



**CASO “NORÍN CATRIMÁN Y OTROS VS CHILE”
ESCRITO DE ALEGATOS FINALES DEL ESTADO**

Santiago, 28 de junio de 2013

Ref: Caso 12.576 “*Norín Catrimán y otros Vs Chile*”

Señor
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario Ejecutivo
Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José-Costa Rica

Excelentísimo Señor Secretario:

De conformidad con lo señalado en la resolución del Presidente de esa Honorable Corte de fecha 30 de abril de 2013, y visto lo dispuesto por el artículo 56.1 del Reglamento de ese Tribunal, el Estado de Chile viene en presentar, dentro de plazo, su escrito de alegatos finales sobre el caso de la referencia, así como también ciertas consideraciones respecto a otros asuntos planteados durante la audiencia pública donde se conoció el presente caso.

La siguiente presentación consta de cuatro apartados: El primero dice relación a ciertos aspectos generales de la política de no discriminación del Estado; el segundo relativo a la adecuación de la legislación chilena contra el terrorismo a los estándares internacionales de derechos humanos; el tercero, en relación a la adecuación de la legislación procesal penal chilena a los estándares internacionales de derechos humanos sobre el debido proceso; y finalmente un capítulo de respuestas a las interrogantes formuladas por los jueces durante la audiencia.

I. POLÍTICA DE NO DISCRIMINACIÓN DEL ESTADO DE CHILE

Con el fin de implementar las políticas de no discriminación y difundir una cultura inclusiva en línea con los compromisos internacionales asumidos por el Estado, se ha impulsado una serie de medidas legislativas y administrativas para dar plena eficacia a este deber.

En este contexto, el Ejecutivo cuenta con una oficina de Diversidad y No Discriminación dentro de la División de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno, para la coordinación y difusión de las tareas necesarias para fomentar la interculturalidad y la igualdad en un marco de diversidad.

Específicamente en lo referido a las minorías étnicas, la actividad del Estado se focaliza en cuatro ejes: mayor participación y consulta a los pueblos originarios en los temas que los conciernen, de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (ratificado y vigente en Chile); mayor desarrollo integral de sus capacidades productivas; educación de calidad; y, protección y respeto permanente de su cultura e identidad.

➤ **Estructura legal de la política gubernamental de no discriminación**

La **Constitución Política** consagra expresamente la igualdad de trato y no discriminación, al señalar en su artículo 1° inciso 1° que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Lo anterior es reforzado mediante las garantías constitucionales que establece su artículo 19, entre las cuales se destaca la contenida en el número 2, que señala que *“En Chile no hay persona ni grupo privilegiado”*, y agrega *“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*. Asimismo, el numeral 16, inciso 2° del mismo artículo 19 señala, a propósito del ejercicio de la libertad de trabajo y su protección, que *“Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal (...)”*.

El Estado de Chile reitera que ha sido, es y será respetuoso de todas las personas que viven en su territorio, cualquiera sea su condición u origen étnico, racial, político, religioso o de cualquier índole.

En este contexto, la **Ley N° 19.253** (en adelante, **Ley Indígena**), creó el marco general para la instauración de una cultura de respeto, promoción y protección de los pueblos indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines. En este sentido, el artículo 1° inciso 2° de dicha ley señala: *“El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aymara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawaskar o Alacalufe y Yámana o Yagan de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.”*

Ahora bien, con fecha 24 de julio de 2012, se publicó la **Ley que establece medidas contra la Discriminación**, cuya iniciativa fue el resultado de un trabajo conjunto entre el Gobierno de la época, parlamentarios y diversas Organizaciones de la Sociedad Civil.

Dicha ley, tal como señala su artículo 1°, *“tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”*.

De esta manera, corresponde a cada uno de los órganos del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes –entre ellas, la Ley Indígena-, y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Asimismo, el artículo 2° define lo que se entiende por discriminación arbitraria, esto es, *“toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como*

la raza o etnia¹, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

El Título II de dicho cuerpo legal regula la acción de no discriminación arbitraria, la cual puede ser interpuesta por los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho su cuidado personal o educación. También se permite que esta acción la interponga cualquier persona a favor del afectado, cuando éste se encuentre imposibilitado de hacerlo por sí o por medio de sus representantes.

El tribunal declarará en la sentencia si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido. Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio.

Finalmente, en archivo adjunto se acompaña una **lista enunciativa de las normas, leyes, reglamentos y decretos relativos a materias indígenas** que se encuentran vigentes en nuestro país y que abordan, entre otras, las siguientes materias:

- Reformas educativas para incorporar la enseñanza de idiomas indígenas durante todo el periodo escolar, poniendo a disposición una educación bilingüe en las zonas en que se concentran los alumnos indígenas.
- Mecanismos de apoyo al estudiante Mapuche, mediante el otorgamiento de becas de estudio.
- Reconocimiento de sitios sagrados.
- Incorporación de autoridades indígenas en actos oficiales.
- Autorización al uso de la medicina indígena tradicional en la red de salud pública.
- Apoyo económico especial para acceder a una vivienda.
- Apoyo en los costos para acceder a una mediación ante los Tribunales de Familia.
- Reformas en materia de justicia que, por ejemplo, dan valor a la costumbre en los juicios entre indígenas. En materia penal, la costumbre permite eximir o atenuar la responsabilidad, pero nunca agravarla.
- La creación de un proceso de tutela laboral frente a una discriminación racial.
- La reforma que permite la actuación en juicio mediante intérprete.

➤ **Convenio N° 169 y consulta**

En Chile este Convenio se encuentra plenamente vigente y actualmente se está trabajando en conjunto con los pueblos indígenas en el diseño de un mecanismo para llevar a cabo los procesos de consulta: es lo que se ha denominado “**la consulta de la consulta**”.

¹ El destacado es nuestro.

Respecto a este punto podemos afirmar que el Gobierno se encuentra en la actualidad abocado a la realización de un proceso de consulta a los pueblos indígenas, con la finalidad de conocer y recoger sus observaciones y propuestas respecto del procedimiento de consulta y participación.

Este proceso tiene por objeto perfeccionar la normativa que provisoriamente regula la materia, incorporando los aportes y planteamientos de los pueblos indígenas, para contar así con un procedimiento definitivo en un futuro próximo.

Con la finalidad que el diseño del proceso a través del cual se llevará a cabo esta consulta, incorpore modalidades y actividades pertinentes y apropiadas a las singularidades de cada región y de cada pueblo indígena, el Gobierno ha realizado un primer ciclo de reuniones con participación de los representantes indígenas que forman parte de las Mesas Indígenas Regionales.

El objetivo de estas reuniones es recoger las opiniones y propuestas de los representantes indígenas sobre las características, actividades e itinerario del proceso de consulta, para incorporarlas al diseño del plan en conformidad al cual se llevará a cabo el proceso de consulta en la respectiva región. De acuerdo a la última información disponible, se han desarrollado 14 reuniones en diferentes ciudades de 8 regiones.

Para informar los debates y deliberaciones de los representantes indígenas que integran las mesas indígenas regionales, el Gobierno les ha hecho entrega de diversa documentación. Asimismo, representantes de la OIT han participado en varias de las reuniones realizadas hasta la fecha, exponiendo a los participantes los contenidos del Convenio 169 y los alcances de los mismos en el ámbito de la consulta y la participación.

Esta fase del proceso de consulta se encuentra en pleno desarrollo, y luego de finalizada se dará inicio a la fase de consulta propiamente tal, en cuyo marco deberán desarrollarse las actividades e implementarse los mecanismos de consulta que se hayan establecido considerando la opinión de los representantes indígenas que forman parte de las mesas indígenas regionales.

- **Jurisprudencia relativa a la aplicación del Convenio N° 169**

Con el objeto de evidenciar la plena aplicación en Chile del Convenio N° 169 citaremos, sólo a modo ejemplar, las siguientes sentencias que se acompañan a este escrito:

- Causa Rol N° 2683-2010: La Corte Suprema invalidó una sentencia de apelación, por no haberse ajustado a las disposiciones pertinentes del Convenio N° 169.
- Causa Rol N° 289-2010: La Corte de Apelaciones de Concepción acogió un recurso contra la Municipalidad de Arauco, aduciendo que ésta debería haber consultado a la comunidad indígena recurrente, en cumplimiento del Convenio N° 169.

- Causa Rol N° 454-2012: La Corte de Apelaciones de Temuco dejó sin efecto la licitación para la construcción de una red de agua potable, por no haber cumplido el trámite de la consulta de acuerdo al Convenio N° 169.

II. SOBRE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA

Se ha alegado, en estos autos, que la ley N° 18.314, sobre delitos terroristas (en adelante, la “Ley Antiterrorista”) adolecería de diversos vicios que la hacen contraria a los estándares aplicables a dicha materia, de conformidad con el derecho internacional.

Asimismo, se ha alegado que el Estado aplica la Ley Antiterrorista de manera ilegítima y con un sesgo discriminatorio, con el objeto de reprimir y perseguir al pueblo mapuche.

El Estado no se extenderá nuevamente sobre dichas alegaciones, dado que han sido planteadas y abordadas en diversas oportunidades previamente; sin perjuicio de lo cual, y adicionalmente a lo planteado en el escrito de contestación de la presente demanda, podemos señalar lo que sigue:

1. Planteamientos del Estado de Chile

En materia de legislación antiterrorista, y en relación con las acusaciones planteadas por los demandantes, el Estado ha centrado su defensa en cinco ejes:

- a) El tipo penal del delito terrorista incluido en la Ley N° 18.314 cumple con el principio de legalidad exigido por la Convención y cumple con los estándares internacionales en Derechos Humanos.
- b) Las normas excepcionales en el procedimiento por delitos terroristas responden a la naturaleza de los delitos y son aceptables a la luz de los estándares internacionales.
- c) La aplicación del tipo penal terrorista en Chile no vulnera los derechos humanos, ni es práctica sistemática del Estado utilizarla con fines discriminatorios o para la represión de conductas legítimas o cuyo carácter terrorista es altamente discutible.
- d) La aplicación del tipo penal terrorista en Chile en el caso concreto objeto de estos autos, no se ha ejecutado sobre la base de discriminación racial.

2. Análisis pormenorizado de los planteamientos del Estado

- a) El tipo penal del delito terrorista incluido en la Ley N° 18.314 cumple con el principio de legalidad exigido por la Convención y cumple con los estándares internacionales en Derechos Humanos.

El tipo penal del delito terrorista cumple con el principio de legalidad exigido por la Convención y cumple con los estándares internacionales en Derechos Humanos.

En primer lugar, es menester señalar que no ha habido consenso en la doctrina ni en el derecho internacional respecto a una definición de lo que entendemos por terrorismo. En general, utilizando la definición más aceptada, plasmada en la resolución N°1.566 del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas y fijada como estándar en la audiencia por el perito Scheinin, son actos terroristas *“los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo”*.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fijó su criterio en su informe sobre terrorismo y derechos humanos, al señalar que *“los incidentes terroristas pueden describirse en términos de a) la naturaleza e identidad de quienes perpetrar el terrorismo; b) la naturaleza e identidad de las víctimas del terrorismo; c) los objetivos del terrorismo y d) los medios empleados para perpetrar la violencia del terror”*.

Existe una opinión mayoritaria a nivel internacional, como confirmó en su declaración el perito Sr. Scheinin, en cuanto a la necesidad de que, en cualquier definición de la conducta terrorista, concurren tanto un elemento objetivo —la descripción de la conducta que sería susceptible de ser catalogada terrorista— como uno subjetivo —la intención de causar temor en la población o en una parte de ella o realizar exigencias a la autoridad.

Así lo establece, por ejemplo, la **Decisión marco del Consejo de la Unión Europea sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI)**, de 13 de junio de 2002.²

² El artículo 1° numeral 1. señala que *“Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:*

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

a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;

b) atentados graves contra la integridad física de una persona;

c) secuestro o toma de rehenes;

d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;

e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;

f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;

g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h).”

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado a este respecto que del principio de legalidad consagrado en el artículo 7º de la Convención Europea de Derechos Humanos³ implica que un delito y sus sanciones deben estar claramente definidos por la ley, principio que se ve satisfecho cuando una persona puede saber por la redacción de la disposición relevante y, si es necesario, con la asistencia de los tribunales que la interpretan, qué actos y omisiones la harán penalmente responsable de dicho delito⁴.

Habida consideración de lo anterior, el Estado de Chile entiende que el tipo penal de la Ley Antiterrorista cumple con el principio de legalidad, toda vez que establece claramente la conducta penada como delito terrorista:

- un determinado delito común,
- cometido con el fin de causar un temor justificado en la población o una parte de ella, de ser víctima de delitos de la misma especie,
- fin que se evidencia por (i) la naturaleza y efectos de los medios empleados; (ii) la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, o (iii) la finalidad de arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

La técnica legislativa utilizada en la Ley Antiterrorista chilena se enmarca también dentro de una forma de tipificación aceptada por la Unión Europea como por varios países latinoamericanos, como Argentina, Costa Rica, Ecuador y México.

El tipo penal chileno es incluso más restrictivo que la definición que la Unión Europea (UE) y otros países se han dado para unificar la tipificación de delitos terroristas, puesto que el único elemento subjetivo que se identifica con el dolo terrorista es la **finalidad de causar temor**, mientras que la misma UE y otras legislaciones (Perú, Argentina, España, Costa Rica, México) añaden también, al menos, la motivación de hacer exigencias o forzar actuaciones de la autoridad.

Las afirmaciones de la CIDH en cuanto a la ambigüedad del tipo por usar conceptos como “plan premeditado” o “medios empleados”, sin mayor definición, que vulnerarían el principio de legalidad, son a nuestro entender erradas. El principio de tipicidad y legalidad en derecho penal contempla que existan conceptos sujetos a interpretación judicial, pues es imposible legislar sobre la pura base de la casuística. Un juez y cualquier letrado comprenden lo que significa “premeditación” y esta no es la única ley penal que usa esta clase de conceptos:

Sólo a modo de ejemplo, el tipo peruano, no observado por la Honorable Corte Interamericana a la luz del artículo 9 de la Convención, tiene conceptos como “estado de zozobra”, “grave perturbación”, “afectar las relaciones internacionales”. ¿Qué es esto

³ Artículo 7: No hay pena sin ley

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Asimismo, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción fue cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

⁴ Sentencia del TEDH, *Baskaya y Okçuoglu v. Turquía*, del 8 de julio de 1999, párr. 36.

