



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO

TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO



**“La ley antiterrorista chilena frente al derecho
internacional de los Derechos Humanos”**

Autores: Pablo Aguayo Martinangeli

Debbie Pettersen Jorquera

Profesora Guía: Alejandra Zúñiga Fajuri

Fecha de entrega: 11 de diciembre de 2013

ÍNDICE

LA LEY ANTITERRORISTA CHILENA FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	1
ÍNDICE	2
TABLA DE ABREVIATURAS	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I	7
DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE VERSAN SOBRE DERECHOS HUMANOS	7
Primer periodo: Desde 1915 hasta antes de la Constitución de 1980	8
Segundo periodo: Desde 1981 hasta antes de la reforma de de 1989	10
Tercer periodo: Desde la reforma de 1989 hasta antes de la reforma de 2005	13
Cuarto periodo: Desde la reforma de 2005 hasta la fecha	18
CAPÍTULO II	23
ANÁLISIS DE LA LEY ANTITERRORISTA N° 18.314 Y SU CONFORMIDAD CON LOS TRATADOS QUE VERSAN SOBRE DERECHOS HUMANOS. GARANTÍAS JUDICIALES MÍNIMAS DEL ACUSADO, EN PARTICULAR, EL DEBIDO PROCESO	23
I.- Noción internacional de terrorismo	23
II.- Noción nacional de terrorismo: tipo penal amplio e indefinido	25

III.- La Ley 18.314 lesiona gravemente las garantías fundamentales del imputado	32
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA	51

TABLA DE ABREVIATURAS

- 1.-Art. :** Artículo
- 2.-Arts.:** Artículos
- 3.-inc.:** inciso
- 4.-CADH:** Convención Americana sobre Derechos Humanos
- 5.-PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 6.-CPP:** Código Procesal Penal
- 7.-CPR:** Constitución Política de la República
- 8.-DFL:** Decreto con Fuerza de Ley
- 9.-FIDH:** Federación Internacional de Derechos Humanos
- 10.-MP:** Ministerio Público
- 11.-TJOP:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

RESUMEN

La Ley N° 18.314 fue creada durante la dictadura militar y aplicada principalmente a opositores del régimen. Actualmente, ha sido objeto de diversas modificaciones originadas por conflictos vinculados a actos de protesta social realizados por el pueblo Mapuche, y cuyo objetivo ha sido ajustarla a estándares internacionales en materia de derechos humanos.

No obstante, su actual normativa implica una grave afectación de la igualdad de armas inherente al debido proceso que restringe al mínimo la defensa del imputado, particularmente con la utilización de presunciones de ánimo terrorista, secreto de las actuaciones de investigación y utilización de testigos y peritos protegidos, alejándose así nuestra legislación del desarrollo internacional del combate y sanción del terrorismo y, desconociendo dicha Ley finalmente, que los tratados cuyo contenido son derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y su jurisprudencia obligatoria, prefieren, perfecciona y complementan la legislación interna formando parte del control de constitucionalidad.

Palabras Claves: Tratados Internacionales. Derechos Humanos. Jerarquía. Terrorismo. Debido proceso.

ABSTRACT

The law 18.314 was created during the military dictatorship and was applied upon the regime's political opponents. Currently, this law has been subject to several modifications, originated by conflicts linked to social demonstrations by the Mapuche people, and these modifications' object has been to adjust the law to international human rights standards.

However, it's current rules implies a deep undermining of equality of arms in the due process which restricts up to the minimum the accused's defense, especially with the employment of presumptions of terrorist will, the secrecy of the investigation's acts and the use of protected witnesses and expert witnesses, thus setting our legislation away from international development in terms of confronting and sanctioning terrorism and, in the end, this law ignores that the treaties which content are essential rights that emanate from human nature and it's mandatory case law, prefers, perfects and complements the inner legislation, integrating the constitutional control.

Keywords: International treaties. Human Rights. Hierarchy. Terrorism. Due process.

INTRODUCCIÓN

La Ley Antiterrorista N° 18.314 fue creada bajo la dictadura militar en el año 1984, siendo aplicada principalmente para la persecución y represión de opositores al régimen¹. El retorno a la democracia, unido a la vigencia de la Constitución Política de 1980 y la ratificación y entrada en vigor de diversos instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos², animaron al gobierno del presidente Aylwin el año 1991 a modificar y derogar importantes disposiciones marcadas del tinte político con el cual fue concebida y utilizada esta Ley.

No obstante la modificación aludida, se mantiene en vigor el resto de sus disposiciones contrarias a la Constitución y a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, plasmados en los tratados internacionales de derechos humanos que, de por cierto, se encontraban plenamente vigentes. Inclusive, después de otra importante reforma, como lo fue la Ley N° 20.467 -cuyo principal objeto fue eliminar la presunción de dolo terrorista y excluir su aplicación a menores de 18 años- no se logró con éxito acomodar la normativa interna a estándares internacionales y constitucionales en la materia.

La contrariedad aludida, -entre la Ley Antiterrorista y los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* consagrados en la actual Constitución y los diversos instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos- se da principalmente por la utilización indefinida e indeterminada del concepto de terrorismo, unido a la vulneración de las garantías judiciales mínimas del imputado para que podamos estar frente a un proceso *racional y justo*, respectivamente, como precisa nuestra Constitución Política en su artículo 19 N° 3 inciso quinto y octavo, lesionando gravemente el derecho de defensa del imputado.

Ahora bien, no sólo los autores nacionales han escrito reiteradamente sobre las graves violaciones a los derechos humanos que esta Ley conlleva y, las garantías constitucionales mínimas del imputado que transgrede en su aplicación, sino que además, diversos órganos internacionales han manifestado su preocupación por la utilización innecesaria de la Ley misma³. Más aún, constatados sus

¹ En este sentido, véase a: Aylwin Oyarzún, José Antonio. (2010): Informe en derecho *La aplicación de la ley N°18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” a las causas que involucran a integrantes del pueblo Mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos*. En: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_en_derecho_ley_antiterrorista_y_derechos_humanos_rev.pdf f. Visto el 21 de abril de 2013.

² Por nombrar algunos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención Americana de Derechos Humanos; Declaración Internacional de Derechos Humanos, etc.

³ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2009): Recomendaciones del relator especial de la ONU sobre derechos indígenas James Anaya. La Situación de los Pueblos Indígenas en Chile: Seguimiento a las Recomendaciones hechas por el Relator Especial Anterior.

defectos legales, su uso judicial va encaminado en los últimos años⁴ a reprimir la denominada protesta social o activismo social⁵, en forma selectiva y discriminatoria, principalmente sobre miembros de comunidades mapuches en legítima reivindicación de sus derechos ancestrales⁶.

En consecuencia, la presente tesina tendrá por objeto identificar el rango jerárquico de los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los criterios a utilizar frente a una eventual colisión normativa entre ley y tratado y, finalmente, constatar las violaciones a las garantías judiciales mínimas del imputado y el debido proceso, con el claro objeto de que el Estado de Chile - entendido éste en sus tres poderes- se abstenga de aplicar la normativa en comento por ser contraria a la Constitución Política de la República y a los diversos tratados internacionales que versan sobre derechos humanos.

⁴ Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco RUC 02 00 14 24 99. RIT 080-2004, de 27 de Julio de 2005; y, Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol RUC 01 00 08 69 54-2. RIT 21-2004, 7 de abril de 2006.

⁵ Nadra, Yamilé. Informes especiales: Argentina, entre el drama social y el debate jurídico-político. La criminalización de la protesta social (I). Argenpress. 1 de noviembre de 2004. Vs. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12>. Visto el 21 de abril de 2013.

⁶ Lo anterior no obsta a que su aplicación en los últimos años se extienda a otros grupos de la sociedad, tales como grupos de carácter anarquista, ocupas y en la represión del movimiento estudiantil. Vs. <http://www.sindicatomercosul.com.br/noticia02.asp?noticia=18875>. Visto el 21 de abril de 2013.

CAPÍTULO I: DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE VERSAN SOBRE DERECHOS HUMANOS

El análisis relativo a la jerarquía de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, y su situación con respecto a las normas constitucionales, ha despertado en Chile gran interés desde la vuelta a la democracia, no existiendo consenso en lo relativo a su ubicación jerárquica en nuestro sistema de fuentes. Así, diversos han sido los esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia por determinar dicha jerarquía -dada la falta de norma expresa- que, partiendo de los lineamientos comparados de raíz Kelseniana, han buscado en la Constitución la respuesta a la ubicación jerárquica de los mismos⁷. Ahora bien, dicha labor debe ser extremadamente cuidadosa, dado que los Estados *“no podrá (n) invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.⁸

Ahora, las Constituciones desde un punto de vista comparado, suelen situar a los tratados en al menos las siguientes cuatro categorías o rangos: supraconstitucional; constitucional; supralegal y finalmente legal. Sin embargo, no está demás acotar a este respecto que, a nivel internacional, estas categorías se aplican a todo tipo de tratados, existiendo una tendencia a asignarle una categoría superior a aquellos que versan sobre derechos humanos respecto de los que tratan otros derechos no fundamentales o esenciales.

En el caso chileno, la determinación del rango o categoría de un tratado sobre derechos fundamentales, es una cuestión altamente controvertida y el conflicto se produce por una parte, porque el Constituyente no esclareció el tema entregando una jerarquía clara a los tratados, y por otra, el legislador democrático en las enmiendas constitucionales del año 1989 y 2005 tampoco tomó cartas en el asunto -cuestión altamente criticable desde la óptica comparada, donde las nuevas constituciones o sus reformas entregan una específica jerarquía a todos aquellos tratados que versen sobre derechos humanos o a algunos de ellos que se numeran- produciendo que en Chile la determinación quede entregada a la doctrina y jurisprudencia por vía interpretativa de aislados preceptos constitucionales, dando lugar a álgidas discusiones que parten con fuerza desde la vigencia misma de la actual

⁷ Nash Rojas, Claudio. (2003): *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humano en el ámbito nacional: La experiencia chilena*. p. 1. Ponencia presentada en el “Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay”, organizado por UNICEF en Montevideo. Vs. en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/30.pdf>. Visto el 23 de abril de 2013; y Navarro Beltrán, Enrique. (2012): *Tratados y Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*. p. 3. Ponencia presentada en la XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público, PUCV, en Valparaíso. Vs. en: <http://www.jornadasdederechopublico2012.pucv.cl/recibidos/navarro.pdf>. Visto el 23 de abril de 2013.

⁸ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Constitución y que aún no concluyen, generando detrimento en la necesaria certeza y seguridad jurídica de las personas.

Es por ello que, a continuación, trataremos esa labor interpretativa en la jurisprudencia nacional, con el objeto de determinar la posición jerárquica de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos desde un análisis histórico que considere las diversas posiciones que se han suscitado con ocasión de las reformas e influjos doctrinales consiguientes. Se distinguirá al efecto cuatro periodos, influenciados tanto en los fallos citados y como en la clasificación misma, por la profesora Miriam Henríquez Viñas⁹. Estos son:

- 1.- Primer periodo: Desde 1915 hasta antes de la Constitución de 1980
- 2.- Segundo periodo: Desde 1981 hasta antes de la reforma de 1989
- 3.- Tercer periodo: Desde la reforma de 1989 hasta antes de la reforma de 2005
- 4.- Cuarto periodo: Desde la reforma de 2005 hasta la fecha

Primer periodo: Desde 1915 hasta antes de la Constitución de 1980

Nos serviremos de seis pronunciamientos de la **Corte Suprema**, que nos ayudarán a extraer el rango jerárquico, que a juicio del mencionado tribunal, ocupaban los tratados sobre derechos humanos. Se advertirá desde ya, que dentro del periodo se observan dos tendencias evolutivas al respecto. La primera de ellas, que llega hasta alrededor de 1950, otorga rango legal a los tratados, mientras que la segunda otorga rango supralegal a los mismos, cuestión que coincide con el surgimiento del derecho internacional contemporáneo o humanitario, caracterizado por la proliferación de organizaciones internacionales y el resguardo de las libertades fundamentales y garantías individuales.¹⁰

Dentro de la primera tendencia es del todo esclarecedor el fallo **Godoy y otros con Fisco de Chile de 1915**, donde el tribunal en comento señaló que la “*estructura jurídica de los tratados internacionales y principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legisladores, hace que sean ellos verdaderas leyes ya que en su génesis, desarrollo y*

⁹ Henríquez Viñas, Miriam. (2008): “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos” en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N°2. p. 77.

¹⁰ Véase por todos: Díez de Velasco Vallejo, Manuel. (2005): *Instituciones de derecho internacional público*. Decimo quinta edición. Tecnos, Madrid. p. 63.

promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de una ley, tal como lo define el Art. 1º del Código Civil”¹¹.

Luego, en **1932** en el caso **Duncan Fox con Dirección de Impuestos Internos**, se discutió sobre la compatibilidad de los siguientes bloques de disposiciones: el primero de ellos conformado por el artículo 10 N° 9 de la Constitución Política de 1925¹² y el artículo 46 letra a) de la Ley de Impuesto a la Renta; y, en cuanto al segundo, conformado por el artículo 2º inciso primero del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre Chile y Gran Bretaña el 30 de noviembre de 1855, y el artículo 102 (48 R) del Decreto Supremo número 1.279 de 29 de mayo de 1925. Este último establecía una variación en la tasa del impuesto de 3% en reemplazo del 4,5% de la segunda categoría que gravaba los valores mobiliarios, excluyendo a las sociedades colectivas, como la de autos.

En dicho fallo la Corte se pronunció en los siguientes términos: *“No procede acoger la infracción del artículo II inciso 1.º del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación (...) que se funda en que se ha cobrado a una sociedad colectiva británica un impuesto superior al que soportan los nacionales, obligándola, de esta manera, a pagar más altas cargas, requisiciones o impuestos que los que corresponden a las nacionales ya que ese contrato fue desahuciado el 31 de mayo de 1896 y sólo se convino en que serían perpetuas las estipulaciones de paz y amistad de que se habla los artículos 1 y 18, mas no las relativas a los impuestos, por ejemplo, carácter que revisten las del artículo II que se invoca, a lo que agrega que si la sentencia fuera contraria a dicho Tratado, no sería ella la que lo desconocería sino la ley posterior, que lo modificó y a la cual el fallo se amolda.”¹³* De esta manera, la Corte otorga rango legal a los tratados, inclusive sustituyendo el término “tratado” por el de “ley”, al señalar que el tratado de desahucio de 31 de mayo de 1896 es *“la ley posterior que la modificó”*, dándole dicho valor y jerarquía.

