

Asunto: Alegatos finales

Ante la

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

***CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (Lonkos, dirigentes y activistas del
pueblo indígena Mapuche) Vs. Chile
Caso No. 12.576***

**ESCRITO DE ALEGATOS FINALES ESCRITOS
28 de junio de 2013**

**Presentado por:
CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL)**

1. Introducción

El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) –representante del Sr. Víctor Ancaf e interviniente común, en el caso *Norín Catrimán y Otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) Vs. Chile*, tiene el agrado de dirigirse a Usted -y por su intermedio a la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, a efectos de presentar en tiempo y forma nuestro escrito de alegatos finales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del Reglamento de la Corte y de conformidad con la Resolución del 30 de abril de 2013.

En el presente escrito, nos referiremos en primer lugar a los hechos y el contexto del caso, haciendo especial referencia a los hechos no controvertidos por el Estado en el desarrollo del presente litigio. Seguidamente expondremos nuestros alegatos de derecho, con base en los presentados en nuestro Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 30 de diciembre de 2011 (en adelante “ESAP”), relacionando la prueba aportada durante el proceso por las partes y respondiendo a las preguntas presentadas por los Jueces durante la audiencia pública, que tuvo lugar los días 29 y 30 de mayo de 2013 en la sede de la Corte. En este acápite presentaremos nuestras consideraciones respecto de quienes deben ser consideradas víctimas en el presente caso.

Por último, haremos referencia a las reparaciones solicitadas en el caso y realizaremos la actualización de las costas y gastos incurridos por los representantes desde la presentación del ESAP a la conclusión de la fase oral del proceso. Finalmente, formularemos un petitorio en el que se reiterarán las solicitudes realizadas en nuestro ESAP.

Trámite del caso ante la Corte

El 8 de Agosto de 2011, la Comisión Interamericana remitió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Informe al que se refiere al artículo 50 de la Convención (Informe 176/10). En el escrito de presentación del caso este se identificó con el número 12.576, *Norín Catrimán y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo Mapuche)* contra Chile).

Posterior a la presentación del caso ante la Corte, y de acuerdo con el artículo 39 del Reglamento del Tribunal, el caso fue notificado a las partes. Seguidamente y de conformidad con el artículo 40 del mismo Reglamento, los representantes dispusimos de 2 meses para presentar el ESAP, el cual fue presentado por esta parte el 30 de diciembre de 2011, junto con la prueba documental que sustenta nuestros argumentos.

Previo a ello, y con base al número de representantes del caso, CEJIL y la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) fuimos designados como intervinientes comunes para efectos del proceso ante la Corte.

En el mes de mayo de 2012, el Estado contestó la demanda conforme al artículo 41 del Reglamento de la Corte. Posterior a ello, el 19 de Junio de 2012, la Corte recibió una solicitud de desistimiento de la acción por parte de las víctimas,

Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao. Frente a este hecho, y a pedido de la Corte las partes presentamos un escrito con observaciones sobre la cuestión. Seguidamente, la Corte se pronunció, en el sentido de no otorgarle efectos jurídicos a los pedidos de desistimiento.

En 30 de Abril de 2013, la Corte convocó a las partes a la audiencia pública, que se llevó a cabo los días 29 y 30 de Mayo de 2013, en la cual se escucharon los testimonios de algunas víctimas y testigos del caso, a algunos peritos y las alegaciones finales de los representantes en calidad de intervinientes comunes, al Estado chileno y a la Comisión Interamericana.

2. Hechos y contexto en el que se presentaron las violaciones de derechos humanos a los líderes indígenas mapuches (Lonkos y Werkén)

2.1 Hechos del caso

El Werkén Víctor Ancalaf Llaupe

Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, es un Werkén mapuche, que de acuerdo con su declaración ante la Corte¹ “significa ser mensajero, vocero, portavoz del lugar donde hoy día están ubicadas las comunidades. En este caso el rol puede ser político y también cultural.” En el año 1998, tal como el señor Ancalaf lo manifestó en su declaración, fue oficialmente elegido Werkén por treinta y dos comunidades, y como quedo señalado en el ESAP cumple su rol de vocero en representación de seis de ellas,² en razón de lo cual ejerció una importante representación y liderazgo en el marco de las reivindicaciones territoriales llevadas adelante por el pueblo mapuche, en el sur de Chile, que incluyó reuniones y negociaciones con el gobierno.

Aplicación y condena de la Ley Antiterrorista, Ley 18.314

Como ya fuera señalado en el ESAP, a Víctor Ancalaf se le aplicó la Ley Antiterrorista N° 18.314, reformada en el año 1991 con la Ley N° 19.027, y en virtud de la misma fue condenado como autor del delito terrorista tal como lo establecían los artículos 1 y 2 de dicha norma.

El proceso y condena de Víctor Ancalaf bajo la Ley Antiterrorista, fue una respuesta del Estado frente a la movilización y protesta social mapuche, por medio de la cual reivindicaban el derecho a su territorio ancestral, y de la cual Víctor hacía parte en su calidad de Werkén.

¹ Declaración rendida por el señor Víctor Ancalaf, víctima del caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública celebrada el 29 de mayo de 2013.

² Choin Lafkenche, Ahilla Varela, Catrio Ñancul, Antonio Paillacoy, Lonko Mahuida y Colihuinca Tori. En estas seis comunidades habitaban aproximadamente 300 familias.

El proceso penal seguido contra Ancalaf se adelantó bajo el régimen inquisitivo, vigente para la época en que se dieron los hechos que originaron la investigación - ataques incendiarios- ocurridos en la región del Bio Bio, el 29 de septiembre de 2001, 3 de marzo y 17 de marzo de 2002.

El desarrollo del proceso penal se encuentra detallado en el ESAP, sin embargo, nos permitimos reiterar algunos aspectos, que dan cuenta de la violación a las garantías judiciales derivadas del régimen procesal penal inquisitivo aplicado en el caso. Este proceso, que en esencia era escrito y confidencial, se caracterizó por no haberle permitido a Víctor Ancalaf una defensa conforme a los estándares internacionales.

Víctor Ancalaf fue citado en varias oportunidades dentro de la investigación sin que se le hubiera notificado su condición de declarante, por lo cual no pudo ejercer sus derechos como imputado; fue detenido de manera violenta, tal como lo relató ante esta Corte y sin ser notificado formalmente del auto de procesamiento; permaneció cinco días incomunicado y sin el conocimiento de sus derechos como procesado; no pudo conocer el sumario que era secreto; no pudo presentar prueba ni controvertir la existente en el expediente.

Se evidencia que la etapa probatoria estuvo dirigida a avalar y a sustentar un preconcepto conforme al cual Víctor Ancalaf era una persona que por su condición de mapuche era violento y peligroso³. Durante el proceso penal, se tomaron numerosas declaraciones testimoniales, las cuales no pudieron ser controvertidas. Los informes policiales y actuaciones dentro de la causa carecieron de fundamento.

En diciembre de 2003, la Corte de Apelaciones de Concepción condenó en primera instancia a Ancalaf a la pena de diez años y un día de presidio como autor de los delitos terroristas establecidos en los artículos 1 y 2 N° 4 de la Ley 18.314. También se condenó a Ancalaf a las penas accesorias, de acuerdo al artículo 9 de la Constitución Política. Ancalaf apeló la sentencia, y el Tribunal de Alzada la modificó, considerándolo no acreditada la participación de Ancalaf en los acontecimientos del 29 de septiembre de 2001 y el 3 de marzo de 2002, condenándolo a 5 años y un día de prisión, por los hechos del 17 de marzo de 2002, manteniendo las penas accesorias. La prueba que sustentó su participación fue la declaración de cuatro testigos, tres de ellos de identidad reservada.

2.2 Contexto en el que se dan las violaciones de derechos humanos

El pueblo mapuche - Una lucha histórica por sus derechos

De acuerdo con el último censo en Chile (realizado en el año 2012), la población total del país ha llegado a 16.634.603 habitantes, 11,11 por ciento de los cuales que tengan cinco años o más se auto-identifican como pertenecientes a un pueblo

³ Ver detalle de estas alegaciones punto B. Esap

indígena.⁴ El pueblo mapuche constituye el grupo más grande de los nueve grupos indígenas todavía ubicados en Chile, contando con más de 84 por ciento de la población indígena.⁵ En el año 2009, según una encuesta de CASEN, el número de individuos que se identifican como indígenas en el país, sólo había llegado a 1.188.340, o siete por ciento de la población actual de Chile.⁶ Las áreas con mayor población indígena incluyen la Araucanía (24,6 por ciento), la región Metropolitana (24 por ciento) y la región de los Lagos (14,5 por ciento).⁷

Criminalización de la protesta social y aplicación de la ley antiterrorista al pueblo mapuche

El presente caso reviste una particular trascendencia porque los hechos del mismo, evidencian una política de persecución judicial por parte del Estado, como respuesta a los reclamos y la protesta social del pueblo mapuche, que reivindican el derecho a sus territorios y recursos ancestrales,⁸ que durante décadas ha sido negado y vulnerado por el Estado.

A partir de los años 20, el Estado de Chile impulsó una política destinada a disolver la propiedad comunitaria mapuche, dividiéndola en hijuelas individuales.⁹ El gobierno militar les quitó tierra,¹⁰ intentó integrar sus tierras al régimen legal

⁴ Instituto Nacional de Estadísticas, *Síntesis de los resultados*. Santiago de Chile, 2012. Disponible en: http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20130402/asocfile/20130402110356/sintesis_web.pdf.

⁵ Instituto Nacional de Estadísticas, *Síntesis de los resultados*. Santiago de Chile, 2012. Disponible en: http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20130402/asocfile/20130402110356/sintesis_web.pdf.

⁶ CASEN, *Encuesta: Pueblos Indígenas*. Chile 2009. Disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen_indigena_2009.pdf.

⁷ CASEN, *Encuesta: Pueblos Indígenas*. Chile 2009. Disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen_indigena_2009.pdf.

⁸ Peritaje rendido por el profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre Chile*, documento de ONU CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párr. 15.

⁹ Aylwin, José. "Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una perspectiva histórico jurídica", en Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, *Territorialidad Mapuche en el Siglo XX*. Ediciones Escaparate: Temuco, 2002. Pág. 129. Entre 1931 y 1971 unas 832 comunidades son divididas, provocando que al menos 100.000 hectáreas -un quinto del total- pasaran a manos de colonos y latifundistas no indígenas.

¹⁰ Human Rights Watch, *Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, los Tribunales Militares y los Mapuche en el sur de Chile*, octubre 2004. Vol. 16, No. 5 (B), pág. 14. Disponible en: <http://www.hrw.org/es/reports/2004/10/26/indebido-proceso>.

común, incentivó la forestación exótica¹¹ y desarrolló una política (vigente) de respaldo al impulso de proyectos privados orientados a la extracción de recursos naturales y la construcción de infraestructura en tierras mapuche. Además, había un patrón de discriminación en el país, lo cual se volvió particularmente preocupante durante los 2000, cuando los medios de comunicación promovían la idea del hombre Mapuche como un individuo violento, buscando fines ilegítimos y como terrorista.¹²

Tal situación fortaleció los procesos de organización y protesta social Mapuche. En los años 70 el pueblo Mapuche se movilizó en defensa de sus derechos, en particular a la tierra. Al comienzo de los años 90, y durante los primeros años democráticos, canalizó sus demandas por tierras y reconocimiento político y jurídico participando de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas y del debate legislativo. Desde mediados de los noventa los Mapuches organizaron sus reclamos, y diversas organizaciones Mapuche comenzaron a reivindicar sus derechos, promoviendo acciones de protesta.

A principios de los 2000 los reclamos del pueblo mapuche se vinculaban directamente con cuestiones de falta de acceso a sus tierras y recursos tradicionales.¹³ Opinaban y opinan que las iniciativas jurídicas e institucionales gubernamentales no compensaron la pérdida de tierras y recursos tradicionales.¹⁴ Más recientemente, incursiones por parte de empresas y la extensión de plantaciones forestales dentro del territorio ancestral Mapuche, intensificaron el descontento y dieron fuerza a la movilización Mapuche.¹⁵

La reacción del Estado frente a esta demanda de los Mapuche se tradujo en la implementación de una política de persecución judicial en contra de miembros del pueblo mapuche que participaban de las movilizaciones. Particularmente, la aplicación de la Ley Antiterrorista -La Ley N° 18.314¹⁶- que se había aprobado originalmente para perseguir a grupos armados de oponentes durante la dictadura.

¹¹ Instrumentos centrales de esta política fueron el Decreto Ley N° 701 que eximía de impuesto territorial y bonificaba dichas plantaciones, y del Decreto Ley N° 600 destinado a promover la inversión extranjera en el país.

¹² Declaración notarial rendida por el testigo Luis Rodríguez-Piñero Royo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de mayo de 2013, párr. 12.

¹³ Declaración notarial rendida por el testigo Luis Rodríguez-Piñero Royo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de mayo de 2013, párr. 6.

¹⁴ Declaración notarial rendida por el testigo Luis Rodríguez-Piñero Royo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de mayo de 2013, párrs. 7-8.

¹⁵ Declaración notarial rendida por el testigo Luis Rodríguez-Piñero Royo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de mayo de 2013, párr. 10.

¹⁶ Ley N° 18.314 de 17 de mayo de 1984.

Como lo señalamos y como quedó detallado en el ESAP, la Ley antiterrorista se aplicó a los indígenas Mapuches como respuesta del Estado a su participación en el movimiento y protesta social en el reclamo de sus derechos; especialmente a las autoridades y líderes -Lonkos y Werkén-. Esto fue corroborado por diversos organismos internacionales¹⁷, por ejemplo el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial manifestó *“con preocupación que la ley antiterrorista 18.314 ha sido aplicada principalmente a miembros del pueblo mapuche, en actos ocurridos en el contexto de demandas sociales, relacionadas con la reivindicación de derechos sobre sus tierras ancestrales”*¹⁸, y probado en el marco de este proceso por los peritos y testigos del caso.

El perito Stavenhagen afirmó que *“existen múltiples pronunciamientos que indican la existencia de un contexto de aplicación diferenciada del marco antiterrorista frente a miembros del pueblo mapuche”*¹⁹.

El perito Contesse señaló que *“el Estado chileno responde a ese acto de protesta social utilizando la ley de seguridad del Estado, que es también, junto con la ley antiterrorista, de aquellas leyes de excepción, que provocan sanciones desproporcionadas y especialmente estrictas”*. *“La respuesta del Estado cuando los hechos delictivos se producen en lugares o respecto de personas que pueden estar presuntamente vinculadas con la protesta social Mapuche, el Estado chileno lo que hace es prácticamente de manera automática calificar esto como conductas terroristas”*.²⁰

A su vez, el testigo Luis Rodríguez-Piñero declaró que *“en la medida en que la protesta social estaba vinculada muy directamente a reivindicaciones históricas y actuales de la población mapuche, la aplicación de esta política [política criminal claramente definida, destinada a enfrentar la generalización de la protesta social mapuche, a través de la legislación penal especial, concibiendo esta como*

¹⁷ Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile. 5 de octubre de 2009, párrafo 46. Ver en Peritaje rendido por el profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013.

¹⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales sobre Chile. 7 de septiembre de 2009, párrafo 15. Ver en Peritaje rendido por el profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013.

¹⁹ Peritaje rendido por el perito Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013.

²⁰ Peritaje rendido por el perito Jorge Contesse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 30 de mayo de 2013.

instrumento ejemplificador y de orden público] tuvo, desde mi percepción, efectos discriminatorios en contra las personas pertenecientes a este pueblo.”²¹

Las consecuencias de la aplicación de la Ley Antiterrorista en el pueblo Mapuche han sido graves. En particular por efecto del procesamiento y encarcelamiento de sus autoridades tradicionales, tales como los *Lonkos* y los *Werkén*, el pueblo no sólo se siente “*perseguido por ser mapuche*,”²² sino también pierde la capacidad de practicar algunas ceremonias religiosas, como el *Ngillatun*, o de gobernar efectivamente a la comunidad.²³, y por los efectos de las penas accesorias a la luz de su rol político comunitario.

2.3 Hechos no controvertidos

El Estado chileno en la contestación a la demanda presentada por la Comisión Interamericana, y al escrito autónomo presentado por esta representación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no formuló argumentos de hecho ni de derecho para controvertir nuestras alegaciones respecto de la violación a las garantías judiciales derivadas del proceso penal inquisitivo aplicado a Víctor Ancalaf, que permitió entre otros, la reserva del expediente, siendo un proceso cerrado y secreto y la violación al derecho a un juez imparcial, pues los jueces bajo esta ley ejercen demasiado discreción personal sobre la investigación, la formulación de cargos, el dictado de sentencia y por tanto la imposición de penas. Tampoco controvertió los hechos ni el derecho sobre los que se sustentaron las violaciones a la libertad personal de Ancalaf, ni a su integridad personal ni a la de su familia.

Finalmente, el Estado chileno ni en la contestación de la demanda ni en la audiencia pública controvertió nuestra afirmación, de que la Ley Antiterrorista - 18.314- vigente para la época de los hechos y aplicada a Víctor Ancalaf violó el principio de legalidad y el principio de la presunción de inocencia. Por el contrario, el Estado centró su argumentación en demostrar que la reforma al estatuto antiterrorista en octubre de 2010, bajo la Ley 20.467, que modificó los artículos 1 y 2 de la Ley aplicada a Víctor Ancalaf, es compatible con los estándares internacionales. En este sentido, señalamos lo expresamente reconocido por el Estado en la contestación de la demanda: “*en el año 2010 se aprobó la ley 20.467 que modificó los artículos 1 y 2 de la Ley 18.314 de manera tal que se eliminó la presunción de la intención de causar temor.*”²⁴ Además, destacó que “*esto se*

²¹ Testigo Declaración notarial rendida por el testigo Luis Rodríguez-Piñero Royo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de mayo de 2013, párrafos 14 y 15.

²² Peritaje antropológico rendido por el experto Fabien Lebonniec, el 4 de mayo de 2013, pág. 5.

²³ Peritaje antropológico rendido por el experto Fabien de Lebonniec, el 4 de mayo de 2013, págs. 5–6.

²⁴ Contestación de la demanda del Estado, pág. 24 (destacado en original).

reformó expresamente para proteger el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 8º de la Convención Americana” ya que el antiguo artículo 1º requería a los imputados “desvirtuar la presunción de la intención terrorista.”²⁵

Como consecuencia de lo anterior, solicitamos a la Corte IDH que de conformidad con el artículo 41.3 del Reglamento, que tenga por probadas estas alegaciones, de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho presentados por esta parte, así como la prueba producida en el curso del proceso.

2.4 Consideraciones previas sobre la determinación de las víctimas del caso

De conformidad con nuestro ESAP²⁶ solicitamos a la Corte considere como parte lesionada de esta causa a Víctor Ancalaf y su grupo familiar, integrado por su esposa²⁷ Karina del Carmen Prado Figueroa, y sus hijos Matías Abinadi, América Esmeralda, Heriberto Moroni, Kalipsa Adelaida y Karina Kintu.

La Corte ha establecido claramente como principio general que, a efectos de preservar la seguridad jurídica, corresponde a la Comisión Interamericana la identificación precisa y en la debida oportunidad procesal de las personas a quienes considera víctimas del caso ante la Corte.²⁸

En este sentido, también ha afirmado que “los representantes **deben señalar a todas las presuntas víctimas durante el trámite ante la Comisión** y evitar hacerlo con posterioridad a la emisión del Informe de Fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención, como sucedió en el presente caso. Esto, pues **la Comisión al momento de emitir el referido informe debe contar con todos los elementos para la determinación las cuestiones de hecho y de derecho del caso, inclusive a quienes debe considerarse como víctimas.**”²⁹

De conformidad con su obligación procesal, los peticionarios pusieron a disposición de la Comisión y en momento procesal oportuno, la información detallada sobre los integrantes de la familia a las que también se consideraban lesionados en sus derechos por los hechos denunciados en la causa. Adicionalmente, se presentó una relación circunstanciada, resultado de entrevistas mantenidas con miembros de la familia, respecto de la forma en que los hechos

²⁵ Contestación de la demanda del Estado, pág. 24 (Destacado en original).

²⁶ ESAP en representación de Víctor Ancalaf, parte V.1.

²⁷ Actualmente separada de hecho de Víctor Ancalaf.

²⁸ Corte IDH, *Caso García y Familiares v. Guatemala*, Sentencia de 29 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr.34.

²⁹ Corte IDH, *Caso García y Familiares v. Guatemala*, Sentencia de 29 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 35 (Destacado nuestro)

ocurridos habían impactado en sus vidas.³⁰ Esta información fue reiterada en ocasión de solicitar a la CIDH el envío del caso a la Corte frente al incumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones por ella formuladas.

No obstante estas presentaciones, la CIDH omitió señalar a los integrantes de la familia de Víctor Ancalaf como víctimas del caso. No obstante lo cual, esta representación los incluyó en el ESAP.³¹

En el marco de las causas por violaciones a los derechos humanos la verdad material debe primar por sobre las formas procesales, siempre que se respete la seguridad jurídica y quede a salvo el equilibrio entre los legítimos intereses procesales de las partes. En la causa que nos ocupa, hemos reiterado en el marco del trámite ante la Corte la información que había sido presentada ante la CIDH respecto de quienes habían sufrido afectaciones a sus derechos como consecuencia de los hechos denunciados, el Estado tuvo oportunidad de responder tales alegaciones así como observar las reparaciones requeridas en oportunidad de exponer -de conformidad con el artículo 41 del Reglamento- su posición sobre el caso y sobre el ESAP presentado en nombre de las víctimas.

Reiteramos ante la Corte nuestras alegaciones presentadas en el ESAP respecto al alcance de los sufrimientos padecidos por la familia de Ancalaf como consecuencia de los hechos probados en la causa, los que además han quedado probados como se alegará en el curso de esta presentación. La Corte IDH tiene la oportunidad de saldar la grave omisión cometida por la CIDH -pese a la actividad procesal de esta parte. Existe una consolidada jurisprudencia respecto de que la formalidad de los actos procesales no debe prevalecer sobre la debida solución de fondo, más aun cuando esto no configura ninguna afectación en términos de equilibrio entre las partes ni de derecho de defensa. En este caso el Estado ha tenido la oportunidad de conocer y responder -si así lo hubiera considerado- los argumentos de esta parte respecto a la calidad de víctimas de la familia de Ancalaf.

Por último insistimos en la especificidad -a nivel individual y comunitario- que la calidad de Werkén de Víctor Ancalaf proyecta sobre las violaciones denunciadas y las reparaciones que consideramos debidas por el Estado.³²

³⁰ Presentación de los peticionarios ante la CIDH, de fecha 28 de septiembre de 2008. Disponible en el Anexo "Trámite ante la CIDH" de la prueba documental presentada por la CIDH con su demanda. Esta comunicación fue debidamente recepcionada por la Comisión, la que acusó recibo de la misma por carta de fecha 14 de octubre

³¹ En la Resolución de fecha 30 de abril de 2013 la Corte IDH admite el affidavit de la mujer y el hijo mayor de Ancalaf -ofrecida por esta parte- aunque señala que no se encuentran mencionados en la demanda.

³² Ver ESAP en representación de Víctor Ancalaf, parte V.1. Abonando estas alegaciones ver Peritaje antropológico rendido por el Doctor Fabien Lebonniec, el 4 de mayo de 2013, en el apartado Debilitamiento de las estructuras familiares y comunitarias, pág. 5; Peritaje rendido por el

3. Consideraciones jurídicas

3.1 El Estado de Chile vulneró el derecho de Víctor Ancalaf a las garantías judiciales como consecuencia del régimen procesal bajo el cual fue juzgado.

Tal como fuera explicado en el ESAP el proceso penal seguido contra Víctor Ancalaf fue desarrollado bajo las disposiciones del antiguo procedimiento penal inquisitivo que estuvo vigente hasta el año 2000.³³

La Corte Interamericana tuvo oportunidad de valorar el cambio del régimen procesal penal en Chile y su relación con los estándares del derecho interamericano de los derechos humanos en el caso *Palamara Iribarne*. En tal sentido, la Corte dijo:

“[que] toma en cuenta que en los últimos años en Chile se ha implementado una importante reforma de la justicia penal destinada a introducir las garantías del debido proceso en el sistema de enjuiciamiento penal, con el propósito de pasar de un sistema procesal inquisitivo escrito a un sistema procesal acusatorio con garantías de oralidad.”³⁴

El mensaje del Poder Ejecutivo que acompañaba al proyecto de reforma refería la necesidad de adecuar el sistema procesal penal a las garantías judiciales protegidas en el artículo 8 de la Convención Americana.³⁵ El perito Fuentes confirmó esta intencionalidad del cambio legislativo, refiriendo que “(...) *el objetivo de la [reforma de la] legislación penal fue dar cabal cumplimiento a la legislación internacional (...)*”³⁶ *indicando que esto surgía claramente no sólo de la revisión del mensaje sino también de la discusión parlamentaria.*

Como fuera explicado con detalle y fundamento en nuestro ESAP, el procesamiento y posterior condena de Ancalaf bajo un régimen de características

profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013, respuesta a la pregunta Nro. 7 formulada por CEJIL; Declaración rendida por el perito Jorge Contesse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013.

³³ Ley N° 1853 Código de Procedimiento Penal. Como consecuencia de la aplicación de la Ley Antiterrorista también se aplicaban -en lo que correspondía- la Ley de Seguridad Interior del Estado y el Código de Justicia Militar. Ver ESAP en representación de Víctor Ancalaf, Punto III.4.A.

³⁴ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 122.

³⁵ ESAP en representación de Víctor Ancalaf, nota de pie N° 242.

³⁶ Peritaje rendido por el abogado Claudio Fuentes ante la Corte Interamericana, en la audiencia pública del 30 de mayo de 2013.

inquisitivas –como el que se encontraba vigente a la época de los hechos- se tradujo en una serie de violaciones a las garantías de debido proceso.

Una dimensión de estas violaciones tiene relación con el derecho a ser oído por un tribunal imparcial. En este sentido, cabe mencionar –tal como fuera detallado en el ESAP³⁷- que, bajo el paradigma inquisitivo aplicado en el caso, un único juez realizaba la investigación, formulaba los cargos, dictaba la sentencia e imponía la pena; tal como queda confirmado con el dictamen del Perito Fierro al afirmar que *“el hecho de que concentraran funciones en una sola persona, en este caso, el juez del crimen quien investigaba, acusaba y sentenciaba, suponía un diseño que contaminaba desde un primer momento al juez que daba inicio al proceso a través de la instrucción sumarial, impidiendo garantizar las más mínimas condiciones de imparcialidad.”*³⁸

En el caso de Víctor Ancalaf, y de acuerdo a lo que surge de la prueba documental, el ministro instructor dicta la orden de investigarlo, citándolo a declarar en más de una oportunidad, luego dicta el auto de procesamiento ordenando su detención en base a presunciones a partir de las cuales estima la participación de Ancalaf como autor de delitos terroristas. Finalmente, el mismo ministro asume la tesis acusatoria y decide la condena ³⁹.

En igual sentido, debe mencionarse el carácter secreto que revistieron las actuaciones sumariales instruidas en la causa, de conformidad con lo establecido en el art. 78 del Código de Procedimiento Penal vigente a la época, y tal como fue denunciado en nuestro ESAP.⁴⁰ Como resulta claramente de las constancias documentales del proceso ofrecidas como prueba, la primera orden de investigar a Víctor Ancalaf data de noviembre de 2001, desde entonces y hasta el momento en que se dicta el auto de procesamiento Ancalaf concurrió a declarar en dos ocasiones, en ninguna de las cuales se le informó en qué calidad era convocado ni tampoco estuvo acompañado de abogado defensor, nada de esto obstó a que las mismas fueran consideradas como "declaraciones indagatorias" y fundaran el auto de procesamiento.

Ni Ancalaf ni sus abogados pudieron tomar conocimiento de las actuaciones, sino hasta junio de 2003 -8 meses después del auto de procesamiento y de la orden de detención y 19 meses después la primera orden de investigarlo-, fecha en la que se autoriza la extracción de copias con excepción de los cuadernos reservados

³⁷ ESAP en representación de Víctor Ancalaf, IV.1.A.

³⁸ Peritaje rendido por el abogado Claudio Fierro Morales ante fedatario público el 17 de mayo de 2013. Pág. 2.

³⁹ Ver detalle de fechas y referencias del procedimiento en el ESAP en representación de Víctor Ancalaf.

⁴⁰ ESAP en representación de Víctor Ancalaf, IV.1.B.

(aquellas actuaciones en las que quedaba registrada la declaración de los testigos de identidad reservada).

En palabras de la Corte IDH “El derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (...) La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisión es que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros.”⁴¹

De acuerdo con el dictamen del perito Fierro, en el procedimiento inquisitivo “*la etapa sumarial con la que se empezaba todo juicio y que estaba a cargo del mismo juez que acusaba y sentenciaba, era secreta y el Juez del Crimen determinaba la diligencias de prueba que estimaba necesarias con una ausencia absoluta de controles por parte de los intervinientes*”.⁴²

Para el perito Fierro, la etapa sumarial del proceso era la más importante, durante la misma no sólo se recibía la prueba, sino que también se construía la convicción acerca de la culpabilidad y se resolvían en el auto de procesamiento, las restricciones a la libertad personal del imputado. Esto a juicio del Perito se traducía en que el plenario perdiera toda centralidad, y en términos probatorios revistiera sólo un carácter residual al admitir la renuncia expresa (art. 449) y tácita (art. 451) de la actividad probatoria durante este segundo momento procesal de la causa.

Este diseño procesal, en particular -el carácter secreto- afectaba de manera sustantiva el ejercicio del derecho a la defensa al impedir el pleno acceso a la prueba de cargo y a la posibilidad de controvertirla, garantías esenciales para el respeto al debido proceso. Así también lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte IDH, al afirmar que el secreto de sumario es contrario al derecho de defensa ya que impide un acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban, lo

⁴¹ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 167 y 168.

⁴² Peritaje rendido por el abogado Claudio Fierro Morales ante fedatario público el 17 de mayo de 2013.

que afecta el ejercicio adecuado del derecho de defensa y contraviene el art. 8.2.c. de la Convención Americana.⁴³

Por otra parte, la imposibilidad que el proceso penal impuso a Ancalaf en materia de control probatorio, también afectó el derecho de contrainterrogar a los testigos que declararon en la causa, y cuyas declaraciones fueron luego el sustento de su condena.

El derecho a aportar prueba, controvertirla y contrainterrogar a los testigos que declaran en un proceso penal es una garantía indispensable del derecho a la defensa y el debido proceso, tal como lo prescribe el artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, en el caso *sub judice*, no se aseguró una defensa efectiva ni un juicio justo, como consecuencia del proceso penal inquisitivo bajo el cual se procesó y condenó a Víctor Ancalaf, toda vez, que en el desarrollo del proceso se le restringió el derecho a interrogar a los testigos que declararon en su contra. Además, y agravando tal situación en el marco del proceso y sin una debida fundamentación se permitió la reserva de identidad de testigos, cuyas declaraciones fueron utilizadas como prueba principal para proferir la sentencia condenatoria, tal como quedó detallado en el ESAP.⁴⁴

La facultad de interrogar y contrainterrogar a los testigos es una de las herramientas más efectivas a través de la cual se asegura el debido proceso y la igualdad de armas. Sin embargo, como consta en nuestro ESAP, la defensa de Víctor Ancalaf no tuvo la posibilidad de hacerlo a pesar de haberlo solicitado, lo que de acuerdo con la declaración del perito Fuentes vulneró las garantías judiciales, en tanto hace parte de la calidad adecuada de la prueba⁴⁵.

