**Modifica la Carta Fundamental en el sentido de suprimir las referencias al terrorismo en las normas que indica**
**Boletín N°11074-07**

**1. Fundamentos.** El artículo noveno de la Constitución contiene preceptos de difícil justificación, dudosa eficacia práctica, redundantes, y virtualmente generadores de vulneraciones a compromisos internacionales.

La opción por incorporar una especial regulación del fenómeno terrorista en la Constitución de 1980 debe ser examinada críticamente bajo los parámetros de la teoría constitucional contemporánea y de los sistemas constitucionales comparados, con especial referencia a las constituciones de aquellos Estados que actualmente enfrentan o que en el pasado han debido enfrentar el terrorismo. En este sentido, es ilustrativo el caso de los Estados Unidos, país en el cual no se ha considerado una enmienda constitucional para incluir una regulación del terrorismo, ni siquiera después del 11 de septiembre de 2001. Adicionalmente, tampoco los países que han experimentado de cerca el así llamado "narco-terrorismo" —tales como México o Colombia— o aquellos que han sufrido atentados planificados desde el exterior —como el Reino Unido o la Argentina— conocen cláusulas constitucionales relativas al terrorismo.

Pero también es importante tener en cuenta el caso alemán, puesto que si bien el artículo 18 de la Ley Fundamental admite reacciones en contra del ejercicio abusivo de derechos fundamentales —en la lógica de evitar la conocida "paradoja de la tolerancia"—, la potestad para adoptar las medidas correspondientes no es atribuida al Poder Judicial sino al Tribunal Constitucional Federal. Esta decisión orgánica tiene importantes consecuencias políticas e institucionales, pues fue ese mismo órgano el que declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 3 de la Ley de Seguridad Aérea que permitía derribar aviones presuntamente secuestrados por terroristas[1].

Finalmente, cabe diferenciar otro grupo de ordenamientos de interés desde el punto de vista de la relación entre terrorismo y constitución, que incluye a España y a Francia. El primero de estos países, cuyo territorio ha sido escenario de cruentos episodios de terrorismo interno y externo —baste recordar los múltiples atentados de ETA y el de Atocha—, ha optado por contemplar normas referidas a tal forma de criminalidad con carácter meramente competencial, y no definitorio ni retórico. En efecto, el artículo 55.2 de la Constitución española dispone: "Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos, para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de estas facultades reconocidas en dicha Ley Orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes". Asimismo, puede constatarse que en la citada norma se prevé —con rango asimismo constitucional— la responsabilidad penal de quienes ejerzan de manera irracional las potestades que confiera la legislación en la persecución de la criminalidad terrorista.

La fórmula francesa, por su parte, es tributaria de una significativa tradición democrática- republicana, al disponer en los tres primeros incisos del artículo 16 de la Constitución que:

"Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional.

[1] Declaración efectuada el 15 de enero de 2006.

Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje.

Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello."

Esta formulación, que no emplea el rótulo "terrorismo" y que ha sido diseñada para afrontar situaciones de crisis institucional, no se refiere a eventos que causen alarma o conmoción social, y deposita la facultad soberana de decisión respecto de medidas extraordinarias en los órganos con legitimación democrática. En tal medida, se trata de un modelo que no confiere potestades exorbitantes por vía constitucional (ni admite aquello por vía legal) a entidades sometidas a presiones políticas o fácticas.

En síntesis, de la experiencia comparada —especialmente la proveniente de Estados cuya tradiciones constitucionales han influido en el ordenamiento chileno, y que se han visto en la necesidad de enfrentar severos episodios de terrorismo— se desprende que la determinación del estatus jurídico y en general la regulación del terrorismo no suele ser una materia constitucional.

Por otra parte, no se avizoran buenos argumentos desde la teoría constitucional para incluir al terrorismo en la carta. El inciso 1º del artículo 9º de la Constitución dispone: "El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos". Esta declaración resulta sumamente difícil de compatibilizar con una definición elemental del constitucionalismo comparado, consistente en la consideración de que, primariamente al menos, es el Estado quien resulta correlativamente obligado por el reconocimiento de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona, que técnicamente tienden a ser identificados como "derechos humanos" cuando ese reconocimiento adquiere rango propiamente internacional.