Dentro de la segunda tendencia, la Corte conociendo de la causa **Lauritzen con Fisco de 1955**, reconoce la primacía del derecho internacional consuetudinario del siguiente modo: *“aún el supuesto que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del derecho internacional tienen prevalencia en estos casos”*, a su vez en la sección 11 del fallo que trata de la indemnización, la Corte Suprema afirmó *“este fallo tiene la importancia de reconocer que las normas del derecho internacional son de aplicación preferente a las leyes locales”*. Finalmente, el fallo en el número 159 expresó *“que no es el caso tampoco, como sostiene la defensa del Fisco, pensar que pueden cobrar función jurídica los*

¹¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XIII. Segunda Parte. Sección Primera, p. 104, considerando 9º, año 1915.

¹² Que ubicado dentro del Capítulo III, que versa sobre las garantías constitucionales, señala:

Artículo 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

La igual repartición de los impuestos y contribuciones (...)

¹³ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXX. Segunda Parte. Sección Primera, p. 106, considerando 11º, año 1933.

principios de la mora que establece nuestro derecho civil, porque se ha demostrado en este caso, los principios del derecho internacional prevalecen sobre el derecho interno”¹⁴

Nuevamente la **Corte Suprema** en el año **1959**, conociendo de una extradición activa, sentencia que “*por lo tanto, y de acuerdo con el citado artículo 637 del Código de Procedimiento Penal, es forzoso recurrir a los principios del derechos internacional para obtener un pronunciamiento acerca de la extradición de que se trata, principios que, por otra parte, priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado*”¹⁵

Finalmente, en **1972** con ocasión de los beneficios concedidos por la **Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales**, sentencia que: “*es inaceptable en Derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes*”¹⁶. Concordamos en este último fallo con el análisis del mismo efectuado por el profesor Humberto Nogueira, según el cual “*nos muestra que también el derecho convencional internacional prevalece sobre el derecho interno en caso de conflicto, de otra manera se violaría el derecho internacional y se comprometería el honor del Estado chileno.*”¹⁷

En consecuencia, durante el periodo en análisis y en su primera etapa, el máximo tribunal se inclinó por sostener que los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos revestían jerarquía legal, entendiendo que son una ley en los términos del artículo 1° del Código Civil y aplicándoles, al efecto, las mismas normas de resolución de conflictos normativos previstas en aquél. En cuanto a la segunda etapa del periodo y por influencia del derecho internacional contemporáneo, la Corte frente a un conflicto normativo entre ley y tratado, hace prevalecer a este último, otorgando así, jerarquía supralegal, en el entendido que sus principios prevalecen sobre el derecho interno y su desconocimiento convencional acarrea la violación del tratado y compromete el honor del Estado.

Segundo periodo: Desde 1981 hasta antes de la reforma de 1989

Para comenzar este segundo periodo es del todo esclarecedor citar a Gerardo Bernalles Rojas¹⁸, según el cual, entre 1981 y 1989 existían 26 tratados relativos a derechos humano vigentes en Chile. Sin embargo, los máximos tribunales del país estimaron que la falta de publicación de los mismos, era un

¹⁴ Nogueira Alcalá, Humberto. (1993): “Constitución y derecho internacional de los derechos humanos” en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 20 N°. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público (Mayo-Diciembre 1993), p. 885.

¹⁵ Idem. p. 9.

¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. *Ob. cit.*, p. 885.

¹⁷ Idem. p. 9.

¹⁸ Bernalles Rojas, Gerardo. (2003): “Los tratados Internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia el periodo 1981-1989, bajo el régimen del Artículo 24° transitorio de la Constitución” en *Ius et Praxis*. vol. 9, n.1, p. 283.

antecedente insalvable que producía su inoponibilidad absoluta en base al Decreto Ley 247 del 31 de diciembre de 1973.

En efecto, prueba de ello es la sentencia del recurso de amparo, caso **Leopoldo Ortega Rodríguez y Otro**, del año **1984**, referente a la colisión normativa entre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 transitorio letra a) y c) de la Constitución, en cuya virtud, se dictaron los decretos N° 4542; 4547; 4556; 4681, que ordenaron expulsión, prohibición de ingreso y arresto de los recurrentes, contrariando evidentemente el Pacto en comento. La **Corte de Apelaciones de Santiago** resolvió que *“cualquiera que sean los efectos y alcances del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) que ha sido promulgado, pero no publicado, es lo cierto que sus cláusulas y disposiciones no podrían, dentro de un ordenamiento de prevalencia razonable y natural, contrariar preceptos constitucionales, ni menos primar sobre estos.”*¹⁹

En el voto disidente de este recurso de amparo, el Ministro Paillás, abogó no tan sólo por acogerlo en base a los Arts. 19 N° 7 CPR y 12 del Pacto, sino además fue del parecer de que los decretos cuestionados fueran dejados sin efectos, en los siguientes términos respectivamente *“las normas antedichas que han sido reconocidas por la primera autoridad de la Nación, la que dispuso que dicho Pacto se cumpla y se lleve a efecto como Ley de la República, si bien hasta ahora no ha sido publicada.”* (...) *“El disidente es de parecer que debe acogerse el recurso de amparo y dejar sin efecto los decretos ya citados”*. En lo que se refiere a la publicación propiamente tal, señala el máximo tribunal en su considerando 4° que *“a diferencia de lo ocurrido bajo el Decreto Supremo N° 132, de 21 de junio de 1926, que sólo se ocupó de la promulgación de los tratados internacionales y que por ende, dio lugar a que se suscitara cuestiones acerca de la necesidad de su publicación (...) la materia se encuentra reglada hoy por la concluyente normativa dispuesta por el Decreto Ley N° 247 de 31 de diciembre de 1973 (...) el artículo 5 dispone que luego de haberse efectuado el canje (...) “el tratado internacional deberá ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual ordenará que este se cumpla y lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho decreto supremo como texto del tratado se publiquen en el diario oficial”*²⁰

En el caso **Comunidad Galletué con Fisco** de **1984** la **Corte Suprema** por vía de casación en el fondo manifiesta en su considerando 3° que: *“La Convención Internacional acordada para la protección de la fauna, flora y las bellezas escénicas de América, Convención que en nuestro país es ley desde 1967, (...) el Decreto Supremo número 29, del año 1976, en lo que respecta a la araucaria*

¹⁹ Revista Fallos del Mes. Año 1984. Página 592. Considerando 1°. Rol N° 1.113-84.

²⁰ Idem. Considerando 4°.

araucana, cuyo corte, destrucción y explotación prohibió absolutamente, declarándola monumento natural, dando en esto aplicación a la Convención aludida, o sea, a la ley, en lo que se refiere a esta especie”²¹

A su turno, en el **caso Almeida de 1987** se discutió la colisión normativa que se producía entre el artículo 8° de la Constitución Política de la República en su texto original con los artículos 18 y 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y los artículos 18 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, resolviendo el **Tribunal Constitucional** que *“la legitimidad del artículo 8° de la Constitución por una supuesta contradicción con las normas referidas de derecho internacional, resulta improcedente, habida consideración de que, de existir tal conflicto, el debería ser resuelto, siguiendo a Kelsen, sobre la base del derecho nacional correspondiente, esto es, en el caso en estudio, de acuerdo a la Constitución”²²*. En el considerando 27 precisa que *“las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales, (...) la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118”*.

Finalmente, para terminar el periodo en estudio, citaremos el caso **Compañía Molinera San Cristóbal con Servicios de Impuesto Internos**²³ del año **1988**, donde el supremo tribunal indicó en su considerando 3° que *“el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, GATT, suscrito por Chile durante la Conferencia y Empleo de las Naciones Unidas, celebrada en Ginebra, (...)se encuentra vigente en Chile desde marzo de 1979 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también vigente en este país se aplica con preferencia al derecho interno. Por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, acto unilateral de una sola de las partes, como es el caso de la Ley N° 18.221”*. Luego, *“Por otra parte, el tratado aludido tiene el carácter de ley especial con respecto a la Ley 18.221, ya que se aplica sólo a determinados países y, en consecuencia debe dárseles preferencia”*.

Como se puede apreciar, este segundo periodo se encuentra marcado por varias situaciones a lo menos curiosas desde la óptica jurídica:

1° Se produce un quiebre con la tendencia jurisprudencial anterior, en cuya virtud los tratados sobre derechos humanos revestían jerarquía supralegal, para volver a aquella anterior al desarrollo del

²¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXI. Segunda Parte. Sección Primera, Tomo I, p. 118, considerando 3°, año 1984.

²² Tribunal Constitucional. 21 de diciembre de 1987, Rol: 46, considerando 25.

²³ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXV. Segunda Parte. Sección segunda, Tomo I, p. 12, año 1988.

derecho humanitario -antes de 1948- que entendía que dichos tratados revestían jerarquía simplemente legal.

2° Nuestra Corte Suprema -haciendo aplicación de una tesis reduccionista²⁴- supedita la incorporación de ciertos convenios internacionales –como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos- a la publicación en el Diario Oficial de los mismos, cuando se alegan con ocasión de derechos políticos. En efecto, tal como señala Miriam Henríquez “*los tribunales de la época otorgaron a la publicación un efecto constitutivo, entendiendo que mediante ella se produce la incorporación de la norma convencional al derecho chileno*”²⁵.

3° Da plena vigencia a aquellos tratados internacionales que refieren a derechos económicos, en particular a la propiedad, en donde no se escatima en su desarrollo y protección, señalando que se aplican con preferencia al derecho interno y que es inaceptable que puedan ser modificados por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, haciendo aplicable esta vez el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Tercer periodo: Desde la reforma de 1989 hasta antes de la reforma de 2005

En este periodo los principales temas giraron en torno la introducción del inciso 2° del artículo 5° a la Constitución y su consiguiente efecto normativo que, por vía interpretativa, fue formulado por la doctrina y jurisprudencia.

Siguiendo estrechamente en este apartado el análisis efectuado por la profesora Miriam Henríquez, se observa que los principales temas tratados a nivel de Cortes fueron en torno a la Ley de Cheques, deudas previsionales y el Decreto Ley de Amnistía, mientras que el principal pronunciamiento del Tribunal Constitucional recayó sobre el Estatuto de Roma.

²⁴ “La tesis reduccionista, cuya idea fuerza es que no son necesarias las normas constitucionales sobre promulgación y publicación de tratados internacionales porque se siguen los tramites de la ley al respecto. Las principales consecuencias que atribuye la tesis reduccionista a los tratados que no se publican a nivel interno son la no obligatoriedad e inoponibilidad del tratado y la consideración de los derechos consagrados en el tratado no publicado como meras expectativas” Henríquez Viñas, Miriam. “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos”. *Estudios Constitucionales*, Año 6, N°2, 2008, p. 81.

²⁵ Henríquez Viñas, Miriam. (2008): Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, p. 80.

Tribunal Constitucional.

En el caso **Rol N° 346, sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**²⁶, el tribunal haciendo especial referencia a la reforma introducida al artículo 5° inciso 2° en 1989, sentenció que *“la nueva redacción ha llevado a algunos a pretender que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional, de manera que podrían modificar disposiciones de la Carta Fundamental”*²⁷, luego en el considerando 62° señala que *“aunque parezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental”*. Concluye el Tribunal, este capítulo especialmente dedicado a tratar la jerarquía de los tratados con ocasión de la reforma de 1989 citando a Alejandro Silva Bascuñán, para quien la jerarquía normativa de los tratados *“es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica”* precisando que *“en realidad, respecto de las demás normas jurídicas el tratado no las deroga ni las modifica, sino que las supera, las hace inaplicables, las deja sin efecto, las hace caducas, no genéricamente, en todo su contenido, sino que nada más en función de su aplicación, en todo cuanto se oponga a sus disposiciones”*

Pese a lo perentorio de lo expuesto, es totalmente rescatable el voto disidente de esta sentencia elaborado por el ministro Marcos Libedinsky que, en su considerando 9°, luego de transcribir el artículo 5 inciso 2°, expone: *¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”? ¿En otras palabras, es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?.*

Posición de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago

Ley de Cheques

²⁶ Requerimiento de inconstitucionalidad de 4 de marzo de 2002.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. 8 de abril de 2002. Rol: 346, considerando 60°.

Los fallos que recaen en esta materia versan principalmente sobre la colisión normativa que se produce, por un lado, entre los artículos 7 N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, por otro lado, el artículo 44 del DFL N° 707 sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. A este respecto, la **Corte de Apelaciones de Santiago sentenció el 5 de febrero de 1991** que: *“se exime al reo de la caución establecida en el artículo 44° de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques por considerar que dicho artículo 44° se encuentra en pugna, en la parte que exige la caución de un depósito de dinero por el total de los cheques, intereses y costas, con lo prevenido en el artículo 5° inciso final de la Constitución Política antes citada, en relación con el artículo 7° N° 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) en atención a que la naturaleza de dicha caución y el objetivo primordial que persigue, constituyen un entorpecimiento que hace de la prolongación de la prisión preventiva, más allá de su concesión por la autoridad judicial, una verdadera prisión por deudas”*.²⁸

Luego, el **11 de febrero de 1991 la Corte de Apelaciones de Santiago**, en el **“caso Quinteros Marabolí (...)** reiteró la incompatibilidad” con los mismos fundamentos que en la sentencia precedente. Si bien este fallo fue impugnado por vía del recurso de queja, fue finalmente confirmado por la Corte Suprema de Justicia, en el fallo de fecha 18 de Abril de 1991.²⁹

En el caso **Araya Villarroel**, de **fecha 2 de Mayo de 1991**, nuestro supremo tribunal reafirmando la incompatibilidad entre el artículo 44 de la Ley de Cheques y el Pacto de San José de Costa Rica, sentencia que *“lo resuelto se encuentra, además, en concordancia con el artículo 7 N° 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) que tiene plena vigencia en nuestro país, en virtud del artículo 5° de nuestra Constitución Política, que establece que nadie será detenido por deudas y no cabe dudas que si se aceptara la interpretación del recurrente la permanencia en el recinto carcelario habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad.”*³⁰

Sin embargo, esta unánime interpretación sufre un traspié en la **Corte Suprema**, específicamente, en los casos **Garat Gálvez y Mac Namara Verdejo de 1991 y 1992**, respectivamente, señalando la compatibilidad entre la cuestionada Ley y las disposiciones del Pacto. En tal sentido señaló en el primero de los casos que *“tal norma no resulta contrariada por el artículo 44 de la Ley de Cheques, en cuanto la caución que establece, desde que dada su naturaleza jurídica no se trata propiamente de la exigencia de una deuda civil, sino que de una simple condición legal, para que los individuos privados de libertad, por los delitos descritos en esa ley, puedan obtener su excarcelación,*

²⁸ Henríquez Viñas, Miriam. *Ob. cit.*, p. 82.