último? ¿Generar una guerra? ¿La salida de un embajador? ¿El envío de notas diplomáticas? ¿El reclamo en un foro internacional? La H. Corte señaló: “[este Tribunal] no ha encontrado elementos para concluir que existe una violación del artículo 9 de la Convención, toda vez que dicho tipo penal fija los elementos de las conductas incriminadas, permite deslindarlas de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales y no contraviene otras normas de la Convención Americana” (Caso García Asto y Ramírez Rojas, párr. 194). La ilustre representación de la Comisión Interamericana señaló que dicha norma había sido observada y corregida por el Tribunal Constitucional peruano, para aclarar su sentido y alcance, sin embargo, el fallo del Tribunal Constitucional peruano únicamente aclaró que dicha legislación no se apartaba de los estándares internacionales. Específicamente, estableció que las normas que declaraban conductas objetivas como terroristas requerían siempre de la existencia de un elemento subjetivo, esto es, un dolo “terrorista”. Esta decisión está claramente superada en la ley chilena en que se exige legal y jurisprudencialmente la prueba de la intención de causar temor en la población. Así el Tribunal Constitucional peruano señaló que “*el delito previsto en el artículo 2° del Decreto Ley N°. 25475, exige necesariamente la concurrencia de los tres elementos o modalidades del tipo penal, además de la intencionalidad del agente. En efecto, como antes se ha descrito, el artículo 2 en referencia establece un tipo penal que incorpora tres elementos objetivos, los cuales deben concurrir necesariamente para la configuración del delito de terrorismo. La falta de uno de ellos, hace imposible la tipificación.*”. Situación muy similar a la definición chilena que requiere de la concurrencia de un acto claramente tipificado por la ley común, con una intención determinada (causar temor), a través de medios idóneos para causar el resultado buscado.

De esta forma, puede ser útil analizar el mencionado tipo penal peruano, que según la misma Corte no infringe el principio de tipicidad:

Artículo 2.- Descripción típica del delito. El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.

No vemos de qué forma la descripción típica de la ley peruana es más clara que la contenida en la Ley Antiterrorista chilena, sin perjuicio de que, además, se abre a más posibilidades de comisión.

Por último, el artículo 2 de la Ley Antiterrorista chilena establece un listado de delitos comunes que pueden calificarse como terrorista, sin separarse de otras legislaciones (España) y organizaciones internacionales (Decisión marco del Consejo de la Unión Europea sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI). Es más, Argentina ni siquiera establece un catálogo: cualquier delito puede ser terrorista, de acreditarse el elemento subjetivo del tipo.

Se ha señalado que, entre los delitos susceptibles de calificación terrorista, se encontrarían algunos que sólo atentarían contra la propiedad, como por ejemplo, el delito de incendio.

Sin embargo, y como lo declaró el testigo y abogado Juan Domingo Acosta, el legislador chileno mantuvo el delito de incendio dentro de dicho catálogo considerando que se trata de un delito pluriofensivo, esto es, que atenta contra diversos bienes jurídicos, uno de ellos la propiedad, pero también la vida o integridad física de las personas.

Por otra parte, el Convenio para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con bombas acepta que se califique como terrorista un delito de daños, cuando se hace con el propósito de generar gran destrucción o daños indiscriminados (i.e., a través de artefactos incendiarios).

A su vez, Lorena Frías, directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos chileno, afirmó que *“el incendio constituye una conducta que puede ser calificada de terrorista cuando tenga por finalidad la muerte o lesiones graves o una destrucción significativa”*.⁵

b) Las normas excepcionales en el procedimiento por delitos terroristas responden a la naturaleza de los delitos y son acordes a los estándares internacionales.

Se ha alegado que algunas medidas procesales bajo la Ley Antiterrorista, supuestamente “excepcionales”, aplicadas en los juicios seguidos contra las presuntas víctimas, serían también contrarias a los estándares internacionales sobre derechos humanos y su aplicación en dichos juicios implicaría una violación del derecho al debido proceso.

Para mejor comprensión de estas medidas excepcionales, a continuación pasaremos a explicar brevemente el funcionamiento del sistema procesal chileno.

Breve Explicación Sistema Procesal Penal

El procedimiento penal se inicia, por regla general, con la interposición de una denuncia ante el Ministerio Público, el cual procederá a dar inicio a la investigación del delito. La primera audiencia se denominada de formalización, y en ella se comunica al imputado la existencia de una investigación en su contra –la que no podrá extenderse por más de dos años- y se le podrán decretar medidas cautelares – como prisión preventiva, presentación periódica (firma) o prohibición de acercarse a la víctima, entre otras-. Dicha audiencia se realiza ante el Juez de Garantía, el cual es el encargado de velar por las garantías de las personas durante la investigación y autorizar previamente todas las actuaciones del fiscal que afecten los derechos del imputado y de terceros.

Una vez terminado el plazo de investigación, el fiscal comunicará éste hecho al Juez de Garantía y a los demás intervinientes en una audiencia pública, tras lo cual, y de haber

⁵ http://xox.piensachile.com/index.php?option=com_content&view=article&id=7685:declaracion-publica-indh-sobre-discusion-ley-antiterrorista&catid=7:declaraciones&Itemid=7, y <http://www.humanas.cl/blog/?p=1592>; visitadas el día lunes 7 de enero de 2012.

reunido los antecedentes necesarios para acreditar la comisión del delito y la participación del imputado en él, procederá a la formulación de la acusación. Posteriormente se realizará, ante el Juez de Garantía, la audiencia de preparación del juicio oral, oportunidad en la cual el abogado defensor y el fiscal discuten públicamente sobre las pruebas que se presentarán en el Juicio Oral, los hechos que se darán por probados y las pruebas que serán excluidas.

Finalmente se efectúa el Juicio Oral ante un tribunal oral en lo penal, integrado por tres jueces. El fiscal y el abogado defensor presentan sus pruebas y el imputado puede también, si lo desea, declarar. Tras los alegatos, el tribunal delibera y dicta el veredicto de condena o absolución. De la sentencia se puede recurrir ante la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, según el caso.

Ahora bien, se ha planteado que serían “excepcionales” bajo la Ley Antiterrorista, las siguientes prerrogativas procesales:

- Protección de identidad de testigos.
- Secreto de ciertas piezas del proceso por hasta 6 meses.
- Prisión preventiva

En primer lugar, hay que señalar que ninguna de estas “prerrogativas” son propias de la Ley Antiterrorista. Tanto la protección de testigos como el secreto de ciertas piezas de la investigación están contenidas en la legislación general y son comunes en gran parte de la legislación comparada. Lo mismo ocurre con la prisión preventiva.

En segundo lugar, debemos decir que existen dos etapas en todo proceso penal: la investigación y el juicio. En general, todas las denominadas “prerrogativas” procesales tienen aplicación durante la investigación, donde el Ministerio Público es el responsable y líder de todas las actuaciones que se realizan. Se requiere autorización judicial para ejercer algunas de dichas prerrogativas, como, precisamente, las que comentamos. Durante el juicio, sólo algunas pueden mantenerse.

A continuación, se explicarán cada una de estas materias, en el orden expuesto.

A. PROTECCIÓN DE IDENTIDAD

En relación con los testigos de identidad protegida, mediante la cual se intenta proteger a los testigos y peritos que declaran en un juicio debido a posibles represalias en su contra, a través de la reserva de su identidad, se trata ella de una institución plenamente aceptada a nivel internacional para delitos terroristas y otros delitos graves.

Creemos que la doctrina y jurisprudencia emanada tanto del sistema europeo de derechos humanos, como el americano, son claros y contundentes al afirmar que la protección de testigos es legítima y necesaria, debido al deber que se impone al Estado de proteger a quienes aparecen como auxiliares de la administración de justicia.

La misma Comisión Interamericana, siguiendo jurisprudencia emanada de esta Corte, ha señalado que *“podrían, en principio, diseñarse procedimientos conforme a los cuales se pueda proteger el anonimato de los testigos sin comprometer los derechos del acusado a un juicio imparcial”*, indicando que, dentro de este diseño, pueda estar:

- permitir que la defensa sea *“capaz de impugnar las pruebas del testigo e intentar sembrar dudas sobre la confiabilidad de sus declaraciones, por ejemplo, mediante el interrogatorio del abogado defensor”*, y,
- que *“el propio tribunal conozca la identidad del testigo y pueda evaluar la confiabilidad de la evidencia del testigo y la importancia de las pruebas en la causa contra el acusado, en particular, si la condena podría basarse únicamente, o en grado decisivo, en esa prueba”*.

Todo esto se cumple, tanto en la legislación general, como en la Ley Antiterrorista.

6d | En cuanto a lo primero, la ley chilena, en general, permite la conainterrogación de los testigos y peritos, incluso aquellos cuya identidad se reserva. La Ley Antiterrorista va más allá y señala expresamente, en su artículo 18, 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. El defensor podrá dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad”*. Esto es completamente acorde con los estándares internacionales y a lo señalado por la Comisión Interamericana sobre la materia.

En cuanto a lo segundo, esto es, que el tribunal conozca la identidad del testigo y pueda evaluar la confiabilidad de su testimonio, esto se cumple a cabalidad en la ley chilena. Debido al principio de inmediación que rige en el sistema procesal penal, todo testigo o perito es interrogado en presencia del tribunal, el que puede formarse una opinión directa de sus dichos. Los jueces examinan sus reacciones y saben perfectamente de dónde vienen, quiénes son, si han declarado en otras causas y cualquier otro antecedente que pueda poner en duda la veracidad de sus dichos. Por último, en el fallo, deben hacerse cargo expresamente de cómo llegan a sus conclusiones, y cómo han apreciado el testimonio de cada testigo.

Hay un control previo, además, puesto que la protección de un testigo debe ser solicitada al juez de garantía junto con los antecedentes que se precisan para fundamentar la solicitud, en base al riesgo para la seguridad del testigo o su familia.

En adición a esto, y en lo que se refiere a los juicios de las presuntas víctimas, la Comisión ha señalado, en su informe, que en el proceso seguido contra Pascual Pichún y Aniceto Norín, se habría violado el derecho al debido proceso porque se declaró la reserva de identidad de ciertos testigos, los cuales habrían declarado tras un biombo. Reconoce que la identidad de los testigos se reveló a la defensa, con prohibición de comunicarla a los acusados, y que los testigos fueron conainterrogados. Luego concluye que dicha

prohibición violó el debido proceso, pues mermó la posibilidad de defensa de los acusados, al no conocer lo básico sobre los motivos o idoneidad de los testigos.

En opinión de esta defensa, existen inconsistencias en los argumentos de la Comisión.

Si, por un lado, la Comisión afirma que la protección de testigos puede ser legítima con algunas condiciones, las cuales se cumplen en la ley chilena, ¿por qué luego concluye que la prohibición de la defensa de comunicar la identidad de los testigos a los acusados sería ilegítima? No se comprende de qué otra forma el Estado podría haberse precavido de que la identidad de los testigos no fuese revelada. Si se decreta la reserva de identidad y luego ésta es comunicada a la defensa, sin prohibición de informarla a los acusados, ¿Cuál sería el sentido, entonces, de decretar la reserva de identidad? ¿Cuál sería el sentido si se les pudiesen hacer preguntas que lleven a saber su identidad o, aún más, que se pudiese pedir al tribunal, con el objeto de interponer una querrela por perjurio, que se informe la identidad del testigo? Parece que la Comisión, contrario a la jurisprudencia emanada de esta Honorable Corte y el Tribunal Europeo, simplemente es contraria a toda forma de protección de testigos.

A mayor abundamiento, un antecedente más: la misma Organización de Estados Americanos (OEA), en un afán por combatir la corrupción, ha propuesto una ley modelo para “FACILITAR E INCENTIVAR LA DENUNCIA DE ACTOS DE CORRUPCIÓN Y PROTEGER A SUS DENUNCIANTES Y TESTIGOS”. En este modelo, la OEA propone, expresamente, que los testigos puedan ser objeto de protecciones que incluyen la reserva de su identidad en los actos procesales, su declaración por medios que no permitan su identificación visual u oral, y “otras que considere la autoridad”. *Otras que considere la autoridad*. Resguardando el debido proceso: comunicando la identidad a la defensa, permitiendo el conainterrogatorio, haciendo que el testigo declare en presencia del tribunal. Plenamente concordante con los estándares internacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que nuestra ley procesal establece las garantías y compensaciones suficientes para compatibilizar varias obligaciones del Estado que parecen totalmente contradictorias (i.e., proteger a los auxiliares de la administración de justicia vs brindar un debido proceso). La obligación de los jueces, en cuanto a fallar según la sana crítica, así como fundamentar suficientemente sus fallos y la forma en que llegan a su convicción al momento de condenar, es garantía legal de que no se condenará a una persona sobre la base de prueba insuficiente, poco verosímil o contradictoria.

B. SECRETO DE INVESTIGACIÓN

En cuanto al secreto de la investigación, la ley chilena establece que no es una facultad absoluta del fiscal a cargo de la investigación, sino que debe limitarse a ciertas piezas de la misma y sólo por razones de seguridad de testigos y peritos. De esa forma es utilizada, y sólo durante la etapa de investigación.

Es importante clarificar que en ningún caso la ley establece que toda la investigación será secreta, sino sólo ciertas piezas de la misma. Por otra parte, el secreto se levanta al momento de la acusación.

Debemos recordar que, una vez presentada la acusación, hay un tiempo mínimo de 25 días para la citación a audiencia de preparación de juicio oral, plazo que, en el juicio de Pascual Pichún y Aniceto Norín fue de 6 MESES. El Estado considera que ese tiempo fue más que suficiente para preparar la defensa, no implicando violación alguna al debido proceso.

C. PRISIÓN PREVENTIVA

En primer lugar, aclarar que la Ley Antiterrorista no posee ninguna norma especial que permita extender la prisión preventiva. Sí se establece que el juez de garantía podría ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación.

Sin perjuicio de ello, debemos aclarar que la prisión preventiva es una institución procesal penal de aplicación estricta, que sólo procede cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad, y cuando se cumplen, además, los siguientes requisitos copulativos:

- a) Existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga.

En cuanto a la seguridad de la sociedad o del ofendido, se ha planteado que sería contrario al principio de inocencia decretar la prisión preventiva de una persona bajo esta causal, siendo válida en los demás casos, cuando se trata de proteger la investigación evitando el riesgo de fuga o de afectación de la investigación.

A este respecto, podemos señalar que el mismo concepto de prisión preventiva indica que se trata de una institución excepcionalísima y, como su nombre lo dice, destinada a la *prevención* de ciertos escenarios. No constituye, en consecuencia, un adelantamiento de la punibilidad ni una infracción al principio de inocencia, toda vez que no constituye pena, sino que una medida cautelar excepcional y de última ratio (sin perjuicio de que, por razones de justicia, el tiempo que un imputado ha pasado en prisión preventiva se agrega a su pena, de ser condenado).