Tal como fuera establecido en el ESAP, el Juez negó la solicitud y aunque posteriormente, fue concedida por el Ministro Instructor, no hay prueba en el expediente de que en efecto se hayan tomado dichas declaraciones, vulnerando las garantías judiciales. Tal como lo señaló el perito Fuentes al ser preguntado sobre la relación entre las garantías del debido proceso y la obligación estatal de garantizar el contrainterrogatorio, afirmó categóricamente la obligación de generar la oportunidad procesal de interrogar de manera efectiva, incluso citando al testigo bajo algún tipo de apercebimiento⁴⁶.

⁴³ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 170.

⁴⁴ ESAP en representación de Víctor Ancalaf, págs. 63, 64

⁴⁵ Peritaje rendido por el abogado Claudio Fuentes ante la Corte Interamericana, en la audiencia pública del 30 de mayo de 2013.

⁴⁶ Peritaje rendido por el abogado Claudio Fuentes ante la Corte Interamericana, en la audiencia pública del 30 de mayo de 2013.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que a los acusados debe concederse la facultad de interrogar y contrainterrogar a los testigos *en las mismas condiciones que al persecutor*, con el objeto de ejercer su defensa.⁴⁷ E indicó que:

“(…)[D]entro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y en su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer defensa. La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.⁴⁸

Así mismo, el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General N° 13 señaló que “(…) [e]l acusado tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Esta disposición tiene por objeto garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogar y repreguntar a éstos de que dispone la acusación”.⁴⁹

Como ya lo advertimos, en este caso no solo no se garantizó el derecho a interrogar a los testigos que declararon contra Víctor Ancalaf, sino que se utilizó la figura de la reserva de identidad de testigos sin una debida fundamentación y contrabalance, toda vez que las declaraciones de los testigos de identidad reservada, contenidas en los cuadernos reservados N° 3, 4 y 5 del expediente, fueron pruebas determinantes en la fundamentación de las sentencias condenatorias de primera y de segunda instancia dictadas contra Víctor Ancalaf.

Si bien, como señalamos en nuestro ESAP,⁵⁰ y como lo indicó el Estado en la contestación de la demanda,⁵¹ la normativa chilena habilita la posibilidad de preservar la identidad de testigos. Sin embargo, como señaló la CIDH en el

⁴⁷ Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 152.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 154–155.

⁴⁹ Comité de Derechos Humanos, *Observación General N°13: Administración de Justicia*, documento de ONU HRI/GEN/1/Rev.7, 1984, párr. 12, en el apartado e) del párrafo 3

⁵⁰ ESAP en representación de Víctor Ancalaf. Ver Artículos 189, Código procesal penal, Ley 1853. Artículo 15 y ss., Ley antiterrorista, Ley 18.314.

⁵¹ Contestación de la demanda del Estado, pág. 26. El Estado afirma que la existencia de testigos de identidad reservada no es contraria *per se* al debido proceso. Sin embargo el Estado omite indicar las medidas que tomo para contrabalancear su uso de acuerdo a lo estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

informe de fondo, esta medida, debe ser excepcional, y se debe utilizar solo bajo la premisa de la existencia de peligros reales derivados de su colaboración con las causas penales.⁵²

Ni la excepcionalidad del uso de la figura ni la existencia de un peligro real fue probada en el curso del proceso. Por el contrario, como lo señalamos en el ESAP la utilización de estos testigos de identidad reservada es habitual en la sustanciación de juicios contra mapuches,⁵³ y no consta en ninguna parte del expediente información acerca de la situación de inseguridad o riesgo de los testigos que ofrecieron su declaración con identidad reservada contra Víctor Ancalaf, y ello se evidencia en la contestación de la demanda que hace el Estado,⁵⁴ ante este Tribunal, toda vez que la información aportada no se refiere al caso bajo análisis, no contravirtió nuestras afirmaciones, ni presentó prueba en contrario. El Estado, hizo afirmaciones generalizadas, y remitió a hechos ocurridos en el 2011, advirtiendo de la necesidad de proteger testigos, bajo el argumento de la existencia de violencia contra testigos en causas relacionadas con delitos cometidos en la Araucanía de manera general.

El uso de testigos de identidad reservada, contrario a lo señalado por el Estado, se debe evaluar en cada caso concreto,⁵⁵ y con suficientes elementos de prueba sobre la necesidad de su implementación, tal como señaló la profesora Jan Perlin en su peritaje "(...) *La necesidad de testimonio anónimo debe demostrarse, comprobando así mismo, que no existe otra alternativa para proteger la seguridad del testigo.*"⁵⁶

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, diferentes tribunales han examinado el asunto y desarrollado argumentos que permiten establecer un límite al uso de testigos de identidad reservada y equilibrar la protección de los derechos de quien testifica con los derechos del acusado y su

⁵² CIDH, Informe de Fondo N° 176/10, 5 de noviembre de 2010, párr. 240

⁵³ Human Rights Watch, *Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, Los Tribunales Militares y los Mapuche en el sur de Chile*, octubre 2004. Vol. 16, No. 5 (B), pág. 40. Disponible en: <http://www.hrw.org/es/reports/2004/10/26/indebido-proceso>.

⁵⁴ Contestación de la demanda del Estado, pág. 32

⁵⁵ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/SER.LV/II.116, Doc. 5 rev. 1, corr., 22 de octubre de 2002, párr. 233. "[D]ichas medidas deben evaluarse caso por caso, aunque siempre disponiendo que su carácter o aplicación no comprometan las garantías inderogables de los encausados a un juicio justo, incluido su derecho a la defensa (...)." Declaración rendida por el profesor Martín Scheinin ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013. "*Definitely yes. Anonymous witnesses can be used only on a case-by-case basis, when there is a real risk of retaliation, which is accepted by the court, and the court is capable of counterbalancing (...).*"

⁵⁶ Peritaje rendido por la experta Jan Perlin ante fedatario público. pág. 3

derecho de defensa.⁵⁷ Sin embargo, ha habido posiciones más radicales que establecen que nunca se deben permitir ni valorar las declaraciones de testigos de identidad reservada.⁵⁸ Bajo este supuesto, en el caso *sub judice* habría una violación automática de los derechos contenidos en la Convención Americana, de Víctor Ancaf.

De manera generalizada, los Tribunales Internacionales y Regionales de Derechos Humanos han reconocido la posibilidad de permitir bajo excepcionales circunstancias y con protecciones precisas, el uso de testigos de identidad reservada.⁵⁹ “[C]omo último recurso y siempre que cumpla con ciertos requisitos previos. Así mismo, se considera que este tipo de testimonio una vez admitido, no puede ser ni la única, ni la principal prueba implicando a una persona en la comisión de un delito. Con estas múltiples salvaguardas, se constata el reconocimiento universal de la poca calidad que tiene la prueba que no haya sido sujeto la contradicción de parte, en un sistema de justicia que se fundamenta en la contradicción como mecanismo idóneo para conocer la verdad.”⁶⁰

En razón de lo anterior, y subrayando el lugar que la garantía al debido proceso debe ocupar, en un Estado democrático, cualquier medida que restrinja el derecho de defensa, como los testigos de identidad reservada debería ser evaluado de manera estricta. En este sentido, el profesor Scheinin, señaló que *“El uso de testigos anónimos siempre provoca una cierta desventaja a la defensa, ya que el interrogatorio del testigo cuya identidad se conoce es la práctica principal. Ese obstáculo debe ser contrabalanceado por el tribunal, que debe velar por que el proceso en su conjunto sea justo.”*⁶¹

⁵⁷ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas); Corte Europea de Derechos Humanos, *Pesukic v. Switzerland*, Sentencia de 6 de diciembre de 2012, párr. 43.

⁵⁸ Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, se ha mantenido que el uso de testigos anónimos viola automáticamente el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales: Colombia*, documento de ONU CCPR/C/79/Add.76, 5 de mayo de 1997, párr. 21. “Aunque el Comité toma nota del próximo desmantelamiento del sistema judicial regional, insiste sin embargo en que ese sistema judicial, que permite la existencia de jueces sin rostro y de testigos anónimos, no está en consonancia con el artículo 14 del Pacto, y en particular los apartados b) y e) del párrafo 3, ni con la Observación General 13 (21) del Comité.”

⁵⁹ Estos incluyen, por ejemplo, el Tribunal Penal de la Ex-Yugoslavia, la Corte Penal Internacional y la Corte Europea de Derechos Humanos. Peritaje rendido por la experta Jan Perlin ante fedatario público.

⁶⁰ Peritaje rendido por la experta Jan Perlin ante fedatario público. págs. 1 y 2.

⁶¹ Declaración rendida por el profesor Martín Scheinin ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013, traducción libre. En original: “(...) Use of anonymous witness will always result in a certain handicap to the defense, because cross-examination of the witness whose identity is known is the main route. That handicap must be counterbalanced by the court, which must see to it that the trial as a whole is fair (...)”

En el mismo sentido y teniendo como base la jurisprudencia de la Corte Europea,⁶² la experta Jan Perlin señaló en su pericia que “(...) Los principios del debido proceso requieren que los intereses de la defensa se vean balanceados con los intereses de las personas que van a brindar su declaración. Este proceso se denomina *counterbalancing*.”⁶³

Así mismo la experta señaló que “El proceso de *counterbalancing* que realicen las autoridades judiciales domésticas, cuando existen declaraciones de testigos con identidad de reserva es fundamental. En este sentido, se debe permitir a la defensa el cuestionamiento a la evidencia de los testigos anónimos y poner en duda la confiabilidad de sus declaraciones.”⁶⁴ Por otra parte, señaló la perita Perlin, que aun cuando el proceso de *counterbalancing* pudiera compensar de manera suficiente la defensa de la persona acusada, no es posible que la condena se base exclusivamente o de manera decisiva en las declaraciones de testigos anónimos.⁶⁵

Contrario a los estándares internacionales y como fue probado en el curso de este proceso, expresado y ampliamente sustentado en el ESAP y en el informe de fondo de la CIDH,⁶⁶ en el marco del proceso penal contra Víctor Ancañaf las declaraciones de testigos con identidad reservada, formuladas en los cuadernos N° 3, 4 y 5, no solo fueron pruebas determinantes en la condena, sino que no existieron medidas de contrapeso para equilibrar el desbalance que ocasionó la reserva identidad de los mismos.

Estos hechos, que consideramos probados y que no han sido controvertidos por el Estado en su respuesta, constituyen una violación a las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana, lo que solicitamos sea así declarado por la Corte.

3.2 El Estado chileno es responsable por la violación al principio de inocencia y al principio de legalidad en relación con el deber de adecuar la legislación interna

Como quedo consignado en nuestro ESAP y tal como fue probado ante esta Corte, la aplicación de la Ley antiterrorista chilena -Ley 18.314- a Víctor Ancañaf configuró una violación al principio de legalidad como consecuencia de la

⁶² Corte Europea de Derechos Humanos, *Doorson v. Netherlands*, Sentencia de 26 de marzo de 1996, párr. 70.

⁶³ Peritaje rendido por la experta Jan Perlin ante fedatario público. pág. 7

⁶⁴ Peritaje rendido por la experta Jan Perlin ante fedatario público. pág. 7

⁶⁵ Peritaje rendido por la experta Jan Perlin ante fedatario público. pág. 7

⁶⁶ CIDH, Informe de Fondo N° 176/10, 5 de noviembre de 2010, párr. 249.

descripción del tipo penal contenido en dicha Ley,⁶⁷ y su aplicación, que derivó en la condena arbitraria de Víctor Ancaf.

Noción del principio de legalidad

El principio de legalidad, o *nullum crimen sine lege, nulla poena*, se encuentra recogido en diversos tratados de derechos humanos como derecho fundamental e inderogable y pilar básico del derecho penal universal, que sustenta el debido proceso y el derecho a un juicio justo penal.⁶⁸ De esta manera, hay dos principios correlativos, que fundan el principio de legalidad, estos son “*el principio irretroactividad de la ley penal y el principio de la prohibición de la analogía en materia penal.*”⁶⁹ De donde se nos permite afirmar que el enfoque de este principio es garantizar los derechos del acusado, para que no sea procesado y castigado de manera arbitraria.⁷⁰

Si bien, en muchos casos la violación del principio de legalidad tiene que ver con la irretroactividad de la ley penal, este también significa que “*(...) para criminalizar un comportamiento como ilícito penal, la conducta específica que se busca sancionar debe estar estrictamente tipificada en la ley como delito y la definición de todo delito penal debe ser precisa y libre de ambigüedad.*”⁷¹

Tal como fuera anunciado en el ESAP, los Estados, en virtud de este principio, están obligados a mantener una legislación penal sin ambigüedades, es decir, a establecer leyes en términos estrictos y unívocos, que definan con precisión las conductas consideradas delitos, tal como lo ha establecido la Corte IDH,⁷² que señaló:

“[E]n la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno

⁶⁷ Artículo 1 y Artículo 2, numeral 4, de la versión de 17 de mayo de 1984 de la Ley Antiterrorista.

⁶⁸ Peritaje rendido por el abogado Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, pág. 1.

⁶⁹ Peritaje rendido por el abogado Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, pág. 1.

⁷⁰ Peritaje rendido por el abogado Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, pág. 3, numeral 4.

⁷¹ Peritaje rendido por el abogado Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, pág. 2, numeral 2.

⁷² CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/SER.LV/II.116, Doc. 5 rev. 1, corr., 22 de octubre de 2002, párr. 225; Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros v. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 121; Corte IDH, *Caso de la Cruz Flores v. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 79; Corte IDH, *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 55.

sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad⁷³. (Subrayado fuera de texto)

Sobre el mismo aspecto, el experto Federico Andreu, indicó en su informe pericial que "(...) [A] la luz del Derecho internacional, al tipificar comportamientos como delitos en su legislación nacional, los Estados tienen la obligación de respetar escrupulosamente el principio de legalidad de los delitos (nulle crimen sine lege), el cual implica que:

- a) La definición jurídica provista por la legislación del delito (o tipo penal) debe enunciar el comportamiento ilícito de manera precisa y clara y en términos estrictos y unívocos, libres de toda ambigüedad, imprecisión y vaguedad;
- b) La definición jurídica provista por la legislación un delito (o tipo penal) debe consignar de manera estricta e inequívoca los elementos característicos de ese ilícito penal y no tipificar, bajo esa figura ilícita, otros comportamientos ilícitos de distinta naturaleza que corresponden a otros delitos o tipos penales;(...).⁷⁴

De lo anterior, podemos afirmar que es obligación de los Estados formular tipos penales de manera expresa, precisa y taxativa; usando términos estrictos y unívocos que delimiten la conducta punible de tal forma que se evite interpretaciones arbitrarias y subjetivas que atenten contra la seguridad jurídica de las personas. Estos estándares son aún más exigibles cuando estamos frente a leyes especiales, como las leyes o estatutos antiterroristas, que en general establecen un régimen agravado y de excepción.

El delito de terrorismo en el derecho internacional en relación al principio de legalidad

Desarrollar y consensuar una definición de terrorismo compatible con el derecho internacional de los derechos humanos es sin duda una tarea pendiente en el marco del derecho internacional, por que como lo señalamos en nuestro ESAP y

⁷³ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 121; Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 125.

⁷⁴ Peritaje rendido por el abogado Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, pág. 6.

como lo indicó el perito Federico Andréu⁷⁵ no existe una definición general de terrorismo, aun cuando durante los últimos años, la comunidad internacional, especialmente la Organización de Naciones Unidas ha presentado varias iniciativas y convenciones que han permitido establecer algunos elementos básicos para identificar las características del delito de terrorismo.

Si bien, los Estado están en la obligación de planear estrategias y adoptar normas, acciones y prácticas para la lucha contra el terrorismo, ello no implica que en virtud de estas puedan validarse de arbitrariedades y violaciones a los derechos humanos, pues, contrario a ello, como señalamos en nuestro ESAP, estos son el límite y pauta rectora vinculante para el Estado al momento de cumplir con su obligación de proteger a las personas de los riesgos a los que las exponen los hechos de terrorismo, y establecer así los instrumentos necesarios para su prevención, investigación y sanción.

Señalamos así mismo que la adopción de una definición adecuada de terrorismo en el ordenamiento jurídico interno es una de las expresiones más relevantes de la obligación estatal de proteger a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos. Una necesaria rigurosidad técnica excluirá la posibilidad de una aplicación tergiversada del término "terrorismo," usándolo, por ejemplo, como respuesta a reivindicaciones o movimientos sociales.

Tal como señalamos en nuestro ESAP,⁷⁶ y como lo indicaran los peritos Federico Andreu,⁷⁷ y Martín Scheinin,⁷⁸ en sus respectivas pericias, la Resolución N° 1566 de 2004 del Consejo de Seguridad de la ONU, si bien no establece una definición de terrorismo en términos estrictos, plantea una definición modelo,⁷⁹ que fue

⁷⁵ Peritaje rendido por el abogado Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, págs. 11 y 13.

⁷⁶ ESAP en representación de Víctor Ancalaf, págs. 73 y 74.

⁷⁷ Peritaje rendido por el doctor Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, pág. 18, párrs. 40 y 41.

⁷⁸ Declaración rendida por el profesor Martín Scheinin ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013. Ver también Peritaje rendido por el doctor Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, pág. 18, párrs. 40 y 41.

⁷⁹ La "Definición Modelo de terrorismo": Se entenderá por terrorismo todo acto o tentativa de acto en que:

1. *El acto:*
 - a. *Está constituido por toma de rehenes intencionada; o*
 - b. *Se proponga causar la muerte o lesiones corporales graves a una o más personas o a partes de la población; o*
 - c. *Entrañe el recurso a la violencia física con efecto mortal o contra una o más personas o partes de la población; y*
2. *El acto o la tentativa deben ejecutarse con la intención de:*
 - a. *Provocar un estado de terror entre la población en general o partes de ella; u*

retomada luego por el Relator Especial de la ONU sobre Derechos humanos y lucha contra Terrorismo en 2010,⁸⁰ para indicar los elementos mínimos que deben contener las definiciones de terrorismo en las legislaciones penales. Esto es, el elemento de *mens rea*, o elemento de intención subjetiva, o dolo, un elemento de *actus reas* o elemento objetivo, y un *elemento de legalidad*,⁸¹ que significa que el acto en cuestión haya sido definido como acto de terrorismo.

Este “modelo de definición de terrorismo,” representa un estándar importante para valorar las definiciones de las conductas terroristas que se establecen en el ámbito doméstico,⁸² y para determinar si las conductas señaladas en las legislaciones penales son conductas que se corresponden con un carácter verdaderamente terrorista o simplemente se refiere a conductas ilícitas de características comunes que no se condicen con acciones o delitos terroristas.

La Ley antiterrorista aplicada a Víctor Ancafi vulnera el principio de legalidad

b. Obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer algo o abstenerse de hacerlo;

3. El acto:

- a. Debe corresponder a la definición de delito grave contenida en la legislación nacional promulgada con el propósito de ajustarse a los convenios y protocolos internacionales relativos al terrorismo o a las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al terrorismo; o
- b. Debe contener todos los elementos de delito grave definido por la legislación nacional.”

Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Sr. Martin Scheinin – *Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo*, documento de ONU A/HRC/16/51, 22 de diciembre de 2010, párr. 28.

⁸⁰ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Sr. Martin Scheinin – *Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo*, documento de ONU A/HRC/16/51, 22 de diciembre de 2010, párr. 28.

⁸¹ Declaración rendida por el profesor Martín Scheinin ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013: “(...) *The first of one of them is the subjective intent element, or mens rea. The act is committed either to spread fear amongst the general population or segments of it, or to compel a government to do something or to refrain from doing something. The second common element in these terrorism definitions is the objective element, or actus reas. The act in question entails or is intended to cause death or serious bodily violence to innocent human beings, referred to as civilians or by-standers, or members of the general population or segments of it. The specific time of hostage-taking is covered by this general categorization, but is also often mentioned specifically as a form of terrorism. And thirdly, there is the legality element. The act in question must have been defined as a terrorist crime either in one of the existing international instruments against terrorism or in national law based on its status as a serious crime (...).*”

⁸² Peritaje rendido por el abogado Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, pág. 19

En el juicio de Víctor Ancalaf, los tribunales aplicaron la Ley Antiterrorista, Ley No. 18.314,⁸³ cuyo contenido es denunciado por violar el principio de legalidad al carecer de términos “estrictos y unívocos,” de acuerdo a lo señalado por la Corte IDH.⁸⁴ Como señalamos en nuestro ESAP, la descripción de las conductas punibles de la Ley Antiterrorista por las cuales fue condenado arbitrariamente Víctor Ancalaf, contienen expresiones imprecisas que contravienen un principio fundamental de los sistemas penales modernos: la utilización de términos rígidos para la descripción de las conductas prohibidas de modo de limitar al máximo la discrecionalidad del intérprete.⁸⁵

La incompatibilidad de la ley antiterrorista chilena con el principio de legalidad, fue advertida por el Comité de Derechos Humanos, que indicó que la Ley antiterrorista chilena es una ley sobre-inclusiva que no explica bien lo que califica y lo que no califica como delitos terroristas, y recomendó al Estado adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos.⁸⁶

En este sentido, el profesor Cancio Meliá indicó en su peritaje que:

“Si comparamos la definición en la Ley chilena con los elementos básicos de un concepto de terrorismo extraído de la fenomenología y el derecho comparado, en cuanto a fuentes de un estándar mínimo, se comprueba inmediatamente que la definición legal chilena es mucho más inclusiva, más vaga e indeterminada que el concepto general mínimo(...).”⁸⁷

De la presunción contenida Artículo 1 de la Ley Antiterrorista aplicada al caso

Como quedo probado, Víctor Ancalaf fue procesado y condenado a la pena de 5 años y un día de presidio como autor del delito terrorista establecido en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley N° 18.314, en relación con el artículo 1 del mismo texto

⁸³ Ley 18.314, Arts. 1 y 2. Reformada en octubre de 2010 por la Ley 20.467.

⁸⁴ Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 152; Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros v. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 154–55).

⁸⁵ Ver CIDH, *Informe anual 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85, 11 de febrero de 1994, Cap. IV (“Situación de los derechos humanos en varios Estados”, Perú).

⁸⁶ Ver Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales: Chile*, documento de ONU CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril de 2007, párr. 7 “Preocupa también al Comité que esta definición ha permitido que miembros de la comunidad Mapuche hayan sido acusados de terrorismo por actos de protesta o demanda social, relacionados con la defensa de los derechos sobre sus tierras.”

⁸⁷ Peritaje rendido por el Profesor Manuel Cancio Meliá ante fedatario público, el 21 de mayo de 2013, num. 38, pág. 46.

legal, además de las penas accesorias establecidas en el artículo 9 la constitución política chilena. En este sentido, nos permitimos argumentar de manera más detallada los problemas estructurales que presentan estas normas y su contradicción con el principio de legalidad, a la luz de la prueba producida.

Como lo señalamos en nuestro ESAP, el artículo 1 que se le aplicó a Ancalaf presentaba serios problemas incompatibles con los estándares internacionales y el principio de legalidad, toda vez que para definir la "finalidad terrorista", establecía 2 circunstancias diferentes y alternativas:

- La primera señalaba que se daba *por la finalidad de producir en la población o parte de ella temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados.* Inmediatamente la ley establecía una *presunción legal* respecto de esta finalidad, cuyo texto rezaba: "Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos", como fue el caso de la conducta por la que precisamente se condenó a Ancalaf.
- En segundo lugar *la calidad "terrorista" se daba por la finalidad de arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.*⁸⁸

Sobre este punto, el perito Jorge Contesse manifestó que "(...) [L]a manera como esta redactada la definición de delito terrorista en el artículo 1 de esta ley no satisface ese principio [El de legalidad]. Y no lo hace porque no existe un mandato de determinación, es decir, la Ley no determina, creo yo, de manera suficientemente específica, cuales son las conductas punibles. La ley lo que hace es entender que son delitos terroristas aquellos que se realicen con una determinada finalidad. Al establecer esa finalidad como un elemento del tipo, lo que hace es subjetivizar en extremo el tipo penal."⁸⁹

⁸⁸ La redacción vigente de los artículos 1 y 2 de la Ley, fue establecida por la reforma legislativa introducida por la Ley N° 19.027 de 24 de enero de 1991 que modifica la Ley N° 18.314. En su Mensaje al Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo justificaba la propuesta de reforma del tipo penal sosteniendo que "(...) más que una ideología, el terrorismo es un método de acción criminal al cual recurren los extremismos de derecha e izquierda, los narcotraficantes, los fanáticos religiosos, los traficantes de armas, los gobiernos totalitarios y las dictaduras." Ver *Historia de la ley N° 19.027 Modifica ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y su penalidad*. Diario Oficial 24 de enero de 1991. Mensaje de su S.E. El Presidente de la República. Fecha 11 de marzo, 1990. Cuenta en Sesión 02, Legislatura 319. Pág. 5. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30394>.

⁸⁹ Peritaje rendido por el perito Jorge Contesse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 30 de mayo de 2013.

Por otro lado, el artículo 1 establece una presunción legal que sirvió de base para la condena de Víctor Ancalaf, y que a todas luces es incompatible con el principio de legalidad y con las garantías de un juicio justo. La presunción de que existe la finalidad de sembrar el terror cuando el delito se comete mediante el uso de dispositivos incendiarios, tóxicos o de destrucción indiscriminada, tuvo el efecto de invertir la carga de la prueba en el caso de Víctor Ancalaf y en la práctica, liberó al Estado chileno de su deber de probar -con sustento en pruebas producidas respetando el principio de contradictorio- la culpabilidad del acusado.⁹⁰ Lo cual fue confirmado por el perito Scheinin, quien manifestó que “(...) *las presunciones en el derecho penal son siempre problemáticas. Quiero decir, las presunciones en perjuicio del acusado, ya que fácilmente dan lugar a la carga reversible de la prueba, que afecta la capacidad de los tribunales para condenar sólo cuando hay prueba más allá de toda duda razonable (...).*”⁹¹

Lo anterior, fue corroborado por el testigo ofrecido por el Estado, Juan Domingo Acosta, quien manifestó en su declaración ante la Corte que “(...) *Esas presunciones comprometan, en alguna medida, el principio de culpabilidad y fueron suprimidas. Por lo tanto hoy día la legislación chilena, a partir del año 2010, no contiene ninguna inferencia a nivel legal y ninguna presunción a nivel legal, de tal manera que el tribunal para poder condenar tiene que formarse la convicción de acuerdo a las reglas generales que rigen en materia procesal penal (...).*”⁹²

Sobre el mismo aspecto, el perito Cancio Meliá señaló en su informe, que esa presunción, implicaba una “*extensión irrestricta del alcance del terrorismo, al establecer la necesidad de invertir la carga de la prueba y fijar el absurdo principio de que cualquier conducta realizada con un artefacto incendiario, se consideraba, en principio, terrorista.*”⁹³

Por su parte el perito Andreu indicó que las presunciones, tal como lo habíamos referido en el ESAP,⁹⁴ riñen con el principio de inocencia, toda vez que da por

⁹⁰ Esta presunción puede considerarse contraria a la presunción de inocencia consagrada por la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁹¹ Declaración rendida por el profesor Martín Scheinin ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013. “*Presumptions in criminal law are always problematic. I mean, presumptions to the detriment of the defendant, because they easily result in the reversible burden of proof, which affects the capacity of the court to convict only when there is proof beyond reasonable doubt.*”

⁹² Declaración rendida por el testigo Juan Domingo Acosta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 29 de mayo de 2013.

⁹³ Peritaje rendido por el Profesor Manuel Cancio Meliá ante fedatario público, el 21 de mayo de 2013, pág. 48, num. 39.

⁹⁴ Ver ESAP en representación de Víctor Ancalaf, argumentos respecto del derecho contenido en el artículo 8.2 - Aylwin Oyarzún, José Antonio. *Informe en Derecho. La aplicación de la Ley N° 18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus*

probado el dolo específico por el simple hecho del uso de ciertos métodos o armas. Señala además, que ese tipo de dolo, es un elemento de la conducta ilícita que debe ser probado y no debe presumirse, y tal como está redactada en la norma analizada, pone la carga de la prueba en el acusado de demostrar que no tenía tal intención.⁹⁵

Como ya fuera argumentado en nuestro ESAP, de todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la presunción de inocencia es el principio rector que condiciona todo procedimiento penal en un Estado de Derecho, la cual es ampliamente reconocida por el derecho internacional de protección de los derechos humanos.⁹⁶

En cumplimiento y vigencia de este principio fundamental el juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer *a priori* que el acusado es culpable, lo cual reñía con la descripción del artículo 1 de la Ley 18.314, lo cual fue corroborado por el testigo Juan Domingo Acosta Sánchez, en su declaración ante la Corte, al manifestar que la presunción de terrorismo contenida en el artículo 1 resultaba claramente incompatible con la presunción de inocencia consagrada en la Convención Americana y fue la razón que llevó al Estado chileno a la modificación de esta disposición,⁹⁷ lo que reconocemos como avance.

Numeral 4 del artículo 2 de la Ley Antiterrorista, en relación con su artículo 1

El numeral 4 del artículo 2, describía la conducta que se imputo a Víctor Ancalaf en los siguientes términos: “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo o especie que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.”

Esta descripción como señalamos en el ESAP, es contraria al principio de legalidad, por la falta de determinación del alcance de los medios designados en el tipo penal, esto es, bombas o artefactos incendiarios explosivos o incendiarios de cualquier tipo, expresión que resulta claramente imprecisa y vago, y por tanto, deja al arbitrio y discrecionalidad de quien interprete y aplique la ley la potestad de

implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos. Agosto 2010. Disponible en: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_en_derecho_ley_antiterrorista_y_der_echos_humanos_rev.pdf. Pág. 10, donde se cita y transcribe una Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol del 7 de abril del 2007 en la que se establece que la presunción legal referida se encuentra en abierta contradicción con la presunción de inocencia de rango constitucional en Chile.

⁹⁵ Peritaje rendido por el doctor Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, págs. 22 y 23, num. 54.

⁹⁶ CIDH, Informe de Fondo N° 50/00, de 13 de abril de 2000, párr. 118.

⁹⁷ En octubre de 2010, el Estado chileno sancionó la ley N° 20.467, que modificó el texto original de ley Antiterrorista suprimiendo la presunción legal cuya incompatibilidad con la Convención Americana se denuncia.

decidir lo que entiende por “artefactos incendiarios o explosivos” de “cualquier tipo.” Resaltamos que esta expresión se mantiene en la ley vigente.

Así mismo, la norma descrita establece de manera amplia y vaga la expresión “*que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño*”, lo que permite calificar como terrorista actos que estarían claramente por fuera de los estándares internacionales, y especialmente fuera de la definición modelo de terrorismo planteada por el perito Scheinin y referida por el perito Andreu, toda vez que se hace especial referencia a la protección a la vida y a la integridad personal. Así lo reafirmo el profesor Scheinin en su declaración ante la Corte, al señalar enfáticamente que “*El terrorismo no debe incluir los delitos que se dirigen solamente contra la propiedad.*”⁹⁸

Finalmente, respecto de la incompatibilidad de la formulación de esta norma con el principio de legalidad, el perito Andreu, señaló en su informe, que: “[E]l artículo 2 (párrafo 4) de la Ley No. 18.314 permitiría calificar de ‘delito terrorista’ toda una serie de comportamientos relacionados con atentados a la propiedad privada o ajena, cuando tales conductas son realizadas mediante ‘artificios [...] incendiarios’ o ‘artefactos [...] incendiarios’. Así por ejemplo, bajo esta legislación, un incendio provocado por motivos de disputa entre vecinos podría ser un ‘delito terrorista’. Tal tipificación viola el principio de legalidad de los delitos al tipificar como ‘delito terrorista’ comportamientos que, aun cuando puedan constituir ilícitos penales, no reúnen la condiciones y elementos establecidos por los estándares internacionales para caracterizar el delito de terrorismo.”⁹⁹

De las penas accesorias

Tal como lo manifestamos en nuestro ESAP, a Víctor Ancalaf se le impusieron las penas accesorias contenidas en el artículo 9 de la Constitución Política de Chile, que consagra:

“Los responsables de estos delitos [de terrorismo] quedarán inhabilitados para el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.