²⁹ Henríquez Viñas, Miriam. *Ob. cit.*, p. 82 y 83.

³⁰ *Idem.* p. 82 y 83.

asegurando de ese modo su comparecencia al juicio”³¹. Criterio que repite en el segundo de los fallos, agregando que *“las condiciones para obtener libertad provisional, establecidas en el artículo 44 de la Ley de Cheques: no puede estimarse derogadas por otras normas constitucionales o por el Pacto de San José de Costa Rica”*.³²

Deudas previsionales

En esta materia se discute la colisión normativa que se producía entre el artículo 12 de la Ley 17.322 que fija las normas para la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas de las instituciones de previsión con el ya mencionado artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica unido al artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el entendido que el artículo 12 de la Ley permite prisión por deudas contrariando así los Pactos mencionados. Esto puede verse en el caso **Manuel Ugarte con AFP Santa María S.A.**,³³ de 10 de Junio de 1991, donde los criterios que prevalecieron fueron los mismos utilizados en los casos analizados en la Ley de Cheques. En efecto, la **Corte de Apelaciones**, por un lado, nuevamente entendió que se producía una prisión por deudas que contrariaba el artículo 7 N° 7 de Pacto, y por otro, la **Corte Suprema** revoca el fallo entendiendo que no se trata de una obligación civil, y va más lejos calificando la retención de cotizaciones descontadas pero no entregadas como apropiación indebida, sancionada en el artículo 470 N° 1 del Código Penal.

Ley de amnistía

Nos referimos a la compatibilidad del Decreto Ley 2.191 -que concedió amnistía a todas aquellas personas que en calidad de autores, cómplices o encubridores que hubieran intervenido en los delitos acaecidos durante la vigencia de estado de sitio, entre el 11 de septiembre de 1973 y 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontraran sometido a proceso- y los diversos tratados sobre derechos humanos vigentes en Chile durante el periodo en análisis.

Así, la **Corte de Apelaciones de Santiago**, el 10 de Marzo de 1994, en el caso **Lumi Videla**, revocó la sentencia del tribunal de primera instancia y en su reemplazo sentenció que *“no eran aplicables la amnistía de 1978 ni la prescripción para todos aquellos casos que ocurrieron entre 11 de*

³¹ Idem. p. 84.

³² Idem.

³³ Henríquez Viñas, Miriam. *Ob. cit.*, p. 85.

septiembre de 1973 y 10 de marzo de 1978”³⁴. Siguiendo siempre en este apartado a Miriam Henríquez, es totalmente destacable la redacción de la sentencia elaborada por Humberto Nogueira, que en su considerando 7° letra b) señala “que para la doctrina nacional los Tratados o Convenios Internacionales están ubicados necesariamente en una jerarquía superior a la ley (...) que, por lo tanto, ante una contradicción entre ley y tratado, el problema no se plantea en el ámbito de la validez de tales normas sino que se plantea en el terreno de la aplicabilidad”³⁵. El criterio acá señalado, es reiterado por la misma Corte, en el caso **Uribe Tambley – Van Jurick Altamirano**, de **30 de Septiembre de 1994**, donde nuevamente la redacción del fallo recae en el abogado integrante Humberto Nogueira, reiterando los argumentos del caso anterior, pero en ésta última ocasión precisó que “el constituyente de 1989, agregó, con el objeto de reforzar la garantía de los derechos asegurados, como asimismo, para elevar de jerarquía a los tratados internacionales de derechos humanos, la frase final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución (...)”³⁶ y en el considerando 8° parte final, complementando lo anterior señala que “en relación a la aplicación de las normas de los Tratados Internacionales, en especial, de aquellos que garantizan derechos humanos, estos prevalecen sobre las normas legales anteriores o posteriores de carácter interno, mientras el Estado de Chile no haya denunciado los convenios internaciones por medio del procedimiento establecido en ellos mismos.”³⁷

Ahora, pese lo deseable que pudieren ser la consolidación de un criterio garantista y respetuoso del derecho humanitario como el sostenido por Nogueira, consciente de que la reforma no podría tener otro sentido, sino el de reforzar la protección de los derechos humanos, lo cierto es que, la **Corte Suprema** revocó estas consideraciones por vía del recurso de queja declarándolas “inaplicables a la situación referida en las sentencias de apelaciones (guerra o conflicto armado interno) las normas convencionales del derecho internacional humanitario, incluyendo el Protocolo II de 1979, fundamentalmente por no darse los supuestos bélicos allí contemplados”³⁸.

Finalizaremos el análisis de los casos del periodo quizás con el más controvertido y polémico de ellos conocido por la **Corte de Apelaciones de Santiago**, a saber, el **Caso Pinochet** en donde la Corte, a juicio de Claudio Nash efectuó una de las “aplicaciones más progresivas de la normativa internacional sobre derechos humanos a conflictos internos (...) al resolver el sobreseimiento por demencia de Augusto Pinochet.”³⁹ Señalando en el considerando 16° de la sentencia **rol: 28.075-2001**

³⁴ Idem. p. 87.

³⁵ Idem. p. 89.

³⁶ Idem. p. 91.

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

³⁹ Nash Rojas, Claudio. *Ob. cit.*, p. 13.

que “ante varias interpretaciones posibles de la ley, debe considerarse y aplicarse aquella de las interpretaciones que más se ajuste a la Constitución, lo que obliga a los jueces a interpretar sus contenidos de un modo sistemático tal que el resultado de dicha interpretación conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales, fuente primaria en que se asienta el orden jurídico. Pilar del principio, en cuanto a la superior salvaguarda de los derechos humanos, se contiene en efecto en el artículo 5° inciso 2° de la Ley fundamental (...).” La **Corte Suprema** nuevamente frenó esta interpretación dictando sentencia de reemplazo en el **rol: 2986-2002** en donde “no obstante concluir que el imputado debía ser sobreseído, varió la argumentación sustancialmente y sostuvo que la legislación procesal previa a la reforma contenía elementos suficientes para garantizar el debido proceso de ley”⁴⁰

A modo de conclusión, se va consolidando la tesis de que los tratados sobre derechos humanos revisten jerarquía infraconstitucional y supralegal dentro del ordenamiento jurídico chileno. Se observa además, la progresiva aplicación directa por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago de éstos, en oposición a la aplicación efectuada por la Corte Suprema en donde, no obstante, reconocer la mayor jerarquía de los tratados frente a la ley, es reticente a efectuar una aplicación directa o simplemente desconoce su aplicación, por considerar que no se dan los supuestos contemplados en ellos.

Cuarto periodo: Desde la reforma de 2005 hasta la fecha

Este último periodo de desarrollo jurisprudencial se produce como consecuencia de dos importantes sucesos. El primero de ellos es la reforma a la Constitución Política del año 2005, en cuya virtud, se modificó el artículo 54 N° 1, inciso 5°, el cual prescribe que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”, y, el segundo, es el fallo **Almonacid Arellano versus Chile**, en donde, por unanimidad la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentenció que Chile “incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de dicho tratado, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de sus hijos. Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley 2.292 es incompatible con la Convención (...) el Estado debe asegurarse que el Decreto (...) no siga representando obstáculos para

⁴⁰ Nash Rojas, Claudio. *Ob. cit.*, p. 14.

la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables; como así tampoco siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.”⁴¹ La importancia de este fallo es que consagró, entre otras cosas, el control de convencionalidad.

Iniciamos el período analizando el caso **Leopoldo González Sáez con INP**, de fecha **4 de Mayo de 2006**, conocido por la **Corte de Apelaciones de Santiago** y redactado por el abogado integrante Hugo Llanos, donde se concede una indemnización a los trabajadores que se les ha cambiado unilateralmente su calidad jurídica de obreros, resultando privados de sus empleos en dicha calidad, para denominarlos ahora empleados públicos. La Corte en el considerando 7° señala que *“El artículo 5° le otorga así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana;”* reafirma su posición en el considerando 8° *“Que, como lo señala Francisco Cumplido C., que intervino en la redacción de la reforma del artículo 5°: “La Constitución de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno. En efecto, el inciso segundo del artículo 5° establece, nada menos, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. (...)Agrega que el Estado está al servicio de la persona humana. En la historia fidedigna de esta disposición constitucional quedó expresa constancia que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana. Porque resolvimos, entonces, aceptar incorporar expresamente, a lo menos, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, además de los garantizados por la Constitución ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada por ella se lograba que los derechos garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados y vigentes tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución.”*⁴²

⁴¹ Observación cita N° 59. Henríquez Viñas, Miriam. *Ob. cit.*, p. 100.

⁴² Vs. en: vlex.com/vid/Santiago-gonzalez-saez-leopoldo-inp-218042913. Visto el: 05 de Abril de 2013.

En otro caso y citando nuevamente a Miriam Henríquez, en el año 2006 *“la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la prescripción de la acción penal originada en el fusilamiento y ocultamiento de miembros del Dispositivo de Seguridad y Asesores de la Presidencia de la República, por tratarse de delitos de lesa humanidad, con participación estatal (...). -En el considerando N° 13 el fallo dispone que- (...) “en cuanto a la obligatoriedad de las normas de ius cogens respecto de la imprescriptibilidad aludida, en nuestro ordenamiento jurídico es la Constitución la que la reconoce en el artículo 5° inciso segundo y permite la posibilidad de incorporarlo” (...) Con respecto a los tratados internacionales la sentencia les reconoce fuerza constitucional material en el considerando N° 15: (...) constituyen ley de la República, con fuerza constitucional material (...)”⁴³*

Luego, la **Corte Suprema** el **13 de Marzo de 2007** en el **rol: 3125-2004** conociendo por vía de casación en el fondo el **homicidio calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes en la Guarnición Chena**, hace plenamente aplicable los Convenios de Ginebra vigentes a la fecha de los hechos, calificando los delitos cometidos en su persona como crímenes de lesa humanidad, punibles como crímenes de derecho internacional, y cuyas características principales son la imprescriptibilidad, imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad. En cuanto a la jerarquía de los tratados que versan sobre derecho humanitario la sentencia, en su considerando N° 35 prescribe que *“también los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan.”⁴⁴* Se adiciona a lo anterior en el considerando N° 39 y luego de reproducir el inciso 2° del artículo 5° *“valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo*

⁴³ Henríquez Viñas, Miriam. *Ob. cit.*, p. 106 y 107.

⁴⁴ Criterio reiterado por la Corte Suprema en el fallo n° 9474-2009, de 21 de Diciembre de 2010.

*plena vigencia, validez y eficacia jurídica,*⁴⁵ *no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5º, sino también del 1º, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26º, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.”*

El **18 de Abril de 2007**, la misma Corte en el rol: **4183-2006** reitera el rango constitucional de los derechos humanos consagrados por tratados internacionales en los siguientes términos *“conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5º de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*⁴⁶.

En cuanto al **Tribunal Constitucional**, cabe destacar la sentencia **rol N° 786-2007**, *“en que se pronuncia acerca de la constitucionalidad de un artículo del proyecto de ley de responsabilidad penal adolescente en relación con la Convención de Derechos del Niño, se ha hecho eco de esta interpretación, al fallar sobre la base de que dicha Convención forma parte del parámetro de control de constitucionalidad. En otras palabras que los derechos de que esta Convención es fuente, tiene igual jerarquía que los consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República y, por lo mismo, no deben ser contravenidos por acto alguno, sea particular, legal o administrativo”*⁴⁷

En otra sentencia, la **Corte Suprema** reitera esta uniforme interpretación en la causa **rol: 2054-2008**, de **18 de Junio de 2008**, en donde se discutía el delito de giro doloso de cheque, invocando el recurrente a este respecto el artículo 5º de la Constitución Política -según el cual- otorga rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, éste último artículo, en relación con el artículo 7 N° 7 del Pacto de San José, que impide la prisión por deudas. La corte se pronuncia en el considerando cuarto del fallo en los siguientes términos *“Que la jerarquía del tratado invocado por el recurrente, ni su poder vinculante admiten discusión en nuestro orden jurídico”*.

La misma **Corte** en el **rol N° 3378-2009**, de **29 de Septiembre de 2009**, sentencia que *“Cabe resaltar que el mencionado inciso segundo del artículo 5, le otorga rango constitucional a los tratados*

⁴⁵ Criterio que es reiterado por la Sala Segunda (Penal) de la Excelentísima Corte Suprema en los siguientes roles: n° 8314-2009, de 27 de Enero de 2011; n° 5969-2010, de 9 de Noviembre de 2011, y, en el rol n° 6601-2011, de 29 de Diciembre de 2011.

⁴⁶ Sentencia de la Corte Suprema. 18 de abril de 2007, Rol: 4183-2006, considerando décimo.

⁴⁷ Aylwin Oyarzún, José Antonio. *Ob. cit.* p. 28.

que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás convenios internacionales, en cuanto garantizan y regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.”