Nuestra legislación establece de manera expresa que la prisión preventiva sólo procede en los casos y formas señalados en la Constitución y las leyes y que las disposiciones que la autorizan deben ser interpretadas de modo restrictivo y no se podrán aplicar por analogía.⁶

Por otro lado, el juez no está, en ningún caso, obligado a decretar la prisión preventiva, ni siquiera cuando se trata de delitos graves que arriesgan altas penas (incluyendo los delitos terroristas). Se trata de una facultad que sólo procede bajo ciertas circunstancias y una vez que el tribunal conoce antecedentes calificados que forman en él la convicción de que es preciso dar lugar a la medida cautelar porque concurren los requisitos copulativos ya señalados.

Por último, y en cuanto a la procedencia de la prisión preventiva por riesgo de la sociedad o del ofendido, resulta, al entender del Estado, irresponsable alegar que no deberían tomarse medidas de resguardo frente a casos donde antecedentes calificados indiquen que una persona podría, estando en libertad, no sólo fugarse o afectar la investigación, sino, además, poner en peligro al ofendido por el delito investigado o a otras personas. El Estado no ve por qué la seguridad de la investigación sería bien jurídico suficientemente digno como para fundamentar que se decrete una medida cautelar que involucre prisión preventiva de un imputado, pero no así la seguridad de las personas.

Lo anterior, sumado al alto estándar de evidencia que debe presentarse al tribunal para que dé lugar a la prisión preventiva, es argumento suficiente para desechar las alegaciones que se han planteado respecto de esta medida cautelar.

c) La aplicación del tipo penal terrorista en Chile no vulnera los derechos humanos, ni es práctica sistemática del Estado utilizarla con fines discriminatorios o para la represión de conductas legítimas o cuyo carácter terrorista es altamente discutible.

Analizaremos a continuación si la aplicación del tipo penal terrorista en Chile ha vulnerado derechos protegidos por la Convención o responde a una práctica sistemática de discriminación en contra del pueblo mapuche. Los organismos públicos competentes para invocar la aplicación de la Ley Antiterrorista son el Ministerio del Interior y Seguridad Pública (MISP), a través de las Intendencias y Gobernaciones, y el Ministerio Público. Desde 1990, los criterios utilizados para invocar dicha legislación son:

- (i) Gravedad de los hechos, con indiferencia de sus autores, que en el contexto en que son cometidos generan en el persecutor penal la convicción de que tienen por objeto no sólo el daño causado sino generar temor en la población.
- (ii) Medios empleados para cometer los delitos o utilización de artefactos que producen daños indiscriminados hacen suponer al persecutor penal la intención de causar temor: colocación de bombas en bancos y otros.

Las razones de la invocación de la legislación antiterrorista no responde, por tanto, a un afán de perseguir o perjudicar a un grupo determinado de la población, sino a la convicción

⁶ Artículo 5 del Código Procesal Penal.

del persecutor penal, sea el Ministerio Público o el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de que las características de los hechos acontecidos llevan a pensar que el objeto de las acciones era causar temor en la población. Desde la invocación de la Ley Antiterrorista, será carga del Estado, en su calidad de persecutor penal, convencer al Juez de Garantía en primer lugar, al solicitar medidas cautelares personales como la prisión preventiva, o al Juez del Tribunal Oral en lo Penal, al acusar, probar la concurrencia de dicha intención de causar temor, mediante los medios idóneos señalados en la ley. De no ser probado el dolo especial y sólo acreditarse la conducta y la participación, el Tribunal condenará por delitos simples.

Dicha mayor carga para el persecutor estatal se encuentra plenamente justificada al ser la legislación antiterrorista una legislación excepcional, que impone mayores penas tanto privativas de libertad como accesorias al condenado.

Así, la invocación de la Ley Antiterrorista **no es una práctica sistemática, habitual y discriminatoria en contra del pueblo mapuche**. Todo lo contrario:

- Entre los años 2009 y 2013, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través de la Intendencia de la Araucanía y las Gobernaciones respectivas han interpuesto 112 querellas en la zona de la Araucanía, siendo sólo 5 de ellas por delitos terroristas. Dos de éstas, de 2009, fueron recalificadas y definitivamente rechazadas, tratándose de delitos graves: atentados en la carretera en que automóviles y camiones particulares fueron saqueados y quemados. Las restantes tres querellas fueron presentadas en 2013, por delitos especialmente graves, y **contra quienes resulten responsables** (un incendio intencional y multifocal en Carahue, que resultó con la muerte de 7 brigadistas; el denominado “caso Luchsinger”, un incendio con homicidio en que resultaron fallecidos los adultos mayores dueños de la vivienda siniestrada; y, un descarrilamiento intencional de un tren en la comuna de Collipulli). De esta forma, el Estado en su rol de persecutor penal, al formarse la convicción que ciertas conductas responden a una intención distinta del simple objetivo del delito y apuntan en cambio a generar temor en la población, invocan la legislación antiterrorista. Como se podrá apreciar, estos casos son muy limitados en número y su aplicación en la región donde se daría la denunciada discriminación no se distingue de aquella en otras regiones del país.

Entre los años 2008 y 2012, se iniciaron 843 causas asociadas a la Región de la Araucanía – zona en la que ocurrieron los hechos constitutivos de esta causa-, de las cuales solamente 4 fueron por delitos terroristas. Como referencia, sólo en la Región Metropolitana de Santiago, entre 2009 y 2012, se presentaron más de 26 querellas por delitos terroristas, todos por delitos con bombas y ninguna de ellas contra miembros de la etnia mapuche. Esto es especialmente relevante si se considera que la Región Metropolitana de Santiago concentra la mayor población mapuche del país, llegando al 37,4% de acuerdo al último censo, superando a la Región de la Araucanía.

Ninguna de estas invocaciones ha derivado en condenas por delito terrorista, lo cual demuestra que el estándar requerido para la formulación de una hipótesis de caso por parte del persecutor penal, no implica necesariamente, que éste podrá probar en su acusación que

existe la intención de causar temor, esto es, el denominado “dolo terrorista”. La única condena que se aprecia por esta clase de delitos se dio en la causa RIT 1134-2009, seguida ante el Juzgado de Garantía de Victoria, en un procedimiento abreviado, vale decir, un procedimiento especial aplicable a los casos en que el imputado reconoce voluntariamente los hechos, con el objeto de someterse a menores penas.⁷

Desde 2004, y sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, no existen condenas específicas por delitos terroristas en Chile, a pesar de haberse invocado la Ley Antiterrorista al momento de formalizar y acusar a los imputados. Algunos ejemplos:

- RIT 35-2010, Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, en juicio contra Héctor Javier Llaitul Carrillanca, Ramón Esteban Llanquileo Pilquiman, José Santiago Huenuche Reiman y Jonathan Sady Huillical Méndez. Robo con intimidación y homicidio frustrado de fiscal del Ministerio Público y funcionarios PDI. El Ministerio Público invocó la Ley Antiterrorista por delito de amenazas, incendio y asociación ilícita terroristas, aplicándose las prerrogativas propias de dicha ley; sin embargo, el Tribunal absolvió por estos delitos y dictó condenas por delitos comunes, las cuales, posteriormente, fueron incluso rebajadas en recurso de nulidad.
- Denominado “Caso Bombas”: en el año 2012, se invocó la Ley Antiterrorista por asociación ilícita terrorista por más de un centenar de atentados con bombas entre 2006 y 2012. El juicio resultó en una sentencia absolutoria dictada por tribunales de Santiago, en 2012.
- Denominado “Caso Pitronello”: colocación de artefacto explosivo en sede bancaria. Sentencia absolutoria por no acreditarse la finalidad de causar temor en la población.

La sentencia recaída en el caso Pitronello es la única donde un tribunal se ha referido expresamente a los elementos necesarios para condenar a una persona, en Chile, por un delito terrorista.

En dicha ocasión, el tribunal falló que el **dolo terrorista** (intención de generar temor en la población) debe estar manifestado a través de alguna de las formas que indica el inciso primero de la Ley Antiterrorista (plan premeditado, exigencia a autoridad, medios usados). Estas tres hipótesis de comisión son elementos del tipo, donde el núcleo es la finalidad de producir temor, de manera que no puede establecerse esta finalidad sino mediante una o varias de dichas hipótesis, ni éstas, por sí solas, son suficientes para establecer la existencia de dicha finalidad.

El persecutor no logró acreditar que el imputado pretendía generar temor en virtud de los medios usados, puesto que éstos no eran de suficiente entidad y potencia como para provocarlo y, además, las circunstancias de su uso (en mitad de la noche) no hacían

⁷ Esta clase de procedimiento está regulada en el Título III del Libro IV del Código Procesal Penal. No hay juicio propiamente tal, sino exposición de la acusación y los elementos que la fundan. Se tramita ante el juez de garantía, no el tribunal oral en lo penal. Se establece que el juez no puede condenar al imputado sobre la base de su mero testimonio, y no puede aplicársele una pena superior a la que haya solicitado la fiscalía y, en todo caso, superior a cinco años de presidio.

presumir que su intención fuese provocar temor, sino simplemente cometer un delito de daños.

La Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que indicios de una aplicación sesgada de legislación que puede aparecer neutra en base a la raza o etnia de los acusados también puede constituir discriminación y al recaer las sentencias en miembros del pueblo mapuche, nos encontraríamos ante lo que en doctrina se denomina una categoría sospechosa. De esta forma, competiría al Estado la carga de la prueba de la inexistencia de dicha discriminación.

Como es posible apreciar de las pruebas aportadas por el Estado de Chile en este caso, al no existir tal aplicación sesgada o selectiva de la legislación antiterrorista, malamente puede el Estado rendir prueba respecto a las razones por las que dicha selectividad o sesgo podrían darse.

Asimismo, de los antecedentes aportados, es posible concluir que la invocación y —más importante— la aplicación de la Ley Antiterrorista por el Estado de Chile es sumamente excepcional, y en ningún caso responde a un cierto sesgo de discriminación que haga suponer que el Estado persigue indiscriminadamente al pueblo mapuche, y sólo por razón de su etnia.

No hay, como ha quedado acreditado, ningún antecedente que permita concluir que el Estado aplica la Ley Antiterrorista de manera diversa en atención a la etnia de los sujetos involucrados. Es más, las estadísticas oficiales de los últimos años muestran que el Estado, **tanto en su rol persecutor como juzgador**, es extremadamente estricto en su aplicación e interpretación.

Debido a lo anterior, hacemos presente a la Honorable Corte que muchas de las solicitudes de los representantes de las presuntas víctimas y de la Ilustre Comisión, que apuntan a modificar legislación y procedimientos del Estado, justificadas en la supuesta existencia de una discriminación sistemática e institucionalizada, deben ser desechadas.

d) La aplicación del tipo penal terrorista en Chile en el caso concreto objeto de estos autos, no se ha realizado sobre la base de discriminación racial.

El Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, así como los demás escritos acusatorios presentados por las presuntas víctimas, invierten buena parte de su extensión en realizar una revisión, ex post, de los fallos recaídos en los juicios penales seguidos contra estas últimas, tratando de demostrar cómo en ellos se evidencian errores que habrían derivado en las diversas condenas por delitos terroristas que les afectaron.

Llama la atención al Estado, en esta parte —y habiendo acreditado, a nuestro entender, que la legislación chilena aplicable a estas materias no es contraria a los derechos humanos— la pretensión de que esa Honorable Corte se transforme en una especie de tribunal superior que determine si el derecho fue correctamente aplicado en estos casos. Llama la atención porque, de acuerdo a lo que ha establecido reiteradamente esta misma Honorable Corte, “la

jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de 'cuarta instancia'.”

No corresponde en esta sede, por tanto, verificar si los tribunales de justicia chilenos aplicaron correctamente el derecho o apreciaron apropiadamente la prueba rendida, como pretenden las presuntas víctimas.

Sin perjuicio de ello, cabe preguntarse, como Estado, si los órganos persecutores o los tribunales incurrieron en algún error en estos procedimientos, que haya derivado en condenas injustas. No sería extraño, toda vez que ciertas circunstancias pudieron cooperar en tal sentido: por ejemplo, dos de las sentencias fueron dictadas por un tribunal oral en lo penal en los albores de la mayor reforma en materia de proceso penal que haya llevado a cabo un país latinoamericano.

De existir dichos errores o imperfecciones, naturales en la etapa inicial de una reforma sustantiva como la experimentada a principios del siglo XXI en nuestro país, creemos que la jurisprudencia ha tendido hacia un procedimiento penal que es plenamente garantista del debido proceso.

Ahora, reconocer un error, ex post, en una sentencia, o en la aplicación de una norma procesal, no implica asignar a dicho error una cierta motivación oculta compartida no sólo por quien ha incurrido propiamente en el error (un juez, un fiscal, un abogado), sino por todos los poderes del Estado. Dicho ejercicio requiere —tal como la prueba del dolo terrorista, dado que hablamos de ello— aportar a quien juzga antecedentes graves y calificados que permitan concluir, más allá de toda duda, que tal motivación existe y tiene determinados caracteres.

Se ha pretendido señalar, sobre la base de las sentencias emanadas de estos casos, y su negativo impacto en quienes se habrían visto directamente perjudicados por ellas —naturales y propios de cualquier persona que es víctima de algún error judicial o administrativo—, que el Estado de Chile habría incurrido en dichos errores (de existir tales) en forma voluntaria y planificada, manipulando a los medios de prensa, las instituciones persecutoras, los tribunales de justicia y las cortes superiores, con el objeto de perseguir y reprimir a ciertas personas por el solo hecho de pertenecer al pueblo mapuche, u ostentar posiciones de liderazgo en comunidades mapuche, condenándolos por delitos que no habrían cometido, con miras a atentar en contra de sus legítimas aspiraciones, por razones discriminatorias.

No compartimos las deducciones que las presuntas víctimas realizan a partir de sólo tres fallos. Por el contrario, ha quedado demostrado ante esta Honorable Corte que los tribunales chilenos han explicitado que las consideraciones negativas de la etnia o raza no son aceptables y, en aplicación del Convenio OIT N°169, deben considerarse positivamente al momento de fallar. Ni la ilustre Comisión ni los representantes de las presuntas víctimas han rendido prueba que permita afirmar que el Estado tiene una política sistemática de discriminar negativamente en base a la raza o etnia ni tampoco las sentencias por si solas permiten hacer dicha afirmación.