⁹⁸ Declaración rendida por el profesor Martín Scheinin ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013, transcripción de la declaración en original. “Terrorism should not include crimes that were merely directed against property.”

⁹⁹ Peritaje rendido por el doctor Federico Andreu Guzmán ante fedatario público, el 27 de mayo de 2013, párr. 55.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley (...)."¹⁰⁰

Esta norma como quedo ampliamente explicado, consagra una censura previa incompatible con los estándares internacionales, toda vez que impide *a priori* el ejercicio del derecho de libertad de expresión de quienes son condenados por delitos terroristas. En el caso *sub judice* la aplicación de esta norma resulta de gran preocupación por la condición de Werkén de Víctor Ancalaf, y en general de los líderes mapuches a quienes se les impuso esta pena, porque tal como lo refirió el perito Contesse en su declaración ante esta Corte, las inhabilidades que señala la norma son especialmente relevantes en los casos que convoca esta audiencia, porque se generan esas inhabilidades para que las personas no puedan dirigir organizaciones políticas, sindicales, gremiales o incluso vecinales,¹⁰¹ siendo los receptores de la norma líderes mapuches, que cumplen roles de dirección y representación de sus comunidades.

La formulación de esta norma de carácter constitucional, vulnera también el principio de legalidad por la amplitud y extremo de la norma. Al respecto, el profesor Scheinin en su declaración ante esta Corte, resaltó que *"con más frecuencia, definiciones amplias y vagas terrorismo pueden ocasionar una doble penalización de los autores de delitos comunes o incluso menores. Cuando los delitos comunes se enumeran [para] potencialmente convertirse en crímenes terroristas con algunos elementos adicionales, la lista se convierte fácilmente en larga y estos clasifican un delito como un delito de terrorismo dando como resultado sanciones adicionales o accesorias."*¹⁰²

De acuerdo con lo anterior, y en concordancia con los argumentos expuestos en el Esap y la prueba que presentamos, consideramos probados los hechos y en razón de ello, la violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana, lo que solicitamos sea declarado por este Tribunal.

¹⁰⁰ Constitución Política de Chile, art. 9. El resaltado nos pertenece.

¹⁰¹ Declaración rendida por el perito Jorge Contesse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013.

¹⁰² Declaración rendida por el profesor Martín Scheinin ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013. *"Any broad or vague terrorism definition carries the risk that it stigmatizes the innocent. And in particular, oppressive regimes would do that intentionally, so that they would target through their terrorism laws, for instance, political opposition, trade unions, separatist minorities or indigenous groups. Maybe more commonly, broad and vague terrorism definitions may result in double penalization of perpetrators of ordinary or even petty crime. When ordinary crimes are listed as potentially becoming terrorist crimes with some additional elements, that list easily becomes long, and then classifying crime as a terrorist crime will result in additional or accessory penalties, maybe harsher penalties, lower procedural protections and hence compromises in relation to the right to a fair trial."*

3.3 El Estado de Chile vulneró el derecho de Víctor Ancalaf a su libertad personal como consecuencia del régimen de prisión preventiva al que fue sometido

Tal como fuera expuesto en el ESAP¹⁰³ y probado durante el trámite, el Werkén Ancalaf fue privado de su libertad el 6 de noviembre de 2002 como consecuencia del auto de procesamiento y la orden de detención librada por el 17 de octubre de ese mismo año, omitiéndose en la misma cualquier motivación concreta de la decisión tomada.

Desde ese momento y hasta el dictado de la Sentencia que condenó a Ancalaf transcurrieron 1 año y 7 meses, período durante el cual el Werkén estuvo detenido bajo el régimen de prisión preventiva. En este lapso, Ancalaf solicitó en dos oportunidades su libertad provisional. En ambas oportunidades la misma fue denegada por estimar la misma “peligrosa para la sociedad.”¹⁰⁴

El régimen aplicado a Ancalaf encontraba fundamento legal en el artículo 19, Nro. 7, letra e. de la Constitución Política de Chile vigente a la época de los hechos, que establecía:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia:

[...]

e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9°, deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple; [...].”

Cabe destacar las especificidades que resultaban de enfrentarnos a una conducta que había sido calificada de terrorista en la referencia contenida al artículo 9: la aprobación u otorgamiento de la libertad condicional debía ser unánime, modificándose la regla general de funcionamiento de los tribunales superiores en

¹⁰³ ESAP en representación de Víctor Ancalaf, punto IV.3.

¹⁰⁴ ESAP en representación de Víctor Ancalaf, punto IV. 3. Indicar fojas citadas en las nota 410, 411, 412.

Chile que aprueban decisiones por simple mayoría. En la práctica este quórum especial tornaba inviable la posibilidad real de cambiar el régimen de detención, y tal como lo refiere el Perito Fierro,¹⁰⁵ al tiempo de los hechos la Constitución establecía además que la concesión de libertad provisional siempre debía ser revisada por el tribunal superior aun cuando ninguna parte impugnara la decisión, (revisión automática en consulta)

Las casuales previstas en la Constitución Política se complementaban con el texto del Código de Procedimiento Penal:

Art. 363. (386) Sólo podrá denegarse la libertad provisional, por resolución fundada, basada en antecedentes calificados del proceso, cuando la detención o prisión sea estimada por el Juez como necesaria para el éxito de las investigaciones del sumario, o cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá que la detención o prisión preventiva es necesaria para el éxito de las investigaciones, sólo cuando el juez considerare que existe sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación, mediante conductas tales como la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el juez deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que traten, y el haber actuado en grupo o pandilla (...)." (Subrayado fuera de texto)

El auto de procesamiento jugaba un rol determinante en el sistema inquisitivo ya que su dictado necesariamente se traducía en algún tipo de afectación a la libertad personal, toda vez que el imputado quedaba sujeto a alguno de los regímenes que la afectaban: la preventiva o la libertad provisional.¹⁰⁶ Sólo excepcionalmente podía declararse la excarcelación del procesado;¹⁰⁷ en palabras del Perito Duce

¹⁰⁵ Peritaje rendido por el abogado Claudio Fierro Morales ante fedatario público el 17 de mayo de 2013. Pág. 7.

¹⁰⁶ Peritaje rendido por el profesor Mauricio Duce, ante fedatario público, el 15 de mayo de 2013. pag. 3

¹⁰⁷ Peritaje rendido por el profesor Mauricio Duce, ante fedatario público, el 15 de mayo de 2013. pag. 3 y 4

“en la práctica, la persona sometida a proceso tenía la carga de obtener la ‘excarcelación’ acreditando que no se encontraba en ninguno de los supuestos constitucionales que habilitaban al uso de la prisión preventiva (establecidos en el art. N° 7 letra e. de la Constitución y 363 del CPP Inquisitivo).”¹⁰⁸

De este modo, la prisión preventiva era utilizada con fines punitivos y no cautelares a contravía de la interpretación dada por la Corte IDH al art. 7.5, entre otros, en el caso *Palamara Iribarne*:

“En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acosado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.

La Corte estima, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, que los requisitos para que se pueda emitir un auto de procesamiento son diferentes a los exigidos para ordenar prisión preventiva, dado que esta última exige, además de un grado razonable de imputabilidad de la conducta delictiva al procesado, que la privación de la libertad sea necesaria para evitar un daño al proceso que pueda ser ocasionado por el acusado.”¹⁰⁹

La reforma del procedimiento penal en Chile y la vigencia del actual régimen acusatorio tuvieron importantes impactos en el uso de la prisión preventiva. El dictamen del profesor Duce es contundente al afirmar que aún en este nuevo contexto existen importantes niveles de automatismo en la decisión judicial respecto de la procedencia de la prisión preventiva, en particular en los casos de delitos con penas superiores a los 5 años de privación de libertad¹¹⁰ y en particular en lo que se refiere a la invocación de la causal de “peligro para la seguridad de la sociedad,” que fuera la que se aplicó al Werkén Ancalaf bajo el régimen inquisitivo, y que a la fecha -bajo un régimen acusatorio- es la causal de mayor invocación para justificar la prisión preventiva en Chile.

De acuerdo al análisis del perito Duce: *“Los tribunales entienden habitualmente que el peligro para la seguridad de la sociedad se constituiría por la concurrencia*

¹⁰⁸ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁰⁹ Corte Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 198 y 206.

¹¹⁰ Peritaje rendido por el profesor Mauricio Duce, ante fedatario público, el 15 de mayo de 2013, pag. 25

objetiva de una o algunas de las circunstancias enumeradas en los incisos tercero y cuarto del artículo 140 del CPP [...] sin necesidad de justificar en qué sentido concreto en el caso específico objeto de decisión la libertad del imputado constituiría un peligro para esa seguridad de la sociedad, por ejemplo, la posibilidad que éste tendría de fugarse o no comparecer o de reiterar conductas delictivas similares.”¹¹¹

Los datos referidos en la pericia evidencian los niveles de automatismo en la procedencia de la prisión preventiva: entre los años 2000 a 2011 fueron concedidas 9 de cada 10 solicitudes de prisión preventiva requeridas por los fiscales, considerando, en general, la sola invocación de la gravedad de la pena asignada al delito como elemento suficiente para dar por acreditada la necesidad de cautela por la causal “*peligro para la seguridad de la sociedad.*”¹¹²

La prisión preventiva es la medida más severa que puede aplicarse a un imputado y, por tanto debe ser aplicada excepcionalmente.¹¹³ Adicionalmente, las autoridades deben fundamentar debidamente la imposición de tal medida, de modo que los afectados puedan conocer la argumentación y los motivos por los cuales se les impone tal restricción al ejercicio de la libertad, y se evite de tal modo las consecuencias de una decisión arbitraria; de igual modo los jueces deben evaluar periódicamente las causas que motivaron la decisión y valorar si las mismas se mantienen.¹¹⁴

Nada de esto ocurrió en el caso del Werkén Ancalaf: la decisión que le impuso la prisión preventiva fue una consecuencia automática del auto de procesamiento -el que cabe recordar se sustentó en prueba producida bajo secreto sumarial y en violación del principio del contradictorio- y careció de la motivación necesaria amparándose en la mera referencia a la causal “peligro para la seguridad de la sociedad,” al igual que las denegatorias que a las solicitudes de revisión presentadas por Ancalaf.¹¹⁵

Queremos también llamar la atención de la Corte sobre la actualidad de esta práctica -aun bajo un procedimiento penal acusatorio como el vigente tal como fue profusamente desarrollado en la pericia del profesor Duce- por lo que consideramos de la mayor relevancia que la Corte declare la violación del derecho

¹¹¹ Peritaje rendido por el profesor Mauricio Duce, ante fedatario público, el 15 de mayo de 2013. pag. 26

¹¹² Peritaje rendido por el profesor Mauricio Duce, ante fedatario público, el 15 de mayo de 2013. Págs. 25 y 26

¹¹³ Corte IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 67.

¹¹⁴ Corte IDH, *Caso Chaparro López y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 107 y 108.

¹¹⁵ Ver expediente interno fs. 1610, 1622 y 1665 del proceso seguido contra Víctor Ancalaf.

a la libertad de Víctor Ancalaf en relación con la obligación general del Estado de respetar los derechos, y de adecuar la normativa interna en los términos de las reparaciones solicitadas.

Por lo expuesto, consideramos probados los hechos y la responsabilidad del Estado, en la violación al derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana, lo que solicitamos sea declarado por la Corte.

3.4 El Estado de Chile es responsable por la violación de los derechos políticos como consecuencia de la condena

Como se indicó en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, Ancalaf fue condenado a las penas accesorias previstas en el artículo 9 de la Constitución Política de Chile.¹¹⁶ A su vez, fue condenado por la sentencia judicial a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos.

Las penas que privan a Víctor Ancalaf de participar en la vida política del Estado, especialmente teniendo en cuenta su rol de dirigente mapuche, tiene un efecto grave. Ello por cuanto los estándares internacionales de derechos indígenas, especialmente referidos a la participación y consulta indígena, pretenden precisamente superar condiciones históricas de dominación de los Estados sobre la población indígena.¹¹⁷ Ello debiera favorecer una activa intervención de los indígenas sobre las decisiones colectiva, especialmente en relación a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, y no verse amagada por decisiones del mismo Estado que excluyan a sus miembros de la colaboración política, acentuando su marginación social.

Como se pudo apreciar en las declaraciones de Ancalaf, él tiene hondas y penetrantes convicciones sobre la discriminación de que son objeto los mapuches, la violación estructural y también cotidiana de derechos que afecta al pueblo mapuche y sus miembros en Chile, y sobre los déficit de la política estatal en materia de restitución y respeto por los territorios indígenas. Todo ese rico acervo de opiniones y perspectivas políticas, como también su larga experiencia como dirigente mapuche, no puede encontrar un cauce institucional a través de los derechos asociados a la ciudadanía y a la participación política.

¹¹⁶ Ver punto D. Esap

¹¹⁷ Como lo ha señalado Jame Anaya, "el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia". Cfr. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya Anaya, documento de ONU. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Disponible en: http://www.politicaspublicas.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf.

Son también las comunidades que él representaba quienes ven deteriorada su relación política con las autoridades estatales y consecuentemente su capacidad de participar en las decisiones públicas que les conciernen. El procesamiento y condena de Ancalaf afectó seriamente la implementación de los acuerdos alcanzados con las autoridades. La comunidad se veía disminuida en su capacidad de incidencia política al no contar con un dirigente del empuje y experiencia política de Ancalaf. A lo que hay que agregar una dimensión cultural a la afectación política en este caso. Se trata de una autoridad tradicional –*Werkén*– que responde a las condiciones y exigencias propias de la cultura mapuche y que las comunidades eligieron autónomamente, lo cual hace más violento que desde la aplicación de una sentencia judicial, ajena a la cosmovisión indígena, se imponga una suerte de ostracismo político a uno de sus dirigentes, marginándolo de la vida política e impidiendo seriamente ejercer su rol tradicional.

Lo anterior es ratificado por el peritaje presentado por el profesor Cancio Meliá quien describe las penas accesorias dispuestas por la Constitución chilena como un “*dispositivo igualador y estigmatizador*” que sin guardar relación con la gravedad de los hechos imputados, condena a las personas a “*una especie de muerte civil*”. Lo cual, como hemos visto, cobra especial gravedad respecto de grupos humanos que históricamente han sido objeto de discriminación y marginación social y política, y donde el derecho internacional precisamente ha dispuesto de un régimen reforzado de protección de sus derechos, para entre otras cosas garantizar una participación intensa de ellos en los Estados en que viven.

Por lo expuesto, y en concordancia con nuestros argumentos presentados en el Esap, consideramos probados los hechos y la responsabilidad del Estado, por la violación a los derechos políticos consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, lo que solicitamos sea declarado por la Corte.

3.5 En el presente caso, los peticionarios hemos probado que el Estado chileno vulneró el derecho a la igualdad y la garantía de no discriminación del Werkén Víctor Ancalaf Llaupe.

Con fundamento en los argumentos de hecho y derecho presentados por esta parte en el ESAP, y con base en la prueba escrita y oral presentada durante el trámite, los peticionarios consideramos probada la responsabilidad del Estado chileno por la violación al derecho a la igualdad y la garantía de no discriminación al líder mapuche Víctor Ancalaf Llaupe, toda vez que su procesamiento y condena son una expresión de la aplicación selectiva de la Ley antiterrorista chilena -Ley N° 18.314-, como respuesta del Estado a la protesta social mapuche.

El Estado en la contestación de la demanda señaló que la Ley Antiterrorista no fue “creada como consecuencia de los hechos que han sido catalogados como parte del “conflicto mapuche”, ni es una herramienta especial para reprimir sus legítimas

reivindicaciones.”¹¹⁸ Sin embargo, dicho argumento es insuficiente, y pierde validez, en tanto el resultado discriminatorio puede generarse como lo ha señalado este Tribunal de la aplicación de leyes aparentemente neutrales siempre que de su aplicación derive un impacto diferenciado y desproporcionado respecto de ciertos grupos de personas.

En particular, la Corte en su jurisprudencia ha señalado que “el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.”¹¹⁹

En este sentido, los peritos Contesse¹²⁰, Scheinnin¹²¹ y Stavenhagen coinciden en afirmar los efectos discriminatorios (discriminación indirecta) que produce la aplicación de una ley aparentemente neutral. De manera particular señalamos lo que manifestó el perito Stavenhagen “(...) *En el marco de la discriminación indirecta se incluye la noción de impacto desproporcionado de un acto estatal, incluyendo normas de apariencia neutral, pero que generan un impacto diferenciado o desproporcionado respecto de ciertos grupos de personas (...)*”¹²² y recordó los casos *Yatama vs. Nicaragua* y *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, en los que este Tribunal se pronunció sobre normas en apariencia neutral que, tuvieron precisamente un impacto diferenciado respecto de las víctimas.

En el caso analizado, y de acuerdo a los estándares internacionales, es la aplicación de la Ley Antiterrorista, lo que produce la discriminación y no la ley en si misma, toda vez que la aplicación de la norma se da como respuesta a la protesta social de un grupo diferenciado. Diversos organismos nacionales o internacionales¹²³ han reconocido la existencia de ese contexto de discriminación

¹¹⁸ Contestación de la demanda del Estado. Página 55

¹¹⁹ Corte IDH Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 28 de noviembre de 2012. Párr. 286

¹²⁰ Declaración de Jorge Contesse ante este Tribunal en la audiencia pública del caso, celebrada el 30 de mayo de 2013.

¹²¹ Declaración de Martín Scheinin ante este Tribunal en la audiencia pública del caso, celebrada el 30 de mayo de 2013.

¹²² Peritaje de Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013 numeral 6

¹²³ Ver ESAP. Stavenhagen, Rodolfo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, 17 de noviembre de 2003, párr. 40. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que expresó su: “...preocupación que la Ley Antiterrorista ha sido aplicada principalmente a miembros del pueblo mapuche, por actos ocurridos en el contexto de demandas sociales, relacionados con la reivindicación de los derechos sobre sus tierras ancestrales”. El Comité contra la Tortura también ha manifestado preocupación por la situación de los mapuche en Chile y, especialmente, por la aplicación de la

llevado adelante contra los integrantes del pueblo mapuche, entre quienes destacamos al profesor Stanvenhagen, quien manifestó en su calidad de Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en el año 2003 que: *“El denominado conflicto mapuche debe ser visto desde todos los ángulos y requiere considerar otros aspectos, no sólo el de seguridad pública. Ello ayudaría a evitar acciones contra organizaciones mapuche que resultan ser una manera de criminalizar una reivindicación legítima y de judicializar un conflicto que es esencialmente social”*¹²⁴; y en su calidad de perito en este caso: *“existen múltiples pronunciamientos que indican la existencia de un contexto de aplicación diferenciada del marco antiterrorista frente a miembros del pueblo indígena Mapuche”*¹²⁵

El Estado al responder la demanda y al ESAP negó la existencia de un sesgo discriminatorio contra el pueblo mapuche y para ello presentó a la Corte un listado de causas -anexos 7 y 8-¹²⁶, con 78 registros judiciales de hechos ocurridos entre los años 2006 a 2011, respecto de los cuales había invocado la ley antiterrorista. Sin embargo, la información aportada no es clara, ni fiable, toda vez que el contenido de las listas que presentó el Estado como dos anexos diferentes, resultaron con idéntica información. Además, de la lectura y análisis de las mismas, se desprende que de 78 casos presentados 62 corresponden a dos únicos RUC, esto quiere decir que se trata solo de dos procesos judiciales. Llama la atención también, el corte temporal que hizo el Estado en la información, que solo da cuenta de casos ocurridos con posterioridad a los hechos del presente caso.

El perito Contesse hizo referencia al informe anual del Instituto Nacional de Derechos Humanos del año 2011, que da cuenta de que entre el año 2010 y el año 2011, de 48 personas que fueron sometidas al régimen especial de la legislación que sanciona conductas terroristas, 32 o bien pertenecen al pueblo Mapuche o tienen una vinculación con este.

Ley Antiterrorista a sus integrantes, al indicar que:“(…) Al Comité le preocupan las numerosas denuncias recibidas que apuntan a una persistencia de actuaciones abusivas por parte de los agentes policiales contra integrantes de pueblos indígenas, en particular, contra miembros del pueblo mapuche. Le preocupa al Comité especialmente que entre las víctimas de esas actuaciones se encuentren mujeres, niños, niñas y personas de avanzada edad. Asimismo, el Comité también nota con preocupación que, en ocasiones, el Estado parte ha aplicado la Ley Antiterrorista contra integrantes de pueblos indígenas en relación con actos de protesta social”.

¹²⁴ Stavenhagen, Rodolfo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, 17 de noviembre de 2003, párr. 40.

¹²⁵ Peritaje rendido por el profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013

¹²⁶ Anexos de la contestación de la demanda. Anexo 7: Tabla de querellas presentadas por el Ministerio del Interior y Seguridad pública por ley antiterrorismo. Anexo 8: Listado de causas en que se ha invocado la ley antiterrorismo

Adicionalmente, y en respuesta a la solicitud de la Corte expresada durante la audiencia pública, se presenta copia de la petición realizada al Ministerio Público, con fecha 8 de abril de 2013, por el abogado Sergio Fuenzalida, en virtud de la ley sobre acceso a la información pública¹²⁷. Sin perjuicio de la insuficiencia de la respuesta a la luz del detalle de información solicitado, el Ministerio Público indica que desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, es decir, del año 2000, hay un total de 21 causas, en las que se aplicó la Ley antiterrorista, Ley 18.314. Esta representación ha verificado cada uno de los registros informados por el Estado a través de sus números RUC en la página oficial del poder judicial de Chile, concluyendo que 11 de los 21 registros corresponden a personas del pueblo mapuche¹²⁸.

Mas allá de esto, en este caso, la aplicación diferenciada de la Ley antiterrorista a los indígenas mapuches, especialmente a sus líderes, como Ancalaf, responde a un estereotipo respecto a la condición de etnia de este pueblo indígena. El estereotipo es una presunción sobre las características o atributos que se asignan a las personas que integran un grupo específico. Así mismo se presume que por el solo hecho de pertenecer a ese grupo, la persona actuara de conformidad con la visión generalizada que se tiene respecto del mismo¹²⁹.

La Corte interamericana se ha pronunciado sobre el concepto de estereotipo¹³⁰, específicamente en relación con la discriminación en razón del género, señalando que el *estereotipo* se refiere a una pre-concepción de atributos o características asociadas a categorías enteras de personas, lo que es perfectamente aplicable a casos de discriminación en razón de la etnia, como ocurrió en este caso. En este sentido el testigo Luis Rodríguez-Piñero, manifestó en su declaración haber comprobado la existencia de *“una imagen colectiva del “Mapuche-terrorista” (...) que terminó calando en la percepción de las instancias gubernativas y judiciales chilenas, y en otros operadores jurídicos”*¹³¹.

La conducción de la investigación contra Ancalaf estuvo permeada por este estereotipo, tal como se desprende de la lectura de los informes policiales,¹³² de la

¹²⁷ Ver Anexos 1 y 1 Bis

¹²⁸ No obstante esta parte quisiera llamar la atención de la Corte IDH sobre la falta de precisión y la no completitud de los registros oficiales disponibles sobre el tema.

¹²⁹ Cook Rebecca y Cusack Simona. Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales. Profamilia. Bogota. 2010

¹³⁰ Corte IDH. Caso González y otras Vs. México (Campo algodnero). Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y cotas. 16 de noviembre de 2009. Párr. 401

¹³¹ Declaración del testigo Luis Rodríguez-Piñero ante fedatario público, el 24 de mayo de 2013

¹³² Ver detalle en ESAP. Informes Policiales N° 917, N° 2505, N° 1139 y N° 134 del expediente interno

forma que se construyó y produjo la prueba, la ausencia de otras líneas de investigación, las valoraciones y escrutinio de los carabineros sobre el movimiento y activistas en el ámbito de la protesta social mapuche, y en general el prejuicio de peligrosidad, por su condición de líder mapuche, todo lo cual está detallado en el ESAP y la prueba aportada.

Sobre este aspecto, el perito Rodolfo Stavenhagen manifestó: “(...) *definitivamente la calificación de terrorista, en un contexto en el cual dicha calificación resulta discriminatoria y se relaciona precisamente con la pertenencia y/o rol de liderazgo dentro del pueblo Mapuche, tiene un impacto profundo que no se limita a la víctima individual de esa discriminación, sino a toda la comunidad de las cuales estas autoridades guían la vida política, social y espiritual*”¹³³.

El estereotipo del indígena mapuche, no solo se manifestó en el curso de la investigación sino que se reflejó en las sentencias dictadas por los tribunales nacionales como elemento determinante para la condena de los Lonkos, el Werkén y en general de los líderes y activistas mapuches.

En el caso Ancalaf, la Corte Suprema releva el contexto de los hechos en el seno del conflicto mapuche relativo a la protección de sus territorios, y señala específicamente: “los incendios (...) se encuentran circunscritos dentro del conflicto Pehuenche”¹³⁴.

En la sentencia dictada en el caso Poluco Pidenco, se lee “*Es de público conocimiento que durante el año 2001, algunas personas vinculadas o pertenecientes a la etnia mapuche, privilegiando el uso de métodos violentos para obtener sus demandas y reivindicaciones territoriales, atentaron contra personas, propiedades, instalaciones, vehículos y maquinarias de particulares y empresas instaladas en diversos sectores geográficos de la provincia de Malleco, con consecuencias negativas para la seguridad y tranquilidad pública, para la integridad física de los ciudadanos y para el progreso y desarrollo de la zona. El incendio del fundo Poluco Pidenco se inserta dentro de esta dinámica de conflicto (...).*”¹³⁵ Por otra parte, en el considerando décimo noveno, quedó consignado que: “(...)son antecedentes que en su conjunto y libremente apreciados llevan a estos sentenciadores a establecer que el incendio que afectó al fundo Poluco Pidenco el 19 de diciembre de 2001, es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor

¹³³ Peritaje rendido por el profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013. Respuesta 7 de CEJIL

¹³⁴ Sentencia de segunda instancia. Corte Suprema. 2 de agosto de 2004. Considerando décimo noveno

¹³⁵ Sentencia del tribunal de juicio oral penal de Angol. C/ José Benicio Huenchunao Mariñan y Otros. Delito: Incendio. 22 de agosto de 2004. Considerando décimo cuarto, párrafo 6.

*generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes. En efecto, el ilícito establecido en la reflexión décimo sexta, está inserto en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en la Provincia de Malleco, puesto que la mayor cantidad de sucesos y también los más violentos, han ocurrido precisamente en comunas de esta jurisdicción.*¹³⁶

En el caso de los Lonkos Pascual Pichún y Aniceto Norín, el Tribunal Oral Penal de Angol, refiere que: "(...) los ilícitos antes referidos están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la octava y novena regiones."¹³⁷ Subraya además: "(...) es un hecho público y notorio que en la zona, desde hace un tiempo a la fecha, están actuando organizaciones de hecho que usando como argumento reivindicaciones territoriales, realizan actos de violencia o incitan a ellos (...)." ¹³⁸

Al respecto, el perito Carlos del Valle Rojas, manifestó: "(...) Los razonamientos presentes en las sentencias utilizan también expresiones discursivas cuya valorativa, moral y/o política, denota la aceptación y reproducción de estereotipos que incluyen fuertes prejuicios sociales y culturales contra las comunidades mapuche (...) Se rompe el razonamiento lógico de la sentencia, desprendiendo una parte importante de la argumentación jurídica en este tipo de elementos, cargados valorativamente en contra de la parte demandada (...), sin que se desprenda de hechos probados en el proceso".

Así mismo, el perito Stavenhagen manifestó en su peritaje que: "(...) al existir un prejuicio arraigado sobre la legitimidad de dicha protesta, cualquier acto violento, aún aislado, que pudiera darse dentro de la misma, es calificado automáticamente como terrorista, y no como delito común. De esta manera, y tras evaluar el elemento étnico y la protesta social como aspectos presentes en las motivaciones de las decisiones penales que condenan a miembros del pueblo indígena Mapuche por terrorismo, no es posible distinguir entre si lo que se considera terrorismo es la protesta social del pueblo, en general, o es un acto en

¹³⁶ Ibid, Considerando décimo noveno. (Subrayado fuera del original)

¹³⁷ Sentencia de 27 de septiembre de 2003, considerando décimo tercero

¹³⁸ Ibid, considerando décimo quinto

*particular*¹³⁹.

Por todo lo anterior, queda demostrado que la aplicación de la Ley antiterrorista a Víctor Ancañaf hace parte del contexto de criminalización judicial y respuesta del Estado ante la movilización y protesta social mapuche.

Finalmente, y a modo de conclusión, queremos resaltar lo dicho por el perito Stavenhagen: “(...) *la aplicación de la ley antiterrorista contribuyó a perpetuar el prejuicio y estigma arraigado en la sociedad y en las autoridades chilenas sobre la protesta social Mapuche. Este prejuicio y estigma tiene diversas manifestaciones y no corresponde profundizar en ellas más allá del ámbito de la aplicación de la ley penal. Sin embargo, entender que ya existe ese prejuicio y estigma que, como indiqué en la sección general de estándares sobre igualdad, exigiría de parte del Estado una serie de medidas tendientes a erradicarlos en tanto afectan el ejercicio efectivo de los derechos. Es mi opinión que el ejercicio del poder punitivo mediante la ley antiterrorista, con referencias abstractas al contexto general de protesta social del pueblo como un todo para calificar una conducta como terrorista, genera precisamente el efecto contrario: constituye una forma de validación y legitimación de dichos prejuicios y estigmas y, por lo tanto, contribuye a su perpetuación*”.

Por lo expuesto, y en concordancia con nuestros argumentos presentados en el Esap, consideramos probados los hechos y la responsabilidad del Estado, por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación, en relación con la obligación general de respetar derechos, contenidos en los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana, lo que solicitamos sea declarado por la Corte.

3.6 El Estado de Chile violó el derecho a libertad de expresión:

En el presente caso se violó el derecho a la libertad de expresión de Víctor Ancañaf por aplicación del artículo 9 de la Constitución Política del Estado de Chile que dispone para los condenados por terrorismo la pena accesoria de inhabilitación por el plazo de 15 años “para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones.”

De acuerdo a la prueba rendida en la audiencia la inhabilitación constituye una afrenta especialmente intensa sobre la dimensión social de la libertad de expresión en relación al derecho de participación indígena.

Como describió Víctor Ancañaf en su declaración, y lo profundizó el perito Rodolfo Stavenhagen (pregunta 7 de CEJIL), asumir el rol de *Werkén* en la cultura mapuche implica ser el “mensajero” de las comunidades que lo designan para ese

¹³⁹ Peritaje rendido por el profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013. Respuesta 5 de la FIDH

papel. En el caso específico, incluyó representar a dichas comunidades en delicadas negociaciones con autoridades de gobierno, y en una sociedad multicultural, signada por fuertes desconfianzas mutuas como la chilena, esa labor es una tarea compleja pero al mismo tiempo central si se quiere alcanza entendimientos mutuos.