Finalmente, la **Corte de Apelaciones de Talca**, en la causa **Rol N° 479-2012, de 8 de Noviembre de 2012**, luego de transcribir el artículo 5 inciso 2° CPR, concluye “*otorgando rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales.*”

A modo de conclusión, en este último periodo de desarrollo jurisprudencial, se observa de manera uniforme que los máximos tribunales del país concuerdan en que los tratados, cuyo contenido son “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, revisten jerarquía constitucional material. Ello, como consecuencia de la norma de reenvío contenida en el artículo 5° de la CPR, dado que los *derechos esenciales* forman parte del acervo de la humanidad y son propios de la naturaleza humana. En efecto, los tratados cuyo contenido son *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* prefieren, perfeccionan y complementan la legislación interna, formando parte del parámetro de control de constitucionalidad.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LA LEY ANTITERRORISTA N° 18.314 Y SU CONFORMIDAD CON LOS TRATADOS QUE VERSAN SOBRE DERECHOS HUMANOS. GARANTÍAS JUDICIALES MÍNIMAS DEL ACUSADO, EN PARTICULAR, EL DEBIDO PROCESO

En este apartado se analizará brevemente la noción nacional e internacional de terrorismo, con el objeto de constatar si la definición chilena, contenida en la Ley 18.314 -que determina conductas terroristas y fija su penalidad-, se adecua a estándares internacionales, y es aplicada, estrictamente, a delitos que revisten la categoría de “terroristas”.

Luego, nos adentraremos en su aplicación selectiva a miembros de comunidades mapuches en legítima reivindicación de sus derechos ancestrales y las garantías del debido proceso, en el marco de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile al ratificar diversos instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos.

Se finalizará, analizando una eventual colisión normativa entre la Ley Antiterrorista y los diversos tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, entendiendo que estos últimos, según la doctrina y jurisprudencia actual mayoritaria, revisten jerarquía constitucional, en cuanto garantizan *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*, en virtud de la norma de reenvío contenida en el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República.

I.-Noción internacional de terrorismo

En la actualidad, no existe una definición omnicompreensiva de lo que es terrorismo. No obstante, se cuenta con diversos acercamientos provenientes de variadas fuentes, algunas de las cuales se tratarán brevemente a continuación.

El **Supremo Tribunal Español** en la **sentencia N° 2/1997** lo califica como *“Una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido”*

Desde la doctrina, el profesor **Jiménez de Asúa** lo define como *“La destrucción o transformación violenta de la actual organización social y de sus órganos e instituciones fundamentales, como la autoridad, la propiedad, la familia, la religión, la administración de justicia, en resumen, los pilares básicos de la sociedad.”*⁴⁸

El **Consejo de Europa** señala que *“Los delitos terroristas pueden definirse como delitos cometidos internacionalmente por un individuo o grupo contra uno o más países, sus instituciones o ciudadanos, con el fin de intimidarles y de alterar gravemente o destruir las estructuras políticas, económicas, medioambientales o sociales de un país”* (Decisión Marco del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo de 30 de noviembre de 2001)⁴⁹

Se finalizará con una aproximación conceptual proveniente de **los convenios internacionales** de vocación universal y regional que regulan la materia⁵⁰. Si bien, ninguno de ellos ha intentado una definición omnicomprendiva del hecho punible que abarque sus diversos modos de realización, es destacable el esfuerzo atribuible a la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) en torno a la identificación de los rasgos constitutivos y comisivos del delito de terrorismo. En efecto, este organismo sostiene que *“Las distintas definiciones de terrorismo recogidos(as) en instrumentos multilaterales reflejan la existencia de un cierto entendimiento mínimo en torno al contenido básico de ese delito.”*⁵¹

Dicho esto, emprende una numeración no taxativa en torno al contenido mínimo que debe presentar el hecho típico para ser catalogado propiamente como terrorismo.

⁴⁸ Gaete González, Eurgenio. (2002): “La tipificación jurídica del terrorismo” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* N° XXIII. Valparaíso, Chile. p. 453.

⁴⁹ Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley 20.467. Modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad*. Diario Oficial de 8 de Octubre de 2010. Página 182.

⁵⁰ A modo ejemplar y dentro de los tratados internacionales de represión y sanción del delito de terrorismo, véase: Convenio de Tokio de 1963, relativo a infracciones y otros actos cometidos a bordo de aeronaves; Convenios de la Haya de 1970, para la represión de apoderamientos ilícitos de aeronaves; Convenio de Montreal de 1971, relativo a la represión de ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; Convenio de Nueva York, sobre prevención y castigo de delitos en contra de personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973; Convenio de Nueva York, sobre la toma de rehenes de 1979; Convención sobre protección física de los materiales nucleares de 1980; Protocolos de Montreal, para la represión de los actos ilícitos de violencia en los aeropuertos de 1988; Convenio de Roma para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación de 1988; Convenio de Montreal, sobre demarcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991; Convención internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997; Convenio para la represión de la financiación del terrorismo de 1999; Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 2005; Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005, etc.

⁵¹ Federación Internacional de Derechos Humanos. (2006): *La otra transición chilena: Derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un estado democrático*. p. 31. Vs. en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/mapuche.pdf>. Visto el 07 de Agosto de 2013.

Así, entiende que *“Se trata de delitos de suma gravedad, tanto en consideración de los medios (susceptibles de afectar potencialmente bienes jurídicos esenciales) como de los fines (animados a la subversión de la institucionalidad vigente).*

Se trata además de delitos que atentan primordialmente contra la vida, integridad física o libertad de las personas, ya sea directamente, (a través de atentados contra individuos o grupos) o indirectamente, a través de atentados contra medios de transporte o infraestructuras públicas.

*Atendiendo a los fines, los delitos de terrorismo se refieren implícitamente a la subversión del orden constitucional por medios violentos, con independencia de los fines políticos específicos que se persigan.”*⁵²

II.-Noción nacional de terrorismo: tipo penal amplio e indefinido

Como consideración preliminar, no puede dejar de advertirse que un principio elemental del derecho penal es el de legalidad, cuya máxima es el aforismo *“nullum crimen, nullum poena sine lege”* en cuya virtud, y entre otras manifestaciones, la ley al momento de tipificar una determinada conducta como delito, debe hacerlo de la manera más clara y precisa posible, de forma que no quepan interpretaciones analógicas o extensivas.

Ahora bien, la Ley 18.314 al llevar a cabo este cometido tipificando qué ha de entenderse por conducta terrorista, ha prescrito en su artículo 1° que *“constituirán delitos terroristas los que enumerados en el artículo 2°, cuando 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.

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.

⁵² Idem.

En cuanto al artículo 2º, el profesor Aylwin Oyarzún realiza una numeración de alguno de los actos que de conformidad a dicho artículo, pueden ser catalogados como terroristas: “*homicidio; mutilación; lesiones; secuestro; retención de una persona en calidad de rehén; envío de efectos explosivos; incendios y estragos; descarrilamiento; apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio; el atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe de Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas; colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios que puedan causar daño; y asociación ilícita para cometer cualquiera de estos delitos*”⁵³

Transcrita la norma, se realizará a continuación un análisis en torno al cumplimiento de parámetros mínimos de legalidad en la redacción del tipo penal otorgados por la Constitución Política de la República como por los tratados internacionales vigentes. En efecto, se constatará si la descripción de la figura típica de terrorismo es propia de un Estado Constitucional de Derecho, respetuoso de los derechos fundamentales de las personas a la hora de aplicar el poder coercitivo del Estado o *ius puniendi*.

Ahora, ponderada la descripción del tipo penal con las diversas garantías fundamentales del imputado, entre ellas el principio de legalidad, el debido proceso, la presunción de inocencia y la igualdad ante la ley y, teniendo presente las diversas recomendaciones de organismos internacionales⁵⁴, es posible constatar que la descripción de la figura típica de terrorismo presenta una serie de deficiencias que vienen dadas principalmente por:

1.-Ausencia de una definición omnicompreensiva del delito que abarque sus diversas modalidades de ejecución y afectación a los bienes y valores que se pretenden proteger.

2.-A falta de una definición omnicompreensiva del delito, la caracterización del mismo que intenta el legislador “*se aleja del desarrollo internacional en materia de regulación del combate contra el terrorismo en el marco de los derechos humanos, no sólo por la vaguedad de sus términos, sino*

⁵³ Aylwin Oyarzún, José Antonio. Informe en derecho. *La aplicación de la ley N°18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” a las causas que involucran a integrantes del pueblo Mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos*. Agosto de 2010. p. 7. Vs. en: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_en_derecho_ley_antiterrorista_y_derechos_humanos_rev.pdf.

⁵⁴ Véase por todos a James Anaya y Rodolfo Stavenhagen, ambos relatores especiales de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, respectivamente en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/relator-dpi/docs/389-rs-informe-chile-2009.html>.; <http://www.defensadelcobre.info/modules.php?name=News&file=print&sid=2901>

porque explícitamente se extiende a conductas que exceden lo que propiamente puede considerarse terrorismo”⁵⁵

Tal como indica la profesora Cecilia Medina, citada precedentemente, la Ley 18.314 presenta “importantes inconsistencias en la tipificación de las conductas terroristas (...) lo cual representa un serio problema desde el punto de vista del principio de legalidad (...) ampliamente reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos y plasmado en los artículos 9 de la Convención Americana y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, -y en cuya virtud-, “las conductas punibles deben estar descritas en forma clara y precisa, reduciendo al máximo el espacio para analogías e interpretaciones extensivas . Esta exigencia no es cumplida por la Ley 18.314, tal como lo ha reconocido el propio gobierno ante instancias de supervisión internacional sobre derechos humanos”⁵⁶

3.-Lo anterior, resulta agravado por la **extensa numeración de delitos comunes** contenidos en el artículo 2º de la Ley, -tales como homicidio, mutilación, lesiones, secuestro, retención de una persona en calidad de rehén, etc.- alejándose nuestra legislación de parámetros internacionales que entienden y sancionan el terrorismo como un delito esencialmente político. En efecto, “*existe consenso (en) que el término sólo se aplica a los crímenes más graves relacionados con la violencia política. Esta idea queda elocuentemente recogida, por ejemplo, en la definición ofrecida por el experto en terrorismo A.P. Schmid a la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas en 1992: “El terrorismo es el equivalente de un crimen de guerra en tiempo de paz.”*”⁵⁷

4.-En íntima relación con la definición de A.P. Schmid, la **Ley guarda absoluto silencio en torno a la gravedad** que debe revestir el hecho punible para ser catalogado de terrorista. No obstante ello, para que sea justificada la mayor penalidad de los delitos que se catalogan como tales, la afectación que ellos producen a los bienes o valores protegidos -cuestión que tampoco precisa- debe ser grave o gravísima al tratarse el terrorismo de un delito pluriofensivo. Así, la profesora Cecilia Medina apunta a esta característica señalando que el terrorismo y sus medios comisivos se catalogan “*entre las formas más graves de criminalidad, caracterizados no solo por sus fines, sino también, por su lesividad a los bienes jurídicos más preciados por la sociedad y el Estado, a saber, la vida, la integridad y la libertad de los seres humanos*”⁵⁸

⁵⁵ Medina Quiroga, Cecilia. (2011): Ley antiterrorista y el derecho internacional de los derechos humanos. Informe en derecho 1-2011 Defensoría Penal Pública. Departamento de estudios. p. 14. Vs. en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/dfbb77631f6e518061fd2c0dceab69ac.pdf>.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Aylwin Oyarzún, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 6.

⁵⁸ Medina Quiroga, Cecilia. *Ob. cit.*, p. 14.

5.-Finalmente, y debido a la deficiente técnica legislativa con que se intenta caracterizar el delito, **se recurre a la voluntad del imputado como elemento esencial para la configuración del tipo delictual en comento, prescindiendo de elementos objetivos** como la gravedad en la afectación de determinados bienes o valores jurídicamente protegidos, la subversión total o parcial del orden político constituido o su carácter de crimen de guerra en tiempos de paz, etc.

En efecto, *“esta Ley comprende dos elementos; -que deben operar de forma copulativa para configurar el delito de terrorismo- uno de carácter volitivo, cual es la voluntad de “producir temor”, y otro de carácter material, consistente en las conductas que, en caso de no incurrir en el primer elemento, serían constitutivas de delitos procesados y sancionados por la legislación penal ordinaria”*⁵⁹. Sin embargo, dicha incursión en la voluntad del imputado no siempre es necesaria, dado que el artículo 1° inciso 3° de la Ley, presume la finalidad de producir “temor” en los casos que indica⁶⁰, invirtiendo claramente el *onus probandi* y con ello, produciendo una flagrante violación a la presunción de inocencia que ampara al imputado, quedando de su cargo demostrar que no ha actuado con ánimo terrorista.

De los delitos prescritos en el Artículo 1° inciso 3° de la Ley 18.314, que presumen la finalidad terrorista, el más cuestionable es *“precisamente uno de los que con mayor frecuencia ha sido aplicado e imputado a los mapuche por hechos vinculados a sus demandas por tierras o por derechos políticos, el delito de incendio, que incluye hasta sus formas menos graves. Tal delito incluye el incendio de edificios desocupados y de “bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos”. Cabe señalar que la Ley Antiterrorista en vigencia durante el gobierno militar no hacía referencia alguna al delito de incendio. Tampoco lo contemplaba el proyecto inicial presentado por el gobierno de Aylwin, sino que fue introducido durante el debate del proyecto en la cámara de diputados.*

*Al respecto se debe señalar que el incendio está tipificado en el Código Penal en el capítulo que se ocupa de los delitos contra la propiedad, y no en el referente a los delitos contra las personas. Se trata por tanto de un delito que no acarrea una amenaza directa o deliberada contra la vida, la libertad o la integridad física”*⁶¹

Idéntica crítica proviene de la ex jueza y ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cecilia Medina, al señalar que la Ley 18.314 *“ha hecho posible la calificación terrorista de*

⁵⁹ Idem. p. 6.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Aylwin Oyarzún, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 3 y 4.

conductas incendiarias de bienes inmuebles (perseguidos y sancionables bajo el derecho penal común) realizadas en el marco de una escalada de protestas sociales, aún cuando ellas no hayan entrañado lesión o riesgo alguno para la vida e integridad de las personas (...)” es importantísimo destacar esta situación, dado que como se ha señalado, para que sea justificada la mayor penalidad del hecho típico (cuya amplitud e indeterminación ya ha sido tratada) este debe ser pluriofensivo, es decir, debe afectar a varios de los valores y/o bienes jurídicamente protegidos y de mayor trascendencia para la sociedad y el Estado. Continúa la autora señalando que “(...) *Esto ha ocurrido, concretamente, con un número importante de integrantes de las comunidades mapuche habitantes de las ciudades del sur del país quienes han reclamado por vías violentas la restitución de sus tierras ancestrales*”⁶²

Finalmente, y retomando el *animus de producir temor*, no es abundante constatar la dificultad probatoria que se produce al prescribir la norma que el delito sea cometido “*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*”, dado que el sujeto afectado por este “*temor*” es difuso o indeterminado, además, este sujeto difuso o indeterminado debe sentir “*temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie*”, es decir, este “*temor justificado*” corresponde básicamente a que el delito se volverá a cometer por el mismo imputado, afectando o más bien, haciendo ilusorio con ello la presunción de inocencia al momento de describir el hecho típico. Para finalizar este punto, la norma en comento tampoco otorga mayor precisión a la “*naturaleza y efectos de los medios empleados*” de manera clara y precisa como exige el principio de legalidad, limitándose a la frase transcrita con una indeterminación inaceptable en Derecho.