3. Conclusiones respecto a la legislación antiterrorista

Sobre la base de lo expuesto, y en relación con la prueba rendida por el Estado en estos autos, se puede concluir:

- a) El tipo penal del delito terrorista incluido en la Ley N° 18.314 cumple con el principio de legalidad exigido por la Convención y cumple con los estándares internacionales en Derechos Humanos. No existen referencias en dicha ley que puedan llevar a una interpretación equívoca del tipo penal, tanto por los ciudadanos como por los tribunales de justicia. El tipo penal establece requisitos de procedencia que son incluso más exigentes que otros tipos penales establecidos en legislaciones no cuestionadas en materia de derechos humanos, e incluso expresamente validadas por esa Honorable Corte.
- b) Las normas excepcionales en el procedimiento por delitos terroristas responden a la naturaleza de los delitos y son aceptables a la luz de los estándares internacionales. Tanto la protección de testigos como el secreto de la investigación no son instituciones excluyentes de la Ley Antiterrorista, ni pugnan, en sí, con el debido proceso. Así ha sido reconocido por esta misma Honorable Corte y por la Corte Europea de Derechos Humanos. Por otra parte, la institución de la prisión preventiva no infringe el principio de presunción de inocencia, dado su carácter excepcional y preventivo, constituyendo, asimismo, una medida imprescindible para salvaguardar la seguridad de la investigación, del ofendido y de la sociedad, en ciertos casos.
- c) La aplicación del tipo penal terrorista en Chile no vulnera los derechos humanos, ni es práctica sistemática del Estado utilizarla con fines discriminatorios o para la represión de conductas legítimas, o cuyo carácter terrorista es altamente discutible. Durante los últimos 10 años, tanto la invocación como aplicación de la Ley Antiterrorista ha sido extremadamente excepcional y restringida sólo a casos de delitos graves. Desde 2004, no han existido condenas por delitos terroristas, salvo una, en 2009, en una causa donde el mismo imputado reconoció los hechos con el único objeto de someterse a una menor pena; plena demostración de que las instituciones del Estado involucradas en la persecución penal (Ministerio Público, Defensoría Penal, Tribunales de Justicia) cumplen con sus respectivos mandatos constitucionales y legales y con el rol que les compete en dicho procedimiento, proporcionando suficiente garantía de respeto a los derechos humanos. Las estadísticas no dan a entender, tampoco, que la invocación de la Ley Antiterrorista responda a prácticas sistemáticas estatales de represión y discriminación de grupos minoritarios o pueblos originarios en Chile.
- d) La aplicación del tipo penal terrorista en Chile en el caso concreto objeto de estos autos, no se ha ejecutado sobre la base de discriminación racial. La aplicación de medidas procesales excepcionales tampoco se ejecutó sobre la base de dicha discriminación. La prueba rendida en estos autos sólo puede ser evidencia de la experiencia vivida por ciertas personas que habrían resultado perjudicadas por supuestos errores judiciales, pero en ningún caso que dichos errores, de existir,

responden o habrían respondido a una maquinación del Estado y todos sus poderes, con el objeto de reprimir y perseguir de forma ilegítima a ciertas personas por su sola condición mapuche, o de criminalizar el movimiento social mapuche y sus reivindicaciones. No se ha rendido en autos ninguna prueba tendiente a acreditar esta supuesta motivación del Estado y, por el contrario, toda la prueba proporcionada apunta a lo contrario.

III.SOBRE EL SISTEMA RECURSIVO EN CHILE

1. El Recurso de Nulidad cumple con todos los estándares internacionales

Según la jurisprudencia de esta Ilustre Corte, un recurso satisface los estándares de la Convención cuando éste es oportuno, eficaz, accesible y permite una revisión integral por un tribunal distinto y de superior jerarquía⁸. A continuación procederemos a explicar, y a expresa petición del Presidente de la Corte, cómo el Recurso de Nulidad Penal contemplado en el nuevo Código Procesal Penal cumple cabalmente con cada uno de estos requisitos.

Según la jurisprudencia del Sistema Interamericano, el derecho al recurso previsto en el artículo 8.2 letra h) debe primeramente contemplar un procedimiento **oportuno**, entendiéndose por tal, aquel que procede antes que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada⁹. En tal sentido hacemos presente que en el sistema procesal penal chileno, con la sola interposición del Recurso de Nulidad se suspenden los efectos de la sentencia condenatoria¹⁰, y por tanto ésta no alcanzará a adquirir calidad de cosa juzgada, impidiendo así que la vulneración de un derecho se materialice antes de la revisión pertinente.

A su vez, el Recurso de Nulidad cumple con el requisito de ser **accesible**¹¹, puesto que para su interposición se han establecido formalidades mínimas¹².

Así el examen de admisibilidad del Recurso de Nulidad penal se realiza ante dos tribunales distintos. En primer lugar, el control corresponde al tribunal *a-quo*, esto es, aquel que dictó la sentencia impugnada, el cual verifica únicamente el cumplimiento de dos requisitos: (i) que el recurso haya sido interpuesto dentro de plazo -10 días desde la notificación de la sentencia-; y (ii) que la resolución impugnada sea susceptible de ser recurrida¹³ (todas las sentencias definitivas dictadas por un tribunal oral en lo penal están sujetas a la posibilidad de la interposición de un Recurso de Nulidad).

El segundo control corresponde al tribunal *ad-quem*, esto es, aquel que conoce del recurso (pudiendo ser la Corte Suprema o la Corte de Apelaciones, dependiendo de la causal de

⁸ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica y Caso Mohamed vs. Argentina.

⁹ Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Párr.158. "El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada".

¹⁰ CPP. Artículo 379.- Efectos de la interposición del recurso. La interposición del recurso de nulidad suspende los efectos de la sentencia condenatoria recurrida.

¹¹ Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Párr. 164. "La posibilidad de "recurrir del fallo" debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho".

¹² Corte I.D.H., Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Párr. 99. "... en ese sentido, la corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente".

¹³ Artículo 380 del CPP. Admisibilidad del recurso en el tribunal a quo.

nulidad invocada). En este caso el tribunal superior analizará cuatro exigencias mínimas¹⁴: (i) que el recurso haya sido interpuesto dentro de plazo; (ii) que proceda contra sentencia recurrible por esa vía; (iii) que el escrito de interposición del recurso contenga fundamentos de hecho y de derecho, así como peticiones concretas; y finalmente, (iv) que se haya preparado el recurso, esto es, que la parte haya manifestado oportunamente su reclamo del vicio o defecto, haciendo uso del medio legal destinado al efecto¹⁵.

Resulta evidente que ninguno de estos requisitos supone una carga tal que pudiese tornar el derecho al recurso en un derecho ilusorio. Esto obedece a una decisión expresa del legislador chileno, según consta en el mensaje de la ley del Código Procesal Penal que señala: “*en la regulación del recurso se ha buscado limitar la excesiva formalidad del mismo, restringiendo severamente la posibilidad de su rechazo por inadmisibilidad*”¹⁶.

Un tercer requisito del derecho al recurso, es la **eficacia** del mismo, esto es, su capacidad para dar respuesta a la finalidad para el que fue concebido. Así, cabe señalar que el recurso de nulidad del Código Procesal Penal impide la consolidación de una situación de injusticia, a través de causales que permiten evitar (i) que cualquier sentencia que sea producto de un procedimiento viciado quede firme; (ii) el error judicial; y (iii) decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho¹⁷.

En este contexto, en caso de haberse constatado por parte del tribunal superior la existencia de alguna de estas situaciones de injusticia, éste cuenta con diferentes herramientas para enmendar el agravio, como lo son la posibilidad de dictar una nueva sentencia, siempre en beneficio del acusado, ya sea absolviendo o disminuyendo la pena¹⁸; o bien ordenar que se realice un nuevo juicio oral, anulando el anterior.¹⁹

Finalmente, el derecho al recurso supone que la revisión de la sentencia sea **integral**, entendiéndose por ésta una revisión amplia, que incluya tanto el derecho como la revisión del mérito fáctico de la sentencia²⁰. En cuanto a la revisión de los supuestos fácticos, esta

¹⁴ Artículo 383 del CPP. Admisibilidad del recurso en el tribunal ad quem.

¹⁵ Artículo 377 del CPP. Preparación del recurso.

¹⁶ Mensaje Código Procesal Penal.

¹⁷ Así la sentencia del caso Herrera vs. Costa Rica señala en su párrafo 158 que “*Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona*”.

A su vez en el párrafo 161 se señala que: “*De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos*”.

¹⁸ Artículo 385. Nulidad de la sentencia.

¹⁹ Artículo 386. Nulidad del juicio oral y de la sentencia.

²⁰ Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Párr. 165 “*Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida*”.

Corte I.D.H., Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Párr. 100 “*Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho*”.

supone tanto un análisis de los hechos probados, así como también el análisis de las razones por las cuales dichos hechos fueron dados por ciertos, esto es, un control de la valoración de la prueba.

A continuación procederemos a explicar cómo el recurso de nulidad penal chileno permite una revisión integral.

2. Recurso de Nulidad Penal y revisión integral

El Recurso de Nulidad Penal contempla dos grupos de causales que permiten recurrir, tanto genéricas como específicas, las que satisfacen los estándares del Sistema Interamericano, posibilitando un control amplio de la sentencia condenatoria²¹, incluidos los supuestos fácticos en que ésta se ha basado.

Las causales consagradas en el artículo 373 del Código Procesal Penal son genéricas pues en su enunciado comprenden una amplia gama de situaciones infraccionales, bastando identificar el agravio y explicar por qué éste resulta determinante. Por otra parte las causales específicas se encuentran consagradas en el artículo 374, y se refieren a casos concretos de afectación al debido proceso. En estos casos no se requiere acreditar perjuicio alguno, por haber el legislador efectuado previamente dicha calificación, presumiéndose por su sola ocurrencia que en dichos casos se ha producido una afectación de garantías y derechos fundamentales.

A) CAUSALES GENÉRICAS.

El artículo 373 letra a) del Código señala que: “*Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:*

a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Esta causal amplia tiene por objeto garantizar el respeto de las garantías y derechos fundamentales, tanto dentro del proceso como en la dictación de la sentencia del juicio oral, permitiendo que se declare la nulidad del juicio y/o la sentencia, según sea el caso, si es que se afectó la justicia del proceso²². Esta causal es ejemplo concreto de uno de los principios generales que inspiran el diseño del nuevo sistema procesal penal, que consiste en la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derecho humanos relevantes en cuanto a la regulación del procedimiento penal²³, tal cual lo señala el Mensaje del Código Procesal Penal.

²¹ Corte I.D.H., Caso Mohamed Vs Argentina, Párr. 100 “... las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria”.

²² Los profesores Mosquera y Maturana señalan que: “Las principales infracciones que han sido denunciadas por motivo de la interposición de este recurso han sido las de la garantía al debido proceso; infracción a la presunción de inocencia, presunciones de responsabilidad e incompatibilidad con la presunción de inocencia, infracción al derecho a la defensa, infracción del derecho a guardar silencio, infracción por denegación de alguna diligencia de prueba, infracción por vulneración de las reglas sobre el peso de la prueba e iniciativa probatoria, etc.” MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. p. 345.

²³ Mensaje Código Procesal Penal.

A su vez, el artículo 373 letra b) señala que: *“Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:*

b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

El objeto de esta causal es asegurar la correcta aplicación del derecho, esto es, prevenir que fallos contrarios a derecho queden firmes. Cabe destacar que dentro de ésta causal cabría la revisión de aspectos fácticos, por ejemplo cuando el tribunal examina los hechos ya acreditados y les da una calificación jurídica distinta.

B) CAUSALES ESPECÍFICAS

Las causales específicas por su parte son un complemento o especificación de la hipótesis genérica del artículo 373 letra a), al referirse a situaciones concretas de afectación al debido proceso. Estas causales determinan motivos absolutos de nulidad, los que conducen tanto a la anulación de la sentencia como del juicio, debiendo éste realizarse nuevamente por un tribunal oral en lo penal con nuevos jueces.

Como señalara el perito Profesor Claudio Fuentes, para que *“ningún aspecto del fallo impugnado quede fuera del ámbito de revisión del tribunal, se requiere que el tribunal superior pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Por lo tanto, y desde la perspectiva de los objetivos detrás del derecho a recurrir, parece razonable que la revisión integral alcance los hechos dados por ciertos por el tribunal inferior, ya que si el fin del recurso es evitar el error, la fuente de aquel no solo puede provenir de una errónea aplicación del derecho, sino que de una incorrecta valoración de la prueba, que da pie a una determinación incorrecta de los hechos”*²⁴.

Para tal efecto, la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y el artículo 297 del Código Procesal Penal, entrega al tribunal superior amplias facultades— así como el deber— para revisar o controlar la labor realizada por el tribunal inferior al momento de ponderar la prueba.

El artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal establece que: *“El juicio y la sentencia serán siempre anulados:*

e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c)... [];”

Remitiéndonos al artículo 342 letra c), este señala:

²⁴ Informe acerca de la compatibilidad del recurso de nulidad penal y el derecho a recurrir. Claudio Fuentes Maureira.

“Contenido de la sentencia: La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;”

Finalmente el artículo 297 indica:

“Valoración de la prueba: los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

De la lectura sistemática de estos tres artículos podemos concluir que procederá el recurso de nulidad en las siguientes hipótesis, vinculadas a la revisión de los supuestos fácticos:

i) Cuando la sentencia no contenga una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados; y/o,

ii) Cuando, en el razonamiento probatorio:

- La sentencia no se hubiera hecho cargo de toda la prueba producida, incluso aquella que se hubiere desestimado; y/o,
- La valoración de la prueba se hubiere hecho contradiciendo la sana crítica, esto es, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En la práctica la revisión de cuestiones fácticas, esto es, el control de la valoración de la prueba y del razonamiento probatorio efectuado por el tribunal inferior se ejerce principalmente través de dos mecanismos. En primer lugar, a través de la lectura de la sentencia, la cual debe señalar todos los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados (lo que se traduce en sentencias que transcriben íntegramente las declaraciones textuales de los testigos y peritos). El segundo mecanismo consiste en la posibilidad de presentar prueba de la causal invocada²⁵, lo cual se traduce en que el tribunal *ad quem*, entre otras prácticas, escuche las pistas de audio que constituyen el registro oficial de la audiencia de juicio oral.²⁶

²⁵ Artículo 359 del CPP. Prueba de los recursos.

²⁶ Cfr. Informe acerca de la compatibilidad del recurso de nulidad penal y el derecho a recurrir. Claudio Fuentes Maureira.