Ese rol está íntimamente ligado a la posibilidad de poder transmitir, utilizando de ser necesario los medios de comunicación social, información sobre las medidas que el Estado prevé implementar en las zonas geográficas de las comunidades, sobre el avance de eventuales negociaciones que se estén desarrollando con el gobierno (negociaciones que como relató Ancalaf se desarrollaban habitualmente antes de su detención), así como también la opinión de estas comunidades frente a estas medidas, negociaciones o cualquier asunto que sea de su interés.

La libertad de expresión por lo mismo está íntimamente vinculada con la posibilidad cierta de participación de las comunidades indígenas y de influir significativamente en las decisiones estatales susceptibles de afectarles directamente. No hay que olvidar que los derechos de participación y consulta constituyen una piedra angular del Convenio 169 de la OIT ratificado por Chile, y que en este caso la restricción a la libertad de expresión constituye un serio obstáculo para el ejercicio de esos derechos.

Asimismo, la pena impuesta a Víctor Ancalaf tiene una dimensión más global. El hecho de silenciar la perspectiva mapuche sobre las decisiones políticas globales que deben articular la relación del Estado con los pueblos indígenas, como también sobre cuestiones coyunturales en que ellos tengan protagonismo, refuerza un tipo de cultura monolítica que desconoce a los pueblos indígenas como interlocutores válidos y puede consolidar esquemas estereotipados que identifica al sujeto mapuche como portador de valores negativos "*como violento, conflictivo o flojo*," según informa el peritaje elaborado por Fabien Le Bonniec.¹⁴⁰

Por lo expuesto, y en concordancia con nuestros argumentos presentados en el Esap, consideramos probados los hechos y la responsabilidad del Estado, por la violación a la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la Convención Americana, lo que solicitamos sea declarado por la Corte.

3.7 El Estado de Chile violó el derecho a la integridad personal y a la protección de la familia de Víctor Ancalaf y sus familiares en relación con la obligación general de respetar derechos (artículos 5, 17 y 1.1. CADH)

Tal como lo señalamos en el ESAP, en el presente caso se violaron los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia de Víctor Ancalaf y sus familiares, en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos,

¹⁴⁰ Peritaje antropológico rendido por el Doctor Fabien Lebonniec, el 4 de mayo de 2013, págs. 11–13.

toda vez que el Estado está obligado a garantizar a las personas privadas de libertad un trato respetuoso y digno, que respete su integridad personal, física y psíquica, lo que incluye no solamente aquellas relativas a las infraestructuras básicas, salubridad, higiene, alimentación, cuidados médicos, entre otros, sino que como lo afirma la Comisión en reiteradas ocasiones “en razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares,”¹⁴¹ de tal manera que permita a los internos el mantenimiento de la vida familiar en la medida de lo posible, bien como los lazos personales y el equilibrio mental y psico-emocional.

Estas medidas exigen al Estado, entre otras, el encarcelamiento en lugares próximos o cercanos a la familia del detenido, la no obstrucción innecesaria de las visitas familiares al establecimiento carcelario, y la adopción de todas las providencias necesarias para asegurar que el contacto o la comunicación de los detenidos con sus familiares y personas cercanas se den “en condiciones dignas, seguras y con suficiente regularidad,”¹⁴² lo cual no garantizó el Estado en este caso, como se desprende de los hechos del caso y de las declaraciones de Víctor Ancalaf¹⁴³ y Karina Prado.¹⁴⁴

Respecto a las condiciones físicas y materiales de la detención, los peticionarios hemos afirmado que el Centro Penitenciario “El Manzano” fue denunciado por diversos organismos de derechos humanos por las condiciones indignas a las que se sometía a las personas allí alojadas. Sus informes dan cuenta de la situación de hacinamiento existente en el centro de detención y de la falta de acceso a servicios básicos esenciales como salud, alimentación e higiene que sufrían quienes se encontraban alojados allí. Entre otras cuestiones, esos informes ponen de manifiesto que, durante esos años, existía superpoblación carcelaria, falta de infraestructura básica como patios, duchas, camas o frazadas, alimentación insuficiente y deficiencias en la higiene y en la atención médica¹⁴⁵.

Sin embargo, la situación que afectó con mayor gravedad a Ancalaf y su familia fue la distancia que había entre el centro de detención y su ciudad de origen, donde estaba su comunidad y particularmente su familia. Esta lejanía implicó que

¹⁴¹ CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.LV/II, Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 576; CIDH, *Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.LV/II, Doc. 73, 13 de julio de 2011, párrs. 389-405.

¹⁴² CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.LV/II, Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 577.

¹⁴³ Declaración rendida por el señor Víctor Ancalaf, víctima del caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública celebrada el 29 de mayo de 2013.

¹⁴⁴ Declaración rendida por Karina Prado Figueroa ante fedatario público, el 17 de mayo de 2013.

¹⁴⁵ Ver ESAP B. iii

Víctor Ancalaf se viera prácticamente imposibilitado de recibir la visita y el apoyo emocional y material de sus amigos y familiares durante sus años de prisión; y que igualmente, sus hijos, hijas y su esposa se vieran privados del contacto con su padre y esposo.

Lo anterior quedó ampliamente probado ante esta Corte. Por su parte, la señora Karina Prado Figueroa, esposa de Víctor Ancalaf, al momento de los hechos, en su declaración manifestó que para visitar a su marido y padre de sus hijos, tenía que viajar desde Collipulli a Concepción con los 5 hijos, los cuales tenían entre 9 y 5 años; que el viaje tenía una duración total de 8 horas, contando con el regreso; que por la situación económica familiar, agravada por la ausencia de Víctor para ayudar en el sustento de la familia, le resultaba muy costoso el precio de los pasajes para llevar a los hijos a visitar el padre con regularidad; que no le daban prioridad por llevar los niños; que llegaba a esperar 5 horas para poder ingresar; que les pedían certificados de residencia; que le tiraban el leche de su hija menor; que no tenía privacidad.

De la declaración de Matías Ancalaf,¹⁴⁶ hijo mayor de Víctor Ancalaf, resulta también que, para ingresar a la cárcel a visitar su padre, era necesario pasar por un procedimiento largo y burocrático; que no había privacidad; que no solamente tenían que viajar hasta Concepción, sino que también la cárcel estaba lejos del terminal; que, por ello es decir, por motivos económicos y de tiempo, las visitas dejaron de ser periódicas.

Estas declaraciones resultan consistentes con las de Víctor Ancalaf ante esta Corte *"(...) el primer año, la familia me estuvo visitando periódicamente, dos veces al mes, y después de ese año ya no... las visitas ya no fueron lo mismo. (...) [S]e atribuye también al tema de la lejanía del lugar de origen, pero también tiene que ver con un tema de recursos, de dinero para pagar los pasajes, para que mi familia me fuera a ver. Y lo otro que tenía que ver también con el tema de la rigurosidad que existía al interior de la cárcel, con los allanamientos, en este caso a los familiares, a los amigos que me iban a visitar, donde muchas veces, las mujeres principalmente, fueron obligadas a mostrar la ropa interior, si llevaban algo, y eso obviamente... mucha gente que me iba a visitar después ya empezó lentamente a retirarse de la cárcel."*¹⁴⁷ Todo lo anterior, nos permite afirmar que las posibilidades de la familia de Víctor de visitarlo en la cárcel de Concepción eran realmente escasas y presentaron obstáculos difíciles de superar, y ello afectó de manera grave las relaciones familiares que mantenían.

La falta de visitas que sufrió Víctor Ancalaf durante sus más de cuatro años de prisión no sólo supuso una violación a su derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención, sino que afectó también a todos los

¹⁴⁶ Declaración rendida por Matías Ancalaf ante fedatario público, el 17 de mayo de 2013

¹⁴⁷ Declaración rendida por el señor Víctor Ancalaf, víctima del caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública celebrada el 29 de mayo de 2013.

integrantes de la familia Ancalaf quienes se vieron privados de tener contacto y sostener el vínculo con su padre y esposo.

Esta situación afectó el núcleo familiar, el bienestar de los niños y las relaciones personales interfamiliares, de diversas formas – situación que también quedó demostrada por el peritaje llevada a cabo por la Dra. Ruth Vargas, quien afirmó, en su informe de peritaje, que todos los miembros de la familia Ancalaf sufren de síntomas consistentes con estrés post traumático, *“aunque la complejidad de las experiencias no pueden ser limitadas a los síntomas debido a que la familia sufrió un estigma por su pertenencia a la cultura mapuche y por estar asociados a la condición de mapuche terroristas, circunstancias por las que fueron aislados socialmente por la comunidad, su familia y el sistema educacional.”*¹⁴⁸ Concluye también, durante las entrevistas a los hijos de la familia, que Matías Ancalaf, el hijo mayor, presenta también síntomas depresivos y desorden del sueño, a consecuencia de las experiencias relacionadas con la condena de su padre y la desarticulación familiar; y que Kalipsa y Karina presentan su desarrollo psico-emocional profundamente dañado y profundo dolor emocional con afectación del desempeño escolar.

Al respecto, queremos destacar lo que señaló la Comisión Interamericana en su informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas: *“Para las personas privadas de libertad, el apoyo de sus familiares es esencial en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el sustento material. En la mayoría de las cárceles de la región, los elementos que necesitan los presos para satisfacer sus necesidades más elementales no le son suministrados por el Estado, como debería ser, sino por sus propios familiares o por terceros. Por otro lado, a nivel emocional y psicológico, el mantenimiento del contacto familiar están importante para los reclusos, que su ausencia se considera un factor objetivo que contribuye a incrementar el riesgo de que éstos recurran al suicidio.”*¹⁴⁹

Las condiciones del encarcelamiento, la falta de relación con su familia y amigos y en general la condena como terrorista y las consecuencias derivadas de ello, afectaron profundamente a Víctor Ancalaf, tanto a nivel físico como psíquico.

La Perita Ruth Vargas afirma que Víctor Ancalaf padece, no solamente de estrés post traumático, como los demás miembros de su familia, sino también de depresión mayor; señala que su prolongado encarcelamiento lo aisló de su familia y comunidad, dándose la desarticulación de los lazos familiares y sociales. Remata con la conclusión de que *“[l]a etiología del síndrome de estrés post traumático y depresión mayor están consistentemente asociadas a los tratos humillantes y vejatorios por su condición de mapuche y vocero de comunidades*

¹⁴⁸ Peritaje rendido por la experta Ruth Vargas ante fedatario público, el 15 de mayo de 2013

¹⁴⁹ CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, OEA/Ser.LN/II, Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 578.

indígenas. El síndrome de estrés post traumático y depresión mayor en Víctor están asociados a la pérdida de control por la sumatoria de todos estos eventos altamente desestructurantes, asociados a los procedimientos judiciales. Su integridad física, psicológica y su pertenecía cultural mapuche fueron degradadas al ser categorizado y condenado con calificativo de terrorista, en juicios en los cuales se vulneró el debido proceso y en los que se sintió impotente ante el poder de los organismos del Estado.”

Por todo lo anterior, consideramos que el Estado chileno es responsable de la violación a los derechos a la protección familiar y la integridad personal de Víctor Ancalaf, Karina Prado Figueroa, Matías, América, Heriberto, Kalipsa Adelaida, Karina Rayen y Victoria Antú.

Por lo expuesto, y en concordancia con nuestros argumentos presentados en el Esap, consideramos probados los hechos y la responsabilidad del Estado, por la violación del derecho a la integridad personal, a la protección a de la familia en relación con la obligación de respetar derechos, consagrados en los artículos 5, 17 y 1.1 de la Convención Americana, lo que solicitamos sea declarado por la Corte.

3.8 El Estado de Chile violó el derecho a la Honra y la Dignidad (artículo 11 CADH)

Atendiendo a la solicitud del Juez García Sayán, desarrollamos a continuación las alegaciones que estimamos pertinentes, vinculadas con la violación de los derechos protegidos en el artículo 11 de la Convención Americana.

El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (...)” (subrayas nuestras)

Los medios masivos de comunicación o de comunicación de masas tienen un rol de conformación y reproducción de valores, normas, representaciones, pautas y modelos de comportamiento y símbolos, transmitidos de modo masivo y uniformizado. Tienen por ello una posición privilegiada, como actores políticos y sociales para la creación, divulgación y cambio de costumbres, cultura, creencias, verdades.

Los temas, la forma, el posicionamiento o la orientación de los contenidos difundidos por los medios masivos de comunicación, originan y reflejan, al mismo tiempo, las convicciones y los prejuicios de una sociedad, lo que les confiere un papel relevante de perpetuación y fomento de los estereotipos.

Así mismo, por ejemplo, cuando un periódico refiere “Mapuche provoca incendio”, cuando se trate de un autor de etnia mapuche, y “Delincuente provoca incendio” en todos los demás casos, aunque inadvertidamente, este es un discurso discriminatorio y estigmatizador. Los medios masivos de comunicación tienen la capacidad de fomentar y desarrollar el imaginario colectivo y la figura pública del delincuente, a través de un discurso que se supone (y, muchas veces, incautamente se cree) “real” y “objetivo.”

Cuando la protesta social mapuche, en general, no merece atención especial por parte de los medios masivos de comunicación, sino cuando ocurren actos de violencia, los cuales son esporádicos y no caracterizan el movimiento de protesta *per se*; cuando la información difundida relata con detalle, testigos y imágenes, estos mismos actos, pero ya no las reivindicaciones legítimas de la protesta en cuyo entorno aquellos ocurren; los medios masivos de comunicación proporcionan a los individuos Mapuche “una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un estereotipo en el imaginario colectivo (...), lo que termina fijando una imagen pública del delincuente, con componentes clasistas, racistas (...).”¹⁵⁰

La protesta social mapuche es, de este modo, deslegitimada a través de los medios de comunicación y, consecuentemente, ante la sociedad, pasando a ser asociada a un movimiento violento, ilegítimo, antidemocrático e ilegal. El individuo mapuche, delincuente o no, pasa a ser mirado con temor o sospecha por la población general y queda más expuesto a ser detenido por ser el primer sospechoso frente a un delito. Las investigaciones se focalizan en ese individuo y dejan de investigar otras posibilidades, el principio de la presunción de inocencia cae, y no solamente el individuo, sino también toda la comunidad mapuche pasa a ser asociada con terrorismo.

Es innegable que los medios masivos de comunicación fomentan la estigmatización del pueblo Mapuche, tal como invocado por los peticionarios.

La aplicación de la norma, y los argumentos argüidos por parte de las autoridades judiciales,¹⁵¹ así como las diferentes expresiones públicas de funcionarios públicos y políticos chilenos,¹⁵² en contra de las manifestaciones y protesta social ejercida por el pueblo mapuche, generaron en la sociedad un infundado y grave estigma

¹⁵⁰ Zafaroni, Eugenio Raul et al., “Selectividad y vulnerabilidad,” en Zafaroni, Eugenio Raul, *Derecho Penal: Parte General*. Ediar. Buenos Aires, 2002.

¹⁵¹ Ver ESAP en representación de Víctor Ancalaf: Las expresiones y el lenguaje utilizado por las autoridades judiciales en las sentencias de los líderes indígenas, la cual reproduce estereotipos que incluyen fuertes prejuicios sociales y culturales contra las comunidades mapuche. Declaraciones policiales insertas en los informes relativos a los mapuches y sus líderes, bien como su asociación inmediata a actos terroristas.

¹⁵² Declaración rendida por el perito Jorge Contesse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013. “El Ministro del Interior con respecto a los agrupamientos terroristas organizados en la región de la Araucanía.

frente al pueblo mapuche, haciendo que se identifique a este pueblo como comunidades terroristas, y sus acciones y movilización social como actos terroristas y no reivindicatorios de derecho como en efecto lo son. En este sentido destacamos lo manifestado por el perito Stavenhagen en su informe pericial, al referirse a los efectos estigmatizadores de la aplicación de la ley antiterrorista al manifestar que la misma “(...) contribuyó a perpetuar el prejuicio y estigma arraigado en la sociedad y en las autoridades chilenas sobre la protesta social Mapuche”.¹⁵³

En suma, de los hechos del caso y de la prueba aportada queda establecido que en este caso fue el Estado, a través de autoridades públicas, sometió a los líderes mapuches y en general al pueblo al estigma, desprecio y señalamiento público como terroristas. Al respecto, nos permitimos destacar lo manifestado por este Tribunal. “En relación con el derecho a la honra contenido en el artículo 11 de la Convención, la Corte ha señalado que el mismo ‘reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona. El Tribunal ha declarado violado ese derecho en casos en los cuales se probó que el Estado había sometido a personas o grupos de personas al odio, estigmatización, desprecio público, persecución o discriminación por medio de declaraciones públicas por parte de funcionarios públicos.”¹⁵⁴

Por lo anterior y en cuanto se considere probado por este Tribunal, y de conformidad con el principio *iura novit curia*, solicitamos se declare la violación del derecho a la honra y dignidad, consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana.

4. Reparaciones

Sobre el daño material

Consideramos que la prueba producida en la causa, sustenta las alegaciones sobre este punto reflejadas en nuestro ESAP, al que nos remitimos en mérito a la brevedad.

El procesamiento, la detención y posterior condena por actos “terroristas” del Werkén Ancalaf afectaron sustantivamente el esquema productivo familiar. Tal como fuera expuesto en el ESAP y confirmado por Ancalaf con su testimonio ante la Corte, el sustento de la familia estaba directamente relacionado con el trabajo

¹⁵³ Peritaje rendido por el profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013.

¹⁵⁴ Corte IDH, *Caso Masacres de Santo Domingo v. Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párr. 286 (destacado nuestro).

colectivo en la comunidad, “en donde desarrollábamos actividades propias de la agricultura, de la hortaliza, crianza de ganado, cerdo en menor escala.”¹⁵⁵

La privación de libertad que sufrió Ancalaf alteró de modo sustantivo esta organización. La imposibilidad de reemplazarlo en su rol productivo, toda vez que su esposa Karina debía no solo hacerse cargo del cuidado de los niños que eran pequeños sino también de intentar sostener su rol dentro de la familia y de la comunidad, atendiendo las tareas domésticas y el cuidado de la huerta. El Perito Le Bonniec expresó claramente el impacto que los procesos judiciales a los que se ha sometido a los líderes mapuche ha tenido en la familia y en la comunidad forzando cambios en el rol de la mujer mapuche que se ve obligada a asumir nuevas responsabilidades y hacerse cargo de cuestiones como los trámites judiciales, las visitas carcelarias e incluso la representación familiar en reuniones dentro o fuera de la comunidad.¹⁵⁶ Matías Ancalaf, hijo mayor, expresó en su declaración la forma en que este proceso se dio en su familia al relatar los cambios que la detención de su padre representaron en su vida cotidiana familiar: *“...había muchos momentos donde mi mamá tenía que presentar escritos y todo eso fue generando que la estabilidad económica fuera decayendo. Y después también conflictos internos con la familia de mi papá. Como mi mamá salía mucho, bueno y también es una mujer, y no participaba en los trabajos de la comunidad, obviamente la siembra de cereales que se hacía comunitaria, entonces la fueron marginando de los beneficios que se iban obteniendo [...] Nosotros comenzamos a recibir menos cosecha de lo que era, por el hecho de que mi papá no estaba acá en la comunidad y mi mamá no tenía quien le trabajara. Era una cuestión lógica no podía andar haciendo labores de hombre, trabajos de hombre siendo ella mujer. Tampoco nosotros podíamos pagar a alguien que nos trabajara. Entonces, comenzamos a recibir menos cosecha, no le daban animales. Entonces todo esto hizo decaer la situación económica de la familia.”*¹⁵⁷

Con el transcurso del tiempo la situación se tornó insostenible para la familia, al punto que Karina -mujer de Ancalaf- tuvo que abandonar el campo y refugiarse en casa de sus padres, internar a sus hijos mayores en un colegio municipal hasta que finalmente debió partir a Santiago a trabajar como empleada doméstica, y así poder enviar dinero a sus hijos en Collipulli.¹⁵⁸

En su declaración Ancalaf compartió la forma en que esta precarización de la situación financiera de la familia se reflejaba desde la perspectiva de su condición

¹⁵⁵ Declaración rendida por el señor Víctor Ancalaf, víctima del caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública celebrada el 29 de mayo de 2013.

¹⁵⁶ Peritaje antropológico rendido por el Doctor Fabien Lebonniec, el 4 de mayo de 2013, pág. 7.

¹⁵⁷ Declaración rendida por Matías Ancalaf ante fedatario público, el 17 de mayo de 2013. págs. 2 y 3.

¹⁵⁸ Declaración rendida por Karina Prado Figueroa ante fedatario público, el 17 de mayo de 2013, pág. 2.

de privado de libertad. Al ser interrogado por la frecuencia con la que era visitado en el centro de detención afirmó que *“el primer año, la familia me estuvo visitando periódicamente, dos veces al mes, y después de ese año ya no... las visitas no fueron lo mismo [...] también tiene que ver con un tema de recursos, de dinero para pagar los pasajes para que mi familia me fuera a ver [...] mi ex esposa, ella tuvo que salir a trabajar, ir a otra ciudad más grande para poder solventar los gastos de los estudios de los niños.”*

De acuerdo con lo expuesto en el ESAP -lo que no fue controvertido por el Estado- el ingreso medio anual de la familia producto de la comercialización del excedente de su producción proyectado durante el tiempo en el que Víctor Ancalaf estuvo privado de su libertad, y por tanto imposibilitado de hacerse cargo de su rol productivo, arroja una total de 43.000 dólares americanos en concepto de lucro cesante, lo que se solicita a la Corte sea reconocido en concepto de reparación por daño material.¹⁵⁹

Sobre el daño inmaterial

Las violaciones cometidas por el Estado en perjuicio de Víctor Ancalaf y su familia han generado afectaciones inmateriales que deben ser reparadas por el Estado.

De acuerdo con lo establecido por la Corte en su jurisprudencia, esta dimensión de las reparaciones comprende los sufrimientos padecidos por las víctimas del caso, así como las alteraciones -de carácter no pecuniario- en sus condiciones de existencia y en la de sus familiares.

El procesamiento y condena de Víctor Ancalaf se han traducido en un significativo malestar clínico que está aún vigente y que ha sido diagnosticado como Síndrome de Estrés Postraumático y Depresión Mayor, tal como surge del Informe Pericial Psicológico y Psicosocial elaborado por la Perita Vargas Forman.¹⁶⁰

La experiencia traumática por la que pasó Ancalaf afectó de manera determinante su proyecto de vida y el de su familia. El dictamen de la sicóloga Vargas Forman ofrece abundante información sobre este punto refiriendo la forma cómo los procesos judiciales alteraron los roles y la dinámica familiar y precarizaron en términos financieros al grupo; la condena familiar y el hostigamiento y discriminación que sufrieron los niños por la estigmatización de “terrorista” de Víctor Ancalaf, la afectación emocional por el recuerdo del trato recibido ocasión de las visitas carcelarias, son algunas de las referencias aportadas por la Perito, y en las que sustenta su contundente conclusión respecto de que *“Cada uno de los miembros de la familia ha padecido síntomas de estrés post traumático de curso crónico. Las consecuencias de este severo y prolongado estrés tienen efectos de largo plazo, los cuales menoscaban el funcionamiento físico, oral y psicológico de*

¹⁵⁹ Ver ESAP en representación de Víctor Ancalaf, parte V.2.A. Daño material.

¹⁶⁰ Informe pericial de la psicóloga Ruth Vargas Forman, acápite IX. Conclusiones, Pág. 18.

la persona y de la familia. Se entiende que el estrés sostenido en el tiempo afecta la salud física, y en este caso, la secuencia de eventos traumáticos agotó y deterioró las relaciones familiares, produciendo un quiebre en la pareja, quienes incluso recientemente han considerado el divorcio. [...] es evidente que la familia Ancalaf ha estado expuesta a trauma histórico, el cual es un trauma psico-social que reactiva las heridas del injusto trato histórico al que han sido sometidas las comunidades indígenas, cuyos derechos han sido violados por las leyes chilenas y por acciones de empresas y particulares.”¹⁶¹

Una de las principales afectaciones sufridas por el Werkén Ancalaf deriva del estigma de “terrorista” que le fuera impuesto, y el impacto que la misma ha tenido sobre la comunidad en especial por su rol de Werkén.

En su declaración ante la Corte, Ancalaf expresó claramente la huella que este tratamiento ha dejado en su persona y en su pueblo al afirmar con vehemencia: *“...yo quiero que los señores jueces entiendan que la lucha social de nuestro pueblo por los derechos colectivos del pueblo Mapuche, y que el pueblo Mapuche es un pueblo respetuoso. [...] y por lo tanto, decirles a los señores jueces de que el pueblo Mapuche no es un pueblo terrorista, que no tiene nada que ver con el tema del terrorismo... y por lo tanto, en el caso mío personal, no soy terrorista.”*

El Perito Stavenhagen también se refirió a esta dimensión del daño, al ser consultado sobre eventuales afectaciones específicas derivadas de la calificación de “terroristas” aplicada a líderes afirmando que *“definitivamente la calificación de terrorista, en un contexto en el cual dicha calificación resulta discriminatoria y se relaciona precisamente con la pertenencia y/o rol de liderazgo dentro del pueblo Mapuche, tiene un impacto profundo que no se limita a la víctima individual de esa discriminación, sino a toda la comunidad de las cuales estas autoridades guían la vida política, social y espiritual.”¹⁶²* Adicionalmente puede constatarse las dificultades que enfrentan, tanto la comunidad cuanto el propio líder, en su reinserción posterior al encarcelamiento en el Informe del Perito Le Bonniec.¹⁶³

A la luz de las alegaciones y la prueba aportada, solicitamos a la Corte que establezca el pago de una indemnización por daño inmaterial, fijada conforme criterios de equidad, en favor de Víctor Ancalaf y de Karina Ancalaf Prado y sus hijos.

En particular, respecto de los hijos e hijas de Víctor y Karina, se provea ayuda económica no reembolsable de modo que puedan costear sus estudios escolares y universitarios si así lo desean.

¹⁶¹ Informe pericial de la psicóloga Ruth Vargas Forman, acápite IX. Conclusiones, pag. 20.

¹⁶² Peritaje rendido por el profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013, respuesta a la pregunta Nro.7 de CEJIL.

¹⁶³ Peritaje antropológico rendido por el antropólogo Fabien Lebonniec, el 4 de mayo de 2013, pág. 6.

Sobre las medidas de satisfacción

Sobre la eliminación de los efectos que la condena tiene sobre Víctor Ancalaf:

Como fuera probado en la causa, el Werkén Ancalaf cumplió efectivamente con la condena de privación de la libertad que se le impusiera como consecuencia de considerarlo autor del delito establecido en el artículo 2 numeral 4 y el artículo 1 de la Ley Antiterrorista.¹⁶⁴

A la fecha aún persisten los efectos de las condenas impuestas, en particular de las penas accesorias, establecidas en la sentencia de 30 de diciembre de 2003¹⁶⁵ que señaló: “Se condena, además, a Ancalaf Llaupe a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena (...) También de conformidad con el artículo 9 de la Constitución Política de el Republica, el sentenciado Ancalaf Llaupe queda inhabilitado por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza, para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigente de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo”.

Ancalaf expresó en sus palabras el impacto cotidiano de estas condenas “yo he quedado, por ejemplo, de por vida, sin poder ejercer cargos públicos. No he podido ejercer el derecho cívico de dirigir algún directorio en una determinada empresa o, en este caso, asumir cargos en algún municipio o en cualquier otro organismo de Estado.” Tampoco ha podido votar.¹⁶⁶

Tanto el Perito Scheinin cuanto el Perito Contesse se refirieron al régimen de penas accesorias contempladas en el artículo 9 de la Constitución Política de Chile, y -en palabras de Contesse- el “ostracismo” al que se relega a las personas.

La Corte IDH ha ordenado en situaciones similares medidas de reparación dirigidas a borrar los efectos de las condenas judiciales cuando las mismas

¹⁶⁴ Sentencia del 30 de diciembre de 2003, confirmada por sentencia del 4 de junio de 2004.

¹⁶⁵ Ver ESAP acápite D.

¹⁶⁶ Declaración rendida por el señor Víctor Ancalaf, víctima del caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública celebrada el 29 de mayo de 2013.

resultan de actuaciones violatorias de los derechos humanos y ocasionan un daño actual a quienes se la impusieron.¹⁶⁷

Con base en estas alegaciones, solicitamos a la Corte IDH ordene como medida de reparación que el Estado elimine de forma inmediata todos los efectos de la condena aplicada al Werkén Ancalaf como consecuencia del proceso al que fuera sometido bajo la Ley antiterrorista, incluyendo la anulación total de los antecedentes y registros policiales, administrativos y judiciales, en particular, la eliminación de todos los efectos actuales de las penas accesorias impuestas.

Sobre la publicidad de la Sentencia y el pedido público de disculpas

Ha quedado establecido que el procesamiento y condena de Ancalaf bajo la Ley Antiterrorista y la calificación de “terrorista” con la que fue expuesto públicamente causó daños en su persona, en particular por su condición de Werkén, y en su familia y en términos generales en el Pueblo Mapuche.

El Perito Contesse expuso respecto de las afectaciones colectivas derivadas de la aplicación de la Ley Antiterrorista sobre líderes del pueblo mapuche en los siguientes términos: “(...) cuando el Estado chileno utiliza esta legislación, envía la señal de que las personas que pertenecen al pueblo Mapuche, que reivindican, que lideran las reivindicaciones sociales que el propio Estado ha calificado como legítimas son terroristas, entonces se produce necesariamente una afectación colectiva que trasciende a la persona, a su círculo cercano, y que impacta a mi juicio de manera bastante decisiva en la integridad cultural del pueblo (...)”¹⁶⁸ Adicionalmente, agregó la dimensión especial que resulta de la aplicación de la Ley a personas que son líderes, (lonkos y werkén), “que son emblemas, que son cabezas que el pueblo originario entiende son los interlocutores válidos en sus reclamaciones frente al Estado.”

La Corte ha consolidado su valoración respecto del carácter reparatorio *per se* de sus Sentencias.¹⁶⁹ Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente lo expresado por el propio Ancalaf ante la Corte: “lo que yo creo es que la reparación que debe haber,

¹⁶⁷ Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides v. Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo). Ver también, Corte IDH, *Caso Acosta Calderón v. Ecuador*, Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 165; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁶⁸ Declaración rendida por el perito Jorge Contesse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia pública celebrada el 30 de mayo de 2013.

¹⁶⁹ Corte IDH, *Caso Suárez Peralta v. Ecuador*, Sentencia de 21 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 177; Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párr. 323; Corte IDH, *Caso García y Familiares v. Guatemala*, Sentencia de 29 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 240; Corte IDH, *Caso Artavia Morilla y Otros (“Fecundación In Vitro”) v. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 323.

*tiene que ver con que el Estado reconozca que efectivamente aquí se ha cometido un error contra la demanda social del pueblo indígena, puntualmente con el pueblo mapuche, y que lo que debe hacer el Estado es reconocer y pedir disculpas, en este caso, al pueblo mapuche en particular (...)."*¹⁷⁰

De allí, que se torna pertinente y necesario que la Corte -al igual que en otros casos- ordene al Estado la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad, en los términos y modalidades solicitados por esta representación en el ESAP.

Asimismo, ordene al Estado la difusión de la Sentencia en el Diario Oficial, en el website de la Presidencia de la República, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Desarrollo Social y de la CONADI tal como fuera detallado en el ESAP.

En particular, se requiere a la Corte que ordene al Estado la difusión del resumen oficial de la Sentencia, en idioma mapudungún, a través de una emisora radial de amplia cobertura en la Novena Región, en un plazo de 6 meses posteriores al dictado de la misma, de modo de facilitar el conocimiento de la misma al pueblo Mapuche.