En consecuencia, la reunión de la falta de una definición omnicompreensiva, clara y precisa del delito; una vaga caracterización del mismo que se aleja del derecho internacional de los derechos humanos y combate contra el terrorismo; la extensa numeración de delitos comunes, previstos y sancionados como tales en el Código Penal; su omisión a la violencia política y ausencia de un riguroso tratamiento como uno de los crímenes más graves y pluriofensivos del mundo actual, unido finalmente a la incursión en el fuero interno del actor o presunción del *animus* terrorista, genera entre otras consecuencias:

1.-Una flagrante transgresión a la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 3 inciso noveno, el cual señala que “*ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona este expresamente descrita en ella*”.

⁶² Medina Quiroga, Cecilia. *Ob. cit.*, p. 14 y 15.

2.-Transgrede, además, al *corpus juris internacional*⁶³, en al menos dos de sus fuentes, esto es, a los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile y a la jurisprudencia obligatoria de aquellos, emanada de sus respectivos órganos de control.

- a) En cuanto a los tratados internacionales: La transgresión se produce, debido a la incompatibilidad de los artículos 1° y 2° de la Ley 18.314 con los artículos 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- b) En cuanto a las fuentes jurisprudenciales, se constata una transgresión a la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reiteradamente ha prescrito que *“la ambigüedad en la formulación en los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionada con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.”*⁶⁴. Complementando, la mencionada Corte ha exhortado a *“que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal”* (Caso Castillo Petruzzi y otros, p. 121).⁶⁵

3.-Obliga al poder judicial a incursionar en labores legislativas. En efecto, tal como ha reconocido Milton Juica frente a los reproches surgidos ante el fallo del máximo tribunal que rebajó las penas a cuatro comuneros mapuches acusados de atacar a un fiscal en Junio de 2011, *“hemos señalado como jueces que esos problemas, que deben ser resueltos por los políticos, no han sido resueltos de la manera que corresponde y, por lo tanto, son los tribunales los que tienen que adoptar finalmente las resoluciones en un sistema que está totalmente agotado.”*⁶⁶

Es a consecuencia de lo anterior, que nuestra jurisprudencia ha debido subsanar por medio de sus fallos los déficit legislativos que presenta la Ley Antiterrorista, particularmente en lo que refiere a la figura típica de dicho delito, entendiendo que se trata de una tipificación amplia e indefinida, criticando de plano su constitucionalidad y transgresión de las garantías judiciales mínimas del imputado. *“Así, en sentencia de 27 de julio de 2005 el Tribunal Oral en lo penal de Temuco, al absolver a los imputados MAPUCHES en juicio seguido en su contra por el delito de asociación ilícita terrorista, rechazó la*

⁶³ Idem. p. 3. “las diversas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos constituyen un *corpus juris internacional* que desarrolla e interpreta las normas reconocidas en el ámbito de diversos sistemas de protección.”

⁶⁴ Idem. p. 8. Observación cita 11 del autor. (Caso Castillo Petruzzi et al. (Fondo), Sentencia de 30 de mayo de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr., 121.)

⁶⁵ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 567 de 3 de Junio de 2010, considerando cuadragésimo primero.

⁶⁶ Véase en <http://vlex.com/vid/milton-juica-mapuches-dejar-efecto-281197415>.

aplicación de esta ley a las conductas que se investigaban al disponer 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.”**⁶⁷

Luego, reiterando el criterio, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol con fecha 7 Abril de 2006, conociendo del delito de incendio terrorista y absolviendo finalmente a los imputados mapuches y, confirmada más tarde por la Corte de Apelaciones de Temuco, *“puso en dudas las constitucionalidad del agravamiento de conductas penales por pura presunción de la ley y el relajamiento de las garantías procesales por simple determinación legislativa, afirmando que la Ley Antiterrorista se encuentra en contradicción con lo consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que prohíbe que se pueda presumir de derecho la responsabilidad penal”*⁶⁸ Agrega que, *“La presunción simplemente legal establecida en el artículo 1° de la Ley (...) 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 5°. Encontrándose entre tales tratados la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (...) que en su artículo 8.2 establece que: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”; 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.” (...) “Se debe tener presente respecto de la presunción legal del artículo 1° 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 los 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...la presunción simplemente legal no es propiamente un medio de prueba, sino que constituye un caso de inversión del onus probandi, que favorece a quien la invoca y pone a cargo de la otra parte la prueba en contrario.”*⁶⁹

⁶⁷ Aylwin Oyarzún, José Antonio. *Ob. cit.*, p 9. Observación cita 15 (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, R.U.C 02 00 14 24 99. R.I.T. 080/2004 (27 de julio de 2005), considerando N° 12. Destacado del Autor.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem. p. 10. Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 7 de abril de 2006. Destacado del Autor.

III.-La Ley 18.314 lesiona gravemente las garantías fundamentales del imputado

Dentro de las garantías que asisten al imputado frente al poder sancionador del Estado, quizás la más importante sea el debido proceso, ampliamente consagrado en las Constituciones Políticas de los Estados como en los tratados internacionales. No en vano se ha dicho que *“Es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito sine qua non de un Estado de Derecho. Su extendido reconocimiento ha llevado a considerarlo un principio de derecho internacional consuetudinario y a ser regulado de manera tal de impedir a los Estados la supresión de su ejercicio, incluso en situaciones de emergencia (...)”*⁷⁰.

Nuestro ordenamiento reconoce la garantía del debido proceso en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la CPR al prescribir que *“Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*. De conformidad al estudio de esta norma en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, particularmente, de las palabras *“racionales y justos”* se desprende que, la labor interpretativa del precepto por parte del legislador debe de ser progresiva en el tiempo, según las necesidades del momento y los problemas concretos que se susciten en la sociedad.⁷¹ En este sentido, dicho mandato se ha visto en parte satisfecho por el legislador mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, cuyo artículo único introduce el inciso segundo del artículo quinto a la CPR, precepto que, *“de acuerdo a la interpretación que consideramos más acertada, importa la integración de las garantías fundamentales del sistema procesal recogidas en pactos internacionales sobre derechos humanos, al texto constitucional. Es decir, tales normas se han transformado en preceptos de nivel constitucional, que obligan a todas las autoridades del Estado, incluyendo al legislador y a los tribunales, no sólo a su respeto (...) sino que, incluso, les exige desarrollar su propia actividad para obtener su efectiva vigencia”*⁷².

En síntesis, esta garantía permite corregir toda desviación procesal, no sólo atribuible al juez de la causa, sino también al legislador, en este último caso a través del control de constitucionalidad de las leyes, por integrar esta garantía el bloque de constitucionalidad.

En cuanto al contenido de la garantía del debido proceso, es menester señalar previamente, que se trata de *“un concepto complejo que reúne diversas garantías y ámbitos de aplicación”*⁷³, que sólo

⁷⁰ Medina Quiroga, Cecilia. *Ob. cit.*, p. 5 y 6.

⁷¹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesiones 101ª de 9 de Enero de 1975 y 103ª de 16 de Enero de 1975, particularmente la última. p. 15 a 20.

⁷² Espinoza Vidal, Carlos y Hurtado de la Fuente, Alejandro. (2005): *El debido proceso en el nuevo proceso penal*. Editorial Jurídica La Ley LTDA. Primera Edición. Santiago, Chile. p. 37 y 38.

⁷³ Medina Quiroga, Cecilia. *Ob. cit.*, p. 7.

favorecen al “*al inculpado y no a ambas partes (...) -dado que- es un derecho fundamental de los individuos frente al Estado y que no puede ser invocado por éste frente a sí mismo, razón por la cual se estima que los ordenamientos jurídicos pueden otorgar al Ministerio Público facultades -y no garantías- para ejercer la persecución*”⁷⁴. Ahora, su contenido propiamente tal, se asocia principalmente por parte de doctrina nacional⁷⁵ a las garantías consagradas en el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud del artículo 5° inciso segundo que, unido a algunos preceptos constitucionales y normas procesales penales respectivas, dan forma en nuestro país a la denominada garantía del debido proceso.

De las garantías consagradas en la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica (CADH); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y preceptos constitucionales pertinentes, la Ley 18.314 transgrede particularmente las que a continuación se tratan:

1.-Artículo 7 N° 5 de la CADH consagra que “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer las funciones judiciales (...)*” en igual sentido consagra esta garantía el artículo 9 N° 3 del PIDCP.

La CPR, siguiendo la tendencia comparada predominante en la materia, contempla el plazo máximo de 48 horas para poner al detenido a disposición judicial en el inciso segundo del artículo 19 N° 7 letra c). Sin embargo, nuestra legislación penal ordinaria reduce este plazo a 24 horas según dispone el artículo 131 del Código Procesal Penal (CPP). No obstante lo anterior, la CPR permite ampliar el plazo ordinario de 48 horas “*hasta por 10 días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como terroristas*”⁷⁶. Este último plazo de días, es reiterado por la Ley 18.314 en su artículo 11 inciso primero, al disponer que “*el juez de garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y formalizar la investigación*”.

Ahora bien, el propósito del artículo 7 N° 5 de la CADH y 9 N° 3 del PIDCP es limitar el tiempo que el imputado se encuentra a merced de la autoridad policial sin que el juez competente pueda “*garantizar (...) que su detención no ha sido ilegal ni arbitraria, lo cual a su vez permite proteger al detenido de eventuales ataques a su integridad física y psíquica.*”⁷⁷ Es precisamente el control judicial de la detención el que permite resguardar y custodiar los derechos y garantías del detenido; particularmente su integridad física y síquica. Esta es la razón por la cual, “*las normas del “debido*

⁷⁴ Idem. p. 8

⁷⁵ Véase en este sentido a: Carocca Pérez, Álex. (2005): *Manual el nuevo sistema procesal penal*. Editorial LexisNexis, 3ra edición. Santiago, Chile. Páginas 82 y ss.; Espinoza Vidal, Carlos y Hurtado de la Fuente, Alejandro. *Ob, cit.*, páginas 27 y ss.; y, Nogueira Alcalá, Humberto. (2007): *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Librotecnia, 1ra Edición. Santiago, Chile. Páginas 76 y ss.

⁷⁶ Artículo 19 N° 7, letra c), inciso final. Constitución Política de la República.

⁷⁷ Medina Quiroga, Cecilia. *Ob, cit.*, p. 33.

proceso” de la privación de libertad deben ser necesariamente generales y no diferenciarse para ciertas categorías de personas o de casos. (...) En consecuencia, el plazo de presentación de un detenido debe ajustarse a la norma general”⁷⁸ esto es, el plazo de 24 horas que establece el artículo 131 del CPP, que podríamos considerar ampliable a 48 horas (Art. 19, N° 7, letra c), CPR) siguiendo los estándares internacionales máximos en la materia⁷⁹, sólo en caso de que exista imposibilidad material razonable en la presentación del detenido ante la autoridad judicial.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre Derechos Humanos y Terrorismo ha señalado que ““el respeto por la libertad personal era particularmente sensible en el contexto de las investigaciones de los delito terroristas” (...) y se ha observado (...) que, en los casos en que no existe orden de detención o la misma no es rápidamente supervisada por la autoridad judicial competente (...) existe un claro riesgo, no sólo para los derechos del detenido, sino también para su integridad personal” (...) para evitar esos riesgos, la Comisión ha sugerido que “no se considerará razonable una demora de más de dos o tres días en llevar al detenido ante una autoridad judicial (...) pues ofrece una protección vital de los derechos del detenido e información confiable para establecer las responsabilidades del sistema.”⁸⁰

Es menester precisar en este sentido, que el plazo de horas o días en que el imputado puede estar detenido sin control judicial “no tiene naturaleza cautelar y en consecuencia su duración debe ser brevísima.”⁸¹ Es a partir de esta noción de brevedad, que “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el estándar de que la demora tolerable es **“aquella necesaria para preparar el traslado.”**⁸²

En consecuencia, si este plazo es sólo el necesario para trasladar al imputado a presencia judicial, no se vislumbra la necesidad de ampliar el plazo ordinario de 24 horas a 10 días. En efecto, el plazo de 10 días de “la Ley 18.314, no se ajusta, prima facie, a los estándares internacionales en la materia. De su análisis no se desprende una estricta necesidad de permitir un periodo tan prolongado en comparación con la experiencia internacional en la lucha contra el terrorismo, ni se entiende por qué tal espacio de tiempo podría ser imprescindible para el sólo efecto de conducir al detenido ante la autoridad judicial”⁸³.

⁷⁸ Idem. p. 34.

⁷⁹ Idem. p. 30.

⁸⁰ Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley 20.467. Modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.* Diario Oficial de 8 de Octubre de 2010. p.182.

⁸¹ Medina Quiroga, Cecilia. *Ob. cit.*, p. 30.

⁸² Idem. El énfasis es nuestro.

⁸³ Idem. p. 35.