Ahora bien, es de vital importancia distinguir, como lo hace el perito Fuentes en su informe, la diferencia entre el control de la valoración de la prueba y la realización de una nueva valoración. Controlar la valoración de la prueba supone que el tribunal superior supervise la ponderación probatoria que el tribunal inferior realizó. El tribunal superior, sin embargo, no realiza directamente una nueva valoración de los hechos, sino que ordena, -en el caso de advertir vulneraciones al debido proceso o a las reglas probatorias, incluyendo una fundamentación contraria a la sana crítica, que el tribunal oral en lo penal-, constituido por jueces distintos a los que dictaron la sentencia anulada, puedan hacer un nuevo juicio²⁷.

3. Evolución jurisprudencial en materia de revisión integral

En su escrito de fondo la CIDH hace un análisis exiguo en relación a la vulneración al derecho a recurrir que habrían sufrido las supuestas víctimas en el caso concreto. En este sentido, no diferencia las circunstancias particulares de cada una de las peticiones²⁸, concluyendo indistintamente que las Cortes que conocieron del recurso de nulidad *“habrían realizado una interpretación particularmente restrictiva de su competencia para pronunciarse sobre los referidos fallos...²⁹”*.

Aun cuando se desestimaran todos los argumentos señalados por esta parte en la audiencia y se considerara que en las sentencias que rechazan los Recursos de Nulidad en el Caso Lonkos y en el Caso Poluco Pidenco, existe una insuficiente fundamentación por parte del tribunal oral en lo penal respecto de la integridad de su revisión -esto a la luz de la evolución de los estándares de la propia jurisprudencia nacional en materia de fundamentación de las sentencias-, esto no puede ser causal para pedir la modificación legal del recurso, esgrimiendo una supuesta exclusión previamente establecida en la legislación interna, como lo propone la Comisión³⁰.

De hecho, la jurisprudencia ha ido avanzando de modo tal que hoy las sentencias penales requieren un trabajo mucho más profundo de fundamentación, reflejo de la expansión de los elementos del proceso que son controlados por el juez superior.

El perito Claudio Fierro, presentado por CEJIL, afirma que el nuevo sistema procesal penal no permitiría en la práctica una revisión integral³¹. En su peritaje, el experto señala que *“la concepción misma del recurso de nulidad en nuestra legislación como recurso de carácter “extraordinario” y de derecho estricto, con causales taxativamente señaladas en la ley, con una serie de requisitos para su interposición que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia han esgrimido de modo excesivamente formalista para declarar inadmisibles los recursos y, especialmente, la idea de que no es posible, directa o indirectamente, revisar ningún aspecto referido a los hechos por ser ellos de atribución*

²⁷ Informe acerca de la compatibilidad del recurso de nulidad penal y el derecho a recurrir. Claudio Fuentes Maureira.

²⁸ Cabe hacer presente que ésta acusación no procedería en el caso del señor Ancalaf, puesto que el procedimiento seguido en su contra se tramitó a través del sistema inquisitivo antiguo, el cual contemplaba el recurso de apelación.

²⁹ Informe de Fondo CIDH. Párrafo 266.

³⁰ Informe de Fondo CIDH. Párrafo 267.

³¹ Cabe hacer presente que el objeto del peritaje del profesor Fierro no dice relación con este, pues éste debía deponer sobre las afectaciones al debido proceso y a las garantías judiciales de las personas procesadas bajo el régimen regulado en la ley antiterrorista, así como las características del antiguo sistema de procedimiento penal y la compatibilidad de los referidos marcos legales con los estándares internacionales.

*exclusiva del tribunal del juicio, son algunas de las objeciones que, crecientemente, se alzan en contra del recurso de nulidad como vehículo apto y suficiente para garantizar el derecho al recurso del condenado*³².

Cabe hacer presente que el perito de CEJIL basa sus dichos en antecedentes del año 2004, cuando la reforma procesal penal se encontraba en pleno proceso de implementación, no habiendo siquiera sido inaugurada en la capital Chile. Sin embargo, como consta en el Informe de 2009 del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, esta tendencia inicial y de adecuación, se ha ido revirtiendo con el tiempo. En este sentido, el mismo perito Fierro afirma posteriormente que la regulación legal podría considerarse satisfactoria a la luz de la garantía de acceso al recurso en la medida que los tribunales hagan una interpretación amplia de las normas reguladoras del mismo³³. Actualmente, tanto la doctrina procesal penal chilena como la jurisprudencia de los tribunales superiores dan cuenta de que, en la práctica, el Recurso de Nulidad permite efectivamente someter a control los hechos fijados por el tribunal inferior y la valoración de la prueba.

A modo de ejemplo, los procesalistas Duce y Riego han señalado que: *“es posible apreciar cómo a partir de los motivos absolutos, específicamente de la hipótesis prevista en el artículo 374 e), se abre un nuevo espacio para que el recurso de nulidad permita la revisión de hechos en el tribunal superior, básicamente por medio del control de fundamentación de fallo*³⁴

Esta tendencia se hace patente en innumerables sentencias dictadas por los tribunales superiores, de las cuales a continuación se exponen algunos considerandos ilustrativos de sentencias de la nuestro Máximo Tribunal³⁵:

1) Fallo Rol 189-2013 (19 de febrero de 2013).

Las causales invocadas fueron las del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal y artículo 374 letra e) del mismo cuerpo legal.

CONSIDERANDO OCTAVO: *“Que, de acuerdo con la regla del apartado c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria debe reproducir todos los razonamientos que han conducido a la decisión de condena. En la especie, queda de manifiesto que la inferencia del hecho de pertenecer el arma al acusado no ha sido fundamentada. En efecto, la justificación que se echa de menos sobre ese hecho debió derivar de las probanzas producidas en el juicio³⁶, y en este sólo declararon los policías que nada podían saber acerca del origen del arma. Su conocimiento personal, entonces, es insuficiente, por cuanto la información vertida en sus declaraciones fue dada en su calidad de testigos de oídas respecto de la denunciante, cuyo testimonio fue excluido en la audiencia de preparación del juicio”.*

2) Fallo Rol 7009-2012 (12 de diciembre de 2012)

Las causales invocadas fueron las del artículo 373 letra a), artículo 374 letra f) y artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal.

³² Informe Pericial presentado por Claudio Alejandro Fierro Morales a solicitud del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional citando a Boffil, 2004, pp. 689 y ss.

³³ Informe Pericial presentado por Claudio Alejandro Fierro Morales a solicitud del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional

³⁴ Duce, Mauricio y Riego, Cristián, pg 33 citado por el Informe del perito Claudio Fuentes.

³⁵ Por respeto a la privacidad de las personas involucradas en los fallos citados, se ha decidido cambiar los nombres citados por sus iniciales.

³⁶ En esta sentencia, así como en las próximas, cabe hacer presente que el destacado es nuestro.

CONSIDERANDO DÉCIMO SEXTO: "(...) En el trigésimo tercero considerando [de la sentencia condenatoria], los jueces analizan el testimonio del testigo R. C., funcionario de carabineros, quien describió que fue el Sargento O. el que llegó con los caballos desde la Comunidad y que más tarde apareció C. que preguntó por ellos y solicitó su devolución. Este testigo dijo que el acusado señaló que iría a buscar más gente y se retiró. Agregó que 20 minutos después vio llegar a C. con tres personas más y que reconoció al referido "por la vestimenta y por su estructura física que sobresalía del resto de las personas que llegaron con él. Agregó que la vestimenta era café verdoso, jeans celeste claro y unos bototos café barroso, siendo la misma ropa que usaba cuando fue a entrevistarse con ellos y pidió la devolución de sus caballares. Sin embargo, al llegar por segunda vez cubría parte de su rostro con un polerón oscuro." Este testigo también dijo que B. habría reconocido en video a C. como uno de los que disparaban contra la facción cuando estaban apostados en el cruce.

Confrontada esta declaración, al igual que en los casos anteriores, con la conclusión de los jueces contenida en el razonamiento trigésimo cuarto, se advierte nuevamente que la afirmación de que llegó C., está desprovista de apoyo, y que el único fundamento consistente en que los testigos tuvieron la posibilidad de verlo a muy corta distancia, dando detalles sobre su descripción física y vestimenta, tampoco aplica respecto de C., quien sólo lo sindicó porque vio a un sujeto con ropa que identifica como la misma que usaba C., al que no le vio la cara porque la mantenía cubierta con un polerón y la referencia al físico viene dada sólo por la confrontación que se hace con los acompañantes de ese individuo, al decir que éste sobresalía por su estructura física, que no se sabe cuál sería porque no se describe, como tampoco la de los otros individuos. Nada dice sobre la distancia a la que los vio.

En el razonamiento trigésimo cuarto nada se dice sobre lo que A. y C. dijeron acerca de que otro funcionario –B- habría reconocido también al acusado al verlo en el video, tal vez porque ello suponía aceptar que estaba disparando en dos lugares diferentes al mismo tiempo, lo que viola el principio de no contradicción".

CONSIDERANDO DÉCIMO SÉPTIMO: "*Que de la síntesis referida se concluye que los peritos se refieren al hecho y que, a lo sumo, pueden servir de contexto para establecer la intervención de sujetos en el hecho, pero sin poder individualizarlos, por lo que la imputación contra C. se apoya sólo en los dichos de C2., A., C. y B., quienes como ya se anticipó y contrariamente a lo que se aduce en el fallo, no dijeron haber visto al acusado, tampoco que lo hicieran a corta distancia y no dieron detalles sobre su descripción física. Lo único que describieron -y sólo los tres primeros-, fue la vestimenta de C. Pero, ¿es posible, sin contradecir la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tener por reconocido a un sujeto, sólo por determinadas prendas de vestir?"*

3) Fallo Rol 6613-2012 (24 de octubre de 2012)

Las causales invocadas fueron las del artículo 373 letra a), artículo 374) letra e) del Código Procesal Penal.

CONSIDERANDO NOVENO: "(...) En efecto, en el párrafo antepenúltimo del considerando décimo octavo, los juzgadores afirman que de la prueba analizada se infiere que "el autor del disparo obró con dolo directo, ya que las circunstancias y forma de comisión nos refieren que en la acción empleada por el acusado sabía o, lo menos podía prever sus fatales consecuencias." En el acápite siguiente, señalan que "...al señalar el tribunal que en el actuar del acusado hubo dolo directo, solo se está significando que disparar a una persona de frente, a una distancia aproximadamente de 6 metros, con una pistola, deja a cualquier persona, en este caso al acusado, a lo menos en condiciones de representarse, individualmente, el resultado que provocaría esta lesión, de haberse ejecutado correctamente el disparo, de esta forma el tribunal configura el elemento subjetivo".

Esto mismo ya se había adelantado en las páginas 88 vuelta y 89 del fallo en estudio, siempre explicándose que el acusado L. huía, separándose de un grupo mayor y que en esas condiciones primero disparó contra el helicóptero que se le aproximaba y más tarde, se volteó y disparó contra el sujeto que lo seguía –que resultó ser B.- donde el tribunal destaca que lo hizo de frente y a una distancia aproximada de seis metros y que a "dicho acto no se le puede atribuir ninguna otra intencionalidad, sino la de dolo directo de matar".

Esta última frase, extraída de solo dos elementos de hecho: distancia de tiro y apuntar de frente, encierra una conclusión que no es posible en los términos de la sana crítica, porque no es unívoca y porque además, ha prescindido del resto de los elementos de contexto que el mismo tribunal fijó como hechos del proceso: la huida de L. y que escasos minutos antes de enfrentar a B., corría desarmado.

En el escenario completo, así descrito y fijado por los mismos jueces del tribunal oral, la conclusión apoyada sólo en el hecho de haber disparado de frente y a una distancia cercana a los seis metros, además de no estar enmarcada en la realidad fáctica íntegra del proceso, no se ajusta a los parámetros que señalan la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En idénticas circunstancias de distancia y posición, dispara también un sujeto que sólo quiere lesionar a alguien”.

4) Fallo Rol 5922-2012 (12 de octubre de 2012).

Las causales invocadas fueron las del artículo 373 letra a) y artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal.

CONSIDERANDO DÉCIMO NOVENO: *“Que, asimismo, y tal como lo denuncian los recurrentes, el fallo en revisión no se hizo cargo de toda la prueba rendida, ya que excluyó en su análisis elementos probatorios que estaba obligado a considerar, máxime si en la construcción de sus conclusiones optó por sustentar en parte de ellos una determinada proposición fáctica. Tal fue – a guisa de ejemplo- el caso de los dichos del funcionario de Gendarmería O. V., presentado por la defensa, que permitió al tribunal afirmar que el acusado había ingresado el día 1 de diciembre a la unidad penal en momentos cercanos a las 22:00 horas, de acuerdo al registro de los internos, en circunstancias que el examen de su declaración, contenida entre los numerosos elementos de juicio transcritos en el cuerpo de la sentencia, da cuenta que le llamó la atención, sin ser capaz de explicar, por qué el acusado aparece firmando entre dos personas que consignan su ingreso a las 23:00 horas. Esta situación debió ser analizada por los jueces de la instancia, desde el momento en que incide en el grado de fuerza y coherencia de la inferencia que pretendió establecer, como es la afirmación del ingreso del acusado al recinto penal en un periodo de tiempo en que pudieron cometerse los delitos pesquisados, ya que amplía el rango temporal en que A. estuvo fuera del mismo, debilitando entonces la conclusión que determinó su absolución, por lo que resultaba imperativo su consideración y estudio razonado”.*

5) Fallo Rol 4764-2012 (1 de agosto de 2012).

Las causales invocadas fueron las del artículo 373 letra a) y artículo 374 letra e) (diversos reclamos) del Código Procesal Penal.

CONSIDERANDO UNDÉCIMO: *“Que, por otra parte y en directa relación con la ya analizado, el segundo reclamo de la defensa ventilado a través de la causal absoluta en estudio, fue la omisión de los requisitos que contempla el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, pero en relación a la prueba de esa parte, en particular a las afirmaciones del Dr. R., quien cuestionó el informe de la tanatóloga forense por considerar que faltaba la descripción de la causa de muerte y de la injerencia de la alta concentración de alcohol y benzodiazepina en su organismo. La defensa considera que los argumentos esgrimidos por los jueces para descartar el valor del informe del doctor R. infringen el artículo 297 del código citado, porque no indican cuál es el principio de la lógica o la máxima de experiencia por el que suponían necesario que intercambiara opiniones con otros médicos y porque es contrario a la lógica que le exijan un intercambio de opiniones que no cumplió la propia tanatóloga del Servicio Médico Legal. Y, además, tampoco se indicó el motivo por el cual era preciso que auscultara directamente el cadáver”.*

6) Fallo Rol 6751-2009 (22 de diciembre de 2009).

Las causales invocadas fueron las del artículo 373 letra a) (varios reclamos) y artículo 374 letra e) (varios reclamos) del Código Procesal Penal.