La estructura de la norma en comento, no obedece ni a la de una regla, ni a la de un principio susceptible de ser aplicado, sin más, para dirimir conflictos jurídicos que se ventilen ante el Poder Judicial o ante la magistratura constitucional. Empero, esta declaración (de evidente intencionalidad simbólico–cultural) es al mismo tiempo fuente de potenciales dificultades en el sistema jurídico nacional. En efecto, dado el estado actual de la doctrina y práctica constitucional chilenas, la afirmación de que los derechos humanos, constitucionales o fundamentales puedan ser objeto de afectación o violación por parte de los particulares tiene algún asidero. La configuración que los derechos fundamentales tienen en el derecho positivo nacional harían posible lo anterior. Razón por lo cual la declaración del inciso primero del artículo noveno resulta sobreabundante. Pero además impacta negativamente en la protección de los derechos fundamentales. Primero, porque, dentro de un texto constitucional que emplea indistintamente las expresiones 'derechos humanos', 'constitucionales' y 'fundamentales', pareciera ser (siguiendo el léxico propuesto por el derecho internacional) que la voz "derechos humanos" implicaría una alusión al sistema internacional de protección de los derechos públicos subjetivos, y en cuyo esquema son titulares de tales facultades las personas y sujetos pasivos de aquellos Estados. Luego, dado el estado actual de la dogmática constitucional chilena resultaría plausible una interpretación que –partiendo de esa base— demande que los bienes jurídicos que se protejan mediante los ilícitos de terrorismo correspondan únicamente a derechos reconocidos en tratados de derechos humanos vigentes en Chile y respecto de actos cometidos por el único obligado por tal sistema: el Estado.

Si bien el art. 9º de la Constitución desempeña una función primariamente simbólica o declarativa, en el sentido recién criticado, su inciso 2º establece sanciones accesorias, en la forma de inhabilidades de cierta índole, para quienes resulten condenados por conductas que la ley califique

como terroristas. Nada justifica que este régimen de inhabilidades se encuentre constitucionalmente definido, puesto que se trata de definiciones con carácter punitivo que, en tanto tales, tendrían que quedar expresados en el nivel legal, conjuntamente con la tipificación de las formas de comportamiento cuya realización imputable puede conllevar su imposición.

Finalmente, y en relación con inciso final del mismo artículo 9º , que fija el carácter de los delitos terroristas como delito comunes, y no políticos, cabe concluir que se trata de una definición a todas luces superflua en atención al desarrollo que al respecto cabe reconocer en el derecho internacional, así como en el horizonte comparado.

En efecto, de la revisión de las cartas fundamentales de diversos Estados democráticos se concluye que la regla general consiste —abrumadoramente— en la ausencia de toda norma similar a la contenida en el inciso final del artículo noveno de la Constitución chilena. Esto es naturalmente consistente con la tendencia del constitucionalismo occidental a no contemplar referencias al terrorismo en las constituciones. Pero por otra parte, los tratados internacionales suscritos por Chile proveen de razones adicionales para concluir la inconveniencia de conservar en el texto constitucional estas dos normas. Así, la Convención Americana contra el Terrorismo establece, en su artículo 11, una cláusula de "despolitización del terrorismo", que resuelve el problema con mayor contundencia y desde una perspectiva integral, que por tratarse de una norma con carácter autoejecutable, constituye derecho vigente para el Estado de Chile. El referido artículo expresa:

"Para los propósitos de extradición o asistencia jurídica mutua, ninguno de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2[2] se considerará como delito político o delito conexo con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos. En consecuencia, una solicitud de extradición o de asistencia jurídica mutua no podrá denegarse por la sola razón de que se relaciona con un delito político o con un delito conexo con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos".

Por lo demás, y dado el actual estado de la regulación de la pena de muerte en Chile, el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos vuelve ineficaz la restricción de la facultad de otorgar indultos particulares en el caso de delitos de terrorismo, que autoriza sólo la conmutación de la pena de muerte por presidio perpetuo. El mencionado artículo 4° estatuye que: "En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente".

Por lo anterior, no encontrándose establecida la pena de muerte por la regulación de los delitos de terrorismo actualmente vigente, **carece de sentido disciplinar constitucionalmente** un indulto particular conmutativo en los términos previstos por el art. 9º de la Constitución.

En el Capítulo II de la Constitución, referido a 'Nacionalidad y Ciudadanía', se alude y confiere consecuencias jurídicas al terrorismo en dos disposiciones. A propósito de las causales de suspensión del derecho de sufragio, se expresa que esto ocurre: "por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista". Y con ocasión de la pérdida de la calidad de ciudadano, se indica que ello acontecerá: "por condena a pena aflictiva (…) por condena por

[2] Este artículo enumera ocho convenios y dos protocolos acordados entre 1970 y 1999 (todos ratificados por Chile) que se pronuncian sobre diferentes variantes de la criminalidad terrorista.

delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva".