En síntesis, esta situación debe ser corregida, ajustando no sólo la Ley 18.314 a los plazos máximos que se manejan a nivel internacional de 24 o 48 horas, sino también a nuestra Constitución Política, cuyo artículo 19 N° 7 letra c) parte final, se encuentra en abierta contradicción con el mencionado artículo 9 N° 3 del PIDCP y 7 N° 5 de la CADH y su jurisprudencia obligatoria emanada de sus órganos de control.

2.-Artículo 8° N° 2 de la CADH “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma legalmente su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. De forma similar lo consagra en nuestro ordenamiento el artículo 14 N° 2 del PIDCP. Como ya se ha comentado en páginas anteriores, el artículo 1° inciso 3° de la Ley, presume la finalidad de producir “temor” en los casos que indica⁸⁴, invirtiendo claramente el *onus probandi* y con ello, produciendo una flagrante violación a la presunción de inocencia que ampara al imputado, quedando de su cargo demostrar que no ha actuado con ánimo terrorista.

3.-Artículo 8° N° 2 letra b) de la CADH, prescribe como garantía judicial la “Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”, disposición que necesariamente se vincula con la **letra c) del mismo numeral que preceptúa “concesión al inculpado del tiempo y de los medios necesarios para la preparación de su defensa”.**

La garantía en estudio nos exige *comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación*. En este sentido, el inculpado sólo podrá tener conocimiento detallado del contenido de la acusación una vez practicada ésta de conformidad al artículo 259 CPP. Sin embargo, entendemos que nuestro ordenamiento da cumplimiento a esta garantía de comunicación previa y detallada al inculpado al momento de la formalización (Art. 229 CPP) donde el fiscal en presencia del Juez de Garantía comunica al imputado que actualmente se realiza una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados, pudiendo el fiscal variar posteriormente en la acusación solamente la calificación jurídica de los hechos contenidos en la formalización. De esta forma, la formalización constituiría un acto jurídico de certeza o seguridad jurídica para el imputado cuyo efecto más importante es la necesaria triple “*identidad entre el hecho por el cual se formaliza, por el que se acusa y por el que se condena (art. 341 inc. 1 CPP)*”⁸⁵.

Ahora bien, el problema se presenta cuando el fiscal inicia una investigación respecto de determinados hechos punibles atribuibles a una o varias personas determinadas con conocimiento de éstas –al efectuarse la formalización- o sin su conocimiento -no han sido formalizadas-, pero en ambos

⁸⁴ Véase nota 10.

⁸⁵ Carocca Pérez, Álex. *Ob. cit.*, p. 147.

casos, manteniendo reserva respecto de determinadas actuaciones, registros o documentos de la investigación, pudiendo extenderse la duración del secreto hasta por seis meses en caso de que el hecho típico sea calificado como terrorista.

En efecto, de conformidad al artículo 21 de la Ley 18.314 “(...) si el **Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de testigos o peritos, podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto** respecto de uno o más intervinientes, en los términos que dispone el artículo 182 del Código Procesal Penal. El plazo establecido en el inciso tercero de esta última disposición podrá ampliarse **hasta por un total de seis meses.** (...)” Por su parte, la citada disposición del CPP señala “**El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considere necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.** (...)”

Como puede apreciarse a partir de estas disposiciones, el establecimiento del secreto de las actuaciones de investigación es una facultad privativa y discrecional del fiscal, que puede tener lugar antes, durante o después de la formalización de la investigación e inclusive sin conocimiento del afectado⁸⁶ teniendo como único límite, el inciso 4° del artículo 182 CPP⁸⁷. Hemos dicho facultad privativa y discrecional, toda vez que su discusión se produce *a posteriori* ante el Juez de Garantía para efectos del levantamiento del secreto o de su límite, en tanto duración; piezas; actuaciones o personas afectadas (Art. 182 inciso 4°). Sin embargo, cabe hacer presente que esta última situación sólo es posible de plantear siempre y cuando el inculpado tenga conocimiento de que se sigue una investigación penal en su contra. No es abundante advertir desde ya que “*La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si tal decisión es adoptada por el propio Ministerio Público y no por el juez, se contravienen las garantías del Debido Proceso*”⁸⁸

Con estas facultades discrecionales y privativas del fiscal, que consideramos desde ya contrarias al derecho internacional de los derechos humanos por contravenir el debido proceso, el inculpado no sólo no tiene conocimiento de que se sigue una investigación penal en su contra, o de tenerlo, no sabe

⁸⁶ Artículo 236.- Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9° requieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.

⁸⁷ Artículo 182, inciso 4°: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.”

⁸⁸ Medina Quiroga, Cecilia. *Ob. cit.*, p 30.

por qué hechos ni su calificación jurídica, sino que además, no puede tener acceso a parte importante de la evidencia de la investigación en su contra, contrariando de esta forma la garantía de “*contar con los medios o facilidades adecuados para la preparación de su defensa (...) consagrada tanto en el artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana como en el artículo 14.3 letra b) -Del PIDCP.- En este sentido y "De acuerdo a lo señalado por el Comité de Derechos Humanos (...) “el acceso a los documentos y otras pruebas” (...) “debe incluir todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar ante el tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo. Se considerarán materiales de descargo no sólo aquellos que establezcan la inocencia sino también otras pruebas que puedan asistir a la defensa (...).”*”⁸⁹

Dicho esto, queda en evidencia la desigualdad procesal en que se encuentran ambas partes del proceso, no sólo porque se afecta “*el principio de igualdad de armas, consustancial al debido proceso, -y- conforme al cual ambas partes del proceso deben contar con las mismas posibilidades de preparar y presentar sus argumentos, así como de oponerse a los de la contraparte en el curso del procedimiento*”⁹⁰, sino que además, afecta el derecho a defensa mismo, que surge “*desde el inicio de las investigaciones que (...) tienen carácter preparatorio, y constituyen el presupuesto de la acusación que se formula al imputado*”⁹¹ sin que el inculpado -al no tener conocimiento de la investigación en su contra o desconociendo las piezas investigativas obtenidas para los cargos- pueda comenzar a preparar su defensa y, por ejemplo, proponer nuevas diligencias probatorias tendentes a demostrar su inocencia (Art. 183 CPP) que el trascurso del tiempo puede hacer desaparecer, destruir o perecer, quedando de esa forma sin posibilidad de cuestionar la prueba de cargos.

Interesa ahora, particularmente, referirse a la **duración del secreto** en relación con los medios y tiempos necesarios para la defensa del imputado y su posible **prisión preventiva**, al catalogarse la gravedad de los hechos como terroristas de conformidad a la Ley 18.314.

El secreto de las actuaciones de investigación constituye una medida excepcional que debe de ser ponderada a la luz de las “*exigencias de legalidad, adecuación y estricta necesidad (debiendo adoptarse los contrapesos necesarios para salvaguardar de todas formas el derecho a defensa acorde al principio de igualdad de armas. Para efectuar dicha evaluación es relevante también considerar la duración total del procedimiento y los plazos legales máximos establecidos para la investigación preparatoria y para el secreto de alguna de sus actuaciones. Adicionalmente, la detención y posterior prisión preventiva del imputado elevan aún más las exigencias de acceso a esa información, ya que su*

⁸⁹ Idem. p. 28.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Idem.

denegación obstaculiza el control de la legalidad de la detención e impide cuestionar los fundamentos en base a los cuales se decreta la prisión preventiva”⁹²

En este sentido, la citada autora Miriam Henríquez identifica contrapesos generados a la luz de la jurisprudencia internacional, tendientes a equilibrar la desigualdad de armas y consecuente disminución del derecho de defensa que se presenta en situaciones donde el imputado no tiene acceso a determinadas piezas investigativas y/o se encuentra en prisión preventiva.

Comienza citando a la **Corte Europea de Derechos Humanos** en el caso **García Alva vs. Alemania de 13 de febrero de 2001**, señalando al respecto que *“La Corte reconoce la necesidad de que las investigaciones penales sean conducidas con eficiencia, lo cual puede implicar que parte de la información recabada durante ella sea mantenida en secreto, con el fin de evitar que los imputados puedan manipular la evidencia y perjudicar la acción de la justicia. Sin embargo, un fin legítimo como éste no puede alcanzarse a costa de sustanciales restricciones a los derechos de la defensa. Por tanto, aquella información que resulte esencial para evaluar la legalidad de la detención debe ponerse, de manera adecuada, a disposición del abogado del imputado*”⁹³

Luego, la autora en cuestión analiza los efectos de ponderar la detención y posterior prisión preventiva del imputado, y la procedencia y extensión del secreto de las actuaciones del Ministerio Público, señalando al respecto que *“tal circunstancia reduce al mínimo las posibilidades de autorizar y mantener esa reserva, ya que dichas partes de la investigación pueden contener los antecedentes en los que se sustenta la legalidad de la detención o que fundan la decisión de decretar o prolongar una prisión preventiva.*”⁹⁴ Y citando al **Tribunal Constitucional Federal de Alemania**, en decisión de **11 de Julio de 1994**, agrega que *“si en un procedimiento se niega al imputado el conocimiento de esa información recabada por el Ministerio Público, el tribunal no podrá basar su decisión de ordenar o prolongar la prisión preventiva del imputado en dichos antecedentes.*”⁹⁵

Concluye la Profesora Cecilia Medina señalando que, *“eliminar en una etapa del proceso criminal la posibilidad de la defensa y el inculpado de conocer toda la evidencia que está siendo recogida por el Ministerio Público constituye, por lo tanto, una afectación grave del principio básico del debido proceso, la igualdad de armas. Esta Afectación constituirá una violación del derecho internacional, a menos que se tomen todas las salvaguardas necesarias para proteger al inculpado a través de las actuaciones específicas del tribunal. Lo esencial de estas salvaguardas ha llevado al*

⁹² Idem. p. 30.

⁹³ Idem. p. 31. El énfasis es nuestro.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem. El énfasis es nuestro.

Estatuto de la Corte Penal Internacional (...) a no permitir que la prueba de carácter confidencial que reúna el Fiscal, sea usada como base de su acusación, sino que sólo autoriza esta prueba para los efectos de que se utilice “únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas”. En otras palabras, la Corte, cuando acepta limitaciones excepcionales al derecho del imputado, lo hace sólo para facilitar el desarrollo de la investigación y permitir recoger otras pruebas que sí deberán ser puestas en conocimiento de esa defensa de acuerdo a las normas generales”⁹⁶

En síntesis, el secreto de las actuaciones de investigación es una medida excepcional que afecta gravemente la igualdad de armas y, en último término, el derecho de defensa. Por tanto, consideramos que su establecimiento -para que se produzca la afectación válida de los derechos y garantías del imputado- sólo puede efectuarlo el Juez de Garantía y jamás el fiscal de forma privativa y discrecional.

La duración del secreto en relación con los medios y tiempos necesarios para la preparación de la defensa del imputado y su posible prisión preventiva, debe de ser ponderado según estrictas exigencias de legalidad, adecuación, necesidad y duración total del procedimiento. En consecuencia, mientras más alta sea la afectación de los derechos y garantías del imputado, más alta es la exigencia de poner a su disposición los medios necesarios para la preparación de su defensa, y en caso de ser necesarias limitaciones, éstas deben ser autorizadas por el Juez de Garantía, considerando siempre el necesario equilibrio procesal de las partes en la exposición de sus alegaciones.

4.-El artículo 8 N° 2 letra f) de la CADH establece como garantía mínima el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. En similares términos el **artículo 14 N° 3 letra e) del PIDCP** consagra esta garantía al prescribir: **“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.** Ahora bien, la Ley 18.314 -en sus artículos 15 a 18⁹⁷- consagra un régimen

⁹⁶ Idem. p. 32. El énfasis es nuestro.

⁹⁷ **Artículo 15.**-Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Art. 49 Código Procesal Penal, si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.

Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas:

a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos.

de protección especial para testigos y peritos⁹⁸ consistente en la reserva de sus antecedentes personales y, en sentido amplio, cualquiera otra circunstancia que conduzca a su identificación por parte del imputado. Estas medidas conllevan un total desconocimiento para la defensa, de los antecedentes, relaciones o hechos que le han permitido tomar conocimiento al testigo y en base a los cuales producirá su declaración en juicio, sin poder acreditar la falta de veracidad, credibilidad o imparcialidad de la declaración, ni obtener respuesta en cuanto a cómo le consta al testigo dichos hechos. *“En efecto, el absoluto desconocimiento de la identidad del testigo por parte del acusado y su defensor impedirán a éste contar con la información básica para formularle preguntas que cuestionen su credibilidad, haciendo nugatorio el derecho del acusado a controvertir o desvirtuar los elementos de convicción aportados por dicho testigo en su contra. Esto puede significar una gran desventaja para el acusado y sus efectos pueden ser especialmente graves si (...) resultan determinantes para que el tribunal alcance convicción de su culpabilidad”*⁹⁹

Ahora, la situación en análisis es especialmente compleja, dado que, interesa al sistema jurídico y sociedad en general, por una parte, el esclarecimiento y eventual sanción de quienes resulten responsables de crímenes que, como el terrorismo, repugnan a la comunidad internacional, y por otra, el

b) que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y

c) que las diligencias que tuvieren lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía, y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.

Cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía la revisión de las medidas resueltas por el Ministerio Público.

Artículo 16.-El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.

La infracción de estas prohibiciones será sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su director, además, una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.

Artículo 17.-De oficio o a petición del interesado, durante el desarrollo del juicio, o incluso una vez que éste hubiere finalizado, si las circunstancias de peligro se mantienen, el Ministerio Público o el tribunal otorgarán protección policial a quien la necesitare, de conformidad a lo prevenido en el artículo 308 del Código Procesal Penal.

Artículo 18.-Las declaraciones de testigos y peritos, cuando se estimare necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 del Código Procesal Penal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso.

Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio.

Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta.

En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente.

⁹⁸ Desde ahora, se hablará indistintamente de testigo y perito, bajo la forma del primero.