En este fallo destaca la relevancia de las pruebas rendidas en la vista del Recurso de Nulidad, según el artículo 359 del Código Procesal Penal:

CONSIDERANDO TRIGÉSIMO OCTAVO: *“Que, las anteriores pruebas aparecen efectivamente rendidas en forma legal en el juicio oral, lo que se desprende de las pistas 0800917759-1-1249-090904-01-09, correspondiente al testimonio prestado por M. R., jefe logístico de la empresa D y S, lugar en el que trabajan los dos enjuiciados, minutos 00:01 a 05:44. Luego, la referida a prueba ofrecida y aceptada en la letra c) del auto de apertura, respecto a un mapa del recorrido efectuado por el ofendido G. N. obtenida del sistema google maps, materializado por sistema de proyección, pista 0800917759-1-1249-090904-01-11, minutos 26:30 a 34:00. Y, finalmente, el antecedente obtenido de los sistemas SIGDP y registro SIAGJ, del RUC 080 0295105-4, de 26 de mayo de 2008, correspondientes al Tribunal de Garantía de San Bernardo, seguidos contra C. F., por lesiones leves, que culminaron con suspensión condicional del procedimiento, en pista 0800917759-1-1249-090903-00-14. minutos 03:07 en adelante”.*

CONSIDERANDO TRIGÉSIMO NOVENO: *“Que, contrastada la sentencia con el objeto de conocer el análisis de la evidencia anterior, fluye de toda evidencia que ella no consta en el fallo anulado, lo que impide conocer los motivos que puedan haber llevado al tribunal a valorarla en uno u otro sentido, así como su trascendencia, por lo que no es posible reproducir el razonamiento efectuado a esos respectos, los que conlleva materializar la procedencia y efectividad de la existencia del motivo absoluto de nulidad alegado, y conlleva objetivamente a la nulidad de la sentencia y el juicio oral que le antecedió, al tratarse de una causal de efectos absolutos y autosuficientes, en que no es necesario acreditar un agravio o perjuicio, ya que su invocación opera de pleno derecho, atendida la gravedad de los hechos en que se sustenta, en donde se presume que existió una infracción sustancial de garantías, referida a la valoración de los medios de prueba que fundamentan su decisión de acuerdo a lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, debiendo señalar expresamente la apreciación y en definitiva el valor que otorgó a los medios de prueba indicados en el motivo anterior, lo que constituye el nexo lógico entre las evidencias rendidas y las conclusiones efectivamente arribadas por el tribunal, de manera tal de permitir al intérprete verificar el objetivo antes expuesto referido a la comprensión del razonamiento que efectuó el tribunal, para arribar a las conclusiones expresadas en la parte resolutive del fallo. Lo que se vincula con la exigencia del inciso segundo de la misma norma, en cuanto a que los jueces deberán hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo, lo que no se hizo”.*

7) Fallo Rol 5898-2008 (26 de enero de 2009).

Las causales invocadas fueron las del artículo 373 letra a) y artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal. El recurso fue acogido actuando la Corte de oficio, ya que el vicio en que se apoya no fue reclamado por el recurrente:

CONSIDERANDO CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: *“Que en este orden de ideas y si bien en el motivo vigésimo sexto y vigésimo séptimo de la sentencia impugnada, se reseñan los dichos de algunos testigos y ciertos documentos incorporados al pleito criminal, aquellos no son suficientes para dar por cumplida la exigencia de sustentar la conclusión del actuar doloso -en forma de intención- de la inculpada. En efecto, el pronunciamiento objetado, no pone de manifiesto la voluntariedad y propósito criminal de la inculpada, ni demuestra que su comportamiento sea demostrativo del perfecto conocimiento que tenía del alcance del hecho punible y de su antijuridicidad, realizado con voluntad decidida de llevarlo a la práctica y lesionar el respectivo bien jurídico protegido”.*

4. Adecuación del Recurso de Nulidad con la Convención, y las vulneraciones a los derechos del imputado que producirían las modificaciones a este recurso.

Debido a la amplitud de la capacidad de revisión que permite el recurso de nulidad, la única ampliación posible a la extensión de este escrutinio sería la creación de una nueva instancia

propriadamente tal, lo que sólo sería posible mediante la instauración de un recurso como el de apelación.

De instaurarse un recurso de esa naturaleza, en un sistema oral como el nuestro, éste sólo podría operar en una de tres modalidades:

Un primer escenario posible sería que el tribunal superior realizara una nueva valoración de los hechos mediante la lectura de las actas escritas del juicio oral. En este caso el conocimiento del recurso se llevaría a cabo sin escuchar, ver y/o percibir al testigo y el resto de la prueba de forma directa, lo que redundaría en una nueva valoración basada en información mediatizada y de menor calidad.

Otra posibilidad sería que frente al Tribunal de segunda instancia las piezas probatorias de aquellos hechos que hayan sido disputados fueran producidas nuevamente bajo los principios de la oralidad, contradicción, defensa e inmediación. La producción de estos medios probatorios desprovistos del principio de concentración con la que se aprecia la prueba de la totalidad de los hechos en el juicio oral necesariamente carecerá del contexto y sistematicidad que permiten a los jueces la correcta valoración de la misma. Así nuevamente nos encontraríamos en un escenario de menor calidad que ante el tribunal *a-quo*, que presenció toda la prueba en un solo acto.

Una tercera opción es la repetición integral del juicio. En el caso de un recurso como el de apelación siempre deberá realizarse un nuevo juicio, bastando que una de las partes así lo requiera, por la mera disconformidad con lo resuelto. Esta posibilidad haría superflua la primera instancia, pues prácticamente todo juicio se repetiría una segunda vez, sin importar si en el primer juicio hubo o no plena adecuación a las normas del debido proceso. Esta hipótesis como señala el profesor Julio Maier, constituye una confusión, al igualar el derecho al recurso y a la revisión de la sentencia por un tribunal superior, con el recurso específico de apelación y la doble instancia. Un recurso de esta naturaleza constituiría una “segunda primera instancia”, como señala el académico argentino, el que, por el contrario más que reforzar las garantías del imputado, se constituiría en una causal de dilación e incertidumbre jurídica para las partes.

El recurso de Nulidad Penal chileno por el contrario, y conforme a la finalidad de asegurar la calidad y completitud de la prueba rendida y así evitar el error, efectivamente mandata que se repita el juicio por un nuevo tribunal oral penal, siempre y cuando el tribunal revisor detecte un vicio que vulnere las garantías o derechos fundamentales de las partes.

En un sistema acusatorio, como el chileno, en donde el eje del procedimiento es el juicio oral -único método que permite asegurar que el conjunto de actos que constituyen el juicio se realice de manera pública, concentrada, con la presencia permanente de todos los intervinientes y sin admitir la posibilidad de mediaciones o delegaciones³⁷ -; un recurso como la apelación, que permitiera volver a presentar los hechos, no sólo menoscabaría los principios que sustentan el procedimiento contemplado en nuestro Código Procesal Penal,

³⁷ Mensaje del Código Procesal Penal.

sino que aumentaría la posibilidad de error del tribunal superior respecto del inferior al tener que resolver el primero de éstos, pese a no tener un contacto directo con la prueba.

La doble instancia, entendida como equivalente al recurso de nulidad, no es necesaria para satisfacer los estándares del derecho al recurso del Sistema Interamericano; menos aún en un sistema procesal que contempla otros mecanismos destinados a evitar el error judicial, tales como (i) el juicio oral, (ii) la conformación colegiada del tribunal oral en lo penal, (iii) el estándar de convicción, el cual exige un convencimiento por parte de los jueces más allá de toda duda razonable y finalmente, (iv) el recurso de nulidad, el cual no es sino el último instrumento para evitar el error judicial, cuando todos los demás controles previos resultaron insuficientes³⁸.

Así también lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha establecido que: *“aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagra la revisión de las sentencias, ello no significa que consagra el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación”*. A su vez afirma en dicha sentencia que: *“... la apelación permite al juez superior formarse una nueva convicción sobre la prueba aportada en el primer juicio. Es un medio de impugnación apto, por lo tanto, para examinar todos los elementos del juicio hecho por el juez inferior. Pero de lo anterior no se sigue que exista una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos a éste, ni mucho menos el recurso de nulidad. De hecho, existen razones constitucionales importantes para distinguir el recurso de nulidad de la apelación”*. Finalmente hace presente que: *“... el tribunal que conoce del recurso de nulidad no tiene negado el análisis de los medios probatorios ni de la convicción alcanzada sobre ellos. La ley dice precisamente que la sentencia, para ser válida, debe permitir, en materia de prueba, la reproducción del razonamiento utilizado”*³⁹.

Reconduciendo nuestro análisis nuevamente a los estándares del Sistema Interamericano quisiéramos finalmente recalcar que la propia Comisión, en su Informe de Fondo hace referencia a la sentencia del caso Herrera Ulloa, la cual señala en su párrafo 165 que: *“Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida”*. Asimismo, en el párrafo 260 de dicho Informe señala, en referencia al caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, que: *“... la Convención Americana no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional”*.

Al respecto, la CIDH señala que el sistema recursivo del Código Procesal Penal chileno no sería del todo eficaz al excluir del alcance de la revisión el control sobre la determinación de los hechos. A nuestro juicio, y como hemos demostrado, el recurso de nulidad no sólo satisface los estándares interamericanos de revisión sino que, la petición de la CIDH de su

³⁸ Corte I.D.H., Caso Mohamed Vs Argentina, Párr. 91 *“La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena”*.

³⁹ Sentencia N° Rol 1432 del Tribunal Constitucional, de fecha 5 de Agosto de 2010.

modificación en vistas a un recurso del tipo de apelación sería incompatible con aquella afirmación que dice que la Convención Americana es respetuosa de los distintos sistemas procesales penales, y en particular de aquel de corte acusatorio, basado en los principios de la oralidad, la inmediación y la concentración, entre otros, donde la resolución del caso en única instancia es consustancial al modelo.

5. Conclusiones respecto a la adecuación del Recurso de Nulidad Penal a la CADH

Hemos demostrado que el recurso de nulidad chileno satisface, tanto en su idea original, expresión legal y entendimiento jurisprudencial las garantías de un derecho al recurso oportuno, eficaz, accesible y que permite una revisión integral, tal como lo exige la Convención y la jurisprudencia e ésta Ilustre Corte.

A manera de conclusión, quisiéramos recordar a esta Ilustre Corte, que la reforma procesal penal no fue una reforma legislativa más, ni una que provino de una lógica reactiva del Estado para cumplir una obligación internacional pendiente. Por el contrario, ésta nació de una reflexión colectiva del mundo jurídico chileno, de la academia, de organizaciones no gubernamentales y de la propia sociedad civil, que hicieron patente a la autoridad la necesidad de dejar atrás los desequilibrios del sistema inquisitivo, que se aplicaba desde el siglo XIX, modificando radicalmente la visión del sistema punitivo. Este nuevo modelo se construyó paso a paso teniendo como guía la Convención Americana, y en él, la centralidad del juicio oral en su estructura actual, no representa una mera elección estatal, ni menos un capricho de mera coherencia jurídica o sistemática; es por el contrario el puntal de un sistema diseñado para la protección de garantías.

Aun cuando tenemos plena confianza que a la luz de los argumentos presentados esta Corte ha comprobado la plena adecuación de nuestro Recurso de Nulidad a la Convención Americana, quisiéramos recalcar que una injustificada orden de modificación al sistema procesal penal, no haría sino, paradójicamente, debilitar el debido proceso, permitiendo que fuese un tribunal menos idóneo, el que conociendo los hechos fuera del contexto de la audiencia oral, máxima expresión de las garantías de publicidad, inmediación y contradictorio, fuese el que resolviera, alejado del escrutinio de las partes, nada menos que la posibilidad de condenar penalmente a una persona.

IV. DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS

De acuerdo a lo señalado en el cuerpo de este escrito, y a lo solicitado por esa Honorable Corte mediante comunicación de 10 de junio de 2013, el Estado viene en acompañar los siguientes antecedentes:

1. Lista enunciativa de las normas, leyes, reglamentos y decretos relativos a materias indígenas que se encuentran vigentes en Chile.
2. Sentencia Causa Rol N° 2683-2010 (Corte Suprema). Invalidó una sentencia de apelación, por no haberse ajustado a las disposiciones pertinentes del Convenio N° 169.

3. Sentencia Causa Rol N° 289-2010 (Corte de Apelaciones de Concepción). Acogió un recurso contra la Municipalidad de Arauco, aduciendo que ésta debería haber consultado a la comunidad indígena recurrente, en cumplimiento del Convenio 169.
4. Sentencia Causa Rol N° 454-2012 (Corte de Apelaciones de Temuco). Dejó sin efecto la licitación para la construcción de una red de agua potable, por no haber cumplido el trámite de la consulta de acuerdo al Convenio 169.
5. Lista con el registro histórico de los formalizados por Ley Antiterrorista entre los años 2000 a 2013 en todo Chile (Fuente: Ministerio Público).
6. Documento informativo sobre las investigaciones en la Región de la Araucanía (Fuente: Ministerio Público).
7. Esquema del Procedimiento Penal en Chile.
8. Documento que contiene los links que permiten acceder a la legislación solicitada por esa Honorable Corte.
9. Informe sobre condiciones de reclusión de las presuntas víctimas.
10. Documento que contiene el link que remite al Informe de la Comisión de la Verdad Histórica y Nuevo Trato, "Territorios y Tierras Mapuche" (2003).

Antecedentes Caso Poluco-Pidenco:

- Auto de apertura del Juicio Oral (Caso Poluco-Pidenco) de fecha 28 de mayo de 2004.
- Sentencia pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol, de fecha 22 de agosto de 2004.
- Recurso de nulidad interpuesto por Jaime Marileo en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol, de fecha 22 de Agosto de 2004.
- Recurso de nulidad interpuesto por José Huenchunao en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol, de fecha 22 de agosto de 2004.
- Recurso de nulidad interpuesto por Juan Marileo en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol, de fecha 22 de agosto de 2004.
- Recurso de nulidad interpuesto por Juan Millacheo en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol, de fecha 22 de agosto de 2004.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 13 de octubre de 2004 (Caso Poluco-Pidenco).

Antecedentes Caso Lonkos:

- Acusación del Ministerio Público a don Pascual Pichún y a don Aniceto Norín.
- Acusación del Ministerio Público a doña Patricia Troncoso.