Sobre las garantías de no repetición

Sobre la adecuación de la normativa que regula la prisión preventiva, en particular la interpretación de la causal peligro para la seguridad de la sociedad, a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos

Tal como fuera alegado y probado Víctor Ancalaf pasó más de 1 año en régimen de prisión preventiva en violación a los estándares establecidos por el derecho interamericano de los derechos humanos. Esta situación no sólo fue consecuencia del sistema inquisitivo bajo el cual fue sustanciada la causa y el efecto en el mismo del auto de procesamiento, sino también de la forma particular en que se interpretaba que se interpretaba la causal "peligro para seguridad de la sociedad" bajo la cual se justificaba la prisión preventiva.

Este régimen que se aplicó a Ancalaf sufrió alteraciones con el cambio hacia el sistema acusatorio, sin embargo -como está es sólidamente fundado en el dictamen del Perito Duce, la forma práctica en que opera la prisión preventiva actualmente todavía no satisface el estándar interamericano por las razones expresadas en nuestras alegaciones de derecho.

Por ello, solicitamos a la Corte Interamericana, que requiera al Estado la revisión del actual régimen legal de la prisión preventiva -en tanto mantiene vigentes las mismas reglas e interpretaciones que se aplicaron al caso de Víctor Ancalaf- de

¹⁷⁰ Declaración rendida por el señor Víctor Ancalaf, víctima del caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública celebrada el 29 de mayo de 2013.

modo de hacerla compatible y consistente con los estándares del derecho interamericano de los derechos humanos. En particular, y de conformidad con las recomendaciones efectuadas por el Perito Duce se ordene la revisión de las normas constitucionales y de procedimiento penal que favorecen una aplicación amplia de la prisión preventiva, especialmente en la regulación de la causal “peligro para la seguridad de la sociedad.”

Sobre la adecuación de la Ley antiterrorista a los estándares internacionales

Como ya lo manifestamos la ley antiterrorista aplicada en el caso fue modificada en octubre de 2010,¹⁷¹ suprimiendo la presunción legal establecida en el artículo 1. Sin embargo, fuera de este avance, la reforma solo reordenó los elementos para establecer el tipo penal de terrorismo del artículo 1.

En otro sentido, la vieja finalidad alternativa del numeral 2 “que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias” se convierte en una de las formas de producir en la población o parte de ella el temor a ser víctima del delito de la misma especie.

De este modo se configura una curiosa y poco clara secuencia: el ilícito va a ser terrorista cuando tenga la finalidad de infundir temor a la población y esa finalidad se va a concretar cuando el hecho tenga la finalidad de arrancar una decisión a la autoridad. Esta secuencia en la construcción del tipo amplía su imprecisión y nos expone a una “*construcción de tipo circular*” en palabras del Perito Scheinin.

Adicionalmente la norma agregó al verbo “arrancar” el verbo “inhibir,” lo cual hizo más amplio e incierto el campo de aplicación de la figura penal. Inhibir es abstenerse de actuar, es decir, que haya querido actuar y no lo haya hecho como consecuencia de un acto que buscaba esa finalidad.

En este entendido consideramos que hay un juego de actos y finalidades que arman una secuencia que deja amplios márgenes de imprecisión y de discrecionalidad para los jueces, insatisfactorios de las exigencias del principio de legalidad.

Las características vagas y amplias de la Ley Antiterrorista en Chile, tal como fue aplicada en el caso de Víctor Ancalaf y aun la versión modificada en el año 2010 hoy vigente, continúa este patrón de violaciones, como quedó probado ante esta Corte. La naturaleza y formulación ambigua de la norma permitía y continúa permitiendo que actos que no son esencialmente terroristas, según lo establecido por el estándar internacional, sean investigados y eventualmente sancionados como tales. Así lo prueba también su aplicación a miembros del pueblo Mapuche como consecuencia del reclamo por sus derechos ancestrales, situación que nada que ver con el terrorismo.

¹⁷¹ Ley N° 20.467.

Al respecto, el perito Stavenhagen señaló en su pericia, que "(...) [L]a Ley Antiterrorista modificada, como lo ha señalado el Instituto Nacional de Derechos Humanos, mantiene normas que no solo la distancian de los estándares internacionales de derechos humanos, sino que incluso cuestionan su efectividad respecto del objetivo de recalificar los delitos imputados a los comuneros mapuche, pues no evita necesariamente la discrecionalidad en su aplicación en los casos actuales y en los que eventualmente puedan suceder."¹⁷²

De acuerdo con los argumentos expuestos y probados por esta parte, solicitamos a la Corte IDH que requiera al Estado chileno a adecuar su legislación antiterrorista con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos de modo que las normas que regulan las conductas terroristas responda y sean compatibles con el principio de legalidad y por tanto a un juicio justo.

Sobre la capacitación a integrantes del Poder Judicial, el Ministerio Público y fuerzas de seguridad

La prueba aportada en la causa, ha hecho visible la relación entre la actuación del Poder Judicial y el Ministerio Público y la respuesta discriminatoria frente a los reclamos del pueblo Mapuche por el respeto a sus derechos.

El Perito Contesse expresó en su declaración ante la Corte que "en el caso particular del pueblo Mapuche y la manera como se utiliza esta legislación, hay una falta de comprensión por parte de los operadores del sistema de justicia, particularmente, me parece a mí, en el caso del Ministerio Público, y por lo tanto, se requeriría evidentemente acciones de capacitación, de entendimiento del derecho internacional de los derechos humanos, de la forma como herramientas del derecho internacional de los derechos humanos, de la forma como herramientas penales pueden provocar impactos desproporcionados respecto de poblaciones que son vulneradas (...)."

En igual sentido se expresó el testigo Luis Rodríguez Piñero Royo quien declaró hasta qué punto la construcción estereotipada de los Mapuche "terminó calando en la percepción de las instancias gubernativas y judiciales chilenas y en otros operados jurídicos"¹⁷³ y -desde otra perspectiva- la Perita Vargas Forman, quien recomendó, a la luz del daño psicosocial diagnosticado, la sensibilización y entrenamiento de profesionales y funcionarios judiciales y policiales en aspectos asociados a interculturalidad.¹⁷⁴

¹⁷² Peritaje rendido por el profesor Rodolfo Stavenhagen ante fedatario público, el 26 de mayo de 2013, Citando al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). *Informe Anual 2010, Situación de los Derechos Humanos en Chile*. 2010. Disponible en: http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Corregido1.pdf.

¹⁷³ Declaración notarial rendida por el testigo Luis Rodríguez-Piñero Royo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de mayo de 2013, párr. 13.

¹⁷⁴ Informe pericial de la psicóloga Ruth Vargas Forman, pag. 22.

De allí la pertinencia de requerir a la Corte que ordene una medida de reparación que capacite a los integrantes de los referidos poderes -en particular jueces-zas y fiscales- en derechos humanos y derechos de los Pueblos indígenas, a partir de metodologías centradas en el estudio de casos como método para facilitar la aplicación de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos a casos concretos. Esta parte, solicita adicionalmente que la Corte requiera el involucramiento del Instituto Nacional de Derechos Humanos en el diseño e implementación de la medida peticionada, de conformidad con lo expresado en el ESAP.

Sobre el diseño e implementación de una campaña de sensibilización sobre los pueblos indígenas

Varias de las pruebas aportadas a la causa dan cuenta de la desvalorización que sufre el Pueblo Mapuche y la profundización que en la misma ha representado su estigmatización como “terrorista”.

En el dictamen del Perito Le Bonniec, se refiere la presencia en la prensa, creencias populares e incluso material escolar de un estereotipo mapuche asociado a un sujeto violento, conflictivo o flojo.¹⁷⁵ En igual sentido se expresa el testigo Rodríguez Piñero Royo al referir su experiencia personal durante sus estancias en ciudades como Temuco.¹⁷⁶

La prueba referida, confirma nuestras alegaciones respecto de la necesidad de comprender la condición histórica de desventaja en la que se encuentran los pueblos indígenas, y en particular el pueblo Mapuche, en Chile y su relación con los prejuicios y estereotipos que permean a la sociedad chilena y legitiman socialmente una respuesta punitiva frente a la protesta social legítima.

Por ello, entendemos que una manera decisiva para contribuir a “desmontar” este esquema social, es el diseño e implementación por parte del Instituto Nacional de Derechos Humanos, de una campaña nacional de sensibilización que valore la cultura Mapuche y los aportes positivos que la misma representa para la construcción de la sociedad chilena, tal como fuera detallado en nuestro ESAP.

Gastos y costas

De manera adicional a los gastos y costas señalados en nuestro ESAP, presentamos un detalle de los gastos incurridos desde la presentación del ESAP hasta la celebración de la audiencia pública en la sede de la Corte, en Costa Rica.

¹⁷⁵ Peritaje antropológico rendido por el Doctor Fabien Lebonniec, el 4 de mayo de 2013, pág. 11.

¹⁷⁶ Declaración notarial rendida por el testigo Luis Rodríguez-Piñero Royo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de mayo de 2013, Párr. 11 y siguientes.

A tal efecto, se incluye un cuadro detallado que ilustra los gastos incurrido por CEJIL en el plazo referido, los que ascienden a la suma de U\$S 17.816,77 con sus respectivos documentos probatorios.¹⁷⁷

Por lo expuesto, solicitamos a la Corte que atenta a la documentación que se anexa más la que fuera aportada en ocasión de la presentación del ESAP, se fije la cantidad de U\$S 28.716,76 en concepto de gastos, requiriendo al Estado reintegre la misma directamente a CEJIL.

PETITORIO

En base a los argumentos de hecho y derecho expuestos en el presente escrito, solicitamos a esta Corte que declare:

1. El Estado de Chile violó el principio de legalidad penal por el tipo penal de la Ley Antiterrorista aplicado a Víctor Ancañaf en relación con el deber de adecuar el derecho interno (artículos 9 y 2 CADH);
2. El Estado de Chile violó el derecho de Víctor Ancañaf a las garantías judiciales en relación con la obligación general de respetar derechos (artículo 8., 8.2. c, d, f, 8.5, 1.1. y 2 CADH);
3. El Estado de Chile violó el derecho a la libertad personal de Víctor Ancañaf en relación con el principio de inocencia y el deber general de respetar derechos y el de adecuar la normativa interna (artículo 7.1, 7.3, 7.5, 8.2, 1.1 y 2 CADH);
4. El Estado de Chile violó el derecho a la igualdad de Víctor Ancañaf en relación con la obligación general de respetar derechos (artículos 24 y 1.1 CADH)
5. El Estado de Chile violó el derecho a la libertad de expresión de Víctor Ancañaf en relación con la obligación general de respetar derechos y de adecuar la normativa interna (artículos 13, 1.1 y 2 CADH);
6. El Estado de Chile violó los derechos políticos de Víctor Ancañaf en relación con su obligación general de respetar derechos y las garantías judiciales (artículos 23 CADH, 1.1 y 8 CADH); y que
7. El Estado de Chile violó el derecho a la integridad personal y a la protección de la familia de Víctor Ancañaf y sus familiares en relación con la obligación general de respetar derechos (artículos 5,17 y 1.1. CADH)

¹⁷⁷ Ver Anexo 2

8. En virtud del principio *lura Novit Curia* que el Estado de Chile violó el derecho a la honra y dignidad, en relación con la obligación general de respetar derechos (artículos 11 y 1.1. CADH)

Como consecuencia de las violaciones atribuidas al Estado de Chile, solicitamos a la Corte ordene reparar integralmente de acuerdo a los estándares del sistema interamericano a Víctor Ancalaf, Werkén del pueblo mapuche, a su esposa y a sus hijos, y en particular ordene las siguientes medidas de reparación:

1. Establecer el pago de la indemnización por concepto daño material.¹⁷⁸
2. Establecer el pago de una indemnización por daño inmaterial, conforme a los criterios de equidad, en favor de Víctor Ancalaf y de Karina Ancalaf Prado y sus hijos.
3. Proveer ayuda económica para los estudios escolares y universitarios, a los hijos e hijas de Víctor Ancalaf.
4. Eliminar de forma inmediata todos los efectos de la sentencia penal que condeno a Werkén Ancalaf como consecuencia del proceso al que fuera sometido bajo la Ley antiterrorista, incluyendo la anulación total de los antecedentes y registros policiales, administrativos y judiciales, en particular, la eliminación de todos los efectos actuales de las penas accesorias impuestas.
5. Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad, y pedido de público de disculpas.
6. Publicar y difundir la sentencia que se dicte oportunamente tal como lo señalamos en el acápite de reparaciones.
7. Adecuar el marco normativo interno que regula la prisión preventiva, en especial la regulación de la causal "peligro para la seguridad de la sociedad", a los estándares internacionales de derechos humanos.
8. Adecuar el marco normativo interno de la legislación antiterrorista con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.
9. Capacitar a integrantes del Poder judicial, del Ministerio público y de las fuerzas de seguridad sobre el alcance y contenidos de la sentencia y los estándares de derechos humanos y derechos de los Pueblos indígenas.
10. Diseñar e implementar una campaña de sensibilización sobre los pueblos indígenas, dirigida a la sociedad en general, que rescate positivamente el aporte cultural de los pueblos indígenas en Chile.

¹⁷⁸ Ver ESAP en representación de Víctor Ancalaf, parte V.2.A. Daño material.

11. Pagar las costas y gastos legales en que se haya incurrido por la tramitación del caso tanto a nivel nacional como internacional

Sin otro particular, aprovechamos la oportunidad para reiterarle nuestras muestras de la más alta consideración y estima.



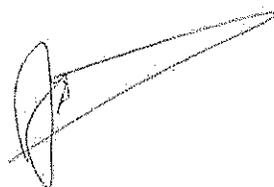
Viviana Krsticevic



Liliana Tojo



Juliana Bravo Valencia



Sergio Fuenzalida Bascuñan

**Ante la
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

*Caso Segundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo
Saravia y otros*

Vs

República de Chile

Casos No. 12.576, 12.611 y 12.612

ALEGATOS FINALES

29 de junio 2013

Presentado por

**La Federación Internacional De Derechos Humanos
FIDH**

Introducción:

Los representantes de las víctimas sometemos a consideración de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante « Corte Interamericana » , “Corte” o « CoIDH ») los presentes alegatos finales, dando desde ya por reproducidas todas las argumentaciones sostenidas por esta parte en su Escrito de Solicitudes Argumentos y Prueba, así como en los alegatos orales presentados ante esta Corte.

Consideramos que las persecuciones y condenas por terrorismo de nuestros representados constituyeron un acto de discriminación racial mediante el cual se criminalizó la protesta social de miembros del pueblo indígena mapuche, esto teniendo como efecto el amedrentamiento y la deslegitimación de la expresión de reivindicaciones mapuche de recuperación de las tierras ancestrales. Es así como la utilización de una normativa de excepción que adolece de una serie de ambigüedades y vaguedades incompatibles con el principio de legalidad facilitó la condena a penas altas por delitos de terrorismo, irrespetando los principios de proporcionalidad y las garantías del debido proceso. Las sentencias y los juicios que se llevaron a cabo en contra de nuestros representados profundizaron aún más la discriminación étnica e infringieron el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oídos por un tribunal imparcial, el principio de culpabilidad, entre otras garantías judiciales, que hemos referido en nuestro Escrito de Solicitudes Argumentos y Pruebas (en adelante “ESAP”) y alegatos orales ante la Corte, que damos por reproducidos. Todo esto también afectó la integridad personal de las víctimas, de sus familiares así como la integridad colectiva y cultural del pueblo Mapuche incluyendo las comunidades y familias de nuestros representados. Todo esto significando graves violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos (en adelante la “Convención”, la “Convención Americana” o la “CADH”).

En el presente escrito, nos referiremos a las alegaciones del Estado, a los hechos del caso y expondremos nuestros alegatos de derecho, con base en los presentados en nuestro Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de 31 de diciembre de 2011 (en adelante “ESAP”), respondiendo a las preguntas presentadas por los Jueces durante la audiencia pública, que tuvo lugar los días 29 y 30 de mayo de 2013 en la sede de la Corte. Luego, haremos referencia a las reparaciones solicitadas en el caso y realizaremos la actualización de las costas y gastos incurridos por los representantes desde la presentación del ESAP a la conclusión de la fase oral del proceso. Finalmente, formularemos un petitorio en el que se reiterarán las solicitudes realizadas en nuestro ESAP.

I. El Estado chileno violó el principio de legalidad (artículo 9 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento)

El Estado de Chile sostiene que la legislación antiterrorista (Ley 18.314) que se discute en el marco del presente caso i) es adecuada a los estándares internacionales sobre principio de legalidad, dado que cuenta con la “precisión y

determinación necesarias” y ii) coincide con las tendencias del derecho comparado en materia de tipos penales antiterroristas. Agrega el Estado que iii) la Ley 18.314 contiene elementos que también están consagrados en la legislación peruana que, en su criterio, la propia Corte consideró adecuados a la Convención Americana. El Estado considera entonces que la Corte debe declarar que los términos de la Ley 18.314 se ajustan a la Convención Americana.

A) La Ley 18.314 no se adecua a los estándares internacionales sobre el principio de legalidad en la medida en que carece de precisión y claridad, sus términos no son estrictos ni unívocos y generan ambigüedad

Antes de rebatir la afirmación del Estado en el sentido que la Ley 18.314 guarda conformidad con los estándares internacionales, conviene hacer tres precisiones: la primera tiene que ver con el contenido del principio de legalidad, la segunda con los términos de la legislación antiterrorista chilena que son objeto de cuestionamiento bajo el derecho internacional y la tercera con las contradicciones de la posición del Estado.

En cuanto a lo primero, y tal como lo recuerda el perito Federico Andreu (párr. 1 de su peritaje escrito), el principio de legalidad, además del requisito de que los delitos y las penas estén consagrados en una ley, incluye otros principios fundamentales, como el principio de ley previa, el principio de no retroactividad y el principio de certeza (ley cierta o estricta).

El objeto de nuestro cuestionamiento se centra en que el texto de la Ley 18.314 que se aplicó judicialmente en el caso de los Lonkos y en el caso Poluco Pidenzo vulnera el principio de legalidad en su dimensión de ley estricta o ley cierta.

En cuanto a la segunda precisión, si bien en el presente caso cuestionamos en general la Ley 18.314, hay apartes de la misma que no son materia de cuestionamiento. En concreto, fundamentalmente, la discusión se centra en la indeterminación, imprecisión, amplitud, falta de claridad y ambigüedad del texto del artículo 1, cuando afirma que un hecho puede constituir delito terrorista cuando “se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas”.

En cuanto a la tercera precisión, el Estado chileno en el 2006¹ presentó una propuesta de reforma de la definición de terrorismo por ser, según la motivación de la propuesta está muy amplia e incompatible con los estándares internacionales, ese mismo Estado hoy sostiene que la legislación chilena objeto de este caso coincide con el derecho internacional de los derechos humanos.

¹ Anexo 11 ESAP

El argumento del Estado según el cual la Ley 18.314 es adecuada a los estándares internacionales relativos al principio de legalidad de los delitos y las penas se basa en la referencia a algunas convenciones internacionales y en una concepción errónea del alcance de este tipo de tratados internacionales.

Chile reconoce que no existe consenso internacional sobre la definición de terrorismo, que existen varias convenciones internacionales que han abordado el tema pero que en ninguna de ellas se encuentra una definición clara y consensuada del significado de terrorismo. No obstante, el Estado menciona varias convenciones internacionales, tanto en el ámbito de la ONU, como en el de la OEA (en el ámbito de la ONU, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, la Convención Internacional contra la toma de rehenes, la Resolución 1373 de 2001 del Consejo de Seguridad y la Resolución 49/60 de 2004, y en el ámbito de la OEA, la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional Convención Interamericana contra el terrorismo), que considera como parte del estándar internacional en la materia (pág. 9 a 17).

Las convenciones que Chile cita i) establecen obligaciones para los Estados en materia de lucha contra el terrorismo (como, por ejemplo, establecer obligaciones jurídicas para combatir el terrorismo o adoptar medidas necesarias para tipificar en la legislación interna los actos a los que se refiere la respectiva convención o asegurar el enjuiciamiento de quienes participen en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo) o ii) contienen definiciones de terrorismo en ciertos ámbitos concretos (como el de la financiación del terrorismo o el de los atentados terroristas cometidos con bombas), pero no contienen, en estricto sentido, un estándar de lo que significa el principio de legalidad en su aspecto de ley cierta. En este sentido, el texto de dichas convenciones no es un parámetro de certeza para determinar si la legislación penal interna respeta o no el principio de ley cierta o estricta. En otras palabras, las convenciones citadas por Chile no constituyen el estándar internacional en relación con el principio de ley cierta.

Quienes sí han elaborado este estándar son los órganos judiciales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos o los órganos intérpretes de tratados, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y el experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (Federico Andreu, peritaje, párr. 12).

Estos órganos han establecido que el principio de ley cierta implica que los tipos penales contengan disposiciones claras y concretas (Comité de Derechos Humanos), que sean razonablemente previsibles en su aplicación y sus consecuencias (Experto independiente) y que no sean vagas, ambiguas e imprecisas (Relator de independencia de jueces y abogados).

Según lo sistematiza el perito Andreu, la tipificación de los comportamientos como delitos en su legislación interna, los Estados deben realizarla de tal forma que el comportamiento ilícito quede enunciado de manera **precisa, clara, en términos estrictos y unívocos, libres de toda ambigüedad, imprecisión y vaguedad** (Federico Andreu, peritaje, párr. 15).

El anterior estándar coincide con el fijado por esta Corte en su jurisprudencia, en el sentido que en la elaboración de los tipos penales deben utilizarse términos **estrictos y unívocos**, que **acoten claramente las conductas punibles**, lo que implica i) que la definición de la conducta incriminada debe ser **lo más clara y precisa** posible, ii) que los tipos penales deben fijar los **elementos de la conducta** que se reprocha, y iii) que los tipos penales deben permitir **deslindar** la conducta reprochada de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

Si bien es cierto, como lo indicamos, que el estándar específico de ley cierta se encuentra en las elaboraciones de las instancias judiciales y en los órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados, y no el texto de las convenciones y tratados adoptados en el ámbito de la ONU y de la OEA, ello no quiere decir que en los intentos por lograr una definición única y global de terrorismo en los órganos políticos de las Naciones Unidas no se hayan logrado avances al menos en la "descripción" (Andreu, párr. 32) del delito de terrorismo por parte del Consejo de Seguridad. En efecto, la descripción del Consejo constituye una base para definir el delito de terrorismo, según el relator Martin Scheinen (citado por Andreu).

Según la descripción del Consejo de Seguridad, el delito de terrorismo se refiere a 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, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza".

El Relator Especial, ante la ausencia de una definición única de terrorismo, ha resaltado la importancia de que en los "delitos de terrorismo" concurren tres condiciones simultáneamente: que los actos denominados terroristas se comentan i) con la intención de causar la **muerte o lesiones corporales graves**, ii) con la intención de provocar un estado de terror, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo, iii) se trate de actos que constituyan delitos definidos en las convenciones y protocolos internacionales relativos al terrorismo

De todo lo dicho resulta que los Estados, para cumplir adecuadamente con su obligación internacional de respetar el principio de legalidad en materia penal deben

tipificar en su derecho interno los delitos de terrorismo usando términos **estrictos y unívocos**, que **acoten claramente las conductas punibles**, de la manera **más clara y precisa** posible, con los **elementos de la conducta** que se reprocha, y en forma tal que se permita **deslindar** la conducta reprochada de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. A esto debe sumarse que únicamente la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves debe ser incluida como intención en los delitos de terrorismo.

Al aplicar este estándar al caso de la Ley 18-314 (en adelante « LAT » encontramos que estos criterios se desconocen seriamente.

En el artículo 1:

La legislación chilena no optó por definir el delito de terrorismo en un solo tipo penal sino que optó por elevar a delitos de terrorismo delitos ordinarios, mediante la asignación de una finalidad al cometerlos. Una de estas finalidades es producir temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie. En esta opción legislativa se encuentra un primer espacio de falta de claridad y precisión, que se presta para ambigüedad. Todos los delitos generan en las víctimas o en las sociedades donde se comenten el temor de volver a ser víctimas de delitos de la misma especie. Pienses, por ejemplo, en el caso del robo con violencia, homicidio o violación. Este aspecto del tipo penal omite establecer que la finalidad para que un delito ordinario se convierta en terrorista, debe ser provocar un estado de terror o intimidar a una población o una expresión similar, que distinga el temor que causa cualquier delito del terror que causa un delito de terrorismo. En este aspecto, no está marcada la frontera entre el delito ordinario y delito terrorista. Esto podría hacerse en cuanto al nivel de temor. La ley no estableció el **grado de temor** requerido para que una conducta pueda ser considerada como delito terrorista. Todos los delitos consagrados en el art. 2 causan algún grado de temor de ser víctimas de esos mismos delitos, pero la ley no estableció el nivel de temor necesario para que las conductas a que se refiere el artículo 2 asciendan a la categoría de conductas terroristas.

En cuanto a la "naturaleza y efecto de los medios empleados", los medios empleados para cometer actos terroristas pueden ser infinitos así como la naturaleza de dichos medios. Con esta definición ambigua, que no acota claramente la conducta, se abre la puerta a la ambigüedad y a que sea el juez el que determine si un medio empleado tiene una naturaleza "terrorista" o un "efecto" terrorista. A partir del texto no se sabe entonces cuáles son los elementos de la conducta que se reprocha penalmente como delito terrorista. De la infinidad de medios que se pueden utilizar para cometer un acto terrorista, no se precisa cuáles son los que merecen sanción.

En cuanto a la existencia de delito terrorista cuando hay un plan premeditado, esta redacción, nuevamente, no delimita la frontera entre el delito ordinario y el delito terrorista. Dado que en general, todos los delitos se cometen como consecuencia de un plan, por poco sofisticado que sea, no queda claro a partir de la norma cual es el nivel de premeditación y planeación que hace que un delito ordinario se convierta en terrorista. No se detallan las características precisas del plan, para poderlo distinguir de la planeación de delitos comunes, ni el nivel de elaboración, sofisticación o

preparación requerido para que un plan de cometer un delito común ascienda a la categoría de plan para cometer delito terrorista.

Artículo 2 de la LAT

Como demostrado en el ESAP, la aplicación de la LAT a nuestros casos ilustra la falta de claridad y precisión de los tipos penales, que en su aplicación no fueron precisados ni concretados. Por esas razón un incendio de 80 hectáreas sin efecto a personas y una amenaza a un vecino pudieron ser validado en los dos casos por la Corte Suprema como entrando en la definición de delitos terroristas, como lo detallaremos en la parte sobre discriminación.

Por tanto, el Estado de Chile es responsable por haber adoptado y aplicado una disposición legal contraria al principio de legalidad. En particular respecto de dos figuras que analizaremos:

- **Delito contemplado en el artículo 476 n° 3 del Código Penal, en relación al artículo 1 y 2.1 de la ley 18.314.**

Unido a la ambigüedad y vaguedad del tipo penal terrorista, nuestros representados fueron víctimas de la posibilidad que existe en la ley chilena de de considerar como terroristas hechos que, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, no califican como terroristas, toda vez que no significan ni daño ni amenaza a la vida o integridad de las personas, tampoco toma de rehenes, siguiendo al perito Scheinin, en cuanto a los bienes jurídicos afectados.

Al respecto, no es redundante hacer una breve referencia a la regulación del delito de incendio en el Código Penal chileno. Este expone :

“Libro 9. Del incendio y otros estragos

Art. 474. El que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte de una o más personas cuya presencia allí pudo prever, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

La misma pena se impondrá cuando del incendio no resultare muerte sino mutilación de miembro importante o lesión grave de las comprendidas en el número 1° del artículo 397.

Las penas de este artículo se aplicarán respectivamente en el grado inferior de ellas si a consecuencia de explosiones ocasionadas por incendios, resultare la muerte o lesiones graves de personas que se hallaren a cualquier distancia del lugar del siniestro.

Art. 475. Se castigará al incendiario con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

1° Cuando ejecutare el incendio en edificios, tren de ferrocarril, buque o lugar habitados o en que actualmente hubiere una o más personas, siempre que el culpable haya podido prever tal circunstancia.

2° Si lo ejecutare en buques mercantes cargados con objetos explosivos o inflamables, en buques de guerra, arsenales, astilleros, almacenes, fábricas o depósitos de pólvora o de otras sustancias explosivas o inflamables, parques de artillería, maestranzas, museos, bibliotecas, archivos, oficinas o monumentos públicos u otros lugares análogos a los enumerados.

Art. 476. Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados:

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

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

3° El que incendiare bosques, mieses, pastos, montes, cierros o plantíos.

Artículo 477.- El incendiario de objetos no comprendidos en los artículos anteriores será penado:

1.° Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el daño causado a terceros excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2.° Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el daño excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3.° Con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si el daño excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Como puede apreciarse, el Código Penal chileno contempla una regulación que va considerando de manera regresiva desde la mayor afectación a las personas, vida o integridad, a la ninguna afectación. Desde el artículo 474 del Código Penal hasta el 477 del mismo texto legal. Cuando un hecho califica para la hipótesis del 476 n°3, es porque no satisface los numerales ni artículos anteriores. Así, siempre un hecho del 476 n° 3 significa que no se ha producido daño alguno a las personas. De ahí que esta parte sostenga que esta consideración al incendio de bosques, pastos, montes, cierros o plantíos como posible delito terrorista en la legislación chilena es contraria a un delito de terrorismo, como lo indicó el perito Schienin. Lo que se une, en este caso, a la indefinición del elemento subjetivo.

B) No Coincide con las tendencias del derecho comparado en materia de tipos penales antiterroristas.

En realidad el Estado presenta de forma incompleta y errónea el derecho comparado sobre la definición de terrorismo: subrayando la existencia aquí de una referencia a daños a bienes sin explicar lo restrictiva que es en el mismo tipo penal la definición del elemento subjetivo (por ejemplo sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional) o afirmando que el elemento subjetivo de la ley chilena es similar a varios tratados de Naciones Unidas que contienen definiciones de terrorismo sin subrayar que ellas se refieren a elementos materiales relacionados exclusivamente con afectaciones a personas o mencionar que los conceptos y definiciones contenidos en tratados, cuando se refieren a delitos, requieren ser tipificados en el derecho interno, y al hacerlo, los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, deben respetar el contenido del principio de legalidad fijado por esta Corte y no únicamente el texto de los tratados. En consecuencia, el uso de expresiones genéricas e imprecisas en los tipos penales no puede justificarse en que los tratados usan esos mismos términos, pues ellos por naturaleza contienen expresiones más genéricas que las estrictas y precisas que se requieren al establecer tipos penales en el derecho interno y ninguna es tan amplia como la del derecho chileno.

El ejemplo del derecho vigente en los 27 países de la Unión europea nos parece ser un buen ejemplo de las insuficiencias de la definición de los delitos terroristas por la ley 18.314. Si bien es cierto, como lo afirma el Estado que el reglamento europeo utiliza un esquema de enumeración de delitos de derecho común que pueden en ciertas condiciones ser terroristas esas condiciones son mucho más precisas e incluyen un elemento de gravedad tanto en el efecto que pueden tener las infracciones materiales (“puedan lesionar gravemente a un país o una organización internacional”) como en el elemento subjetivo “con el fin de intimidar gravemente a una población ...”

Artículo 1

Delitos de terrorismo y derechos y principios fundamentales

1. 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).

2. La presente Decisión marco no puede tener como consecuencia la modificación de la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales sancionados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea

También hay que mencionar que fue adjuntada al proyecto de *Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo* una declaración, prueba de la preocupación que existía entre los Estados Miembros, que el delito de terrorismo pueda ser utilizado en contra de la libertad de expresión, la cual dice “*El Consejo, en su Proyecto de 2002, establece que la Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo (...) no puede interpretarse en el sentido de incriminar por motivos terroristas personas que ejercen su derecho fundamental a manifestar sus opiniones, incluso si en el curso del ejercicio de ese derecho ellos cometen delitos*”².

