

En lo que respecta al estatuto legal especial referente a pueblos y comunidades originarias, el año 1993 fue aprobada la Ley 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Dicha legislación se enmarca dentro de una concepción paternalista, propia de otro ciclo histórico que la circunscribe muy por debajo de los estándares mínimos reconocidos. Así, en el tema específico de tierras y recursos estableció un estatuto limitado de reconocimiento y protección de tierras indígenas, y desconoce derechos sobre recursos, lo cual obviamente deja en una situación de indefensión a los pueblos indígenas, más aún en un modelo económico neoliberal que incentiva y favorece las exportaciones de recursos naturales. Particularmente, el pueblo *mapuche* se encuentra constantemente presionado por la industria forestal, la cual ve en el archipiélago de comunidades indígenas una limitación para su expansión.

12.- En lo atinente a este último punto, cabe recordar que durante los gobiernos democráticos se ha tendido al perfeccionamiento del modelo económico y a la conducente reclasificación y reestructuración territorial implantada durante el régimen militar e íntimamente ligada a la nefasta situación actual de esta etnia. En este sentido, basta mencionar que en la actualidad Chile ocupa el segundo lugar mundial de superficie plantada, y tras los acuerdos de libre comercio con EEUU, Corea, Japón y la Unión Europea, la industria forestal se proyecta como el segundo sector exportador del país, y la superficie plantada se ampliará aún más.

13.- Otro aspecto a considerar en cuanto a la propiedad como elemento esencial del conflicto, dice relación al desencuentro entre cosmovisiones distintas, inclusive contradictorias. Efectivamente, la centralidad de la propiedad en los sistemas jurídicos occidentales es demasiado obvia, configurando no sólo la base de las sociedades capitalistas modernas, sino además su motor: la propiedad de la tierra es un derecho civil que se tiene sobre una cosa que corresponde a un individuo determinado (propietario) y que le permite disponer de ella de manera exclusiva erga omnes. De ahí el principio del derecho civil de libre circulación de los bienes. Por el contrario, si bien el *mapuche* logra intuir medianamente un concepto de propiedad privada de carácter económico (estos animales y este arado son “míos”, por ejemplo), dicha situación cambia sustancialmente al referirse a la tierra. Ésta no sólo es una fuente que permite la subsistencia económica, sino que es un elemento de su cultura, religiosidad y sociabilidad. La tierra deja de ser un bien apropiable individualmente; de este modo, la tierra es escenario del desenvolvimiento de la espiritualidad *mapuche*, espacio donde se realizan y elevan una serie de rogativas y rituales. En efecto, la denominación “gente de la tierra” (Mapu = tierra; Che = gente) con la cual ellos se distinguen en el sistema social, no obedece, ciertamente, a una simple casualidad.

14.- Siguiendo estas pautas no es difícil reconocer en nuestro ordenamiento jurídico nacional que la propiedad se encuentra en una clara situación de sobreprotección, lo cual se refleja en dos aspectos: la regulación sistemática en nuestro ordenamiento nacional de instituciones que la cautelan y la resguardan, y la desproporcionalidad de las penas en relación a otros delitos de igual o mayor envergadura.

15.- Esta regulación extensiva se hace presente desde la mismísima Constitución Política de la República, pasando por la mayoría de los cuerpos normativos, tales como el Código Penal, Código Civil, Código de Minería y leyes especiales, como la Ley que sanciona las Conductas Terroristas y la Ley de Seguridad Interior del Estado.

16.- Respecto de estas últimas leyes especiales, en ambas las penas de los delitos contra la propiedad se aumentan y, lo que es más preocupante, da pie para que se utilicen con mayor frecuencia por móviles políticos que los estrictamente jurídicos, como es el caso de la cuestión *mapuche*, donde se hace patente la aplicación de leyes de excepción para la represión y contención social de un conflicto altamente complejo por sobre lineamientos de política criminal concordante a un Estado democrático.

17.- Asimismo, la desproporcionalidad de penas a que aludimos se hace evidente al confrontar la alta penalidad de los delitos atentatorios contra la propiedad, por una parte, y los delitos que atentan contra los bienes jurídicos esenciales del ser humano, como la vida y la integridad física, por otra. Así verbigracia, las penas prescritas para el robo con fuerza en las cosas son mayores que las estipuladas para el delito de lesiones gravísimas.

18.- En este marco, se ha venido aplicando sistemática y sostenidamente la normativa penal contra ilícitos llevados a cabo por comuneros *mapuche* en un contexto de protesta social violenta, asociado a un legítimo discurso reivindicatorio de tierras ancestrales. Represión penal que se ha visto incrementada en el tiempo en base a una política enfocada no en la comprensión y solución de la problemática de fondo y sus orígenes, sino más bien en su contención y persecución penal, que lejos de solucionar el conflicto ha significado un aumento de las movilizaciones y el recrudecimiento de los enfrentamientos. Así, podemos observar cómo, desde la aplicación de la legislación penal común y sólo en el período de democracia actual, el gobierno de Eduardo Frei (1994-2000) inició enjuiciamientos en contra de *mapuche* por infracción a la Ley de Seguridad del Estado, finalizando durante el gobierno de Ricardo Lagos (2000-2006) con la aplicación de la legislación antiterrorista. Esta última, duplica las condenas normales para algunos delitos, dificulta la libertad provisional, permite que el Ministerio Público retenga pruebas a la defensa durante un plazo de hasta seis meses, y que los acusados sean condenados basándose en el testimonio de testigos anónimos.