- Resumen de los audios de la audiencia de fecha 31 de marzo de 2003 ante el Juicio Oral en lo Penal de Angol.
- Recurso de nulidad interpuesto por el querellante Juan Agustín Figueroa Elgueta, la Intendencia Regional de la IX Región de la Araucanía y la Gobernación Provincial de Malleco contra la sentencia absolutoria emitida el 14 de abril de 2003 por el Tribunal Oral en lo Penal de Angol en la causa penal seguida contra Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Pichún Paillalao y Patricia Troncoso.
- Sentencia de la Corte Suprema de fecha 2 de julio de 2003, que acoge nulidad de la sentencia absolutoria del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol de fecha 14 de abril de 2003.
- Recurso de nulidad interpuesto por Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Pichún Paillalao contra la sentencia condenatoria emitida el 27 de septiembre de 2003 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol respecto de los recurrentes.
- Sentencia de la Corte Suprema de fecha 15 de diciembre de 2003 que rechaza el recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Angol de fecha 27 de septiembre de 2003.

V. RESPUESTAS A LAS INTERROGANTES PLANTEADAS POR LOS JUECES EN LA AUDIENCIA

1. Argumentar y ahondar en el concepto de prejuicio como elemento determinante de la falta de objetividad al momento de decidir. ¿Cuál es la diferencia entre el prejuicio y la hipótesis de un caso? Porque los elementos que determinan la iniciación de una investigación suponen tomar una hipótesis de investigación. ¿Cuándo existe ese sesgo discriminatorio que llevan a que la investigación tome un rumbo u otro?

Como órgano encargado de la persecución penal, el Ministerio Público asume una visión del caso y una interpretación legal del mismo que comprende, como resulta evidente, la determinación del delito que será objeto de persecución. En este sentido, se realiza un análisis objetivo basado en diversas circunstancias, lo cual lleva a definir una hipótesis de caso.

En lo relativo a los delitos terroristas, dicha hipótesis se construye a partir de algunos elementos centrales, cuales son: (i) la gravedad del delito; (ii) los elementos extrínsecos e intrínsecos al delito mismo que llevan al persecutor a concluir que la motivación detrás de los mismos tiene el carácter de terrorista, vale decir, pretende generar temor en la población o en un grupo determinado.

Respecto del primer punto, y en relación con las conductas terroristas, se debe considerar que la gravedad del delito no implica sólo un análisis de la pena asignada al mismo, sino también una cierta relación entre los medios empleados y el segundo elemento: la motivación última de causar temor.

La definición de la hipótesis de caso considera este ejercicio. La comisión de delitos usando medios particularmente dañosos, como las bombas, o que resultan particularmente notorios, puede llevar al órgano persecutor a la convicción de que enfrenta un delito de carácter terrorista. Asimismo, la comisión de un delito grave que se realiza bajo ciertas circunstancias particulares, por ejemplo, una escalada de hechos delictuales que dejan entrever la existencia de cierto patrón conductual o la persecución de cierto grupo de víctimas, concluyendo en un delito particularmente grave, también puede llevar al órgano persecutor al convencimiento de que enfrenta un delito donde existen motivaciones de carácter terrorista.

En todos estos casos, la convicción del órgano persecutor es alcanzada por hechos o antecedentes objetivos, donde, evidentemente, cierta subjetividad es necesaria e inevitable, toda vez que se realiza también una ponderación o interpretación de carácter personal. Ello es distinto a asumir que un cierto delito es terrorista por un mero prejuicio —en el caso en comento, la etnia de los presuntos culpables—, caso en el cual el solo hecho de pertenecer a dicha etnia sería considerada por el órgano persecutor como antecedente suficiente para asumir la motivación terrorista en su actuación.

2. Reflexión sobre las estadísticas que por sí solas no dan cuenta del sesgo de discriminación. ¿Cómo el juez se puede formar un contexto sin tener elementos objetivos? Se solicita al Estado entregar las estadísticas que se tenga sobre el particular.

Según cifras del Ministerio Público, entre 2008 y 2012, se investigaron 1.017 delitos en la IX Región, de la Araucanía, relacionados con el denominado “conflicto mapuche”.

En primer lugar, señalar que de los 1.017 delitos investigados entre 2008 y 2012 en la zona de la Araucanía, que el Ministerio Público relaciona con el “conflicto mapuche”, sólo 5 habrían constituido, a juicio del mismo organismo, delitos terroristas, bajo la ley 18.314. Esto equivale a un 0,49% del total de delitos investigados.

A lo anterior, deben agregarse 3 casos actualmente en etapa de investigación, que han sido calificados como terroristas: (i) el descarrilamiento de un tren en la zona de Panguipulli, seguido de la agresión a balazos de sus ocupantes; (ii) el incendio con homicidio del matrimonio de adultos mayores Luchsinger Mackay, en Vilcún; (iii) un incendio intencional que afectó más de 25 mil hectáreas y acabó con la vida de 7 brigadistas, en Carahue.

Por otro lado, consta en la estadística que los casos formalizados por el Ministerio Público por delitos terroristas que estarían relacionados con el conflicto mapuche, entre los años 2000 y 2013, son 11, en todo Chile. De estos casos, sólo 4 siguen vigentes.

En relación con las condenas por delitos terroristas con posterioridad al 2004, en casos relacionados con el “conflicto mapuche”, se aprecia una sola, en la causa Rit 1134-2009, seguida ante el Juzgado de Garantía de Victoria. Sin embargo, es necesario precisar que esta condena se dio en un procedimiento abreviado, vale decir, un procedimiento especial

aplicable a los casos en que el imputado reconoce voluntariamente los hechos, con el objeto de someterse a menores penas.

En cuanto a la cantidad de imputados en delitos relacionados con el conflicto mapuche, se informa que alcanzaron 255, hasta el año 2012. De éstos, 86 pertenecerían a la etnia mapuche, vale decir, un 33,7% del total de imputados.

En cuanto a formalizados por delitos terroristas cuya investigación se encuentra vigente, éstos alcanzan a 33 personas.

Cabe señalar, en este punto, que, de acuerdo a cifras preliminares contenidas en el último censo de población, correspondiente al año 2012, la población mapuche en la Región de la Araucanía alcanzaría, aproximadamente, 285.000 personas. De ellos, por tanto, un 0,03% habría sido objeto de imputación de algún delito relacionado con el “conflicto mapuche”.

Por último, es importante destacar que, de acuerdo también a información del Ministerio Público, entre 2008 y 2012 se recibieron 843 denuncias en fiscalías de la Región de la Araucanía, por delitos relacionados con el conflicto mapuche.

De las 843 denuncias, un total de 548 corresponden a la fiscalía de Collipulli, que incluye también la comuna de Ercilla. Vale decir, un 65% del total de denuncias de toda la región. La segunda fiscalía con mayor número de casos es la de Temuco, que incluye la comuna de Padre de las Casas, con 104 denuncias, un 12,3% del total de denuncias.

Lo anterior es demostración de otro hecho sumamente importante: en los últimos 4 años, la mayor cantidad de delitos denunciados se concentra en algunas zonas específicas de la Araucanía, como son las comunas de Ercilla, Collipulli y Padre de las Casas. Según datos de proyección a partir del censo de 2002, la población de Collipulli y Ercilla sería de, aproximadamente, 30.000 habitantes, mientras que la población total de la Región de la Araucanía sería de, aproximadamente, 980.000 personas. Vale decir, dos comunas que representan un 3% de la población total de la IX Región, concentran un 65% del total de denuncias por delitos relacionados con el conflicto mapuche, lo cual habla de una focalización sustantiva de los hechos delictuales en ciertas zonas específicas.

Todo lo anterior demuestra, con meridiana claridad, varias cosas:

- (i) que el Estado de Chile, a través del Ministerio Público, no persigue indiscriminadamente al pueblo mapuche;
- (ii) que no es el pueblo mapuche, en su generalidad, el responsable de los delitos que se cometen en la zona y que tienen conexión con lo que se ha denominado “conflicto mapuche”; y
- (iii) que las formas violentas de reivindicación que se relacionan con el “conflicto mapuche”, no son compartidas por dicho pueblo, sino promovidas y ejecutadas por un grupo reducido de personas, muchas de las cuales no pertenecen al pueblo mapuche.

Parece totalmente injusto, en consecuencia, que ciertas personas utilicen, como bandera de lucha, las expectativas, aspiraciones y demandas de un pueblo, para justificar actos delictuales de toda índole. Ello, además, descarta totalmente la idea de que el Estado de Chile persigue al pueblo mapuche, puesto que el Estado es plenamente consciente de que la forma de reclamación de los derechos que dicho pueblo alega no se manifiesta en la comisión de delitos, especialmente algunos tan horribles como el del matrimonio Luchsinger-Mackay. Este es un punto central que el Estado ha tratado de hacer ver a esta Honorable Corte a través de todo este proceso.

Una vez aclarado que la denominación “conflicto mapuche” abarca una problemática general, relativa a reivindicación de derechos ancestrales y otros asuntos concernientes a la calidad de vida y desarrollo del pueblo mapuche, y que sus manifestaciones violentas y delictuales son compartidas y ejecutadas por un grupo bastante menor de personas, muchas de ellas no pertenecientes a dicho pueblo, podemos referirnos a la pregunta relativa al análisis que el Ministerio Público y el Ministerio del Interior realizan para calificar una conducta como terrorista.

Esta calificación no se da porque los imputados sean mapuche o porque el delito esté relacionado con el conflicto mapuche. Como queda meridianamente patente y claro, a partir de la estadística adjunta, una proporción muy menor de estos delitos han sido calificados como terroristas en los últimos 10 años.

La calificación de un delito como terrorista se da, principalmente, por dos razones:

- (i) La gravedad del delito o los medios de comisión que se han utilizado;
- (ii) La convicción de que el delito tiene por objeto generar temor en la población o un grupo determinado de personas.

La procedencia de estos elementos permite al Ministerio Público y/o al Ministerio del Interior formarse una convicción de manera objetiva, y no sobre la base de prejuicios raciales o de otra índole. En el caso de los últimos delitos acaecidos en la zona, y que han sido calificados como terroristas por el órgano persecutor, dicha convicción proviene, por una parte, de la gravedad del hecho (por ejemplo, prender fuego a una casa, dando muerte a sus dos ocupantes) y de una presunción de su motivación última, surgida a partir de elementos objetivos (la participación de los fallecidos en procesos criminales contra ciertas personas en la zona, en calidad de testigos; la continua ocurrencia de enfrentamientos de diversa índole entre latifundistas y personas que persiguen el abandono de las tierras que ocupan, por ejemplo).

En este sentido, hablando específicamente del incendio que resultó en la muerte del matrimonio Luchsinger-Mackay, en enero de 2013, puede apreciarse, según los antecedentes previos al hecho en sí, que el ataque no tuvo por objeto el robo de especies ni otro delito similar, sino, derechamente, el atentado contra la vida del matrimonio. Por otra parte, el medio utilizado resulta particularmente dañoso, con lo cual el delito se hace particularmente notorio, recibiendo una gran atención de los medios de información, uno de los elementos más particulares de los delitos terroristas. Por último, se toma nota de la existencia de rencillas previas entre las víctimas y algunas personas de la zona, que llevó a

varios enfrentamientos previos, con lo cual el incendio con homicidio parece sólo la culminación de una escalada de hechos violentos que, por el modo de comisión, pretende, a juicio del persecutor, enviar una señal a otras personas que están en una posición similar.

Todos estos elementos presuponen, por supuesto, una cierta postura subjetiva del persecutor, necesaria para elaborar una hipótesis de caso. Ello no obsta a que dicha postura subjetiva se alcance mediante elementos objetivos y por aplicación de reglas de la lógica. Dicha hipótesis de caso es luego confrontada frente al tribunal respectivo, al cual se debe convencer, más allá de toda duda razonable, con el objeto de obtener una condena.

Lo anterior no implica tener un sesgo discriminatorio hacia el pueblo mapuche, ni la criminalización del “conflicto mapuche” o de la reivindicación legítima de sus derechos ancestrales, por la sencilla razón de que quienes se ven envueltos en estas conductas, no representan, en forma alguna, el modo de actuar de prácticamente la totalidad de la población mapuche de la zona, y para qué hablar del país.

3. ¿Existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional u otro tribunal superior sobre la constitucionalidad o legalidad de la legislación antiterrorista?

Sin perjuicio de que no existen pronunciamientos en los términos planteados, podemos mencionar, sin embargo, algunos fallos que se han referido a ciertas materias de constitucionalidad de algunos elementos de la ley antiterrorista:

a) Fallo de 26/01/1988, de la Corte Suprema, recaído en recurso de inaplicabilidad del derogado número 13 del artículo 1° de la ley N° 18.314. En virtud de este recurso, se reclamó que una de las hipótesis del delito terrorista, consistente en la “apología del terrorismo, de un acto terrorista o de quien aparezca participando en él”, sería contraria al principio de tipicidad, toda vez que la apología del terrorismo no puede ser considerado, en sí, un delito terrorista, resultando el tipo ambiguo y poco claro. La Corte Suprema resolvió que el precepto no vulneraba el principio de tipicidad, dado que la voz apología debe entenderse en su sentido natural y obvio. En consecuencia, no existiría pugna u oposición entre el precepto legal en examen y lo estatuido por la Constitución Política bajo la exigencia de la tipicidad.

b) La Corte Suprema se ha manifestado en diversas oportunidades sobre la institución de la protección de testigos, validando su aplicación tanto en la ley antiterrorista como en la ley común. Citamos el fallo de la Corte Suprema recaída en recurso de nulidad de sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, con fecha 22 de marzo de 2011 en juicio oral RIT 35–2010, que expone:

“Que, en fin, en relación a la inobservancia de normas de carácter internacional, se torna útil explicitar como tópico inicial, que los testigos protegidos, secretos o anónimos, como quiera llamárseles, existen por imperativos de justicia. Posiblemente en hechos tan simples como el hurto de un teléfono celular, donde el bien jurídico en desmedro puede ser considerado bagatela frente a la alteración del derecho a defensa, sería difícil encontrar alguien que esté dispuesto a levantar la voz

por la protección de un testigo. Sin embargo, en los delitos más graves o de mayor trascendencia social, donde las diferentes legislaciones y los cuerpos legales especiales, comienzan a sentir la necesidad de flexibilizar las pautas y reconocer que puede existir una colisión entre dos garantías constitucionales que habrá de resolverse afectando proporcionalmente cada una de ellas, sin vulnerarlas en su esencia.