⁹⁹ Medina Quiroga, Cecilia. *Ob. cit.*, p 16.

resguardo de los derechos y garantías de quienes se ven sujetos a éste, como a otros procedimientos de aplicación del ius puniendi. En síntesis, el problema surge de la ponderación de los derechos y garantías del testigo -tendientes a garantizar su integridad física y síquica, que eventualmente podrían verse afectadas al rendir declaración en el marco de una investigación terrorista- y del imputado -a quien afecta el resguardo de los antecedentes del testigo, debilitando la igualdad de armas en el proceso y por consiguiente su derecho de defensa.-

En efecto, la comunidad internacional acepta limitaciones al derecho de defensa del imputado, el cual se traduce en un quiebre de la *plena igualdad o mismas condiciones* que consagran los artículos 8 N° 2, f) y 14 N° 3, e) de la CADH y el PIDCP respectivamente, al momento de interrogar los testigos de cargos, limitando severamente la posibilidad de la defensa de desvirtuar, desacreditar o sembrar dudas sobre la declaración producida. Sin embargo, *“El criterio general que rige al respecto- desarrollado, principalmente, en el seno de la Corte Europea de Derechos Humanos- consiste en que sólo es permisible que el acusado soporte ciertas desventajas inherentes al uso de testigos anónimos por la parte acusadora, si es que tales dificultades son “suficientemente contrapesadas por los procedimientos o medidas adoptadas por la autoridad judicial”*”¹⁰⁰. En términos semejantes se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, tomando como una de sus referencias el caso Doorson con Países Bajos, al señalar que *“el derecho del acusado a interrogar o a que se interroge los testigos presentados en su contra podría en principio estar sujeto a restricciones en instancias limitadas. (...) -En tal sentido,- los empeños por investigar y procesar los delitos, (...) pueden en algunas instancias generar amenazas contra la vida e integridad de los testigos y, de esa manera, plantear aspectos complejos vinculados a la forma en que esos testigos pueden ser identificados durante el proceso penal sin comprometer su seguridad. Estas consideraciones nunca pueden servir de base para comprometer las protecciones inderogables de un acusado respecto del debido proceso y cada situación debe ser detenidamente evaluada en sus propios méritos dentro del contexto del sistema judicial particular de que se trate.”*¹⁰¹

A la luz de la precedente jurisprudencia, se realizará a continuación un cotejo de su cumplimiento por parte de la Ley 18.314, prestando especial atención a las garantías inderogables del imputado dentro del marco del debido proceso y la adopción de medidas de contrapeso, legales y judiciales, tendientes a garantizar la igualdad de armas consustancial al derecho de defensa.

¹⁰⁰ Idem. Observación cita del autor N° 61, Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Doorson vs. Países Bajos. p. 21.

¹⁰¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. 22 de octubre 2002. p. 120. párr. 251. Vs. en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/informe%20comision.pdf. Visto el 26 de abril de 2013.

a) De la protección del testigo

El legislador chileno, no escatima en la debida protección del testigo, tomando al efecto, todas las medidas necesarias presentes y futuras para impedir que se revele en cualquier forma su identidad y corra riesgo su integridad física y síquica.

1.-La reserva dispuesta por el Ministerio Público de la identidad de los testigos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, (...) -y- cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación. (Art. 15)

2.- El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad (...) o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, (...) decretar la prohibición de que sean fotografiados, o se capte su imagen (...). (Art. 16)

3.- De oficio o a petición del interesado, (...) si las circunstancias de peligro se mantienen, el Ministerio Público o el tribunal otorgarán protección policial (...) (Art. 17)

4.-Las declaraciones de testigos (...) podrán ser recibidas anticipadamente (...) En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. (...) el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo (...) Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de éste. (Art. 18)

5.-Las medidas de protección antes descritas podrán ir acompañadas, (...) de medidas complementarias, como la provisión de los recursos económicos suficientes (...). (Art. 19)

6.-El tribunal, (...) podrá, con posterioridad al juicio, autorizarlas para cambiar de identidad. (...) Todas las actuaciones judiciales y administrativas a que dé lugar esta medida serán secretas.

b) Del resguardo de la igualdad de armas connatural al derecho de defensa del imputado.

Las medidas de protección de los testigos y peritos secretos, en lo que dice relación con la reserva de su identidad y cualquier forma de identificación, constituyen una grave limitación a la igualdad de armas, esta última, propia del derecho a defensa y connatural al debido proceso. Nuestra legislación a este respecto, no contempla medidas de contrapeso adecuadas para garantizar la efectiva defensa del imputado, dado que la Ley 18.314 sólo garantiza a aquél, en su Art. 18 inciso final, que *“En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a conainterrogarlo personalmente.”* Ahora bien, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso Kostovski versus Países Bajos, *“ha descartado que, por el sólo hecho de que la defensa del acusado haya podido interrogar al testigo ampliamente –ya sea en forma oral o por escrito- pueda considerarse suficientemente compensada la desventaja del*

acusado”¹⁰², y, en el mismo sentido, la Corte en el caso Doorson versus Países Bajos ha señalado que “*sólo es permisible que el acusado soporte ciertas desventajas inherentes al uso de testimonios anónimos por la parte acusadora, si es que tales dificultades son “suficientemente contrapesadas por los procedimientos o medidas adoptadas por la autoridad judicial”. El objeto principal de las medidas de contrapeso que la autoridad judicial está en obligación de adoptar es que estas posibiliten realmente a la defensa cuestionar y poner en tela de juicio, por una u otra vía, la declaración de los testigos ante el tribunal.*”¹⁰³

A partir de la jurisprudencia emanada de la Corte Europea, se han creado medidas de contrapeso que permiten restaurar el equilibrio procesal de ambas partes, garantizando de esta forma la igualdad de armas inherente al derecho de defensa. Dichas medidas han sido sistematizadas por la mencionada profesora Cecilia Medina Quiroga, en los siguientes puntos:

i.-“El deber de verificar la concurrencia de un peligro cierto, inminente y fundado para la vida, integridad o libertad del testigo y que implique la estricta necesidad de mantener en reserva su identidad.”¹⁰⁴

Se considera en este sentido que, solamente la autoridad judicial -dada su independencia e imparcialidad- puede decretar la reserva de la identidad y toda forma de identificación del testigo o perito, excluyendo, para una debida ponderación de los derechos, garantías e intereses en juego, el secreto dispuesto por el Ministerio Público (M.P). En este sentido, el Art. 15 inciso final pone de cargo del imputado cuestionar, sin los antecedentes necesarios, la medida dispuesta por el M.P, quien sin conocer la identidad del testigo, tendrá que acreditar la improcedencia de la medida, argumentando que aquél no corre peligro alguno y, por tanto, no existe una estricta necesidad.

ii.-Que el Juez de Garantía “conozca la identidad del testigo y que lo interrogue con el fin de indagar sobre sus antecedentes, relación con el acusado, intereses en juego (...)”¹⁰⁵

“Las mencionadas disposiciones -Arts. 15 a 18 de la Ley 18.314- no definen con precisión y claridad las circunstancias específicas que harían admisible la adopción de las medidas de protección y anonimato de los testigos”¹⁰⁶, es por ello que el Juez de Garantía debe “evaluar la existencia de un riesgo cierto y actual para la vida, la integridad o la libertad de un testigo o sus allegados”¹⁰⁷, para

¹⁰² Medina Quiroga, Cecilia. *Ob. cit.*, p 22. Observación cita del autor N° 69.

¹⁰³ Idem. p. 21. Observación cita del autor N° 60 y 61.

¹⁰⁴ Idem. p. 21

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem. p. 22.

¹⁰⁷ Idem.

calificarla debidamente, teniendo en cuenta que *“es de carácter excepcional. (...) y valorarla como evidencia debe ser una medida de ultima ratio”*¹⁰⁸

iii.-“La emisión de un informe por parte de dicho juez (...) en el que proporcione elementos de análisis suficientes para que el tribunal que conoce de la causa pueda evaluar la credibilidad del testigo.”¹⁰⁹

Si bien, se comparte la necesidad de generar contrapesos tendientes a garantizar los derechos del imputado, no es menos cierto que con ello, se afecta la imparcialidad del Juez de Garantía que evaluará la credibilidad del testigo, y posteriormente remitirá un informe de la misma, al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (TJOP) quebrantando igualmente la imparcialidad de éste último. Por ello, se estima necesario para garantizar debidamente los derechos del imputado que este pueda *“impugnar la competencia, la independencia o la imparcialidad del tribunal que le juzgue. -Dado que- En ningún caso puede comprometerse el derecho a ser juzgado de acuerdo a las reglas del debido proceso”*¹¹⁰

iv.-“La posibilidad del abogado defensor de apelar de la decisión que autoriza el anonimato de los testigos.”¹¹¹

v.-“La posibilidad del abogado defensor de interrogar ampliamente al testigo, salvo en lo que concierne a su identidad.”¹¹²

vi.-“El conocimiento de la identidad del testigo por parte del tribunal -de Juicio Oral en lo Penal-, pudiendo observar directamente su comportamiento al ser interrogado, para formarse su propia opinión sobre la credibilidad de sus dichos.”¹¹³

vii.-“El deber del tribunal de examinar y evaluar la evidencia proporcionada por el testigo anónimo con extremo cuidado.”¹¹⁴

*“(Es) importante resaltar que ni siquiera la concurrencia de todas las medidas de resguardo señaladas ni aún la adopción de otras adicionales puede justificar que la condena del acusado se base exclusivamente o en modo determinante en la deposición de testigos anónimos. A este respecto pesa una clara prohibición, cuya transgresión importa necesariamente la vulneración del derecho del acusado a un debido proceso.”*¹¹⁵

¹⁰⁸ Idem. p. 24.

¹⁰⁹ Idem. p.21

¹¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Ob, cit.*, p. 121. párr. 252.

¹¹¹ Medina Quiroga, Cecilia. *Ob, cit.*, p. 22

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem. p. 23.

Es menester concluir la presente tesina, con las observaciones preliminares del Relator Especial de Naciones Unidas, señor Rodolfo Stavenhagen, quien coincidiendo con parte importante de las salvaguardas sistematizadas por la profesora Cecilia Medina, agrega las siguientes consideraciones: *“Ninguna de estas salvaguardias pareciera estar presente bajo la legislación antiterrorista en Chile. El uso de testigos protegidos como base única y decisiva para una condena ha sido usual; y no existe obligación específica para el fiscal de investigar o divulgar hechos que menoscaben la credibilidad del testigo (más allá del usual principio de objetividad). Existe por tanto un riesgo obvio de injusticia procesal, el cual conlleva la sombra de un error judicial.*

La Corte Suprema ha criticado el inapropiado uso indebido de testigos protegidos en un caso de protesta Mapuche en 2011, observando que el fiscal público en el caso había otorgado beneficios a cambio de un testimonio, lo cual invalidaba la declaración del testigo. Esta grave crítica del uso de los testigos protegidos en tales casos fue reiterado por altos funcionarios del Poder Judicial durante sus intercambios con el Relator Especial.

*Sin embargo, el argumento más sólido contra el uso continuado de los testigos protegidos en conexión con los casos de protestas Mapuches, es que no está de hecho justificado en aquellos casos por el objetivo citado de proteger la seguridad del testigo. (...)”*¹¹⁶

¹¹⁶ Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas -Rodolfo Stavenhagen- sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. 30 de julio de 2013. Vs. en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13598&LangID=S>. Visto el 26 de Septiembre de 2013.

CONCLUSIONES

I.-De la jerarquía de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos:

1.- El desarrollo jurisprudencial en materia de tratados que versan sobre derechos humanos presenta importantes fluctuaciones en los periodos en estudio. Esta situación se explica en nuestro país, en una primera etapa, por el escaso desarrollo de la disciplina, entendiéndose nuestra Corte Suprema que dichos tratados revestían jerarquía simplemente legal. Sin embargo, se visualiza que a partir de 1948, con el desarrollo del derecho humanitario, nuestro máximo tribunal abandona su postura interpretativa y, frente a un conflicto normativo entre ley y tratado, hace prevalecer a este último, otorgándole, así, jerarquía supralegal. Esta labor interpretativa culmina en 1973 con la dictadura militar, donde prácticamente no existen fallos en materia de derecho humanos.

2.- En el segundo periodo que va desde 1981 hasta antes de la reforma de 1989 se aprecia, por una parte, un quiebre con la tendencia jurisprudencial posterior al desarrollo del derecho humanitario, retomando la jerarquía simplemente legal, y por otra, la jurisprudencia adopta una posición reduccionista en la interpretación y aplicación de los tratados, supeditando las garantías consagradas en ciertos convenios internacionales a su publicación en el Diario Oficial.

3.- En el tercer periodo, con la vuelta a la democracia, la judicatura retoma su posición anterior al quiebre institucional, con un marcado auge progresivo en la interpretación y aplicación de los tratados. A su vez, se va consolidando la tesis de que los tratados sobre derechos humanos revisten jerarquía infraconstitucional y supralegal dentro del ordenamiento jurídico chileno. Se observa además, la progresiva aplicación directa por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago de éstos, en oposición a la aplicación efectuada por la Corte Suprema en donde, no obstante reconocer la mayor jerarquía de los tratados frente a la ley, es reticente a efectuar una aplicación directa o simplemente desconoce su aplicación, por considerar que no se dan los supuestos contemplados en ellos.

4.- En el último periodo, que parte con la reforma constitucional de 2005 y el fallo Almonacid Arellano versus Chile, se observa de manera uniforme que los máximos tribunales del país concuerdan en que los tratados, cuyo contenido son “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, revisten jerarquía constitucional material. Ello, como consecuencia de la norma de reenvío contenida en el artículo 5° de la CPR, dado que los *derechos esenciales* forman parte del acervo de la humanidad y son propios de la naturaleza humana. En efecto, los tratados cuyo contenido son *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* prefieren, perfeccionan y complementan la legislación interna, formando parte del parámetro de control de constitucionalidad.

No es abundante agregar que la labor interpretativa de nuestros tribunales se ha beneficiado del rico contenido emanado de los órganos internacionales de control y protección de derechos humanos que, en aplicación del *corpus iuris internacional*, no solo ofrece control de convencionalidad de las garantías consagradas, sino además, vinculante interpretación de las mismas.