19.- Los delitos por los cuales se han formulado acusaciones e iniciado procesos penales en virtud de ésta última ley, son amenaza e incendio terrorista, asociación ilícita terrorista, lanzamiento de bombas y artefactos explosivos. Hasta esta fecha, se han llevado a cabo al menos diez juicios penales en los cuales se ha invocado la Ley 18.314 en contra de *mapuche*. La mayoría de los actos ilegales cometidos por *mapuche* son delitos contra la propiedad que no revisten graves violaciones contra las personas, en relación tanto a su integridad física y psíquica, como a sus derechos humanos fundamentales.

20.- Consecuencia de lo anterior, esto es, la aplicación sistemática y sostenida de la normativa penal, en particular, la incriminación bajo la legislación antiterrorista, se ha contribuido al desprestigio del discurso reivindicatorio y de su legitimidad producto de la connotación negativa absoluta que representa el concepto de terrorismo y la atribución de éste al pueblo *mapuche*, conllevando costosas consecuencias sociales y contribuyendo a reforzar pautas históricas de discriminación y estigmatización de las personas pertenecientes a este pueblo.

21.- El término terrorismo no posee un concepto ontológico generalmente aceptado. No obstante lo anterior, es posible realizar una aproximación terminológica respecto a sus características esenciales, desarrolladas fundamentalmente en doctrina:

- a) El terrorismo se manifiesta mediante la violencia que se exterioriza a través de conductas que en sí mismas constituyen delitos comunes.
- b) Tales conductas se distinguen por el carácter indiscriminado que revisten en consideración tanto a los medios empleados idóneos para afectar los bienes jurídicos individuales ya mencionados, como al resultado producido.
- c) Dichas conductas poseen la capacidad de provocar un estado de alarma o terror en la población o en parte de ella. Elemento que, sin embargo, carece de utilidad desde un punto de vista jurídico, dado su indeterminación objetiva respecto a su dimensión o grado.

- d) Presencia de un elemento teleológico constituido por la finalidad política de alterar el régimen constitucional del Estado democrático.
- e) Existencia del elemento estructural, por cuanto terrorismo es violencia sistemática y estratégica que le dan la característica de táctica predominante o “método tendencialmente exclusivo”.

22.- Nuestra jurisprudencia, sin embargo, se ha alejado de los actuales desarrollos doctrinarios en esta materia, atendiendo más bien a criterios subjetivos basados en la producción de un estado de temor o inseguridad en la población por parte de las conductas para su calificación de terroristas, desestimando los sólidos argumentos efectuados en contra de dichos criterios, lo cual ha significado la ampliación excesiva del ámbito de punibilidad hacia conductas que no revisten tal carácter, en particular en la criminalización de actos de protesta social violenta llevada a cabo en el marco de la “Cuestión *Mapuche*”, situación evidenciada y denunciada por diversos organismos internacionales para la protección y respeto de los Derechos Humanos.

23.- La Ley de Conductas Terroristas N° 18.314, al igual que la gran mayoría de la legislación comparada, no posee un concepto ontológico de terrorismo. En efecto, dicha ley establece una serie de delitos comunes cualificados de terroristas al concurrir en su comisión la finalidad de causar temor en la población o en parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie, o bien la finalidad de arrancar resoluciones a la autoridad (art. 1°).

La actual redacción de la legislación antiterrorista deriva de las reformas introducidas el año 1991 (Ley N° 19.027) ante el advenimiento de la democracia y la necesidad de adecuar la normativa al nuevo contexto. Sin embargo, la redacción vigente adolece de serias deficiencias, en particular en cuanto al elemento teleológico y estructural. Respecto a este último, la LCT admite el denominado terrorismo individual al tipificar autónomamente la asociación ilícita terrorista, posibilitando una doble incriminación por la comisión de un delito terrorista llevado a cabo por un grupo de individuos concertados, vulnerando el principio de *non bis in ídem*.

En lo que respecta al elemento teleológico, la prescindencia de la finalidad política determina la improcedencia de una adecuada delimitación del bien jurídico protegido, con las evidentes consecuencias que dicha situación representa para la vulneración de los principios de legalidad, lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.

24.- Bienes jurídicos son relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno. Estimamos que el concepto de necesidad humana por su carácter no abstracto y su relación con la idea de valor, aparece como criterio guía de selección dentro de una sociedad democrática, toda vez que su satisfacción se encuentra determinada por las condiciones de participación del individuo en el proceso político, económico y cultural consustancial a un Estado de derecho.

25.- En particular, en los delitos de terrorismo este criterio se entiende en la satisfacción de los derechos humanos y su realización, cuya validez se basa en el consenso que idealmente ha de alcanzar su respeto en la legitimación del poder político de un sistema democrático. La relación social concreta que se pretende tutelar en este tipo de legislación corresponderá a las relaciones de convivencia democrática estimadas como esenciales para su desarrollo, que presuponen el respeto a los derechos humanos de participación ciudadana en la vida nacional mediante la existencia de los cauces institucionales, enmarcada en una política social auténticamente democrática. Luego, el bien jurídico protegido no será otro que el *ordenamiento constitucional democrático* entendido como organización social que mejor responde a las necesidades de la promoción integral de la persona.

26.- La afectación del ordenamiento constitucional democrático necesariamente resulta de la vulneración de ciertos bienes jurídicos individuales, en la medida que son utilizados como instrumento o vehículo para el menoscabo del bien jurídico colectivo de mayor entidad, mediante la comisión de delitos comunes calificables de terroristas si concurren en su realización determinadas finalidades. Así, y de *lege data*, los bienes jurídicos tutelados por la LCT serán la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la propiedad. Ello por cuanto tales son los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales comunes. De ahí la naturaleza dual del bien jurídico que se pretende proteger por esta ley.