C) La Ley 18.314 no contiene elementos que la Corte Interamericana haya considerado ajustados a la Convención Americana respecto de la legislación antiterrorista de Perú

Según lo afirmado por el Estado chileno, dado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el artículo 2 del Decreto Ley 25475 de 1996 (expedido por el gobierno de Perú) no violaba el artículo 9 de la Convención Americana, y la ley chilena contiene elementos similares al artículo 2 del decreto peruano, la Corte debe considerar que la Ley 18.314 aplicada al Caso se ajusta a la Convención Americana.

Es cierto que la Corte Interamericana, al analizar la legislación antiterrorista de Perú, en particular, el artículo 2 del Decreto 25475, concluyó —en el marco del contexto normativo y jurisprudencial del caso García Asto y Ramírez Rojas— que dicho texto no violaba el artículo 9 de la Convención Americana. No obstante, de la anterior conclusión no se deriva que la Corte haya sostenido que el texto del artículo 2 del Decreto 25475 no era indeterminado y ambiguo, tampoco se deriva que la ley antiterrorista chilena no sea violatoria del principio de legalidad protegido convencionalmente.

Para demostrar lo anterior, a continuación haremos referencia a los pronunciamientos de la Corte Interamericana en relación con la legislación antiterrorista peruana, en particular, al contexto normativo y jurisprudencial de la sentencia del caso García Asto y Ramírez Rojas. Posteriormente compararemos las normas que el Estado chileno considera que son similares.

En el caso Cantoral Benavides, la Corte sostuvo que “las definiciones de los delitos de terrorismo y traición a la patria utilizan expresiones de **alcance indeterminado** en relación con las conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social” (negrita agregada) y que “las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria vigentes en el Estado en la época de los hechos de esta causa, **incurren en la ambigüedad** a la que acaba de hacerse referencia” (negrita agregada) (Cantoral Benavides: fondo, párrs. 155 y 157. En el párrafo 157, la Corte había citado lo establecido en el caso Castillo Petruzzi, donde había sostenido que “[l]a ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando

² Documento - Consejo de la Unión Europea - 14845/01 de 6 de Diciembre de 2001 (<http://www.statewatch.org/news/2002/jan/ter14845.pdf>)

se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad". (Castillo Petruzzi: fondo, párr. 121).

No obstante estas clara afirmaciones de la Corte sobre la indeterminación y la ambigüedad de los tipos penales de terrorismo y de traición a la patria, en el caso concreto la Corte concluyó que la norma que violaba el artículo 9 de la Convención Americana era la de traición a la patria, pues esta norma fue la que se aplicó a la víctima del caso, Luis Alberto Cantoral Benavides. En otras palabras, si la Corte no concluyó que el tipo penal de terrorismo por su indeterminación y ambigüedad violaba el principio de legalidad protegido convencionalmente fue porque no fue aplicado en el caso concreto, no porque su texto estuviera conforme con el principio de legalidad.

La sentencia de la Corte en el caso García Asto y Ramírez Rojas se produce en un momento posterior al pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú, entre otras normas, sobre el delito de terrorismo consagrado en el artículo 2 del Decreto Ley 25475. El Tribunal Constitucional, en sentencia del 3 de enero de 2003, consideró que este artículo era constitucional, y que si bien la norma contenía "márgenes de indeterminación razonables", su aplicación debía realizarse en el sentido indicado en "las pautas interpretativas"³ de la sentencia, de manera que las interpretaciones que inobserven dichas pautas vulneran el principio de legalidad. En la lógica del Tribunal Constitucional peruano, la norma sí tiene un margen de indeterminación, solo que este puede ser reducido mediante las pautas interpretativas, cuya inobservancia generaría vulneración del principio de legalidad.

La Corte Interamericana respetó el análisis del Tribunal peruano y por esta razón no encontró que en el caso concreto el artículo 2 del Decreto Ley 25475 vulnerara el artículo 9 de la Convención Americana. Dado que la Corte acogió el criterio del Tribunal peruano, debe entenderse entonces no que el texto del artículo en cuestión carece de indeterminación, sino que esta puede y debe reducirse mediante la

³

Algunas de las pautas interpretativas son las siguientes:

- i) aunque el texto de la norma no incluya referencias a la culpabilidad del sujeto, "es inconstitucional el sentido interpretativo que excluye del tipo cualquier referencia a la responsabilidad o culpabilidad del sujeto", de manera que cuando la norma se refiere al que provoca, crea o mantiene un estado de (...) debe entenderse que la norma quiso decir el que *intencionalmente* provoca, crea o mantiene un estado de (...). De manera que los jueces, bajo el artículo 2° del Decreto Ley N.° 25475, no pueden condenar a una persona por el solo hecho de que se haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos sin un análisis de su culpabilidad
- ii) "los medios típicos" deben ser interpretados restrictivamente. La frase "*cualquier otro medio*" puede suscitar, *prima facie*, algún cuestionamiento, pues individualmente considerada parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, el Tribunal precisó que debe tratarse de un medio equivalente a los "*armamentos, materia o artefactos explosivos*" con idoneidad para "*causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado*". El Tribunal Constitucional consideró que una interpretación que extienda la prohibición al uso de cualquier medio, sin consideración a su equivalencia racional con "armamentos, materias o artefactos explosivos" y su potencial referido solo a los casos de grave dañosidad, vulneraría el principio de ley estricta.
- iii) En relación con las cláusulas abiertas, una referida a los medios de transporte "de cualquier índole", y otra a "cualquier otro bien y servicio" como objeto del atentado terrorista, el Tribunal precisó que los bienes a los que se refieren deben ser bienes jurídicos penalmente tutelados. En consecuencia, la interpretación de la cláusula "*contra la seguridad de (...) vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole*" debe limitar su alcance a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación. Y la cláusula "*contra la seguridad de (...) cualquier otro bien o servicio*" debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a bienes o servicios que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en la legislación penal.

interpretación indicada por el propio Tribunal peruano. Es entonces gracias a la sentencia constitucional que la Corte, en el caso García Asto y Ramírez Rojas no declaró la vulneración del principio de legalidad protegido convencionalmente.

No es entonces exacto lo que afirma el Estado chileno, en el sentido que la norma del artículo 2 del Decreto Ley 25475 no viola el principio de legalidad. Sí lo viola, pues según el Tribunal Constitucional, la inobservancia de las pautas interpretativas vulnera el principio de legalidad. En otras palabras, el texto del artículo 2 del Decreto Ley 25475, sin pautas interpretativas, vulnera el principio de legalidad.

Resulta entonces que los artículos 2 del Decreto Ley 25475 peruano y 1 de la Ley 18.314 chilena no son comparables, pues en el primer caso hay una sentencia interpretativa de la norma y en el segundo no.

De lo expuesto resulta claro entonces que el delito básico de terrorismo del artículo 2 del Decreto Ley 25475 en su redacción original tiene un texto ambiguo e indeterminado, lo cual fue indicado por la Corte en el caso Cantoral Benavides. El Tribunal Constitucional peruano también encontró indeterminación (razonable) en esta norma, pero estableció pautas de interpretación para evitar que dicha indeterminación vulnera el principio de legalidad. A diferencia de lo sostenido por el Estado de Chile, el artículo 2 del Decreto Ley 25474 no es parámetro de determinación y exactitud ni modelo de tipo penal de terrorismo.

II. Violaciones a las garantías del debido proceso y al principio de legalidad, establecidas en los artículos 8 y 9 de la CADH, cometidas durante los procesos, juicios y sentencias en contra de Segundo Aniceto Norín Catriman, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican y José Huenchunao Mariñan

A) Testigos sin rostro o anónimos

i. Aplicación retroactiva de la ley penal menos favorable

Los testigos anónimos no existían al tiempo de ejecución de los hechos imputados a los lonkos Pichún y Norín (no olvidemos que fueron acusados por delito de incendio terrorista y "amenaza de atentado terrorista", y que fueron condenados por "amenaza terrorista").

La figura de los testigos de identidad reservada en la etapa de juicio, no tenía cabida en la Ley Antiterrorista vigente al tiempo de los hechos, pues los hechos por los que fueron condenado son del año 2001 y mediante una modificación del año 2002 se creó la figura del testigo anónimo para la etapa de juicio. Antes de dicha reforma

solo se aceptaba que se reservara la identidad del testigo durante la etapa de investigación.

La norma que creó esta figura procesal como medio de imputación utilizable en la etapa de juicio fue dictada el 31 de mayo de 2002, que modificó el artículo 15 de la Ley 18.314 (Ley Antiterrorista o Ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad).

A fin de que se entienda la evolución de esta normativa que, autoriza el uso de los testigos anónimos en los procesos por ley antiterrorista transcribiremos sus textos:

Artículo 15 vigente al tiempo de los hechos (año 2001):

“Cuando a juicio del Tribunal resulte conveniente para el éxito de la investigación mantener en secreto las declaraciones y la individualización de los testigos, de denunciante o de cualquier persona que deba comparecer en el proceso, o cuando cualquiera de dichas personas así lo requiera, el Tribunal hará contar dichos antecedentes en cuaderno separado, que tendrá carácter de confidencial y al cual tendrá acceso exclusivamente el Tribunal al cual corresponda el conocimiento y fallo de algún recurso.

Los antecedentes que obren en el referido cuaderno confidencial, deberán ser dados a conocer al inculcado o procesado para su adecuada defensa al momento de notificársele la acusación, en caso de que se pretendieren hacer valer en su contra para condenarlo”.

Artículo 16 vigente al tiempo de los hechos (año 2001):

“Las personas mencionadas en el artículo precedente podrán declarar en lugar distinto al del recinto del Tribunal y de cuya ubicación no se requerirá dejar constancia en el expediente”.

Artículo 15 después de la modificación del 31 de mayo de 2002:

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

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

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

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

c) que las diligencias que tuvieron lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto

de aquél donde funciona la fiscalía, y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.

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

Artículo 16 vigente después de la reforma de mayo de 2002:

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

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

De la sola lectura de las normas precedentes es fácil constatar que al tiempo de los hechos por los que fueron condenados los lonkos Pichún y Norín, la figura de los testigos de identidad reservada solo se aceptaba en la etapa de investigación, pero no en la de juicio.

Al tiempo de los hechos, la Ley Antiterrorista no se había ajustado a la reforma procesal penal que comenzó a operar en Chile desde el año 2000, en dos regiones del país. Una de estas regiones fue la IX región o región de la Araucanía (en el cual tenía jurisdicción el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que juzgó a los lonkos). Así fue que con la reforma del año 2002 a la Ley Antiterrorista entre otras cosas se extendió la utilización de los testigos anónimos a la etapa de juicio oral, y fue esa modificación la que se aplicó en forma retroactiva.

La **aplicación retroactiva de la ley penal menos favorable** constituye *per se* una violación al debido proceso reconocida sin discusión tanto en Chile como en el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Una garantía mínima del debido proceso es la contemplada en el artículo 8.1 de la Convención Americana, que dispone:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

La norma procesal penal que permitía los testigos anónimos en el juicio, no vigente al tiempo de los hechos, fue aplicada en contra de los lonkos Pichún y Norín, sin perjuicio de haberse solicitado por dicho motivo su no aplicación. Se vulneraron así estándares mínimos que impiden la aplicación retroactiva de la ley penal menos favorable.

Jamás en la historia de Chile, ni siquiera en dictadura, se habían utilizado testigos sin rostro o anónimos, es cierto, que en el antiguo sistema penal se permitían testigos de identidad reservada, pero solo en la etapa de instrucción, y luego en el plenario o etapa de contradicción, esa identidad era obligatoriamente revelada. A lo menos, así lo indicaba el texto legal, sin perjuicio de la aplicación práctica que a la normativa se le haya dado en cada caso concreto.

ii) Regulación irracional de los testigos anónimos en la Ley Antiterrorista chilena

Hemos planteado que no creemos que la institución de los testigos de identidad reservada constituya siempre una violación del debido proceso. Parece razonable sostener que cumplidos ciertos estándares mínimos esta figura pueda utilizarse, sin embargo, lo que no es admisible es la forma y regulación que tiene en Chile.

Planteamos esto porque en Chile:

- **Una sentencia condenatoria puede basarse únicamente o en forma determinante en la deposición de uno o más testigos anónimos**, como ocurrió con el Lonko Pichún. De la propia sentencia resulta claro que la única imputación directa es al de este testigo sin rostro.

Esto emana del propio texto de la sentencia:

“DECIMO SEXTO: *Que, inculpan al acusado Pascual Pichún, por su responsabilidad de autor en el delito de amenazas a los dueños y administrador del Fundo Nanchahue los siguientes antecedentes:*

Testigo protegido N° 1, *expuso que a mediados de noviembre de 2001 viajó a Traiguén junto a Pascual Pichún quien aceptó llevarlo en su camioneta. En el trayecto éste le contó que venía de donde Agustín Figueroa, pero el viejo no le quiso vender unos trozos y agregó “pero igual le voy a quemar el bosque y el chalet”, hecho que no comentó con nadie...*

DECIMO OCTAVO: *Que, para convicción del Tribunal y valorando con libertad los elementos de juicio precitados, forzoso es concluir que a los acusados Pichún y Norín les ha cabido una participación y responsabilidad de autores en la comisión de los delitos de amenazas terroristas en perjuicio del administrador y propietarios del Fundo Nanchahue y de los dueños del Fundo San Gregorio, respectivamente, por haber participado en su ejecución de una manera inmediata y directa, como lo señala el artículo 15 N° 1° del Código Penal, desestimándose de esta forma la absolución solicitada por su defensa.*

En efecto, inculpan a Segundo Norín el testimonio de tres testigos presenciales ...

En relación a Pascual Pichún lo inculpan en forma directa el testigo protegido numero 1°, *con quién se ufanó de que iba a quemar el predio, se agrega el conocimiento indirecto que tuvieron Rafael Inzunza, Juan Figueroa Elgueta y Juan Figueroa Yávar, quienes por el dicho de sus trabajadores tomaron conocimiento de estas amenazas. Se suma la carta firmada por Pichún, que contiene una amenaza encubierta sino se acceden a sus demandas, la que no registra fecha de*

expedición...".

En estos considerandos se aprecia que la valoración del testimonio del testigo anónimo fue clave al momento de fundamenta la condena contra el lonko Pichún. Si se realiza un proceso de supresión mental hipotética, fácil es concluir que sin el testimonio anónimo, no se le habría condenado.

- **No se considera en la legislación chilena su uso como una cuestión de última ratio o de carácter excepcional.**

Del texto de los artículos 15 y 16 de la Ley Antiterrorista resulta claro que ni antes de sus modificaciones ni hoy se imponen requisitos de gravedad que autoricen su utilización.

No existe la obligación de comprobar la existencia de un peligro concreto para el testigo o sus cercanos. Y una argumentación que atienda solo a la gravedad del delito no aporta nada, pues siempre el delito terrorista debe ser uno de la mayor gravedad, y en consecuencia se estaría frente a una argumentación circular.

El Estado pretende justificar su utilización señalando que el testigo que declaró contra el lonko fue víctima de un delito. Lo que oculta en su informe, ni explicitó en sus alegatos es que el hecho del que fue víctima ocurrió 9 años después de su declaración.

Tampoco aportó ningún antecedente que lleve razonablemente a concluir que el hecho acaecido nueve años después de su declaración es consecuencia de haber declarado contra el lonko Pichún. Más bien nos encontramos frente a una falacia, aquella denominada "*post hoc ergo propter hoc*" por la cual se considera que porque un hecho ocurre después que otro, el primero es causa del segundo.

Descaradamente se intenta hacer creer a la Honorable Corte que como el testigo anónimo que declaró contra el Lonko Pichún, fue víctima de un delito ocurrido nueve años después, necesariamente, la causa de ese delito es la venganza por haber declarado contra el Lonko. Es una falacia, porque no existe ningún antecedente, ni ningún argumento o elemento aportado por el Estado que permita llegar a tal conclusión. Recurre al componente racial cuando usa tal argumentación contra mapuches acusados de terrorismo, pero no la usa contra los no mapuche acusados de delitos incluso más graves, pues significaría que cada que un testigo de cargo es víctima de un delito, necesariamente la causa de ese delito sería su testimonio, lo que constituye un absurdo.

- **En la ley antiterrorista no existe ninguna mención a los principios de necesidad estricta, proporcionalidad y no discriminación. Esta falta de establecimiento de criterios estrictos para su utilización abre una vez más la puerta de la arbitrariedad.**

Hemos señalado que parece razonable estimar que el derecho de las partes, particularmente del acusado a interrogar a los testigos en forma pública, en ciertas ocasiones puede ser restringido, considerando el deber de proteger otros derechos que también deben ser protegidos por el Estado.

Resulta evidente que, para que la limitación a este derecho sea legítima, ella deberá sujetarse a estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos, y no bastará simplemente invocar por parte del órgano persecutor que, el delito investigado es grave, sino que resulta necesario el respeto estricto del principio de proporcionalidad y además, debe ser estrictamente necesario su uso.

Para aceptar que se viole el principio de igualdad de armas, la legislación chilena deberá ajustarse a los estándares internacionales de derechos humanos que hacen tolerable la utilización de este tipo de testimonios, y no deberá seguir siendo suficiente la mera invocación de un peligro abstracto o argumentos que dicen algo así como que: porque un testigo una vez declaró contra un mapuche acusado de terrorismo, fue víctima de un delito, todos los testigos que declaren contra mapuches acusados de terrorismo, deberán declarar bajo reserva de identidad en el futuro.

Es importante señalar como en Chile el uso de estos testigos contra gente mapuche ha llevado a que el Estado no utilice las otras formas de protección de testigos de que dispone, y simplemente, opte por obviar la protección, pues el testigo anónimo, si es realmente anónimo no requiere protección. Estos testigos no fueron la última *ratio* contra los lonkos, sino más bien la primera.

Es tal la evidencia de que el Estado no considera el peligro concreto para la utilización de estos testigos, que cuando justifica en su informe su uso, no hace referencias al peligro concreto del caso, sino que argumenta en base a otros casos, y cuando ello ocurre, es evidente que se hace referencia a un peligro abstracto.

Creemos que la falta de criterios en la ley (y en la jurisprudencia) para el uso de testigos de identidad reservada abre la puerta a la arbitrariedad. No cualquier temor es suficiente para justificar el anonimato del testigo, y el peligro serio y real para el testigo o sus cercanos debe demostrarse razonablemente al menos, y no debe bastar la sola mención de la posibilidad del mismo.

- **No existe en la ley antiterrorista la posibilidad de apelar la decisión que autoriza la utilización de los testigos de identidad reservada.**

No resulta razonable que una decisión de tal gravedad no pueda ser revisada por el Tribunal superior (Corte de Apelaciones), pues cuando el Tribunal de Garantía acepta la utilización de estos testimonios por parte del Ministerio Público, de *facto* no tiene obligación de fundar su decisión, pues como no puede ser revisada por un tribunal superior no puede ser anulada o revocada por dicho motivo.

Esta falta de un adecuado control judicial se agrava porque la utilización de esta ley no está sujeta a control judicial, es decir, en Chile la utilización de la Ley Antiterrorista es una decisión arbitraria y unilateral de la Fiscalía y no está sujeta a ninguna forma de control por el Poder Judicial. Es ella quien libremente decide hacer

uso de este marco legislativo y todas sus consecuencias. El único momento en que el Poder Judicial se pronunciará será cuando dicte la sentencia definitiva, la que podrá establecer que los hechos que se investigaron conforme a la Ley Antiterrorista, no son delitos o no son delitos terroristas, pero para ese momento, todo el proceso (incluyendo el uso de testigos anónimos) se habrá hecho conforme a esta Ley.

- **Cuando el Estado afirma que no existe ningún perjuicio en el contra-interrogatorio, nos encontramos ante una argumentación evidentemente errada.**

No existe forma alguna de demostrar que la declaración de un testigo anónimo está fundada en un interés privado o sentimiento de hostilidad o venganza, o que se funda en el prejuicio o en una percepción equivocada. La posibilidad de sacar esto a la luz se torna casi nula.

En el juicio contra los Lonkos después de varios minutos de contrainterrogatorio y ante la evidente sordera del testigo de identidad reservada, un defensor hábilmente preguntó al testigo anónimo, si es que estaba usando algún audifono, y respondió que sí, y allí se descubrió que le había sido facilitado solo unos días antes por la propia Fiscalía, pero esta información había sido ocultada tanto a la defensa como al Tribunal Oral.

Es una cuestión seriamente incontrovertible que desconocer la identidad del testigo de cargo constituye una enorme desventaja para la defensa, pues el examen efectivo del testigo se ve seriamente mermado, porque en tal caso no existe forma de conocer información alguna que diga relación con la motivación del testigo y tampoco se conoce la forma en que el testigo llegó a conocer los hechos.

Siempre existe la posibilidad de que el testimonio tenga fundamentos que van más allá del solo animo de colaborar con la justicia, algunos de los cuales podrán ser lícitos y otros ilícitos, como por ejemplo el prejuicio, un sentimiento de hostilidad con el acusado, una errada percepción de la realidad, un interés particular privado, incluso el ánimo de lucro. Todo esto, solo puede ser eventualmente demostrado conociendo la identidad del testigo, pues será la única forma de demostrar que miente o que está equivocado.

Como todos estos perjuicios son ciertos, aun cuando el Estado de Chile los niegue, es tan relevante que en Chile, si es que van a tolerarse estos testigos, es necesario que se cumplan todos los estándares que el derecho internacional de los derechos humanos exige para que ellos puedan ser aceptados y utilizados.

- **En relación a la afirmación del Estado de Chile de que los abogados de la defensa en el juicio contra los lonkos sí conocían la identidad de los testigos anónimos.**

Esta afirmación es errada o falsa. La defensa del lonko Norín compuesta por los abogados Pablo Ortega y Jaime Madariaga se negó a conocer la identidad de los testigos anónimos, y lo hizo porque el Tribunal Oral además de la información,

imponía la prohibición de comunicar la identidad de los mismos a los defendidos y a cualquier persona.

Es obvio que entregar un nombre, sea cual sea este, a un abogado, y prohibirle al mismo tiempo que dicho nombre pueda salir de su fuero interno, constituye un absurdo. De nada sirven palabras que no pueden expresarse a otro para conocer efectivamente de qué persona se trata e intentar averiguar las motivaciones de su testimonio entre otras cosas.

Lo anterior no constituyó más que un intento del Tribunal Oral en lo Penal por blanquear de una manera burda el uso de los testigos anónimos, pero no puede admitirse seriamente como argumentación para afirmar que las defensas sí conocían la identidad de los mismos, tanto porque no es verdad en forma alguna respecto de la defensa de uno de los lonkos y porque es una verdad a medias respecto de ambos, desde que solo era un nombre que no podía ser dicho a nadie en el mundo.

- **El Estado en su contestación afirma que la reforma a la Ley Antiterrorista ahora autoriza que estos testigos puedan ser contra-interrogados, pero la verdad es que siempre pudieron serlo. En este aspecto no ha habido ningún cambio real con la reforma del año 2010.**

Se agregó un inciso al artículo 18 de la Ley 18.314 que señala:

“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 contra interrogarlo 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. Lo expuesto en este inciso se aplicará a quien se encuentre en el caso del artículo 9°.”

Lo cierto es que los testigos anónimos siempre pudieron ser contra-interrogados, y por lo tanto, ello no ha significado ninguna modificación sustantiva a la ley. Los testigos anónimos que declararon contra los lonkos sí fueron contra-interrogados por las defensas, pero con una venda en los ojos de las mismas, y esa venda no se ha removido en forma alguna. Se usó un biombo para ocultar a la víctima, pero también se pudo utilizar una venda en los ojos de las defensas.

- **El testigo de identidad reservada puede recibir dinero por atestiguar.**

Es obvio que la provisión de recursos económicos puede alentar a testigos que concurren con el interés de obtener estas ventajas o movidos con ánimos de venganza o animadversión, lo que se acrecienta con el anonimato, y con el aseguramiento de la impunidad del falso testimonio.

La norma que permite esto está contemplada en el artículo 19 de la Ley 18.314:

*“Las medidas de protección antes descritas podrán ir acompañadas, en caso de ser estrictamente necesario, de medidas complementarias, tal como la **provisión de los recursos económicos** suficientes para el cambio de domicilio u otra que se estime idónea en función del caso.”*

Los recursos económicos pueden ser para cambiar domicilio, lo que parece razonable, sino que otra vez se abre una puerta a la arbitrariedad, pues se indica que los dineros también pueden ser para usados cualquier otra medida, bastando que se estime idónea. Y esa calificación de idoneidad solo la hace el Ministerio Público.

- **En nuestro concepto la cuestión más grave del uso de estos testigos de identidad reservada en esta Ley es que se trata de testigos que no tienen la obligación jurídica de decir la verdad. Ellos solo tienen una obligación moral.**

La obligación jurídica de decir la verdad que pesa sobre cualquier testigo emana de la sanción penal que se impone por el falso testimonio. Es esta contrapartida a la mentira o falso testimonio lo que la sociedad ha considerado un contrapeso suficiente para obligar al testigo a que no mienta, y es eso lo que asegura un debido proceso en toda legislación.

No es imaginable un debido proceso penal en el que testigo puede mentir impunemente. Si el testigo que miente no puede ser perseguido penalmente, pues la ley le asegura la reserva de su identidad para siempre, sin excepción, resulta obvio que la persecución penal del falso testimonio es imposible.

Esto es especialmente relevante pues es obvio que don Pascual Pichún sabía quien era el testigo de identidad reservada, y no podía menos que saberlo, pues éste en su declaración señaló que trabajó para él reparando un tractor y agregó que vivió en su casa en un período de tiempo que determinó expresamente.

Entonces la pregunta es por qué ocultar la identidad del testigo del cual ya se conoce su identidad, y la respuesta no puede ser otra que la de asegurarle la impunidad de su falso testimonio. Y todo agravado por lo que dice el considerando 33º de la sentencia que, negó el alzamiento de la prohibición de revelar la identidad del testigo protegido N° 1 que declaró contra el Lonko Pichún, para iniciar acciones legales en su contra por el delito de falso testimonio.

Así se demuestra que la utilización de estos testigos anónimos, de los que sí se sabe realmente su identidad, no es más que una estrategia para asegurarles que puedan mentir impunemente, pues no existe ningún otro fundamento racional que permita encontrar una razón para mantener el ocultamiento de su identidad. Lo cierto es que si el Estado no les asegurara la impunidad de su falso testimonio, no declararían, o si lo hicieran es razonable pensar que no mentirían.

B) Derecho a recurrir del fallo

Esta alegación se está efectúa por esta representación en relación al llamado Caso Poluco Pidenco, que afecta a las víctimas, representadas por esta parte, José Huenchunao, Jaime Marileo, Juan Patricio Marileo y Juan Ciriraco Millacheo.

Dispone el Artículo 8 del Pacto de San José: Garantías Judiciales.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

i) ANALISIS PREVIO.⁴

Violación de las garantías del debido proceso. Art. 8 CADH: Con fundamento en el informe de fondo No. 176/10 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha de 5 de noviembre de 2010⁵, se estableció que en estos tres casos sometidos a su conocimiento, existe una vulneración de las garantías consagradas en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana, en perjuicio de los peticionarios.

En dicho informe y más concretamente en el apartado III relativo a las posiciones de las partes, los peticionarios alegan diversas violaciones a la Convención Americana, dentro de las cuales es menester recalcar la que hacer referencia a **la violación de las garantías judiciales**. Dentro de todo el universo de hechos que tutela el artículo 8 de la convención y que se conoce como derecho al "debido proceso legal", evidenciamos que en los casos abordados se discuten el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, el uso de testigos de identidad reservada, el doble enjuiciamiento penal, el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, imparcial e independiente y el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.⁶ Ratificamos nuestra demanda en orden a que se establezcan las precitadas violaciones al debido proceso.

Sin embargo, en esta parte sólo será desarrollada la disposición 8.2.h (CADH), relativa al derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Cabe resaltar, que el análisis se fundamentará en jurisprudencia de tribunales internacionales como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en dictámenes del Comité de Derechos Humanos y en jurisprudencia nacional del Tribunal Constitucional Español. A su vez, se hará una breve referencia a la doctrina especializada, la cual ha desarrollado conceptualmente este derecho, pues las discusiones que surgen del mismo tienen una gran relevancia jurídica a nivel internacional.

Se relacionará a su vez el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (8.2.h CADH), con el art. 25 de la CADH concerniente a la protección judicial y más concretamente a las calidades o características que deben poseer los mecanismos o recursos de acceso al aparato de justicia, como un instrumento integral. Por último, se concretarán las reflexiones realizadas, al caso que nos ocupa, dentro del

⁴ Sobre la base de análisis aportado por Carlos Mejías

⁵ CIDH, Informe No. 176/10 (fondo), Aniceto Norin Catrیمان, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, Chile, 5 noviembre de 2010. Pág. 2.

⁶ CIDH, Informe No. 176/10 (fondo), Aniceto Norin Catrیمان, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, Chile, 5 noviembre de 2010. Pág 7 – 16. "(...) *Los peticionarios han planteado a la Comisión numerosos alegatos referentes a la violación de sus derechos y garantías procesales bajo los artículos 8 y 9 de la Convención Americana. De dichos alegatos, la Comisión estima relevante pronunciarse sobre tres puntos, a saber: i) Las condenas a la luz de principio de responsabilidad penal individual y la presunción de inocencia; ii) El derecho a la defensa y la utilización de testigos de identidad reservada; iii) El derecho a recurrir del fallo; iv) El derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial; y v) La prohibición de doble enjuiciamiento. (...)*"

marco normativo Chileno, para establecer los fundamentos de la vulneración del Artículo 8.2.h. de la Convención Americana.

El derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, es una garantía que está desarrollada por múltiples instrumentos internacionales. En el Sistema interamericano de protección de derechos humanos, se encuentra contemplada en el Artículo 8.2.h (CADH), que establece: “(...) durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Este artículo está relacionado con el artículo 25 del mismo instrumento, lo que permite colegir que dicho recurso judicial debe ser efectivo, sencillo y rápido para amparar los derechos de las personas.⁷ Lo anterior implica que no solo basta con la existencia formal del recurso, sino que este debe ser integral y eficaz para que se cumpla con lo contenido en la Convención Americana.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en el artículo 14.5 determina de manera más concreta que *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”*⁸ En esta disposición, se configura un ámbito de aplicación específico del derecho y este consiste en que lo que es sometido al tribunal o juez superior es la sentencia condenatoria y la pena. A su vez el artículo 2.3.a del Pacto, hace alusión al carácter efectivo que debe tener el recurso, para garantizar los derechos contenidos en el Pacto, cuando estos hubiesen sido vulnerados por personas en ejercicio de sus funciones oficiales.⁹ Por su parte, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también estipula el derecho al recurso judicial efectivo.¹⁰

Además de que la garantía de apelar el fallo ante un juez o tribunal superior, está contenida en el Sistema Interamericano y el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, en el sistema Europeo se hace mención implícitamente de la misma, en el artículo 6.1., cuando establece: *“toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial (...)”*¹¹. Aunque no se hace una referencia expresa de esta garantía como en los instrumentos citados previamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante su desarrollo jurisprudencial, ha interpretado e incorporado el mismo dentro del término de “causa equitativa”, como lo contempla la sentencia *García Hernández c. España*.¹²

⁷ Convención Americana Sobre derechos humanos CADH (Pacto de San José), OEA, 22 de noviembre de 1969, Artículo 25: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP. ONU, 23 de marzo de 1976. Artículo 14.5

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP. ONU, 23 de marzo de 1976. Artículo 2.3.a

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, ONU. 10 de diciembre de 1948.