Más allá de la proposición según la cual la regulación del terrorismo no tiene cabida en los textos constitucionales de las democracias avanzadas, las disposiciones constitucionales recién mencionadas resultan adicionalmente injustificadas, por las siguientes razones. En lo relativo a la suspensión del derecho de sufragio por el hecho de hallarse la persona acusada por delito que la ley califique como conducta terrorista, es notoria una violación de lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente en su artículo 8, inciso 2º, que consigna el derecho a la presunción de inocencia en los siguientes términos: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

El tenor de este precepto es claro, exigiendo—tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana— que ninguna persona sea condenada o tratada como tal, mientras no exista prueba plena de su responsabilidad[3]. Y es notorio que la suspensión del derecho de sufragio —el derecho de participación política más significativo— constituye una consecuencia a todas luces desproporcionada para el afectado. Si bien ello excede el marco del ámbito de cuestiones de las cuales está convocada a ocuparse esta comisión, no es posible dejar de constatar que la misma objeción es válida, en general, frente a la suspensión —también constitucionalmente prevista— de este derecho para cualquier persona acusada por un delito que merezca pena aflictiva[4].

La situación es aún más preocupante tratándose de la privación de la calidad de ciudadano, prevista por el art. 17 Nº 3 de la Constitución, para toda persona que resultase condenada por un delito terrorista, y que ciertamente también vale para la norma del Nº 2 del mismo artículo, que determina la pérdida de ciudadanía de toda persona a la cual se haya impuesto una pena aflictiva. La Convención Americana sobre Derechos Humanos admite restricciones o regulaciones justificadas al ejercicio de los derechos aseguradas por ella, esto es, condiciones o gravámenes que no impidan absolutamente el disfrute de las facultades asociadas a cada derecho. Así se desprende de su artículo 30, que estatuye que sólo resultan admisibles las restricciones (no privaciones) al ejercicio de derechos autorizadas por "esta Convención". Empero, la pérdida de la calidad de ciudadano importa una supresión absoluta de la posibilidad de ejercer las facultades incluidas en ella, un despojo de raíz de un atributo que es considerado por la Convención como un derecho humano, en conformidad con lo dispuesto por su artículo 23:

"Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores".

Respecto de estos derechos, la convención solamente admite —en el inciso 2º del artículo ya citado— su reglamentación, no así su privación, ni siquiera temporal. Y bajo ningún respecto se puede establecer una sinonimia entre los conceptos de regulación, restricción y privación. Menos aún bajo el amparo de los principios *pro homine* o *favor libertatis*, criterios basales de la interpretación del sistema internacional de derechos humanos.

---

[3] Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párrafo 119; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 153; y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrafo 183.

[4] Véase Mañalich, "Pena y ciudadanía", Revista de Estudios de la Justicia, Nº 6 (2005), pp. 63 ss.

Finalmente, cabe hacer presente que en contextos en que se encuentran presentes normas sustantivas similares a las ya citadas orientadas a proteger los derechos políticos pero a nivel constitucional, órganos de control de constitucionalidad de las leyes (o equivalentes) se han pronunciado declarando la contravención que de las disposiciones constitucionales implica la existencia de leyes que privan de los derechos políticos a sujetos condenados. Tal es el caso, entre otros, de Israel, de Sudáfrica[5] y de Canadá[6]. En el ámbito supranacional, así se ha pronunciado también la Corte Europea de Derechos Humanos.

El caso de Israel es emblemático. La cuestión se discutió en 1996 a propósito del caso de Yigal Amir, condenado por el homicidio de Isaac Rabin, ex Primer Ministro de dicho país. Dentro de los argumentos de la sentencia se plantea que la supresión de los derechos asociados a la ciudadanía del condenado no sólo lo afecta a él, sino que a la democracia del país. Pero la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirst vs. Reino Unido (2005) es aún más contundente. Dicha magistratura sostuvo que la suspensión del derecho al sufragio "va en contra de la rehabilitación del delincuente como un miembro de la comunidad que cumple con la ley y socava la autoridad de la ley derivada de una legislatura votada por la comunidad para acceder al poder". En este caso, la Corte europea no pudo encontrar un "vínculo racional" entre la suspensión del derecho al sufragio y la ideas de prevención general o sanción ejemplar.

En los parrafos anteriores se ha emitido un juicio crítico respecto de la peculiar decisión del constituyente chileno de contemplar normas sustantivas sobre terrorismo en la carta fundamental. Ello es válido también respecto de las normas que disciplinan preceptos instrumentales o procesales sobre la materia. En este ámbito, la Constitución vigente presenta dos focos de conflicto, a saber: el establecimiento de una norma que faculta al juez para ampliar el plazo de detención cuando se investiguen conductas que la ley califica como terroristas, en el art. 19 N° 7, letra c); y la existencia de un precepto que requiere un estándar más alto para la revocación de resoluciones que decretan prisión preventiva en casos similares, en el art. 19 N° 7, letra e).