27.- La gravedad de los delitos de terrorismo hace insoslayable la observancia al carácter de última ratio y al carácter fragmentario del derecho penal. En consecuencia, los delitos de terrorismo no pueden proteger todos los bienes jurídicos sino sólo los más importantes y frente a los ataques más graves. Así, y de acuerdo a los argumentos esgrimidos, el terrorismo es la violación organizada y sistemática de derechos humanos fundamentales.

28.- Estimamos que los derechos humanos fundamentales se circunscriben a la vida, la integridad física, la salud y la libertad. Hablamos de un “núcleo esencial” de derechos absolutos y personalísimos caracterizados por la universalidad de su imputación, el carácter general y abstracto de su estatuto normativo así como su carácter indispensable e inalienable. Características todas que no encuentran espacio frente a un derecho de propiedad eminentemente singular y exclusivo, por esencia disponible y enajenable, que recuerda su sentido patrimonial. Por otra parte, los progresos llevados a cabo en materia de derechos humanos con posterioridad al término de la segunda guerra mundial, han dado forma a un rico acervo legislativo, doctrinario y jurisprudencial mediante la circunscripción por parte de la comunidad internacional de numerosos tratados multilaterales sobre el tema, fruto de una compleja elaboración doctrinal (neoconstitucionalismo) y el trabajo jurisprudencial de diversos organismos especializados.

29.- De un modo similar a lo acontecido con la Declaración de 1789, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 significó una generalizada convicción que domina a la gran mayoría de los seres humanos, acerca de la necesidad y conveniencia de rodear a todos los miembros de la sociedad de un halo de respeto y de reconocimiento de máximas posibilidades de desarrollo en un momento histórico determinado. Así, ya no es apropiado referirse al derecho de propiedad en los obsoletos términos decimonónicos de inviolable y sagrada. El art. 17 de la DUDH se refiere más bien a un derecho “a” la propiedad, de lo que se colige un verdadero derecho a todos los hombres al acceso, al uso y al aprovechamiento de los bienes del mundo, apoyándolos en su derecho a contar con un patrimonio mínimo o necesario.

30.- En definitiva, nos parece adecuado la circunscripción de los derechos humanos fundamentales dignos de una protección tan agravada, sólo hacia aquéllos considerados

como más íntimos y entrañables de la persona, a saber: la vida, la integridad física, la salud y la libertad. De lo contrario, se sustentaría la instrumentalización del derecho penal para el mantenimiento del *statu quo* económico y social, que por cierto no se corresponde con una configuración democrática de un sistema social.

31.- La propiedad sólo será materia de protección bajo la LCT en cuanto su lesión suponga la afectación de bienes jurídicos personalísimos, ya que no corresponde al derecho penal proteger esta clase de bienes jurídicos de manera absoluta, y sólo le es posible una protección selectiva de acuerdo a la función social.

32.- Entendemos por función social de la propiedad el goce y disfrute de aquélla en concordancia con el respeto del interés colectivo, derivado de una concepción moderna de la propiedad, entendida ya no únicamente como *derecho* sino en concordancia con un *deber* correlativo. Deber correlativo que debe vincularse a la satisfacción de derechos humanos fundamentales para la determinación o calificación adecuada de conductas que lesionen el bien jurídico propiedad como terroristas.

33.- Por lo demás, una propuesta como la señalada en esta investigación no representa una indefensión del bien jurídico propiedad. Considérese la ya exhaustiva y transversal protección dada por el ordenamiento jurídico en su integridad, no siendo el derecho penal común la excepción, inclusive – como ha quedado de manifiesto – de forma agravada. Mucho menos el incumplimiento por parte del Estado de Chile para con los Convenios y Tratados Internacionales sobre la materia. Por el contrario, la restricción del ámbito de punibilidad en la legislación antiterrorista, respecto a la exclusión de los delitos contra la propiedad sin afectación a los bienes jurídicos más trascendentales, constituye un valioso avance en materia de derechos humanos, en cuanto a su respeto efectivo más allá de un reconocimiento formal. En efecto, la aplicación extensiva de la ley antiterrorista en nuestro país ante situaciones que no revisten necesariamente tal carácter, ha significado la conculcación de derechos y garantías individuales mínimas recogidas tanto por nuestra Constitución como por instrumentos internacionales ratificados por Chile.

34.- No obstante el razonamiento efectuado, la actual redacción de la Ley 18.314 establece en su articulado delitos cualificables de terrorismo que comprenden en su ámbito de protección no sólo bienes jurídicos personalísimos, sino también a la propiedad.

En efecto, la LCT sanciona los delitos de incendios y estragos terroristas (art. 2 N° 1) y el lanzamiento o colocación de artefactos explosivos o incendiarios (art. 2 N° 2 n° 4) si en su realización concurre alguna de las finalidades alternativas de causar temor en la población o en parte de ella, o bien de arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias (art. 1° circunstancias 1ª y 2ª), en función de las cuales se incrementa el disvalor del injusto.

35.- Es importante reparar que, desde un punto de vista dogmático, tales finalidades constituyen elementos subjetivos específicos de lo injusto, bastando con que el agente confiera a la acción un sentido subjetivo especial para concretar la forma de lesión del bien jurídico colectivo que subyace la regulación de los delitos de terrorismo. No se trata de un ánimo o intención del sujeto (lo que significaría interpretar a los delitos en comento como verdaderos delitos de intención), sino como una inclinación o tendencia interna trascendente de la conducta. Ciertamente se encuentra descrito un acaecer externo como conducta típica base, sin embargo será la dirección que el autor le imprima a la conducta hacia un resultado lo que la impregna de su particular coloración antijurídica como elemento cofundante de su especial clase de ilicitud.