II.-Análisis de la Ley Antiterrorista N° 18.314 y su conformidad a los tratados que versan sobre derechos humanos. Garantías judiciales mínimas del imputado, en particular, el debido proceso:

1.- En la actualidad no existe una definición omnicomprendiva del delito de terrorismo. Sin embargo, hay una cierta uniformidad en la identificación de sus caracteres esenciales en doctrina comparada. Así, se entiende que se trata de un delito que en atención a sus fines es de suma gravedad, equivalente a un crimen de guerra en tiempos de paz; en cuanto a sus medios, el delito es susceptible de afectar potencialmente bienes jurídicos esenciales; y, en cuanto a su lesividad, se caracteriza por ser pluriofensivo y afectar a los bienes jurídicos más preciados por la sociedad y el Estado, esto es, la vida, la integridad y la libertad de los seres humanos.

Frente a esta clara y precisa identificación de los caracteres esenciales del delito de terrorismo, el legislador chileno prescinde de ellos, alejándose del desarrollo internacional de su combate y se limita a agravar la penalidad de una amplia numeración de delitos comunes previstos y sancionados por el Código Penal, haciéndolo, además, de forma vaga e imprecisa, contrariando así el principio de legalidad consagrado tanto en la Constitución Política como en los tratados sobre derechos humanos y, en cuya virtud, las conductas punibles deben ser descritas en forma clara y precisa, reduciendo al máximo aplicaciones analógicas o extensivas.

2.- La ambigüedad y vaguedad referida ha hecho posible que se califique como terrorista conductas incendiarias de inmuebles realizadas en el marco de protesta social, aún cuando ello no entraña riesgo o lesión alguna a los bienes jurídicos más altos para la sociedad y el Estado, tal como ocurre en la quema de bosques, mieses, pastos, montes, cierros o plantíos.

3.- A la luz de lo expuesto es posible sostener que la Ley en cuestión no sólo transgrede abiertamente la Constitución Política en su artículo 19 N° 3 inciso noveno que establece que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona este expresamente descrita en ella”, sino que además, al *corpus iuris internacional* en al menos dos de sus fuentes obligatorias, esto es, por un lado, los tratados internacionales sobre derechos humanos (Arts. 1° Y 2° de la Ley con los Arts. 8° y 14 la Convención Americana sobre derechos humanos y Pacto Internacional de derechos civiles y

políticos, respectivamente) y, por otro, a la jurisprudencia obligatoria emanada de las distintas Cortes de Derechos Humanos que uniformemente han sostenido que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar los términos más estrictos y unívocos posibles, con el fin de evitar la ambigüedad y de esa forma la arbitrariedad.

4.- La Ley en estudio viola diversas garantías del debido proceso que, como concepto complejo y piedra angular de todos los derechos humanos, reúne diversas garantías y ámbitos de aplicación que la doctrina nacional vincula principalmente a las garantías consagradas en el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derecho Humanos y algunos preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a saber:

- a) Art. 7 N°5 CADH y Art. 9 N° 3 PIDCP consagran que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez. Estas normas tiene por objeto garantizar por un lado que, la detención no ha sido arbitraria ni ilegal, y por otro, proteger al detenido de ataques contra su integridad física y síquica, razón por la cual las normas del debido proceso de la privación de libertad deben ser generales y no diferenciarse para cierta categoría de casos. A este respecto, la Comisión Interamericana entiende que no es razonable una demora de más de 2 ó 3 días y, de acuerdo a su estándar de demora tolerable, se concluye que es el sólo plazo necesario para preparar el traslado del detenido.

Nuestra legislación, al catalogar el delito de terrorista, difiere de esta normativa y su jurisprudencia obligatoria. En efecto, mientras nuestra legislación especial contempla un plazo de 24 horas según el Art. 131 del CPP, la CPR permite ampliar su plazo ordinario de 48 horas *hasta por 10 días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como terroristas*, plazo reiterado por la Ley 18.314 en su Art. 11 inciso primero.

- b) Art. 8 N° 2 CADH y 14 N° 2 PIDCP, consagran que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma legalmente su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. El Art. 1° inciso 3° de la Ley 18.314, presume la finalidad de producir temor en los casos que indica. Cabe recordar en este sentido que las presunciones no son un medio de prueba sino que constituye una inversión del *onus probandi* que favorece al Ministerio Público y pone de cargo del imputado la prueba en contrario.
- c) Art. 8 N° 2 letra b) y c) CADH prescriben como garantía judicial mínima la comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada y concesión al inculcado del tiempo y de los medios necesarios para la preparación de su defensa. Dichas disposiciones son transgredidas por la Ley 18.314 en cuanto autorizan discrecionalmente al fiscal a establecer el

secreto de las actuaciones de investigación hasta por 6 meses, contradiciendo así al *corpus iuris internacional* emanado de la Corte Europea de Derechos Humanos según la cual, si tal decisión es adoptada por el propio Ministerio Público y no por el juez, se contravienen las garantías del debido proceso. Esta desigualdad procesal afecta el principio de igualdad de armas, consustancial al debido proceso y, en virtud del cual, ambas partes deben contar con las mismas posibilidades de preparar y presentar sus argumentos, así como de oponerse a los de la contraparte.

La duración del secreto en relación con los medios y tiempos necesarios para la preparación de la defensa del imputado y su posible prisión preventiva, debe de ser ponderado según estrictas exigencias de legalidad, adecuación, necesidad y duración total del procedimiento, adoptando siempre contrapesos tendientes a garantizar el derecho de defensa y la igualdad de armas consustancial al debido proceso. Dichos contrapesos o medidas no existen en nuestra legislación.

- d) Los Arts. 8 N° 2 letra f) CADH y, 14 N° 3 letra e) PIDCP establecen, como garantía mínima respectivamente, por un lado, el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener su comparecencia y, por otro, a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Estas disposiciones son transgredidas por la Ley 18.314 en cuanto autoriza la reserva de antecedentes personales y, en sentido amplio, cualquiera otra circunstancia que conduzca a la identificación de testigos y peritos por parte del imputado y su defensa. En efecto, el absoluto desconocimiento de la identidad del testigo o perito impide contar con la información básica para formular preguntas que cuestionen la credibilidad, impidiendo controvertir o desvirtuar elementos de convicción, cuyos efectos pueden ser especialmente graves si el tribunal alcanza convicción sobre la culpabilidad. En este sentido, la Corte Europea ha sostenido que sólo es permisible que el acusado soporte las desventajas inherentes al uso de testigos anónimos, si es que tales desventajas son suficientemente contrapesadas por los procedimientos o medidas que el tribunal está en obligación de adoptar, y que no se conforman por el sólo hecho de que la defensa del imputado haya podido interrogar ampliamente a los testigos o peritos anónimos. Tales procedimientos o medidas no existen en nuestra legislación, sin embargo, a la luz del *corpus iuris internacional*, la profesora Cecilia Medina sistematiza los siguientes contrapesos:

- i. El deber de parte del tribunal que conoce de la causa de verificar la concurrencia de un peligro cierto, inminente y fundado para la vida, integridad o libertad del testigo y que implique la estricta necesidad de mantener en reserva su identidad.
- ii. Que el Juez de Garantía conozca la identidad del testigo y que lo interrogue con el fin de indagar sobre sus antecedentes, relación con el acusado e intereses en juego.
- iii. La emisión de un informe por parte de dicho juez, en el que proporcione elementos de análisis suficientes para que el tribunal que conoce de la causa pueda evaluar la credibilidad del testigo.
- iv. La posibilidad del abogado defensor de apelar de la decisión que autoriza el anonimato de los testigos.
- v. La posibilidad del abogado defensor de interrogar ampliamente al testigo, salvo en lo que concierne a su identidad.
- vi. El conocimiento de la identidad del testigo por parte del tribunal de Juicio Oral en lo Penal, pudiendo observar directamente el comportamiento del testigo o perito al ser interrogado, para formarse su propia opinión sobre la credibilidad de sus dichos.
- vii. El deber del tribunal de examinar y evaluar la evidencia proporcionada por el testigo anónimo con extremo cuidado, teniendo vedado basar la condena exclusivamente en la declaración de testigos o peritos anónimos.

En síntesis, el Estado de Chile debe abstenerse de aplicar la normativa consagrada en la Ley 18.314 mientras esta no sea corregida y adecuada tanto a estándares internacionales en el ámbito del combate y sanción del terrorismo, como a la legítima protección y resguardo de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En efecto, esta abstención se justifica dado que, por un lado, su normativa es abiertamente contraria a los tratados internacionales que versa sobre derechos humanos y al *corpus iuris internacional*, que en virtud del Art. 5° inciso segundo de la Constitución Política prefieren, complementan y perfeccionan nuestra legislación, formando parte del parámetro de control de constitucionalidad, según el entender actual de nuestros máximos tribunales; y por otro, la Ley Antiterrorista no adopta los debidos contrapesos o salvaguardas como garantías mínimas del imputado, propias de la igualdad de armas e inherentes al debido proceso, lesionando por tanto, gravemente el derecho de defensa del imputado, añadiendo que ello entraña *un riesgo obvio de injusticia procesal, el cual conlleva la sombra de un error judicial*, como ha señalado en sus observaciones preliminares el Relator Especial de Naciones Unidas, señor Rodolfo Stavenhagen.

BIBLIOGRAFÍA

- Aylwin Oyarzún, José Antonio. (2010): Informe en derecho *La aplicación de la ley N°18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” a las causas que involucran a integrantes del pueblo Mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos* en http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_en_derecho_ley_antiterrorista_y_derechos_humanos_rev.pdf. Visto el 21 de abril de 2013.
- Bernaldes Rojas, Gerardo. (2003): “Los tratados Internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia el periodo 1981-1989, bajo el régimen del Artículo 24° transitorio de la Constitución” en *Ius et Praxis*. vol. 9, n.1, pp. 281-327.
- Carocca Pérez, Álex. (2005): *Manual el nuevo sistema procesal penal*. Editorial LexisNexis, Tercera edición. Santiago, Chile.
- Díez de Velasco Vallejo, Manuel. (2005): *Instituciones de derecho internacional público*. Décimo quinta edición. Tecnos, Madrid.
- Espinoza Vidal, Carlos y Hurtado de la Fuente, Alejandro. (2005): *El debido proceso en el nuevo proceso penal*. Primera edición. Editorial Jurídica La Ley LTDA. Santiago, Chile.
- Federación Internacional de Derechos Humanos. (2006): *La otra transición chilena: Derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un estado democrático*. Vs. en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/mapuche.pdf>. Visto el 07 de Agosto de 2013.
- Gaete González, Eurgenio. (2002): “La tipificación jurídica del terrorismo” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* N° XXIII. Valparaíso, Chile. pp. 451-460.
- Henríquez Viñas, Miriam. (2008): “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos” en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, pp. 73-119.
- Juica, Milton. (2011): “La crítica no puede nunca dejar sin efecto una sentencia” en *El Mercurio*, 7 de junio de 2011. Vs. <http://vlex.com/vid/milton-juica-mapuches-dejar-efecto-281197415>. Visto el 25 de abril de 2013.
- Nash Rojas, Claudio. (2003): *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humano en el ámbito nacional: La experiencia chilena*. Ponencia presentada en el “Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay”, organizado por UNICEF en Montevideo. Vs. en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/30.pdf>. Visto el 23 de abril de 2013.

- Medina Quiroga, Cecilia. (2011): *Ley antiterrorista y el derecho internacional de los derechos humanos*. Informe en derecho 1-2011 Defensoría Penal Pública. Departamento de estudios. Vs. en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/dfbb77631f6e518061fd2c0dceab69ac.pdf>.
- Nadra, Yamilé. (2004): Informes especiales: Argentina, entre el drama social y el debate jurídico-político. La criminalización de la protesta social (I). Argenpress. 1 de noviembre de 2004. Vs. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12>. Visto el 21 de abril de 2013.
- Navarro Beltrán, Enrique. (2012): *Tratados y Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*. Ponencia presentada en la XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público, PUCV, en Valparaíso. Vs. en: <http://www.jornadasdederechopublico2012.pucv.cl/recibidos/navarro.pdf>. Visto el 23 de abril de 2013.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (1993): “Constitución y derecho internacional de los derechos humanos” en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 20 N°. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público (Mayo-Diciembre 1993), pp. 881-895.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2007): *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Librotecnia. Primera edición. Santiago, Chile.
- Stavenhagen, Rodolfo. (2013): Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. 30 de julio de 2013. Vs. en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13598&LangID=S>. Visto el 26 de Septiembre de 2013.

JURISPRUDENCIA

- Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia. (2006): González Sáez, Leopoldo con INP, en vlex.com/vid/Santiago-gonzalez-saez-leopoldo-inp-218042913. Visto el: 05 de Abril de 2013.
- Corte Suprema, Sentencia (2007): Rol: 4183-2006.
- Corte Suprema, Sentencia. (2010): Rol N° 9474-2009.
- Corte Suprema, Sentencia. (2011): Rol N° 8314-2009.
- Corte Suprema, Sentencia. (2011): Rol N° 5969-2010.
- Corte Suprema, Sentencia. (2011): Rol N° 6601-2011.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XIII. Segunda Parte. Sección Primera. p. 104, año 1915.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXX. Segunda Parte. Sección Primera, p. 106, año 1933.

- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXI. Segunda Parte. Sección Primera, Tomo I, p. 118, año 1984.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXV. Segunda Parte. Sección segunda, Tomo I, p. 12, año 1988
- Revista Fallos del Mes. Año 1984, p. 592. Rol N° 1.113-84.
- Tribunal Constitucional, Sentencia (1987): Rol N° 4.621.
- Tribunal Constitucional, Sentencia (2002): Rol N° 346.
- Tribunal Constitucional, Sentencia (2010): Rol N° 567.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, Sentencia. (2006): RIT 21-2004.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Sentencia. (2005): RIT 080-2004.

NORMATIVA

- Biblioteca del Congreso Nacional. (2010): Historia de la Ley 20.467. Modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Diario Oficial de 8 de Octubre de 2010.
- Comisión Constituyente. (1975): Actas Oficiales. Sesiones 101^a de 9 de Enero de 1975 y 103^a de 16 de Enero de 1975.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2002): Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. 22 de octubre 2002.
- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2009): Recomendaciones del relator especial de la ONU sobre derechos indígenas James Anaya. La Situación de los Pueblos Indígenas en Chile: Seguimiento a las Recomendaciones hechas por el Relator Especial Anterior.