La primera de las disposiciones mencionadas genera problemas de dos tipos. En primer lugar, la norma genera suspicacias desde el punto de vista del derecho internacional, pues tal como lo consigna la Declaración de 2013 del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson: "El Relator Especial escuchó alegaciones individuales de imputados Mapuche que decían haber sido torturados o de otros modos maltratados durante estos períodos extendidos de detención, en un esfuerzo por forzarlos a firmar una confesión(…) el Relator Especial observa que la intención de los períodos breves de detención es impedir la tortura y el maltrato de los imputados durante su interrogatorio".

Por otra parte, la disposición plantea tensiones notorias de cara al sistema interamericano de protección de derechos humanos, específicamente en relación con el ya citado artículo 8° inciso segundo, que consagra el derecho a la presunción de inocencia. Pues una atribución al juez competente para conocer de la detención del sujeto afectado la facultad de ampliar el plazo de su privación de libertad, hasta por 10 días —plazo que supera en cinco días el plazo previsto por la regla general de extensión de esta medida— equivale a un permiso amplio de restricción del derecho fundamental a la libertad personal en base a meras intuiciones o simples sospechas, que más bien pareciera estar orientado al aseguramiento de la persona del sospechoso, necesidades investigativas o, incluso comunicativas preventivo-generales, todas las cuales pugnan de manera frontal con el principio de presunción de inocencia y el derecho al debido proceso.

[5] Casos August (1994) y Nicro (2004)
[6] Caso Sauvé (2002)

Por su parte, el artículo art. 19 N° 7 letra e) dispone que: "La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9°, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple".

Esta disposición motiva objeciones jurídicas similares a las mencionadas respecto de la disposición antes analizada. En efecto, considerando la presencia en el ordenamiento jurídico nacional de delitos de igual o mayor magnitud, no se divisa razón para vincular semejante régimen de excepción a esta clase de ilícitos. Pues la libertad individual durante el desarrollo de la investigación y el proceso penal es la regla general según la Constitución vigente, y si se decretan medidas cautelares personales ellas deben ser resueltas teniendo en consideración las razones y fundamentos concretos que así lo aconsejan. De otro lado, la exigencia de unanimidad para la adopción de una resolución favorable al apelante, así como el requisito del carácter de miembros titulares de los integrantes del tribunal que conozca conociendo de la apelación de resolución que se pronuncie sobre la libertad un imputado por delitos terroristas, no resulta susceptible de ser suficientemente fundamentada. Lo anterior supone, además, una contravención a lo dispuesto por el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a los Estados a respetar el derecho a la igualdad ante la ley y prohíbe las discriminaciones arbitrarias en todos los niveles de los ordenamientos jurídicos internos.

En este contexto, la presente moción hace suyos los planteamientos de la Comisión de expertos de la regulación jurídica de actos terroristas que especificamente se hace cargo de la problemática constitucional[7]. La existencia de esta clase de normas, son una contradicción con el ámbito de regulación de una Carta fundamental democrática, así las cosas, recientemente -en sede legislativa- se han excluido del catálogo de derechos fundamentales tal como se desprende del artículo 9, numeral 6 del *proyecto de reforma constitucional que sustituye la totalidad de los capítulos* de la Constitución de 1980 (Boletín 10.193-07) de la que son autores los Diputados, Andrade, Ceroni y Schilling, que en materia de derechos fundamentales, estos se incorporan en el nuevo capítulo primero atendido la preeminencia en la nueva estructura jurídica del Estado, en el entendido que los países latinoamericanos partiendo del Estado liberal de derecho, han desarrollado el constitucionalismo social, donde los derechos individuales, se complementan con los derechos basados en el valor de la igualdad, precisamente el ambito de afectación de reglas que modelan una relación de *amigo enemigo* como en las normas que se propone abrogar.

[7] Informe de 13 de octubre de 2014, pp. 5-16. Sección redactada por los profesores Javier Couso y José Ignacio Nuñez.

En virtud de las consideraciones expuestas venimos en proponer el siguiente:

*Proyecto de Reforma Constitucional*

**Artículo único.-** Modifiquese la Constitución Política en el siguiente sentido:

1) Deróguese el artículo noveno de la Constitución Política de la República.

2) Deróguese el numeral 2 del artículo 16 de la Constitución Política de la República.

3) Deróguense los numerales 2 y 3 e inciso final del artículo 17 de la Constitución Política de la República.

4) Suprímase la frase “y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas”, contenida en la parte final del último inciso del literal c) del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

5) Deróguese el inciso segundo del literal e) del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.