36.- En vista de lo anterior, no interesa que el sujeto alcance el objetivo propuesto para la consumación típica y, por tanto, la afectación del bien jurídico colectivo protegido por la LCT. Afectación que se producirá cuando se compruebe al menos el resultado de peligro (concreto) para el ordenamiento constitucional democrático, esto es, la realización de los actos ejecutivos que se describen en el tipo objetivo. Así, el dolo genérico abarcará la conducta violenta e idónea para la lesión de los bienes jurídicos individuales (delito base cualificable), mientras los elementos subjetivos se referirán al bien jurídico colectivo concretando la acción verdaderamente lesiva para aquél.

La principal consecuencia dogmática que supone la exigencia de elementos subjetivos específicos en la descripción típica de los delitos de terrorismo, entendidas en la concurrencia de las finalidades alternativas, es la inadmisibilidad de su comisión imprudente. Se trata de tipos exclusivamente dolosos.

37.- En cuanto a los delitos de estrago y colocación o lanzamiento de artefactos explosivos, estos no exigen un resultado de lesión o peligro concreto en relación a los

bienes personalísimos para su realización típica y la virtual configuración de delitos de terrorismo, bastando para su consumación la lesión del bien jurídico propiedad y la creación de un peligro abstracto para aquéllos. El fundamento político criminal de tal incriminación se basa en el empleo de determinados medios lesivos o catastróficos para ejecutar la acción como factor indispensable para la cualificación terrorista de la conducta. Lo anterior en expresa contradicción al principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, en virtud del cual debemos reconocer que no es el “acto” especialmente violento lo que determina la calificación jurídica, sino la lesión o posibilidad de lesión del bien jurídico protegido. Así, resulta difícil imaginar que un atentado a la mera propiedad sin que traiga aparejado un riesgo para las personas logre afectar el bien jurídico de mayor entidad.

38.- Como bien dijimos, estimamos que el elemento esencial dentro del bien jurídico propiedad para la diferenciación estratificada de los diversos niveles y mecanismos para su resguardo efectivo, acorde a una política criminal propia de un Estado de derecho, es su función social. Así, de *lege ferenda*, estimamos pertinente la circunspección de los eventuales objetivos de artefactos explosivos en torno a lugares de uso público, instalaciones públicas o de gobierno, redes de transporte público o, en general, cualquier instalación de infraestructura -pública o privada- que se utilice para prestar o distribuir servicios al público. Un ataque a la propiedad privada que no ponga en jaque la vida o la integridad física de las personas (integridad que comprende el suministro y resguardo a los servicios públicos básicos: alcantarillado, agua, luz, etc.) a través de las cuales se vea lesionado o puesto en peligro (concreto) el ordenamiento constitucional, o bien (de *lege data*) la seguridad pública, sólo será asimilable al delito de daños y, eventualmente, de sabotaje, figuras típicas propias y sancionadas por la legislación común.

39.- Sin perjuicio de lo anterior, no existe duda alguna que, dentro de los delitos reseñados, es el delito de incendio terrorista (art. 2 N° 1) el que conlleva las mayores dificultades para una correcta represión acorde a los principios que inspiran y legitiman un derecho penal propio de un Estado de Derecho Democrático, tal como su carácter fragmentario y de ultima ratio, o los principios de lesividad y proporcionalidad. Su vulneración encuentra fundamento en la falta de precisión dogmática de los delitos de incendio común tipificados en los artículos 474, 475 y 476 del Código Penal.

40.- La principal deficiencia se origina en relación al bien jurídico protegido por las figuras típicas enunciadas, las que exigen en cada uno de los casos un resultado de lesión respecto a la propiedad, mas no en relación a los bienes personalísimos de mayor entidad. Bienes jurídicos que, en definitiva, son los que dan contenido al terrorismo en cuanto *nomen iuris proprio* constitutivo por esencia contrario a los derechos humanos. En conformidad a la posición que se ha adoptado en esta investigación, la calificación de terrorista del delito de incendio común debe importar al menos un **peligro concreto para bienes jurídicos personalísimos (o derechos humanos fundamentales)** pertenecientes a la indemnidad personal, que en el caso del incendio corresponden a la vida y la integridad corporal. Sólo entonces la conducta tendrá la idoneidad suficiente de lesionar o poner en peligro el bien jurídico colectivo tutelado en esta legislación.

41.- La situación descrita es patente en el art. 475 N° 2 del CP, así como en la totalidad de hipótesis del art. 476 del CP, donde la realización típica se concreta con independencia que en el caso concreto haya existido o no un peligro efectivo hacia tales bienes jurídicos al prohibir ciertas conductas en razón del peligro que éstas suponen *en abstracto* para las personas e, inclusive, prescindiendo de este peligro inherente a la acción. Tal es el caso del art. 476 N° 3 del CP que castiga “*al que incendiare bosques, mieses, pastos, montes, cierros o plantíos*”, y donde en principio se ha tomado en consideración la significación económica de los objetos y la particular facilidad de propagación del fuego, además de la mayor dificultad en combatirlo para su sanción.

42.- Debido a lo consignado, es viable sostener que la mera propiedad es resguardada por un estatuto de excepción tan lesivo como lo es la Ley 18.314 sobre conductas terroristas, lo cual nos parece ciertamente desafortunado, ampliando de un modo exagerado el ámbito de punibilidad de la LCT. Cabe destacar que precisamente por este ilícito es por el cual gran parte de comuneros *mapuche* involucrados en actos de protesta social violenta en el sur del país, han sido incriminados bajo penas tan graves como las que suponen los delitos de terrorismo.