Para tan grave disquisición, es preciso estar bien enterado de las circunstancias fácticas y de las condiciones en que se producen los hechos que hacen necesaria la ponderación. Por ejemplo, el tráfico de drogas, la trata de blancas, los delitos de lesa humanidad, los que involucran a los menores de edad. Una persona normal, frente a este tipo de injustos, bien podría considerar indispensable el quebranto parcial de ciertas prerrogativas en pos del amparo de bienes jurídicos de valor superior, aunque también puede verificarse en ilícitos menos trascendentes a nivel humano y que no se alzan como un flagelo en el plano mundial, como el robo, el incendio o las lesiones; pero en un contexto donde no sólo parece producirse una escalada de violencia, sino que además, se extiende sobre un territorio claramente determinado, al punto que los habitantes que se sienten menoscabos por los hechos deciden no perseverar en la construcción de sus terrenos, venderlos, o desmotivar a quienes se interesan en acercarse a la zona de conflicto.

El fiscal Cruz relató en su intervención en estrados, la necesidad de resguardar a los testigos que se habían atrevido a declarar contra los inculcados por diversas razones, entre las que enumeró el ataque armado a un testigo protegido ante el tribunal de Angol; que el testigo protegido N° 2 de este pleito fue agredido por Víctor Llanquileo 'por ser sapo de Santos Jorquera'; que, asimismo, los testigos protegidos N° 26 y 27 denunciaron haber sido víctimas de amenazas, en actual investigación, debiendo uno de ellos ser reubicado; que dos de ellos fueron llevados por un abogado a una notaría para desistirse de sus dichos, lo que abrió un sumario por obstrucción a la justicia; que otro testigo protegido fue golpeado antes de prestar declaración y resultó con fractura de nariz; que a la salida de la Fiscalía se castigó a una persona porque se creyó que era un testigo protegido; que el ofendido del robo con intimidación, Santos Jorquera, fue asaltado justo después que algunos de los hechores obtuvieron su libertad; para terminar con una serie de pinturas con amenazas en las paredes en Puerto Choque (...)

En doctrina o en derecho comparado, repugna de los testigos protegidos la posibilidad de impedirle al enjuiciado examinar a los presentados en su contra y a su favor, en iguales condiciones, con el objeto de ejercer efectivamente su derecho a defensa; considerándose incluso como una violación a la garantía del carácter público de los procesos penales. Verbi gracia, se dice que no podrían saber cómo fue que los testigos tomaron conocimiento de los hechos debatidos.

Sin embargo, en los mismos organismos internacionales se ha reconocido circunstancias en las cuales, tanto la investigación como el juzgamiento de ciertos delitos, incluidos los terroristas, pueden exponer a quienes participan en la administración de justicia a serios amedrentamientos contra su vida o su integridad

física o psíquica o de las personas que constituyen su núcleo familiar. Y ocurre que el Estado tiene también la tarea de proteger a quienes administran justicia, tanto como a quienes coadyuvan al esclarecimiento de los ilícitos de que se trata. A ello está obligado en nuestro país el Ministerio Público, a entregar protección a víctimas y testigos. En esos casos, las entidades y tribunales internacionales aceptan que debe brindarse amparo a esos testigos, sin perjudicar en su esencia el derecho a defensa, o sea, se admite que la colisión de los derechos existe y se zanja por consentir que alguno de ellos debe ceder ante el otro, siempre que no signifique romper la esencia misma del derecho. En nuestro país, el mismo predicamento se consagra en el artículo 19, N° 26°, de la Constitución Política de la República.

Naturalmente, tan grave decisión sólo puede adoptarse en cada caso particular y con completo conocimiento de las circunstancias concretas del mismo. Son medidas excepcionales, para situaciones excepcionales y que se adoptan siempre con control absoluto de los intervinientes para evitar que los cotos a la práctica de alguno de los derechos que importa la defensa en juicio sea mínima y que en ningún evento entrase o limite el ejercicio del núcleo esencial de esa garantía.

En el caso concreto, como se examina en otro acápite de este fallo, los sucesos que hicieron aconsejable dar protección a los testigos fueron reales, sin que en los recursos, ni en estrados se hayan expuesto razones poderosas que desvirtuaran tal aserto. Asimismo, se reconoce la restricción a la posibilidad de ver la cara del testigo, para apreciar sus reacciones corporales, deslinde que resulta obvio a la salvaguardia de su identidad; pero donde el fuerte del alegato se concentró en las limitaciones a las preguntas de los defensores o contra examen, lo que no fue probado a estos sentenciadores”.

4. Impacto de estos delitos para la investigación: Que el Estado envíe elementos estadísticos y reflexiones sobre el particular.

Como se ha manifestado, actualmente existen 4 causas vigentes en todo el país, en las cuales hay personas formalizadas por delitos terroristas. No consideramos que este sea un número significativo, ni siquiera en relación con la cantidad de delitos cometidos sólo en la zona de la Araucanía, como para concluir que el Estado de Chile utiliza la ley antiterrorista como una excusa para obtener mayores prerrogativas procesales.

5. De la exposición del Estado se desprende que un elemento para probar que no existe un sesgo discriminatorio sería la aplicación del Convenio 169. Se solicita reforzar la afirmación de que actualmente se está consultando sobre cómo efectuar la consulta.

Para la respuesta a esta pregunta, nos remitiremos a lo señalado en el apartado “Convenio N° 169 y consulta” (Página 4 y siguiente).

6. Respecto a la reserva de la identidad de los testigos, ¿La decisión la toma el Ministerio Público o el Tribunal? En el primer caso, ¿Hay control judicial posterior? ¿En el caso particular existió la posibilidad de recurso? ¿Se tomaron medidas de

contrapeso? ¿El valor probatorio de esos testimonios fue determinante en la sentencia? ¿Se utilizó como única prueba?

Pasaremos a responder aquellos puntos que conciernen a la defensa del Estado de Chile.

En relación a qué órgano decreta la medida de protección consistente en la reserva de la identidad del testigo, ello depende del estado del proceso.

Mientras se encuentra en estado de investigación, el Ministerio Público determina, de oficio o a petición de parte, si la protección procede, si aquél 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. Respecto a la posibilidad de recurrir, cabe destacar que esta medida es siempre revisable por el Juez de Garantía respectivo, a solicitud de la defensa.

Cuando el proceso se encuentra en estado de juicio oral, es el tribunal el que resuelve si procede la declaración protegida de uno o más testigos, debiendo, en todo caso, comprobar la identidad de los mismos y otros antecedentes personales. La identidad no se oculta a la defensa; el tribunal sólo excluye la posibilidad de que el testigo reciba preguntas que puedan poner en peligro la protección.

La protección es solicitada por el Ministerio Público, en forma razonada, proporcionando los argumentos que la hacen necesaria. El tribunal decide si concede o no la protección, sobre la base de los antecedentes que se le presentan.

Por tenor expreso de la ley, la defensa siempre tiene derecho a contrainterrogar, aunque debe evitar aquellas preguntas que puedan llevar a determinar la identidad del testigo. De todos modos, la defensa tiene conocimiento de la identidad del testigo y pesa sobre ella la obligación de no comunicarla a su parte.

En el juicio contra Pascual Pichún y Aniceto Norín, y según consta del punto 244 del Informe de Fondo presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la identidad de los testigos anónimos que declararon en su contra fue revelada a los apoderados de los acusados, con prohibición de revelarla a éstos. Los testigos declararon, entonces, “detrás de un biombo que les ocultaba de todos los asistentes, menos de los miembros del Tribunal. Copia escrita de sus declaraciones fue provista de antemano a los abogados defensores, quienes tuvieron la oportunidad de contrainterrogar a estos testigos, según consta del expediente”.

Asimismo, en todos los casos denunciados, el testimonio de los testigos se realizó frente al juez de la causa: en el caso de los señores Pascual Pichún y Aniceto Norín, los testigos declararon frente al tribunal penal oral de Angol (compuesto por tres magistrados); mientras que, en el caso del señor Víctor Ancalaf, las interrogaciones efectuadas a los testigos de identidad protegida, fueron realizadas directamente por el juez instructor de la causa.

Los jueces pudieron, entonces, recibir inmediata y presencialmente el testimonio de los testigos protegidos y observarlos durante toda la diligencia, apreciando directamente y en conciencia sus declaraciones.

Es interesante mencionar que en el mismo escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas presentado en este caso por la FIDH, ésta cita, en sus páginas 74 y 75, un medio periodístico que estuvo presente en las audiencias donde los testigos de identidad reservada prestaron declaración, señalando, expresamente, que “a la hora de los conainterrogatorios de la defensa de Pichún, Troncoso y Norín, las preguntas tendientes a debilitar la credibilidad de sus testimonios hicieron caer en reiteradas contradicciones a ambos testigos”.

Por todo lo anterior, se concluye que las declaraciones de los testigos mal denominados “anónimos” (que no fueron tales, en la práctica) se prestaron, en todos los casos, frente al tribunal investigador, y se ha documentado que la defensa tuvo conocimiento de la identidad de los testigos y la oportunidad de conainterrogarlos.

En cuanto al valor probatorio que tiene la declaración de cada testigo, ello depende de la ponderación que el tribunal haga de su testimonio. Reiteramos que todo testigo, incluyendo los “anónimos”, son conocidos por el tribunal y declaran frente a él, en virtud del principio de inmediatez. En consecuencia, generan en los tres miembros del tribunal, de manera inmediata, una determinada impresión.

7. Consulta sobre la manera en que fueron detenidos Jaime Marileo y Víctor Ancalaf.
¿Existió orden judicial? ¿Por qué no les fue comunicada?

De acuerdo a la Constitución Política de la República de Chile, nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente.

La legislación procesal penal chilena recoge la garantía consagrada en la Constitución y establece que la policía podrá detener a una persona, sin orden judicial previa, sólo en situaciones de flagrancia, vale decir, cuando la persona (i) está cometiendo un delito; (ii) lo acaba de cometer; (iii) huye del lugar y designada como autor o cómplice; (iv) es encontrada, en el tiempo inmediato, con objetos procedentes del delito o con señales, en sí misma o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y (v) es señalada como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato, por las víctimas del delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales.

Fuera de estos casos, siempre se requiere orden judicial previa para detener a una persona, de forma legal.

En el caso de los detenidos Jaime Marileo y Víctor Ancalaf, no consta en los respectivos procesos ni existe ningún otro antecedente fidedigno que haga presumir que fueron detenidos sin orden judicial previa, como la ley establece, o que ella no les fue comunicada.

8. Ampliar los argumentos sobre la adecuación del sistema recursivo chileno a los estándares interamericanos.

Para la respuesta a esta pregunta, nos remitiremos a lo señalado en el apartado “III. Sobre el Sistema Recursivo en Chile” (Página 21 y siguientes).

9. En relación a la estigmatización: ¿Cómo habría influido en la acción de la policía y de los tribunales? ¿Cómo esta estigmatización es fomentada por los medios de comunicación? ¿Afecta lo dispuesto en el artículo 11 de la CADH? ¿Cómo se afecta la honra? En este punto el Estado puede aportar lo que estime pertinente.

En Chile, existe libertad de prensa y opinión. En consecuencia, el Estado no puede controlar o manipular la opinión pública ni lo que los medios de prensa informan, o cómo lo informan.

En relación con la “estigmatización” del pueblo mapuche y su influencia en la acción de la policía y de los tribunales, no existen antecedentes que permitan al Estado asumir que existió tal influencia, dado que se trata de elementos netamente subjetivos que escapan del control y conocimiento del Estado.

Sin perjuicio de ello, es importante recalcar que, asumiendo la libertad de prensa vigente en Chile, las mayores autoridades del Estado se han preocupado especialmente de dejar claro, a través de los medios, y en relación con los últimos delitos de pública notoriedad cometidos en la zona de la Araucanía, que no se trata de hechos que deban ser atribuidos a todo el pueblo mapuche, incluso en el contexto del “conflicto”. Asimismo, el Presidente de la República ha realizado diversos anuncios destacando las medidas destinadas para el desarrollo económico y cultural de la región de la Araucanía.

A este respecto, podemos citar las siguientes notas de prensa (insertando los links correspondientes), donde tanto el Presidente de la República como el Ministro del Interior y Seguridad Pública, se han referido a esta problemática en el último tiempo:

A. **Presidente Sebastián Piñera**

1. La Tercera, 22/01/2013

"Que quede meridianamente claro que esta lucha no es contra el pueblo mapuche, es con una minoría de violentistas y terroristas que deben ser combatidos con todo el rigor de la ley".

<http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/01/04/577618/presidente-pinera-tras-reunion-en-la-araucania.html>

2. La Tercera, 22/10/2012

"[E]stamos haciendo un enorme esfuerzo por mejorar su capacidad de desarrollo económico y social [del pueblo mapuche], y también un esfuerzo grande por reconocer el valor en su cultura y tradiciones como parte importante de la riqueza patrimonial de nuestro país".

<http://www.latercera.com/noticia/politica/2012/10/674-489614-9-pinera-y-demanda-mapuche-vamos-a-derrotar-a-aquellos-que-creen-que-la-violencia.shtml>

3. El Mercurio, 4/01/2013

"Nosotros creemos que Chile es un país multicultural y, dentro de esa multiculturalidad, hay una que merece un especial reconocimiento, aprecio y agradecimiento, que es la cultura de nuestros pueblos originarios, aquellos que estaban acá mucho antes de que llegaran los conquistadores españoles".

<http://www.latercera.com/noticia/politica/2013/01/674-505022-9-pinera-reactiva-reconocimiento-constitucional-a-pueblos-originarios.shtml>

B. Ministro del Interior y Seguridad Pública, Andrés Chadwick

1. El Mercurio, 29/11/2012

"No queremos violencia ni aquí ni en ningún lugar de Chile, no queremos ni incendios, ni niños baleados, ni destrucción, ni situaciones policiales, esta es una región maravillosa, que además combina lo mejor de nuestra chilenidad con lo mejor de nuestros pueblos originarios como lo representa la tradición, al cultura y la identidad del pueblo mapuche", sostuvo el secretario de estado".

<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/11/29/572153/chadwick-en-la-araucania-no-se-puede-avanzar-si-tenemos-violencia.html>

2. La Segunda, 27/12/2012

"Vamos a seguir buscando a los violentistas y tenemos absoluta conciencia, para que no se malinterprete: es un grupo muy chico, reducido, de personas muy violentas que nada tienen que ver con el pueblo mapuche, que en su inmensa mayoría quiere paz, avanzar y desarrollarse. Aquí hay un grupo muy chico e incluso que le hace daño a la causa mapuche, y vamos a ir detrás de ellos, ellos son nuestros adversarios, ese grupo violento, que le hace daño al pueblo mapuche".

<http://www.lasegunda.com/Noticias/Politica/2012/12/809510/Chadwick-aclara-dichos-Nuestros-adversarios-nada-tienen-que-ver-con-pueblo-mapuche>

Miguel Ángel González Morales
Agente