43.- Ahora bien, no debemos olvidar que el terrorismo forma parte, directamente, de los denominados crímenes contra la humanidad, esto es, actos de barbarie ultrajantes para la conciencia humana tales como el genocidio y los crímenes de guerra, y que configura un tipo de violencia política que se distingue por su carácter indiscriminado atentatorio

esencialmente en contra los derechos humanos fundamentales de un modo masivo y sistemático.

Afirmar que la propiedad es parte de estos derechos humanos fundamentales pertenecientes a la indemnidad personal, revela un desconocimiento absoluto del desarrollo doctrinario, jurisprudencial y legislativo llevado a cabo en torno a la materia con posterioridad a la finalización de la segunda guerra mundial, como se desprende de la sola lectura de los principales documentos suscritos por las Naciones Unidas, y donde no existe referencia alguna a un derecho de propiedad absoluto, pleno y actualmente exigible, e imposible de suspender o restringir, como sí ocurre con la vida o la integridad física de las personas.

44.- En consecuencia, los ilícitos contra la mera propiedad llevados a cabo por personas pertenecientes a la etnia *mapuche* que persiguen en su actuar un legítimo discurso reivindicatorio a la luz del actual desarrollo internacional de los derechos propietarios indígenas, **no constituyen actos de terrorismo por cuanto no demuestran en su actuar un desprecio hacia la dignidad de las personas**, sino más bien acciones violentas enmarcadas en un complejo conflicto social, que deben adecuarse típicamente a delitos comunes a título de daños, estragos o incendio.

BIBLIOGRAFÍA.

1. LIBROS.

- ALCAIDE, Joaquín. **Las Actividades Terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo**. Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- BENGUA, José. **Historia del Pueblo Mapuche: Siglo XIX y XX**. Ediciones LOM. 6ª Edición. Santiago, 2000.
- BENGUA, José. **Los mapuches, comunidades y localidades en Chile**. Editorial Sur, Santiago, 1997.
- BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Vol. I. y II., Trotta, Madrid, 1997.
- BUSTOS, Juan. **Manual de Derecho Penal. Parte Especial**. Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
- BUSTOS, Juan. **Los bienes jurídicos colectivos**, en **Control social y Sistema Penal**, Editorial PPU, Barcelona, 1989.
- BUSTOS, Juan. **Los delitos de peligro**, en **Control social y Sistema Penal**, Editorial PPU, Barcelona, 1989.
- CANIHUANTE, Pedro. **¿Qué es ser mapuche desde el punto de vista de la ley?** Estudios en Editorial Universitaria, Santiago, 2004.
- CONGRESO NACIONAL. **Historia de la ley 19.027**. Santiago, 1997.
- CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho Penal Parte General**. Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1980.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal, Parte Especial**, Tomo III, Editorial BOSCH, Barcelona, 1952.
- CURIVIL, Ramón. **¿Qué es ser mapuche hoy en Chile?**. Estudios en Editorial Universitaria, Santiago, 2004.
- CURY, Enrique. **Derecho Penal Parte General**. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- DE LA CUESTA AGUADO, María Paz. **Respuesta penal al peligro nuclear**. Editorial PPU, Barcelona, 1994.
- DEL BARRIO REYNA, Álvaro y LEÓN REYES, José Julio. **Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos**. Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1990.

- DILLEHAY, Tom. ***Araucanía: Presente y pasado***. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1990.
- DOMINGUEZ VIAL, Andrés. ***El poder y los derechos humanos***. Editorial Terranova, Santiago, 1998.
- DOMINGUEZ VIAL, Andrés. ***Terrorismo y Derechos Humanos***. Comisión chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1990.
- ETCHEBERRY, Alfredo. ***Derecho Penal, Parte Especial***, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1997.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. ***Los derechos Constitucionales***, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. ***Los Fundamentos de los derechos fundamentales***. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- GARCÍA ARÁN; FERRÉ OLIVE, et. al. ***Contra la Impunidad, Dictamen, auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas sobre la persecución por los tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina***. Gráficas Alberdi S.A., Buenos Aires, 1998.
- GARRIDO MONTT, Mario. ***Derecho Penal, parte especial***. Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. ***Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)***, Editorial PPU, Barcelona, 1991.
- JARA, Álvaro. ***Guerra Y Sociedad En Chile: la transformación de la Guerra de Arauco y la esclavitud de los indios***. Editorial Universitaria, Santiago, 1971.
- JARAQUEMADA, Jorge. ***Conexiones políticas de las agrupaciones mapuches: En la cuestión mapuche, aportes para el debate***. Editorial L y D, Santiago, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. ***Tratado de Derecho Penal Parte General***. Editorial Comares, Granada, 1993.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. ***Tratado de Derecho Penal***. Tomo II y III, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.
- LAVIN, Michel y VILLEGAS, Myrna. ***Terrorismo e intervención penal en la red Internet. Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo***. Universidad Arcis. 2005.

- LUZÓN PEÑA, Diego. **Curso de Derecho Penal. Parte General**, Volumen I. Editorial Universitas, Madrid, 1999.
- MEZGER, Edmund. **Derecho Penal Parte General**. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal Parte General**. Editorial Tecfoto, Barcelona, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal Parte especial**. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. **Derecho, política y democracia**. Editorial TEMIS, Bogota, 1983.
- NÚÑEZ, Ricardo. **Delitos contra la propiedad**, Editorial Bibliográfica, Argentina 1951.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Los derechos fundamentales**. Editorial Latina Universitaria, 1980.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- PEREZ LUÑO, Antonio. **Los derechos fundamentales**. Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- POLITOFF, Sergio. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965.
- RAMON CHORNET, Consuelo. **Terrorismo y respuesta de la fuerza en el marco del Derecho Internacional**. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.
- REINARES, Fernando. **Terrorismo y Antiterrorismo**. Editorial Paidós, Barcelona, 1998.
- RODRIGUEZ DEVESA, José. **Derecho Penal Español, Parte Especial**. Dykinson, Madrid, 1975.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Civitas, Madrid, 1997.
- SAAVEDRA PELAEZ, Alejandro. **Los mapuche en la sociedad chilena actual**. Editorial LOM, Santiago, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Terrorismo y Derecho**. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de Reforma del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento criminal. Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

- TIEDEMAN, Klaus. **Poder económico y delito**. Editorial Ariel, Barcelona, 1985.
- TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. **Pueblo Mapuche, Derechos Colectivos Y Territorio: Desafíos Para La Sustentabilidad Democrática**. Editorial LOM, Santiago, 2006.
- URZÚA VALENZUELA, Germán. **Manual de Derecho Constitucional**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
- VARAS, Augusto. **Jaqué a la Democracia: Orden Institucional y Violencia Política en América Latina**. Editorial Gel, Buenos Aires, 1990.
- VIVES ANTON, Tomás. **Derecho Penal Parte Especial**. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Delitos contra la propiedad y el patrimonio**, Ediciones Akal Madrid, 1988.
- ZUÑIGA, Laura. **Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público**. Editorial PPU, Barcelona, 1993.

2. ARTÍCULOS.

- ARROYO ZAPATERO, Luis. **Terrorismo y sistema penal**, en **Reforma, Política y Derecho**, actas del curso celebrado en la Universidad Internacional Méndez Pelayo, Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Madrid, 1985.
- AYLWIN, José. **Derecho Indígena y Derecho Estatal En América Latina**, en **Resolución de Conflictos en el Derecho Mapuche. Un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico**. Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, 2003.
- AYLWIN, José. **Tierra Mapuche: Derecho Consuetudinario y Legislación Chilena**, en **Revista América Indígena**, Vol. 49, N° 2, 1989.
- AYLWIN, José. **Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una perspectiva histórico-jurídica**, en **Revista América Indígena**, Volumen LIX, Número 4, 2003.
- BABAROVIC, Ivo. **Campesinado mapuche y procesos socioeconómicos regionales**. Editorial GIA, documento n° 34, Santiago, 1987.

- BARBERO SANTOS, Marino. **Los delitos de Bandolerismo, Rebelión Militar y Terrorismo, regulados por el decreto de 21 de septiembre de 1960.** Estudios de Criminología de Derecho Penal, Universidad de Valladolid, 1972.
- BASCUÑAN, Antonio. **Informe en derecho. El delito de incendio terrorista.** Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Documento sin publicar.
- BENGUA, José. **La memoria olvidada: historia de los pueblos indígenas de Chile,** en **Informe de la Comisión de Verdad Histórica y de Nuevo Trato,** primera edición Cuaderno Bicentenario, Santiago, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Sobre el fundamento de los derechos del Hombre.** En **El tiempo de los derechos.** Editorial Sistema, Madrid, 1991.
- BOCCARA, Guillaume. **Etnogénesis mapuche: Resistencia y reestructuración entre los indígenas del centro-sur de Chile (siglos XVI-XVIII).** Hispanic American Historical Review. Duke University Press, Durham, 1999.
- BUENO ARUS, Francisco. **Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de Terrorismo,** en **Terrorismo Internacional.** Dirigido por S. del Campo. Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984.
- COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS. **Los Pueblos indígenas en la Legislación Nacional e Internacional y en el Derecho Comparado,** Documento de trabajo del Proyecto Constitucional de Pueblos Indígenas, Santiago, 1988.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo / Belice,** Caso 12.053 en **Informe Nº 96/03,** 2003.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. **Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chile** 33º periodo de sesiones (8 al 26 de noviembre de 2004) E/C.12/1/Add.105, 2004.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. **Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo.** 13 de junio de 2002 (2002/475/JAI).
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. **Otros Asuntos "Terrorismo y Derechos Humanos"** 53º período de sesiones Tema 6 del programa provisional, Informe sobre la marcha de los trabajos preparado por la Sra. Kalliopi K. Koufa, Relatora Especial. 27 de junio de 2001. E/CN.4/Sub.2/2001/31.

- CORMA. **Bajo nivel de plantaciones**. Noticias Corma, Enero 2005; **Forestales requieren más plantaciones en Chile para sus planes de largo plazo**, La Tercera, (10.12.2004) .
- CORREA, Martín, MOLINA, Raúl, et. al. **La Reforma Agraria y Las Tierras Mapuche Chile 1962-1975**, en **Cultura, Sociedad e Historia Contemporánea. América Latina, Revista del doctorado en el estudio de las sociedades latinoamericanas**, Nº 2, Santiago, 2002.
- DAES, Erica Irene. **Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra**. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión, 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21.
- **El Derecho en la Sociedad Mapuche: Un análisis de acuerdo a los Estudios publicaciones previos. En el derecho Mapuche. Un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico**. Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, 2003.
- **El Mercurio**. Temuco, 4 de Agosto de 2006.
- ENCUESTA CASEN, 1996 y 2000.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. **“Chile La Otra Transición Chilena: Derechos Del Pueblo Mapuche, Política Penal Y Protesta Social En Un Estado Democrático”**, Informe Misión Internacional de Investigación, nº 445/3, abril de 2006.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. **Entre El Olvido y La Exclusión**. Misión Internacional de Investigación, Nº 358/3, 2003.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. **La Otra Transición Chilena: “Derechos Del Pueblo Mapuche, Política Penal Y Protesta Social En Un Estado Democrático”**. Misión Internacional De Investigación. nº 445/3. abril 2006.
- GONZALEZ, Héctor. **Propiedad Comunitaria o Individual: Las Leyes Indígenas y El Pueblo Mapuche**. Revista Nutram, Santiago, 1986.
- GUTIERREZ SAHAMOD, L. **La política del Estado frente al Terrorismo: la legislación Antiterrorista y sus modificaciones**. Cuaderno Nº 4 del Centro de Estudio del Desarrollo (CED), Santiago, Chile, 1991.
- HORMAZABAL MALAREE, Hernán. **Política penal en el Estado Democrático**, en **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Nº 2, Madrid, 1984.
- HUMAN RIGHTS WATCH Y EL OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. **Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, Los**

Tribunales Militares y Los Mapuches en el Sur de Chile. Vol. 16, Nº 5 (B), 2004.

- IBARRA, Mario. *Algunas Reflexiones y Notas a Propósito de algunos Tratados, en este momento, no reconocidos, firmados entre potencias Coloniales o Estados actuales y Pueblos Indígenas*, en *Seminario de Expertos sobre Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y los Pueblos Indígenas*, Organizado por la oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 2003.
- INE. **CENSOS** 1992 y 2002.
- *Informe Final del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*. Ediciones CEPI, Santiago, 1991.
- LAMARCA, Carmen. *Sobre el concepto de terrorismo*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Madrid 1993.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Madrid, 1985.
- LATCHMAN, Ricardo. *Los indios de la cordillera y de las pampas en el siglo XVI*, en *Revista chilena de Historia y Geografía*, Tomo LXIV, Nº 68, 1930.
- LILLO, Rodrigo. *Pluralismo Jurídico En Chile. Formulando Un Marco Teórico Para Una Investigación Empírica*, en *Resolución de Conflictos en el Derecho Mapuche. Un Estudio desde la Perspectiva del Pluralismo Jurídico*. Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, Editorial KOLPING, 2003.
- LÓPEZ, Jaime. *Las tierras indígenas en la ley 19.253*, en *Revista Cuhso*, Editorial UC Temuco, volumen especial, Temuco, 1999.
- MARIÑA DE LOBERA, Pedro. *Crónica del Reino de Chile* en *Colección de Historiadores de Chile y Documentos Relativos a la Historia Universal*, Volumen VI, Imprenta del Ferrocarril, Santiago, 1865.
- MARTÍNEZ CARDOS, Leandro. *El terrorismo: aproximación al concepto*. Actualidad Penal Nº 1, 1998.
- MARTÍNEZ, Miguel Alfonzo. *Informe Final del 'Estudio sobre Tratados, arreglos y otros acuerdos constructivos entre Estados y Poblaciones Indígenas*. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 1999.

- MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge. **Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de Derechos Humanos.** Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 6, Santiago, 1996.
- NASH, Claudio. **Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros.** En *Revista de Derecho Público*, N° 67, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. **Nacionalización, Derecho y Propiedad,** en *Selección de Carlos Margotta*, Editorial Arcis, Santiago, 2006.
- OBSERVATORIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS (FIDH/OMCT). **Los Defensores de los Derechos Humanos frente a las políticas de seguridad.** Informe anual, 2003. Paris, FIDH/OMCT, 2004.
- ORGANIZACIÓN DE ESTRADOS AMERICANOS, **Cursos de Derecho Internacional XX – XXI,** Comité Jurídico Interamericano, Secretaria General de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 1996.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal.** Tomo IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962.
- REPÚBLICA DE CHILE. **Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.** Primera edición Cuaderno Bicentenario, Santiago, 2004.
- RUPAILAF, Raúl. **Las organizaciones mapuche y las políticas indigenistas del Estado chileno (1970-2000),** en *Revista de la Academia* N° 7, Editor Universidad de Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 2002.
- SOTTILE, A. **Le Terrorismo Internacional,** en *Recueil des Tours de L'Academie de Droit International*, Vol. 65, 1938.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. **Carta del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, al Excmo. Sr. Ricardo Lagos Escobar, Presidente de la República de Chile.** 22 de julio de 2005.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. **Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas sobre su visita a Chile,** Doc. ONU E/CN.4/2004/80/Add. 3, 2003.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. **La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal.** *Revista de la Universidad Complutense.* N° 63.

- VILLEGAS, Myrna, ***El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche***. Artículo de próxima aparición en el libro homenaje a Eduardo Novoa. Universidad Central.
- VILLEGAS, Myrna. ***Los delitos de terrorismo en el anteproyecto***. En ***Revista electrónica Política criminal***, nº 2, A3, Centros de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, 2006.

3. LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.

- REPÚBLICA DE CHILE. ***Decreto Ley 600***, de 1974, Estatuto de la inversión extranjera.
- REPÚBLICA DE CHILE. ***Ley de 2 de julio de 1.852***.
- REPÚBLICA DE CHILE. ***Código Civil***. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003
- REPÚBLICA DE CHILE. ***Código de Minería***. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003
- REPÚBLICA DE CHILE. ***Código Penal***. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. ***Texto consolidado Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas***. Aprobado por la asamblea general de la OEA, Santiago, 2003.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Patriot Act de los EE.UU. (HR. 3162).

4. TESIS DE LICENCIATURA Y DOCTORALES

- HERVE, Dominique y URRELOLA, Antonia. ***El derecho consuetudinario indígena: su reconocimiento por el derecho internacional, el derecho comparado y el derecho chileno: el caso mapuche***. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1994
- VILLEGAS, Myrna. ***Terrorismo: Un problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de Terrorismo en las legislaciones de Chile y España***. Tesis Doctoral, volumen I, sin publicar.

5. DOCUMENTOS DIGITALES

- AA. VV. **Declaración de apoyo al Proyecto de Ley para modificar la Ley Antiterrorista**, Santiago, 2006, en <http://www.mapuchenation.org/espanol/html/noticias/cmdo-259.htm>. (Fecha consulta: 7 de julio de 2007)
- ARAYA, Natalia y CONTARDO, Cristian. **Juicio del Siglo: resolver odio con más odio**. En <http://www.periodismo.uchile.cl/contintanegra/2004/Diciembre/politica1.html> (Fecha consulta: 7 de julio de 2007)
- AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. **El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno**, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100010&Ing=es&nrm=iso (Fecha consulta: 7 de julio de 2007).
- AYLWIN, José. **Pueblos Indígenas De Chile: Antecedentes Históricos Y Situación Actual**. Serie Documentos N° 1. Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera, en <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/ayl1a.html> (Fecha consulta: 7 de julio de 2007).
- BENAVENTE, Andrés y JARAQUEMADA, Jorge. **Las conexiones Políticas en torno al conflicto mapuche**. Serie Informe Político, N° 71, Libertad y Desarrollo, ISSN 0717-1552, 2001, P. 6. Disponible en internet: http://www.lyd.com/biblioteca/serie/politico/71Serie_%20mapuche.pdf (Fecha consulta: 21 Enero 2008).eGARCIA, Pedro. **Territorios indígenas: tocando las puertas del derecho**, 2004, en www.servindi.org/pdf/Territorios_Indigenas_PedroGarcia.pdf (Fecha consulta: 21 de enero de 2008).
- LAVIN, Michel y VILLEGAS, Myrna. **Terrorismo e intervención penal en la red Internet. Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la represión penal del terrorismo**. Universidad Arcis. 2005, en <http://derecho.universidadarcis.cl/index.php?option=content&task=view&id=8&itemid=45> (Fecha consulta: 7 de Julio de 2007).

- Lista de prisioneros políticos mapuche, en <http://www.mapuche.info/mapa/resmap020518.html> (Fecha consulta: 10 de junio de 2007).
- MAPUEXPRESS. Reacciones ante polémica por proyecto de Ley Reforma Constitucional y Pueblos originarios, en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=629> (Fecha consulta: 7 julio 2007).
- MELLA, Eduardo y MEZA, Matías. **Temucuicui: Paradigma de la vulneración de los derechos fundamentales Mapuches**. Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, en <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=407> (fecha consulta: 10 de junio de 2007).
- MILLÁN, Mauro. “**Mapuche es gente de la tierra**”, en http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/hi/spanish/misc/newsid_3877000/3877839.stm (Fecha consulta: 7 de julio de 2007).
- Periódico **Azkintuwe**. **Operativo policial deja comunero mapuche muerto**, en www.sumariados.info/article.php3?iv_article=391 (Fecha consulta: 9 de julio de 2007).
- **Proyecto de modificación de la ley antiterrorista 18.314**, Mensaje 185-354 de 3 de julio de 2006, en http://meli.mapuches.org/breve.php3?id_breve=107 (Fecha consulta: 7 de julio de 2007).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Lengua Española**. 22ª edición, T. II, Madrid, 2001, en <http://www.rae.es/> (Fecha consulta: 7 de julio de 2007).
- TALANIAN, Nancy. **Legislación y sus consecuencias: La Ley Patriota**. Documento escrito por la directora de Bill of Rights Defense Comité. En http://www.bordc.org/espanol/espanol_legislacion.php (Fecha consulta: 7 de julio de 2007).
- TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. **En Segura y Perpetua Propiedad. Notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX**, en http://www.politicaspUBLICAS.cl/bibliotecavirtual/articulosvtII/Debate_sigloXIX_tiempos.pdf (Fecha consulta: 7 de julio de 2007).
- VILLEGAS, Myrna. **Los delitos de terrorismo en el anteproyecto**. En **Revista electrónica Política criminal**, nº 2, A3, Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, 2006, en http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_3_2.pdf (Fecha consulta: 21 de enero de 2008).

6. JURISPRUDENCIA NACIONAL

- Causa rol 5440-2004, Corte Suprema.
- Causa Rol 1743-2003, Corte Suprema.
- Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia de 13 de noviembre de 1992, considerando quinto (Caso Edwards) en **Gaceta Jurídica** N° 149, 1992.
- Causa Rol 191-2004, Corte de Apelaciones de Concepción.
- Causa rol 1742-87, Corte Marcial.
- Causa rol 89.049 contra A. Hidalgo, 15º Juzgado del Crimen de Santiago.
- Causa RUC 0100083503-6, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 14 de abril de 2003
- Causa RUC 0100083503-6, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 27 de septiembre de 2003
- Causa RUC 0100086594-2, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 22 de agosto de 2004
- Causa RUC 0100086954-2, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 3 de mayo de 2005
- Causa RUC 0100086954-2, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 7 de abril de 2006
- Causa RUC 0200142499-0, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 27 de julio de 2005

7. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Mary y Carrie Dann**, Caso 11.140 en **Informe No. 75/02**, OEA/Ser./L/V/II.114 Doc. 5 rev., Estados Unidos, 2003
- CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Awes Tingni vs. Nicaragua** Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo), Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No.79.