¹¹ Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales CEDH. CE, 4 de noviembre de 1950.

¹² Sentencia *García Hernández c. España*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera) 16 de noviembre de 2010, Asunto no. 15256 /07: “ (...) el tribunal declaró que cuando una instancia de apelación es llamada a conocer de un asunto de hecho y de derecho y a estudiar en conjunto la

Desarrollo jurisprudencial y doctrinal del derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.

El derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, es un tema que ha sido ampliamente debatido tanto en el sistema interamericano, como en los sistemas Europeo y universal de protección de derechos humanos. A su vez ha sido un tópico que se ha desarrollado cabalmente por la academia de manera doctrinal, lo cual permitirá un análisis desde diversas perspectivas para sustentar las conclusiones acerca de la violación de este derecho por parte del Estado de Chile.

ii) Análisis jurisprudencial

La fuente principal de interpretación del derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, han sido los desarrollos jurisprudenciales de los diversos Tribunales y Cortes internacionales. Dichas corporaciones, han fijado en sus decisiones el alcance de dicha disposición, el análisis que se debe realizar frente a la misma y las implicaciones que trae consigo. En el presente estudio, se analizarán fallos judiciales tanto del Sistema Interamericano, como de los ámbitos Europeo y Universal de protección de los Derechos Humanos.

iii) Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos

En el sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, una de las decisiones judiciales más importantes en la fundamentación de la garantía de revisión del fallo por un tribunal superior es el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004. Este caso llega a conocimiento de la Comisión Interamericana y posteriormente de la Corte Interamericana de Derechos humanos, debido a que el Estado de Costa Rica emite una sentencia penal condenatoria en contra de Mauricio Herrera y Fernán Vargas, por cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, como consecuencia de una publicación de un artículo periodístico.¹³

En dicho caso se argumenta la vulneración del derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior, ya que a raíz de la sentencia condenatoria en contra de los periodistas, se interpuso un recurso de casación que no cumplía con el requisito de ser amplio e integral, con el fin de analizar la totalidad de las cuestiones debatidas por el tribunal inferior. Además de esto, en dicha providencia judicial la Corte establece que este recurso debe ser accesible, sin mayores complejidades, además de amplio e integral. La Corte declara que el Estado de Costa Rica vulneró la disposición 8.2.h de la CADH¹⁴

Otro caso en el cual se declara la transgresión del derecho previsto en el Art. 8.2.h

cuestión de la culpabilidad e inocencia, no puede por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin apreciación directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado (...)" "el Tribunal estableció que una audiencia se revelaba necesaria cuando la jurisdicción de apelación «efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera», situándose así más allá de las consideraciones estrictamente de derecho. En tales casos, se imponía una audiencia antes de llegar a unjuicio sobre la culpabilidad del demandante (...)"

¹³ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. CIDH. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas) Sentencia de 2 de junio de 2004. Parr.2

¹⁴ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. CIDH. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas) Sentencia de 2 de junio de 2004 Párr. 164 - 167

de la CADH, es el de *Mohamed Vs. Argentina*, del 23 de noviembre de 2012.¹⁵ En este pronunciamiento, la Corte establece la responsabilidad internacional del Estado de Argentina por la violación de este derecho en perjuicio de Oscar Mohamed. Esto debido a que el peticionario fue condenado por el delito de homicidio culposo por un tribunal de segunda instancia, después de revocar el fallo absolutorio del Juzgado nacional en lo correccional No. 3. Ante el fallo de segunda instancia, se interpone un recurso extraordinario federal, el cual es desestimado por la Sala primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal. De manera posterior se interpone un recurso de queja ante la Corte suprema de la Nación, la cual fue desestimada de la misma forma.

En este caso, la Corte argumenta que este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de defensa, además de la necesidad de que dicho recurso sea ordinario, accesible y eficaz. Conjuntamente se establece que para que sea integral, debe abordarse los aspectos tanto fácticos, como jurídicos y probatorios.¹⁶ La Corte finaliza diciendo que el recurso extraordinario interpuesto por el peticionario, no es un medio idóneo de impugnación con respecto a los requerimientos de la CADH, ya que "las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma (...) excluyendo cuestiones fácticas."¹⁷

Un tercer caso en el que la Corte encuentra quebrantada esta garantía, es el de *Barreto Leiva Vs. Venezuela*, del 17 de noviembre de 2012.¹⁸ Venezuela resulta condenado internacionalmente por la violación de este artículo de la CADH, debido a que el señor Oscar Barreto Leiva, fue sancionado penalmente por delitos Contra el patrimonio público a raíz de su gestión en el Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República. La Corte Suprema de Justicia fue el tribunal que lo investigó y juzgó en única instancia, sin permitirle aducir un recurso frente a tribunal superior.

La Corte determina que este derecho está ligado íntimamente con el de defensa, ya que permite evitar que quede en firme una decisión judicial viciada. Al igual, se cita lo que se denomina como "doble conformidad judicial", que implica la revisión integral y amplia del fallo condenatorio de segunda instancia. Termina por mencionar la Corte, que aunque los estados tengan un margen de apreciación en el ejercicio de este recurso, no pueden establecer requisitos que infrinjan este derecho.¹⁹ Otras decisiones judiciales que determinan la violación de esta garantía, en el marco del sistema Interamericano son los Casos *Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú* sentencia del 4 de septiembre de 1998 CIDH y *Ramírez Vs. Guatemala* CIDH.

La Corte Interamericana adopta así la tesis de "el margen de apreciación"²⁰, la cual

¹⁵ Caso Mohamed Vs. Argentina. CIDH (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas) Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Párr. 2

¹⁶ Caso Mohamed Vs. Argentina. Pág. 4.

¹⁷ Caso Mohamed Vs. Argentina. *Ibíd.*

¹⁸ Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. CIDH (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas). Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Parr. 1

¹⁹ Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Parr. 86- 90.

²⁰ Llobet, 2007. *Ibíd.*, Pág.17

adopta del Tribunal Europeo de derechos humanos y que consiste en que los Estados parte deben regular sus ordenamientos jurídicos internos como bien sea de su conveniencia, así esta implique la creación de un nuevo recurso, la reglamentación de los ya existentes y la realización o no realización de un nuevo juicio oral para la práctica de pruebas. Lo anterior, siempre y cuando se cumpla con la obligación estatal de garantizar el recurso efectivo con fundamento en los parámetros expuestos por la Corte y que permita una revisión global del fallo, tanto en sus aspectos facticos, como probatorios y jurídicos.

iv) Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de derechos humanos, ha desarrollado cabalmente dicha prerrogativa, a partir de la jurisprudencia relativa al artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4 de Noviembre de 1950. Se hará referencia a 2 casos, en los que se contempla la violación de la convención por condena en recurso de casación o apelación previa absolución en la instancia.

El primer asunto es el de García Hernández contra España, sentencia de la seccitercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2010.²¹ En dicha cuestión se demanda a España por Isabel García, quien acude al tribunal invocando el artículo 6 de la CEDH, ya que alega que no fue oída en segunda instancia a pesar de haber sido absuelta en primera, por el delito de lesiones por negligencia contra un paciente. La accionante invoco un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Español, el cual no fue analizado en su integridad.

El Tribunal establece que, cuando una instancia de apelación debe conocer sobre aspectos de hecho y de derecho, además de estudiar el aspecto de la culpabilidad e inocencia a profundidad, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin apreciación directa de los medios de prueba presentados por el acusado. El tribunal declara así la infracción de dicha garantía.²²

En el asunto Marco Barrios Contra España del 21 de septiembre de 2010, el demandante invoca la violación del artículo 6 de la CEDH, debido a que fue condenado en apelación por la Audiencia Provincial sin haber sido oído por esta, no obstante que había sido absuelto en primera instancia. Lo anterior por el presunto delito de asesinato.²³ El tribunal determina la violación del derecho al debido proceso previsto en el mencionado Art. 6 del Convenio Europeo, al no haberse evaluado íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

Otros casos del Sistema Europeo de protección de derechos humanos que

²¹ Sentencia García Hernández c. España. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera) 16 de noviembre de 2010.

²² Sentencia García Hernández c. España.

²³ Sentencia Marco Barrios C. España. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera) 21 de septiembre de 2010.

reconocen el derecho de las personas a recurrir ante un juez o tribunal superior las sentencias condenatorias y a que este recurso sea un recurso integral, sencillo, rápido y efectivo, son: Asunto Dondarini C. San Marino 1999, asunto Ekbatan C. Suecia 1988; Asunto Constantinescu C. Rumania 2000; asunto Stefanelli C. San Marino 2000; Asunto Cook C. Austria 2000

v) Sistema Universal de protección de derechos Humanos.

Con relación al Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, este se pronunció sobre el derecho a recurrir el fallo condenatorio de manera integral y con las debidas garantías, mediante dictamen del Comité de Derechos Humanos sobre la transgresión del artículo 14.5 del PIDCP, en la comunicación 701/96, Cesàreo Gómez, Vázquez Vs. España. En dicho documento se determina que la imposibilidad de que el fallo y la pena fueran revisadas de manera integral, implica el incumplimiento de la garantía contemplada en el PIDCP. El análisis debe ser a profundidad y no meramente formal.²⁴

vi) De la jurisprudencia española basada en el jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Existen además de la anterior comunicación, una sentencia del tribunal Constitucional español, donde se reconoce la violación del art. 14.5 del PIDCP. La sentencia 167/2002, de 18 de septiembre de 2002, resuelve el recurso de amparo interpuesto por Jaime Serrano y José García.²⁵ El caso consiste en que la policía investiga a Julio Perea y Jaime Serrano sobre lo que se denomina como "piratería musicasete". Para esto se realizó un allanamiento en el cual se encontraron cintas grabadas sin autorización. Además de esto se realizó una interceptación telefónica a estos individuos. Se les absuelve en primera instancia, pero son condenados en segunda. Interponen un recurso de amparo²⁶.

Se alega la Vulneración del derecho a un juicio público con todas las garantías (art-24.2 CE): esto debido a que la audiencia provincial revisó y corrigió toda la valoración probatoria realizada en primera instancia, sin respetar los principios de contradicción e inmediación. El ad quem violentaría este derecho al no practicar pruebas en segunda instancia. La sentencia cita al Tribunal Europeo de derechos humanos con respecto a que el proceso penal es un todo y esto no termina con el fallo de primera instancia, por lo que los tribunales de apelación deben cumplir con los derechos de la CEDH y por lo tanto, la contradicción y la inmediación siguen operando.

²⁴ CDH, 69° período de sesiones 10-28 de julio de 2000, DICTAMEN. Comunicación N° 701/1996, Cesàreo Gómez Vázquez Vs. España

²⁵ Sentencia 167 /2002. Tribunal Constitucional Español.

²⁶ Otra decisiones del Comité de Derechos Humanos relativas a este derecho de recurrir de manera integral las sentencias condenatorias, es la comunicación al Comité de Derechos Humanos del PIDCP. No. 1100/202, Bandajevsky c. Belarús, Resolución de 18 de abril de 2006. Párr. 11.13.

vii) Análisis doctrinal sobre el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

El debate académico que emana a partir del derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, radica en que al exigirse en la Convención Americana en su Artículo 8.2.h, su interpretación meramente formal no resulta suficiente. El análisis que se debe realizar con respecto al alcance de este artículo, es relativamente amplio y “no se ve satisfecho simplemente con el establecimiento de una garantía que permita la revisión por parte de otro tribunal (...)”²⁷, sino que dicho órgano judicial debe estar sometido a las demás disposiciones normativas contempladas en la Convención Americana y por lo tanto debe resolver el recurso con fundamento en su eficacia material; es decir de manera integral.²⁸

La interpretación de lo que se entiende por integral con referencia a la efectividad del recurso, debe partir del estudio de dos cuestiones transversales las cuales son el derecho a un juicio oral y el derecho a recurrir el fallo. “El juicio oral es la instancia procesal cuyo objetivo consiste en, a lo menos, la determinación de la absolución o condena de una persona a la cual se le atribuye un delito”²⁹. Es en esta etapa procesal donde al realizarse el debate probatorio, el juez tiene la posibilidad de configurar su juicio y su apreciación de los hechos, las pruebas y los fundamentos de derecho con base en los principios de inmediación, contradicción y confrontación entre otros.

La inmediación y la contradicción como principios gestados dentro del juicio oral, se convierten así en pilares fundamentales para que el recurso frente al fallo condenatorio sea integral.³⁰ Si bien la Corte no menciona la obligación de realizar un nuevo juicio³¹ en el desarrollo del recurso, dependiendo de la naturaleza y complejidad del caso, se ameritaría la ejecución del mismo, como espacio esencial para que surjan estos dos factores fundamentales en la construcción de la decisión del juez.

En el código penal modelo para Iberoamérica, un texto citado por Llobet con la finalidad de analizar el derecho a recurrir del fallo, se menciona como fundamento el principio de inmediación, ya que “al ser una regla de principio del juicio oral y público, impone que solo los jueces que presenciaron el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia. (...) también sin esa regla (...) un tribunal posterior que no ha presenciado el debate, carece de bases para el fallo (...)”³². Según lo anterior, sin la presencia del juez en el debate probatorio y la adopción de su decisión con fundamento en las pruebas practicadas en otro momento procesal donde él no estaba presente, el

²⁷ Fuentes Maureira, Claudio. (2009) *Derecho a un Recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios*. En: Revista Cejil. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. Año IV. No 5. Diciembre de 2009. Pág 77.

²⁸ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. CIDH. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas) Sentencia de 2 de junio de 2004.

²⁹ Fuentes, Claudio (2009) *Ibid.* Pág. 78.

³⁰ Sentencia 167 /2002. Tribunal Constitucional Español. Resolución del recurso de amparo avogado por Jaime Serrano y José García. España.

³¹ Fuentes, Claudio (2009) *Ibid.* Pág. 81

³² Llobet Rodríguez, Javier.(2007) *El derecho del imputado a recurrir la sentencia*. Universidad de Costa Rica. Publicado en. Doctrina penal. Argentina.

contenido de su juicio estaría nublado.

Con referencia a la contradicción, se puede establecer que consiste en “un test de veracidad de la prueba rendida en el juicio oral.”³³ Esta implica la participación activa de las partes en la producción y práctica de pruebas, lo que además garantiza el derecho de defensa y confrontación de los argumentos de los intervinientes en el proceso. La confrontación, implica la “oposición de dos tesis contrapuestas”³⁴, de las cuales debe desprenderse el juicio que fundamentará la decisión del juez. Es por esto que resulta de capital importancia el carácter integral del recurso al que se debe someterse todo fallo condenatorio, pues la contradicción y confrontación son indispensables para que el juzgador concluya su veredicto y fundamente su decisión.

Ahora bien, el recurso contra sentencia posee una interpretación distinta, pero complementaria del derecho a un juicio oral. Implica el “derecho de toda persona, respecto de cualquier decisión que los afecte, de ser revisada por otra autoridad para evitar que se hayan cometido errores.”³⁵ Es con fundamento en estos dos derechos que se debe interpretar el carácter integral del recurso del fallo por parte del acusado que resulte condenado.

Además de la contradicción y la inmediación, existen otros requisitos para que el recurso contra el fallo sea integral, los cuales han sido resumidos por parte de algunos autores con fundamento en las decisiones judiciales y disposiciones normativas internacionales, así: A) obligación estatal de crear un recurso de carácter judicial. B) exigencia de la efectividad de dicho recurso. C) la víctima de la violación debe poder interponerlo. D) El recurso debe poder dirigirse contra actos cometidos por autoridades públicas. E) el estado debe asegurar que va a considerar y evaluar el recurso. F) las autoridades estatales tienen la obligación de cumplir con la decisión emanada del recurso. G) el estado debe desarrollar el recurso judicial³⁶

Con relación a la exigencia de la Corte Interamericana sobre la existencia de un recurso integral, un punto de partida importante para interpretar el alcance de dicha cuestión fue la sentencia Herrera Ulloa Vs. Costa Rica³⁷, según la cual, resulta irrelevante la denominación o carácter que se le otorgue al mismo, siempre y cuando este implique un análisis global garantizando una efectividad del mismo. Es por lo anterior que algunos autores han entrado en debate para establecer cuál es la salida más conveniente en este caso, si bien que se maneje mediante la figura de la apelación, la de la casación o si es más viable reinterpretar y ajustar dichos recursos a cada caso en particular para que así se garantice un recurso eficaz e integral, ya que en ningún momento se predetermina la denominación de alguno de estos dos.

³³ Gonzales, Israel. *El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio adversarial*. Juez de garantías de Tehuantepec. En línea: <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx>

³⁴ Quiroz, Carol. *Principio de contradicción en el proceso penal peruano*. Universidad San Martín de Porres. Lima. En línea: <http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/Revista10/contradiccion.htm>

³⁵ Fuentes, Claudio (2009) *Ibid.* Pág 78

³⁶ Courtis, Christian. (2007) *El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos*. En: Abramovich, V. *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*. Buenos Aires.

³⁷ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. CIDH. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones, costas) Sentencia de 2 de junio de 2004.

Para lo anterior, es necesario realizar una diferenciación conceptual de lo que se entiende por apelación y de la misma forma, las implicaciones del recurso de casación, debido a que en cada país, dichos recursos se reglamentan de manera diversa. El recurso de apelación, según Ferrajoli se fundamenta en que "se realiza un juicio sobre el hecho, siendo posible la realización de una nueva valoración de la prueba (...)"³⁸ En consecuencia, cuando se habla de una apelación, se puede afirmar que en ella sí se contempla la posibilidad de realizar una nueva valoración probatoria y, por lo tanto, es necesario que la misma se realice dentro del ámbito de los principios de inmediación y contradicción.

Es por ello que "si el ad quem resolviera con base en lo consignado en la sentencia y en las actas del juicio oral, entonces perdería su razón de ser este juicio, dejándose sin efecto el principio de inmediación"³⁹. Si por el contrario se realiza un nuevo juicio oral o una nueva práctica de pruebas, se estaría garantizando lo que contempla el artículo 8.2.h en concordancia con el art. 25 de la convención, pues el recurso sería integral.

El recurso de casación, implica, por su parte, "un juicio sobre el juicio, es decir un control de los razonamientos en que se basa la sentencia"⁴⁰. Se tiene claro que el recurso de casación, no es un medio que resulte efectivo para la revisión integral del fallo y por su interpretación netamente formalista y ritualista tiende a dificultar el acceso a la justicia de los procesados. No puede considerarse como un recurso rápido y sencillo como lo exige la Convención Americana: "en la jurisprudencia Latinoamericana se ha exigido que los recursos cumplan con una serie de ritos o formulas sacramentales que se han cometido en un fin en sí mismo, y que solo tienen el sentido de aliviar la cantidad de trabajo del tribunal de casación (...)"⁴¹. Lo anterior ha conducido a que se rechacen de plano estos recursos o que simplemente no se interpongan por la cualificación de conocimientos que debe tener el jurista para interponerlos, además de que al tratarse de un procedimiento reglado, no procede para todos los casos.

En conclusión, la solución no es establecer a priori si se debe o no contemplar la apelación o la casación como un recurso idóneo para cumplir las exigencias del Art. 8.2. h en concordancia con el art. 25 de la CADH;. Se debe evaluar la reglamentación de dichos recursos en el marco normativo donde están en funcionamiento, e intentar flexibilizar las exigencias formales que impiden la revisión integral y global del fallo y de la pena. Así se contribuye en convertir estos recursos en herramientas rápidas, efectivas e integrales para acceder a la administración de justicia y más específicamente cuando hablamos de un fallo condenatorio precedido de una sentencia absolutoria previa.

viii) Caso concreto

³⁸ Llobet Rodríguez, Javier.(2007) *El derecho del imputado a recurrir la sentencia*. Universidad de Costa Rica. Publicado en. Doctrina penal. Argentina pág. 8

³⁹ Llobet Rodríguez, Javier. (1998) *La fundamentación de la sentencia y el control de la misma en casación. (del proceso escrito al oral)* . Conferencia Impartida en Tegucigalpa Honduras el 25 de agosto de 1998 . Pág. 3.

⁴⁰ Llobet, 2007. Ibid., Pág.8

⁴¹ Ibid., Pág.7

Se acusa al Estado chileno de efectuar la violación del Artículo 8.2.h de la CADH. Por un lado, en su norma constitucional contempla el derecho al debido proceso (Art. 19 numeral 3).⁴² En el caso que tiene ante sí la H. Corte Interamericana se vulneraron los derechos de las presuntas víctimas a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, ya que los recursos que interpusieron contra la sentencia condenatoria de segunda instancia, no fueron efectivos ni eficaces, en los términos que ha establecido esta Corte.

El régimen procesal penal Chileno no garantiza, mediante los recursos consagrados en el mismo, el carácter integral y eficaz de los mismos, tal como lo exige la Convención Americana. El recurso que invocaron las presuntas víctimas, según las posibilidades normativas del código de procedimiento penal Chileno, fue el recurso de Nulidad. Con el nuevo régimen de recursos en el CPP, "se reduce el ámbito del recurso de apelación y se contempla el recurso de nulidad solo respecto de sentencias definitivas dictadas en juicios orales, ordinarios y simplificados"⁴³. Es a partir de la ley 19.806 de 2002, como se convierte el recurso de nulidad, en el mecanismo exclusivo de impugnación de las sentencias de los tribunales orales.

Se establece que el recurso de nulidad, contemplado en el Código Procesal Penal no es un recurso efectivo, eficaz e integral contra las sentencias de los Tribunales orales, ya que los tribunales que verifican su aplicación, no realizan un estudio global del fallo (aspectos facticos, probatorios y jurídicos), son procedimientos altamente reglados y con causales específicas para su procedibilidad, como lo exige la CADH y la Corte Interamericana en sus diversas desarrollos jurisprudenciales.

ANTECEDENTES del Caso.

Las víctimas recurrieron de la condena impuesta ante la Corte de Apelaciones de Temuco, a fin de instar por la nulidad del juicio y la realización de un nuevo juicio, o en subsidio, la nulidad de la sentencia con la correspondiente sentencia de reemplazo absolutoria, o a lo menos que recalificara los hechos al delito de incendio común.

Las pretensiones de las víctimas fueron formuladas en Recursos de Nulidad interpuestos por cada uno de los condenados, los que fueron conocidos conjuntamente por la Corte de Apelaciones, dictando respecto de todos ellos un solo fallo definitivo que rechazaba todos y cada uno de los recursos.

Para las víctimas, el fundamento de la denuncia no dice relación con la circunstancia concreta de haberse negado lugar a los Recursos de Nulidad, sino a que el tribunal ad quem, al conocer de los recursos no hizo una revisión íntegra y completa de la sentencia recurrida, sino que hizo una revisión parcial de la misma. En efecto:

- a.) En relación a algunos aspectos de lo pretendido por los recurrentes los desechó señalar que eran pretensiones que no estaban comprendidas en el recurso por su naturaleza, limitándose a una revisión meramente formal del fallo y
- b.) En otras oportunidades, omitió pronunciamiento sobre lo solicitado.

⁴² Constitución política de la república de Chile. Art. 19. No. 3.

⁴³ Barrientos, Ignacio (2009) *Recurso Efectivo contra la sentencia que no concede beneficios de la ley* No. 18.216. Revista de estudios de la justicia. No. 11. Universidad Chile. Santiago.

REGIMEN RECURSIVO EN CHILE EN MATERIA PROCESAL PENAL. APELACION.

El sistema procesal penal vigente en Chile no contempla el Recurso de Apelación respecto de las resoluciones dictadas por los tribunales orales en lo penal. De esta manera, para efectos de impugnar las sentencias emanadas de estos tribunales, sólo existe, como recurso ordinario, el Recurso de Nulidad.

El Recurso de Apelación tiene por objeto que el tribunal superior respectivo enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior.⁴⁴ El escrito de apelación debe contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulen.⁴⁵

En la regulación de este Recurso de contiene referencia a los alegatos de las partes, que dan cuenta de su contenido y alcance, así, la ley prevé que los abogados de las partes se refieran a cualquier punto de hecho o derecho comprendido en el proceso, del mismo modo, los ministros integrantes del tribunal pueden pedirle a los abogados litigantes, precisen determinados puntos de hecho o de derecho que consideren importantes.⁴⁶

Así, el referido Recurso de Apelación permite una revisión cabal de la totalidad de los aspectos incoados en el tribunal ad quem, de hecho y de derecho, sean estos introducidos a la vista de la causa por los litigantes, en el escrito de interposición del recurso, en los alegatos o bien, que sean relevados en el debate por los Ministros que conocen de la misma.

Este recurso de apelación, se encuentra recogido por la normativa procesal penal, desde que el artículo 52 hace aplicable en sede procesal penal, de manera subsidiaria, todas las normas contenidas en el Libro Primero del Código de

⁴⁴ Artículo 186 Código de Procedimiento Civil.

⁴⁵ Artículo 189 Código de Procedimiento Civil. "La apelación deberá interponerse en el término fatal de cinco días, contados desde la notificación de la parte que entabla el recurso, **deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.**" (*Negrilla es nuestra*)

⁴⁶ Art. 223 Código de Procedimiento Civil. "La vista de la causa se iniciará con la relación, la que se efectuará en presencia de los abogados de las partes que hayan asistido y se hubieren anunciado para alegar. No se permitirá el ingreso a la sala de los abogados una vez comenzada la relación. Los ministros podrán, durante la relación formular preguntas o hacer observaciones al relator, las que en caso alguno podrán ser consideradas como causales de inhabilidad.

Concluida la relación, se procederá a escuchar, en audiencia pública, los alegatos de los abogados que se hubieren anunciado. Alegará primero el abogado del apelante y en seguida el del apelado. Si son varios los apelantes, hablarán los abogados en el orden en que se hayan interpuesto las apelaciones. Si son varios los apelados, los abogados intervendrán por el orden alfabético de aquéllos.

Los abogados tendrán derecho a rectificar los errores de hecho que observaren en el alegato de la contraria, al término de éste, sin que les sea permitido replicar en lo concerniente a puntos de derecho.

La duración de los alegatos de cada abogado se limitará a media hora. El tribunal, a petición del interesado, podrá prorrogar el plazo por el tiempo que estime conveniente.

Durante los alegatos, el Presidente de la sala podrá invitar a los abogados a que extiendan sus consideraciones a cualquier punto de hecho o de derecho comprendido en el proceso, pero esta invitación no obstará a la libertad del defensor para el desarrollo de su exposición. Una vez finalizados los alegatos, y antes de levantar la audiencia, podrá también pedirles que precisen determinados puntos de hecho o de derecho que considere importantes.

Al término de la audiencia, los abogados podrán dejar a disposición del tribunal una minuta de sus alegatos." (*Negrilla es nuestra*)

Procedimiento Civil ⁴⁷. Sin embargo, explícitamente, queda excluido para efecto de las resoluciones que emanen de los Tribunales Orales en lo Penal. ⁴⁸

RECURSO DE NULIDAD.

El Recurso de Nulidad es el que se establece para efecto de la impugnación de las resoluciones que emanan de los Tribunales Orales en lo Penal el Recurso de Nulidad.

Este recurso tiene por objeto anular el juicio o, en subsidio la sentencia, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo. Así la Corte de Apelaciones podrá anular el juicio, disponiendo la realización de un nuevo juicio ante tribunal no inhabilitado o bien dictar sentencia de reemplazo.⁴⁹

Se trata de un Recurso Ordinario, que se interpone ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Causales del recurso: Nulidad del Juicio y la Sentencia **a.)** cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubiesen infringido sustancialmente los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. **b.)** cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiese hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.⁵⁰

Nulidad del Juicio.

Motivos absolutos de nulidad: Se encuentran establecidos en el artículo 374 del Código Procesal Penal.

Sentencia dictada por tribunal incompetente. (vicios referidos a la competencia del tribunal)

- a.) Cuando a la audiencia del juicio se hubiese verificado con ausencia de alguno de los jueces, el ministerio Público o el defensor del acusado.
- b.) Cuando al defensor se le hubiese impedido ejercer los derechos que la ley le otorga.
- c.) En infracción a las normas sobre publicidad y continuidad del juicio.
- d.) Omisión a los siguientes requisitos:

- **d.) 1.** Exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de la prueba que fundamenten dichas conclusiones, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297. "Los tribunales aplicarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

⁴⁷ Artículo 52 Código Procesal Penal: "Serán aplicables al procedimiento penal en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes todos procedimiento contempladas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil".

⁴⁸ Art. 364 Código Procesal Penal: "Serán inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal."

⁴⁹ Artículo 372 del Código Procesal Penal: "Del recurso de nulidad. El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley."

⁵⁰ Art. 373 Código Procesal Penal.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, indicando en tal caso, las razones que hubiere tenido en cuenta 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 el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”

- **d.) 2.** Las razones legales o doctrinarias que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.
 - **d.) 3.** La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar.
- e.) Sentencia dictada con infracción al Principio de Congruencia.
f.) Sentencia dictada en oposición a otra pasada en autoridad de cosa juzgada.⁵¹

Fallo del recurso: Deberá exponer los fundamentos que sirvieron de base a su decisión; pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas, salvo que acogiere el recurso, en cuyo caso podrá limitarse a la causal o causales que le fueron suficientes, y declarar que si es nulo o no el juicio oral y la sentencia definitiva reclamados o si solamente es nula dicha sentencia, en los casos en que la ley lo dispone.⁵²

Nulidad de la sentencia. Según el artículo 385 del Código Procesal Penal, la sentencia puede ser anulada cuando la causal de nulidad no se refiere a formalidades del juicio, ni a los hechos o circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se debiere a que el fallo ha calificado como delito una conducta atípica, aplicado una pena cuando no corresponde o bien aplicado una superior a la que legalmente corresponde.⁵³

BREVE REFERENCIA AL SISTEMA RECURSIVO DEL ANTIGUO SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

El artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, el antiguo, disponía:

“La aplicación errónea de la ley penal, que autoriza el recurso de casación en el fondo sólo podrá consistir:

7.-En haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.”

Este recurso de Casación en el fondo coexistía previo a la reforma Procesal Penal con el Recurso de Apelación.

Actualmente, el Recurso de Nulidad, con las limitaciones que hemos denunciado, es la única vía ordinaria de impugnación de una sentencia condenatoria.

⁵¹ Artículo 374 Código Procesal Penal.

⁵² Artículo 384 Código Procesal Penal.

⁵³ Artículo 385 Código Procesal Penal.

CONTENIDO DEL DERECHO AL RECURSO.

El concepto de revisión integral, más allá de la denominación que tenga la instancia revisora, se ha ido construyendo por la jurisprudencia internacional, presentando en la actualidad, algunas características que le son propias:

- g.) Resulta indiferente la denominación del recurso procesal de que se trate.
- h.) Dicho recurso procesal deberá ser accesible, considerando el acceso al recurso como un elemento importante, que se trate de un sistema que favorezca y no dificulte el medio de impugnación.
- i.) Que se trate de un recurso que permita una revisión integral y no parcial de la sentencia de instancia. Es decir, que
- j.) se trate de un reexamen suficientemente intenso, integral, que no se limite sólo a cuestiones jurídicas, sino que entre al enjuiciamiento de los hechos, esto es, la revisión del mérito fáctico de la sentencias.

Estos elementos han sido progresivamente reflexionados y contruidos, por la jurisprudencia y doctrina internacional de los derechos humanos, a saber:

Señala el Comité de Derecho Humanos.

"El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto".⁵⁴

Señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

"157. El artículo 8.2.h. de la Convención Americana dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, "de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. 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.

160. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que

[... u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁵⁴

Considerando 11.1. Comité de derechos Humanos de la ONU. Caso Gómez Vásquez.

161. 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.

163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen.

164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

165. Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida.

166. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó

[...] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

En la doctrina, la abogada Cecilia Medina Quiroga ha expresado:

“Para la Convención, es indiferente la nomenclatura que el ordenamiento jurídico nacional utilice para identificar el recurso; lo que le interesa es que la revisión se realice adecuadamente, lo que implica decidir cuáles deben ser las facultades que el tribunal superior debe tener para la revisión del fallo con el fin de satisfacer la exigencia de la disposición. Un recurso puede implicar la revisión completa de los hechos y el derecho, o una revisión de la aplicación de las normas que evalúan la prueba y de las normas substantivas, o una revisión del derecho, pero limitada a ciertos aspectos del proceso. El Comité de Derechos Humanos estableció en el caso Gómez c. España, que el Estado había violado el artículo 14.5 del Pacto Internacional, similar a la disposición de la Convención Americana que se comenta, porque, tal como lo reconoció la sentencia de casación recaída en el juicio ante el Tribunal Supremo de España, según la opinión del Tribunal, en dicho recurso la

valoración de las pruebas corresponde “de modo exclusivo y excluyente” al Tribunal a quo, no pudiendo el Tribunal de casación revisar dicha valoración.”⁵⁵

SITUACION DE LAS VICTIMAS.

Se recurrió de nulidad por la defensa de los peticionarios invocando diversas causales. El recurso fue ineficaz y no permitió que el tribunal superior, la Corte de Apelaciones de Temuco, revisara las circunstancias sometidas a su conocimiento. Tampoco, por lo mismo, permitió corregir las infracciones a la legalidad a las garantías de las víctimas que fueron reclamadas.

Al efecto, y como mirada de análisis, siguiendo al Centro de Estudios Judiciales de las Américas, es necesario precisar que el ejercicio de esta parte consiste en examinar, cuál es la naturaleza del reclamo y cuál fue la actitud del tribunal ad quem frente a ese reclamo. Para poder establecer si en una situación determinada se ha vulnerado el derecho a recurrir es necesario establecer con toda claridad cuál es la imputación que el recurrente formula en contra de la condena; luego determinar si esta imputación –aun en el caso de ser verdadera- es suficientemente grave en términos de requerir la revocación del fallo y finalmente es necesario determinar si es que la imputación planteada puede o no ser analizada en el marco de revisión establecido en el recurso admitido por la legislación local.⁵⁶

En nuestro caso consideramos que en la práctica concreta de la intervención de la Corte de Apelaciones de Temuco, se vulneró el derecho al recurso, toda vez que siendo graves las imputaciones de los apelantes a la sentencia condenatoria, y pudiendo la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco pronunciarse sobre el contenido de los reclamos no lo hizo.

Las víctimas, como decíamos, impugnaron ante la Corte de Apelaciones de Temuco la sentencia dictada en sus contras. Solicitando la nulidad del juicio, en subsidio la de la sentencia y posterior sentencia reemplazo.

Sin embargo, el tribunal de alzada, no entró en conocimiento de las pretensiones de las partes, no hizo una revisión acabada del fallo para efectos de resolver que ni el juicio ni la sentencia era nulas y por lo tanto se confirmaban las condenas impuestas por el tribunal Oral en lo Penal de Angol.

La Corte de Apelaciones de Temuco se sustrajo del conocimiento de los argumentos de los recurrentes sosteniendo diversos argumentos que revisaremos en detalle, de manera de evidenciar, de qué forma el proceder del tribunal ad quem privó a los recurrentes del derecho a una revisión integral del fallo.

No busca esta representación que la H. Corte adopte una posición de tercera o cuarta instancia y revise ella el mérito del proceso seguido en contra de las víctimas, sino que determine, a la luz de los hechos que se han acreditado, que ellas no tuvieron derecho a un recurso efectivo.

En efecto:

1.- En cuanto a la no valoración de toda la prueba rendida en el juicio.

Fue pretensión de las víctimas obtener mediante la intervención de la Corte de Apelaciones de Temuco la nulidad del juicio y la repetición de mismo ante tribunal de

⁵⁵ Cecilia Medina Quiroga. El debido Proceso Penal, citando Caso castillo Petrizzi y otros párr. 161 y CDH caso Gómez c/España, párr. 3.2 y 11.1. (Sin embargo, se pregunta sobre la implementación concreta de esta garantía sin perjuicio del principio de la intermediación.)

⁵⁶ Los Regímenes Recursivos en los Sistemas Procesales Penales Acusatorios en Las Américas. CEJA. Resumen Ejecutivo.

Juicio Oral no inhabilitado, toda vez que la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal que les impuso la condena omitió valoración y análisis conforme a la ley de prueba que posteriormente sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria, haciendo un análisis masivo de la misma, señalando que se encontraban ante prueba conteste de participación de los acusados y por otra parte, omitió valorar importante cantidad de prueba presentada por sus defensas.

JOSE HUENCHUNAO MARIÑAN.

En cuanto a la valoración masiva de la prueba de cargo:

- 1.- Se omite la valoración de los testimonios de los testigos de cargo Juan Carlos ÑancuqueoHuenulao, José Mario ÑancuqueoHuenulao y Luis Alberto ÑancuqueoHuenulao, ya que en su parte el testimonio de ellos es expuesto como sólo uno, por la vía de de expresar que "los tres testigos están contestes en que..... (página 24 sentencia)", cuando estos debieron ser valorados en forma separada .
- 2.- El mismo vicio se comete en relación a los funcionarios policiales señores Gonzalo Ernesto del Fierro Gómez, Luis Román Jara Fernández, Héctor Muñoz Sepúlveda, Williams Cáceres Mardones y Juvenal Patricio Espinoza Quezada quienes son tratados como una sola declaración. En este caso se fundieron, cinco testimonios en uno.

En cuanto a la prueba de no participación en el delito. Prueba que no se valoró:

Prueba que objetaba la participación de don **JOSÉ HUENCHUNAO MARIÑAN** en el delito motivo del Juicio Oral. No se considero:

- a.) el informe de la perito caligráfica Andrea Paz Lerdón, quien analizó un Documento escrito donde constaba el nombre de don José HuenchunaoMariñan, pudiendo establecer que él no escribió el documento periciado.
- b.) Prueba pericial planimétrica de Eduardo Herrera Soto, que tuvo por objeto ilustrar al tribunal sobre la circunstancia de haberse encontrado el señor Alex De Ruyt Otárola el día de los hechos en el Fundo PolucoPidenco realizando una filmación.
- c.) Prueba pericial dactilográfica de Wladimir Espinoza Acuña que tenía por objeto cuestionar el testimonio del señor Luis Jara Fernández quien manifestó en la audiencia que toda evidencia hubiese sido recogida del sitio del suceso,
- d.) Testimonio del señor Juvenal Espinoza Quezada quién sólo recogió las evidencias consistentes en tres botellas de bebida.
- e.) Certificado de nacimiento de la testigo de descargos Larisa de Ruyt Jara y el certificado de matrimonio de sus padres donde consta que ellos se casaron el 17 de diciembre de 1965, documentos a juicio de la recurrentes que son relevantes ya que avalan las razones que tenía la testigo para recordar las fechas a las que se refería en la audiencia, señalando, como dice la sentencia que no pudo recibir en su domicilio al acusado el 17 de diciembre de 2001, por ser el aniversario de matrimonio de sus padres.

Prueba de Falta de idoneidad de testigos de cargo que no se valoró:

- f.) Certificado de reclusión de José Mario Ñancuqueo Huenulao. Referido a la permanencia en el Centro de Detención Preventiva de Traiguen,
- g.) Copias de las sentencia de primera y segunda instancia dictadas contra José Mario Ñancuqueo Huenulao, como autor del delito de hurto de animales,
- h.) Documento emanado del Ministerio Público e ingresado al Tribunal de Garantía

de Collipulli el 17 de septiembre de 2003, acompañando los extractos de filiación y antecedentes de personas que figuran como testigos de las partes acusadoras e informando de diversas investigaciones no formalizadas y causas judiciales que les afectarían.

Prueba sobre la no calificación de terrorista del delito:

i.) Certificaciones de las causas RIT 25-2003 y RIT 303 del Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, en que consta que José Huenchunao Mariñán no ha sido condenado ni formalizado en dichas causas, las que se señalan en el auto acusatorio como fundantes de la calificación de terrorista del acto, y la certificación del Juzgado de Garantía de Collipulli, acreditando que en audiencias celebradas el 28 de enero de 2003 no se acogió la solicitud del Ministerio Público de calificar de terrorista la conducta del acusado.

JUAN PATRICIO MARILEO SARAVIA

En cuanto a la valoración masiva de la prueba de cargo:

1.- Se omite la valoración de los testimonios de los testigos de cargo Juan Carlos Ñancuqueo Huenulao, José Mario Ñancuqueo Huenulao y Luis Alberto Ñancuqueo Huenulao, ya que en su parte el testimonio de ellos es expuesto como sólo uno, por la vía de expresar que "los tres testigos están contestes en que..... (página 24 sentencia)", cuando estos debieron ser valorados en forma separada.

2.- El mismo vicio se comete en relación a los funcionarios policiales señores Gonzalo Ernesto del Fierro Gómez, Luis Román Jara Fernández, Héctor Muñoz Sepúlveda, Williams Cáceres Mardones y Juvenal Patricio Espinoza Quezada quienes son tratados como una sola declaración. En este caso se fundieron, cinco testimonios en uno.

Falta de idoneidad de los testigos de cargo:

- No se considero el Copia simple de la causa RIT 2145, RUC 0200057162 del Juzgado de Garantía de Collipulli. Seguida por tenencia de armas, siendo el denunciado el testigo de cargo don Luis Federico Licán Montoya
- Certificado de reclusión de José Mario Ñancuqueo Huenulao. Referido a la permanencia en el CDP de Traiguén por parte de este testigo de cargo, publicación del Diario Electrónico El Gong de Temuco de 13 de Agosto de 2003. Referido a denuncia de represión policial y pago a testigos por el Ministerio Público en caso de comunero agredido, copias de las sentencia de primera y segunda instancia dictadas contra Mario Ñancuqueo Huenulao, como autor del delito de hurto de animales,
- Copias causa RIT 2144 y RUC 0200027127-2 del Juzgado de Garantía de Collipulli. Seguidas por tentativa de homicidio, en la que constan las autorizaciones de entrada y registro nocturno de los inmuebles de propiedad de las familias Marileo Saravia, Cariqueo Saravia y Licán Montoya,
- Documento emanado del Ministerio Público e ingresado al Juzgado de Garantía de Collipulli de 17 de septiembre de 2003, acompañando los extractos de filiación y antecedentes de personas que figuran como testigos de las partes acusadoras e informando de diversas investigaciones no formalizadas y de causas judiciales que les afectarían. En él consta el problema y la causa judicial entre el señor Luis Ñancuqueo y el señor, Luis Valenzuela,

- Informe de salud de Pedro Díaz Nahuelpi, emitido por el médico del Centro de Detención Preventiva de Angol, informe de psiquiatría de Pedro Díaz Nahuelpi, emitido por la psiquiatra forense Sonia Méndez Caro. Se acompañó prueba de la precaria situación de salud de Pedro Díaz Nahuelpi también sindicado por los testigos Juan Ñancuqueo, José Ñancuqueo y Luis Ñancuqueo, como persona que el día de los hechos cortaba árboles con motosierra, lo que ajuicio de la defensa demostraba que sus dichos eran inverosímiles. Se señala que nada dijo al respecto el sentenciador.

En relación a la calificación de terrorista del delito,

- Certificaciones de las causas RIT 25-2003 y RIT 303 del Juzgado de Letras y Garantía de Collipulli, sobre la no vinculación personal de Patricio Marileo Saravia como sujeto de - persecución penal a causas judiciales en las que el Ministerio Público y los acusadores particulares fundaban la calificación de terrorista del incendio, como el
- Informe del Relator de las Naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas.

FLORENCIO JAIME MARILEO SARAVIA

Valoración masiva de las pruebas de cargo.

1.- Se omite la valoración de los testimonios de los testigos de cargo Juan Carlos ÑancuqueoHuenulao, José Mario ÑancuqueoHuenulao y Luis Alberto ÑancuqueoHuenulao, ya que en su parte el testimonio de ellos es expuesto como sólo uno, por la vía de de expresar que "los tres testigos están contestes en que..... (página 24 sentencia)", cuando estos debieron ser valorados en forma separada .

2.- El mismo vicio se comete en relación a los funcionarios policiales señores Gonzalo Ernesto del Fierro Gómez, Luis Román Jara Fernández, Héctor Muñoz Sepúlveda, Williams Cáceres Mardones y Juvenal Patricio Espinoza Quezada quienes son tratados como una sola declaración. En este caso se fundieron, cinco testimonios en uno.

Prueba que objetaba la participación

a.-) Toda la prueba pericial, documental y testimonial, tanto de la parte acusadora como de la defensa, que decía relación horario de inicio del fuego, que contradice los dichos Juan Ignacio QueipulLevinao, y la supuesta utilización de combustible en la producción del incendio, esto último relatado por los testigos José Mario ÑancuqueoHuenulao, Juan Carlos ÑancuqueoHuenulao y Luis Alberto ÑancuqueoHuenulao, quienes según lo expuesto en el considerando Octavo, habrían declarado "ahí la mujer pasó unas botellas con bencina a Jaime Marileo y a José Cariqueo, quienes derramaron su contenido en el puente y en la orilla del bosque de pino...".

b.-) **Pericial de don Helios Francisco Pujol Martín**, quien declaró al tenor del informe pericial elaborado por CONAF, incorporado legalmente a la audiencia, en el cual no se consigna en ninguna de sus partes la utilización de acelerantes ni en el sector centro sur del predio, ni en el sector norte, cuestión que rectifico en su testimonio y que llevo al Tribunal a desestimarlo para poder creer a los hermanos ÑancuqueoHuenulao sobre la forma en que Florencio Jaime habría prendido fuego al bosque, esto es mediante la utilización de acelerantes, para ser también concordante con lo expuesto en cuanto a su participación en las acusaciones fiscal y

particular.

c.-) **Pericial de Edgardo Lienlaf Nahuelñir**, presentada por la defensa, en cuanto señala que de acuerdo a las evidencias no hubo utilización de acelerantes,

d.-) Declaración de don Julio **Felix Piwonca de Amesti** que señala que que el Fundo Poluco Pidenco sufrió un ataque incendiario alrededor de las 13:00 horas del 19 de diciembre del 2001, y que por el sistema de información que se tiene, "prácticamente las 24 horas del día están informados de lo que está pasando".

e.-) Declaración de don **Luis Federico Lican Montoya**, que fue erróneamente acogido por el Tribunal, ya que fija la hora de inicio del fuego en el campo a las 12 horas y no a las 9 o 10 como la fija el testigo Queipul Levinao y porque sitúa a Florencia Jaime Marileo Saravia, fuera del predio, a diferencia de los testigos Juan Carlos Ñancuqueo Huenulao, José Mario Ñancuqueo Huenulao y Luis Alberto Ñancuqueo Huenulao que los sitúan en la parte media del predio.

Falta de idoneidad de los testigos de cargo:

- Copia simple de la causa RIT 2145, RUC 0200057162 del Juzgado de Garantía de Collipulli, seguida por tenencia de armas, siendo el denunciado el testigo de cargo don Luis Federico Licán Montoya, el
- Documento emanado del Ministerio Público e ingresado al Juzgado de garantía de Collipulli de fecha 17 de Septiembre de 2003 que dice relación con la primera causa en que aparece formalizado don Luis Alberto Ñancuqueo Huenulao por hurto de maderas a don Luis Valenzuela Legger, que mostraba claramente que dicho testigo mintió abiertamente al Tribunal, según se consignó ya al analizar parte de las declaraciones de este testigo, el
- Certificado de reclusión de José Mario Ñancuqueo Huenulao, ,
- Copias de las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas contra Mario Ñancuqueo Huenulao, por el Juzgado de Traiguén y la I. Corte de Apelaciones de Temuco, donde aparece que fue condenado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de hurto de Animales;
- Copia de la causa RIT 2144 RUC 0200057127-2, ambas del Juzgado de Garantía de Collipulli, seguida por tentativa de homicidio en contra de Marcelo Hernández Medina;
- Comunicación del Fiscal Alejandro Ríos Carrasco al acusado, dando cuenta del archivo provisional dictada en investigación por denuncia de amenazas de atentados contra el acusado, por miembros de la familia de Luis Federico Licán Montoya (incluido él),
- Testimonial de don Hector Antonio Padilla Cofre, dado que la sentencia se limita a enunciar parte de su testimonio, pero no es analizado ni valorado a efectos de desestimarla en relación a los conflictos existentes dentro de la comunidad entre la familia de los testigos Licán Montoya y que el testigo Ignacio Queipul Levinao es complicado y conflictivo.

En relación a la calificación de terrorista del delito:

- No se considero la certificación de las causas RIT 25-2003 del Juzgado de Letras y garantía de Collipulli, en que consta que Florencia Jaime Marileo Saravia no ha sido condenado ni formalizado en dichas causas, las que se señalan en el auto acusatorio como fundantes de la calificación de terrorista del acto., lo que recoge la sentencia recurrida. Esta prueba tenía por objeto esta falta de vinculación subjetiva del condenado con otros hechos del

- denominado conflicto mapuche.
- Informe del Relator de las Naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas.
 - Certificación del Juzgado de Garantía de Collipulli, acreditando que en audiencias celebradas el 28 de enero de 2003 y el 15 de mayo de 2003 no se acogió la solicitud del Ministerio Público de calificar de terrorista la conducta del acusado,
 - Informe Pericial de don Julio Eduardo Mella Séguel y el
 - Informe Pericial antropológico de don Roberto Morales Urra.

JUAN CIRIACO MILLACHEO LICAN

Valoración masiva de las pruebas de cargo.

1.- Se omite la valoración de los testimonios de los testigos de cargo Juan Carlos ÑancuqueoHuenulao, José Mario ÑancuqueoHuenulao y Luis Alberto ÑancuqueoHuenulao, ya que en su parte el testimonio de ellos es expuesto como sólo uno, por la vía de expresar que "los tres testigos están contestes en que..... (página 24 sentencia)", cuando estos debieron ser valorados en forma separada .

2.- El mismo vicio se comete en relación a los funcionarios policiales señores Gonzalo Ernesto del Fierro Gómez, Luis Román Jara Fernández, Héctor Muñoz Sepúlveda, Williams Cáceres Mardones y Juvenal Patricio Espinoza Quezada quienes son tratados como una sola declaración. En este caso se fundieron, cinco testimonios en uno.

Prueba que objetaba participación:

a.-) Pericial de Edgardo LienlafNahuelñir, presentada por la defensa, en cuanto señala que de acuerdo a las evidencias no hubo utilización de acelerantes.

b.-) Informe N° 1 SinistroPolucoPidenco temporada 2001-2002 : Aquí se indica que se omiten mencionar en la sentencia toda la información que se incorporó mediante lectura en la audiencia referida, limitándose a señalar valores económicos en el señalados.

c.-) Declaración de don Julio FelixPiwonca de Amesti que señala que el Fundo PolucoPidenco sufrió un ataque incendiario alrededor de las 13:00 horas del 19 de diciembre del 2001, y que por el sistema de información que se tiene , "prácticamente las 24 horas del día están informados de lo que está pasando".

Falta de idoneidad de los testigos de cargo:

- Copia simple de la causa RIT 2145, RUC 0200057162 del Juzgado de Garantía de Collipulli, seguida por tenencia de armas, siendo el denunciado el testigo de cargo don Luis Federico Licán Montoya ; el
- Documento emanado del Ministerio Público e ingresado al Juzgado de garantía de Collipulli de fecha 17 de Septiembre de 2003 que dice relación con la primera causa en que aparece formalizado don Luis Alberto ÑancuqueoHuenulao por hurto de maderas a don Luis Valenzuela Legger, que mostraba claramente que dicho testigo mintió abiertamente al Tribunal, según se consignó ya al analizar parte de las declaraciones de este testigo; el
- Certificado de reclusión de José Mario ÑancuqueoHuenulao ;
- Copias de las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas contra Mario ÑancuqueoHuenulao, por el Juzgado de Traiguén y la I. Corte de Apelaciones de Temuco, donde aparece que fue condenado a la pena de 541

- días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de hurto de Animales ;
- Copia de la causa RIT 2144 RUC 0200057127-2, ambas del Juzgado de Garantía de Collipulli, seguida por tentativa de homicidio en contra de Marcelo Hernández Medina ;
 - Informe de salud de Pedro Díaz Nahuelpi, emitido por el médico del centro de Detención Preventiva de Gendarmería de Angol de fecha 3 de Septiembre del 2003.

Sobre el carácter de terrorista del hecho:

- Certificación de las causas RIT 25-2003 del Juzgado de Letras y garantía de Collipulli, en que consta que don **JUAN CIRIACO MILLACHEO LICAN** no ha sido condenado ni formalizado en dichas causas, las que se señalan en el auto acusatorio como fundantes de la calificación de terrorista del acto, lo que recoge la sentencia recurrida. Esta prueba tenía por objeto esta falta de vinculación subjetiva del condenado con otros hechos del denominado conflicto mapuche.
- Informe del Relator de las naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas.
- informe Pericial antropológico de don Roberto Morales Urrea
- Informe Pericial de Julio Eduardo Mella Seguel .
- Certificación del Juzgado de Garantía de Collipulli, acreditando que en audiencias celebradas el 28 de enero de 2003 y el 15 de mayo de 2003 no se acogió la solicitud del Ministerio Público de calificar de terrorista la conducta del acusado .

Resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco.

En cuanto a la **valoración masiva de las prueba de cargo** las defensas solicitaban un revisión de este punto relevantes sobre la base de la existencia de normativa legal que impone al tribunal la valoración de toda la prueba en la que sustentan sus conclusiones.

Sin embargo, el tribunal ad quem, no entró al análisis de este punto haciendo un análisis formal de la sentencia, explicitando que el tribunal a quo no tenía obligación de valorar toda la prueba y que entrar la Corte de Apelaciones en consideraciones que dijera relación con valoración en relación a los hechos que se dieron por probados, sería inmiscuirse en cuestiones de hecho, lo que está vedado en sede de Recurso de Nulidad. Resultaba fundamental que el tribunal ad quem verificara si los testimonios estaban o no constestados, siendo este un ejercicio racional, verificable, al que se sustrajo en su resolución definitiva.

Respecto de la totalidad de la prueba referida, en los acápites referidos a **la falta de participación, idoneidad de testigos de cargo y de objeción al carácter terrorista del delito**, la sentencia que fue objeto del Recurso de Nulidad, expresó en términos genérico que toda la demás prueba en nada varía las conclusiones a que había llegado el tribunal. **“El resto de las pruebas rendidas por las partes en nada alteran las convicciones a que arribó el tribunal”**.⁵⁷

Expresa la Corte de Apelaciones de Temuco que no toda la prueba debe ser valorada, sino sólo aquella que sirve de fundamento a la sentencia. Agrega que hay

⁵⁷

Considerando VIGESIMO CUARTO. Sentencia Causa RIT 21-2004 Tribunal Oral en lo Penal Angol.

un estándar de valoración dado por el artículo 297 del Código Procesal Penal, que se entiende satisfecho por lo razonado por tribunal a quo, que el tribunal a quo señaló las razones por las que desestima la prueba.

En el considerando 5.- de fallo la Corte de Apelaciones de Temuco se resta explícitamente a la revisión integral del fallo, al señalar:

“5.- Dado lo anterior es que este Tribunal debe constreñirse jurídicamente a evaluar si efectivamente la sentencia de fecha 22 de Agosto del 2004 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, cumple con el standard, antes indicado, esto si ella se basta a si misma, efectuando una adecuada valoración de los medios de prueba que fundamentan sus conclusiones, como si señala las razones por la cuales desestima la prueba no valorada, sin entrar por ello a revisar los hechos que fueron fijados en ella , ya que de lo contrario, se afectaría el principio de la inmediatez, y se desnaturalizaría el recurso de nulidad que no incide en los aspectos de hecho tal y como fueron fijados por el Tribunal Oral en lo Penal.”⁵⁸

2.- Consideración como extemporáneas las pruebas de la defensa.

Se solicitó por la defensa que se revisara por el tribunal ad quem la circunstancia de haberse considerado extemporáneas las pruebas de coartada de 3 de las víctimas, Huenchunao, Millacheo y Troncoso, cuestión que carecía que base legal, toda vez que se trataba de prueba que había sido incorporada debidamente al juicio oral y luego de examen de admisibilidad, oportunidad y pertinencia en audiencia preparatoria de juicio Oral.⁵⁹

La entidad de este punto era tal que el propio tribunal a quo señalaba en su sentencia que de no haber aquella consideración de extemporaneidad debía dictar sentencia absolutoria a favor de las víctimas Troncoso, Millacheo y Huenchunao.⁶⁰

Las víctimas referidas presentaron prueba de descargo, la que como señalamos más arriba no fue valorada por la sentencia, sino desecha por una causal inexistente, a saber extemporaneidad en sede juicio oral.

La defensa reclamó este punto, señalando que debía revisarse aquella consideración, darle mérito y acogerse la nulidad del juicio y la sentencia, toda vez que no había extemporaneidad en la rendición de la prueba.

Sin embargo, se consideró por la Corte de Apelaciones de Temuco que estábamos en la especie frente a una redacción poco feliz (sic). Interpretando la expresión extemporánea referida por la Corte, diciendo que era “sustancialmente extemporánea”, no “adjetivamente extemporánea”. Así el fallo resulta ser interpretado por la Corte, la que está llamada a su revisión íntegra. No es pertinente que un tribunal de nulidad aclare los términos de una sentencia, lo que quiso decir la misma, a fin de dótalo de validez legal.

“16.- Que lo señalado en el considerando antes indicado, en manera alguna dice relación con una supuesta inadmisibilidad adjetiva o procesal de la prueba de coartada rendida por los actores, como se demuestra con el hecho de que se emplea la expresión “sustancialmente” y no adjetivamente. Claramente, lo que el Tribunal plantea es que a su juicio la coartada presentada, no es creíble, ya que su

⁵⁸ Sentencia el Recurso de Nulidad RIT 623-2004 Corte de Apelaciones de Temuco.

⁵⁹ Artículos 272, 276 y 277 del Código Procesal Penal. (transcribir)

⁶⁰ “El tribunal no dará valor a esta coartada, por considerarla sustancialmente extemporánea, ya que atenta contra la lógica y el sentido común, puesto que si dichos antecedentes hubiesen sido tan efectivos, dado el valor e importancia que le asigna su Defensa letrada, ellos debieron hacerse valer al momento en que el acusado fue formalizado y sometido a prisión preventiva por esta investigación, ya que la entidad e importancia de los mismos habría sido suficiente para exculparlo de toda imputación.” Considerando DECIMO SEPTIMO, en relación a las 3 víctimas a que nos referimos en este acápite.

alegación en esta etapa es ilógica y contraria al sentido común, ya que de haber sido cierto se habría planteado con anterioridad a fin de exculpar al acusado. Si bien la redacción no es muy feliz, ello en manera alguna implica que la prueba de coartada ha sido desestimada por estimarla adjetivamente extemporánea que es el sentido que los recurrentes han pretendido darle en su recurso, sino que como el Tribunal así lo señaló ella no se considera por “sustancialmente extemporánea”, expresión que no tiene ninguna connotación procesal.”⁶¹

Así las cosas, la ltima. Corte de Apelaciones de Temuco, frente a la prueba de descargo, dice lo que el tribunal quiso decir, es decir, llega a la conclusión de que lo que tribunal quiso decir es que la prueba era poco creíble, sin entrar a revisar, sin hacer ejercicio racional de evaluación en relación a la prueba y la entidad de la misma en cuanto a la participación de los sentenciados, víctimas, Huenchunao, Millacheo y Troncoso.

El tribunal a quo hace una valoración formal de la prueba, centrada en su oportunidad, llegando a la conclusión o interpretando lo que quiso decir el tribunal, concluyendo que es prueba no creíble. Pero no hace el ejercicio racional de valorar la prueba en su mérito, es decir, analizar el contenido de la prueba producida en sede de juicio oral, para llegar a la conclusión de no ser creíble. Por una cuestión de forma o procesal, pretendió hacer valoración sustantiva de la prueba.

En los hechos privó a las partes del derecho a que su prueba fuese analizada en su mérito por algún tribunal, al no ejercer la obligación de una revisión íntegra del fallo.

3.- Se alegó que el tribunal a quo hizo valoración diferente del mérito de las pruebas según se tratara de prueba de cargo o de descargo.

La defensa de las víctimas en la sede interna reclamó la nulidad del juicio y la sentencia, toda vez que el tribunal a quo al analizar la prueba de descargo de las víctimas la desestimó por extemporánea, sobre la base de no haber prestado los testigos declaración en sede del Ministerio Público, durante la investigación.

Sostuvo la defensa en sus recursos ante la Corte de Apelaciones de Temuco que había habido una afectación a la igualdad de las partes, toda vez que el Ministerio Público había presentado pruebas de cargo que habían modificado su declaraciones, en relación a las versiones de los hechos entregadas durante la etapa de investigación, de manera que las defensas fueron sorprendidas por la prueba de cargo, privándoseles de su derecho a conocer la prueba a fin de estar preparadas para su debida contrastación. Sin embargo el Tribunal Oral en lo Penal dispuso que en relación a la prueba que se introducía en el juicio, debía operar el principio de inmediatez, de ahí que la prueba podía y debía ser valorada.

Así se refiere el considerando DECIMO OCTAVO de la sentencia recurrida:

“Los demás argumentos como la no presentación de toda la prueba, o que algunos testigos habrían modificado sus declaraciones iniciales, o que los reconocimientos en la audiencia fueron forzados por la revisión previa de fotografías de los imputados, o que muchos testigos estuvieron reunidos en una cabaña de la ciudad de Lautaro, donde eran visitados por funcionarios del Ministerio Público y efectivos policiales, no serán consideradas por el tribunal, toda vez que la decisión a la que debe arribar está motivada por toda la información que los jueces reciben durante el desarrollo de la audiencia, lo que no es sino la más clara expresión del principio de la inmediatez.”⁶²

⁶¹ Considerando 16. Sentencia RIT 623-2004. Corte de Apelaciones de Temuco.

⁶² Considerando Décimo Octavo, párrafo final, sentencia RIT 21-2004 Tribunal Oral en lo Penal de Angol

Sin embargo, como decíamos más arriba, la prueba de la defensa, por haber sido introducida al juicio sin que mediara declaración ante el Ministerio Público, durante la etapa de investigación, fue considerada como “extemporánea”.

Se reclamó de esta diferencia de trato en cuanto a la consideración de las pruebas, al acogerse respecto de la prueba de cargo, la inmediatez, es decir, darle valor por haber sido apreciadas por el tribunal directamente y a la prueba de la defensa, fue desestimada por la base de una extemporaneidad, sin considerar respecto de ella el principio de la inmediatez, ya que se trataba de prueba introducida con todas las formalidades legales.

Sobre esta diferencia, que consideró la defensa un atentado al principio de igualdad, sobre cuya base ameritaba la nulidad del juicio y la sentencia, la Corte de Apelaciones de Temuco no se pronunció, omitiendo todo razonamiento al respecto.

No hubo pronunciamiento sobre la cuestión controvertida, como lo ordena el artículo 384 inciso 2 del Código Procesal Penal.⁶³

4.- Se solicitó corregir la consideración a hechos de terceros como fundamento de la calificación de terrorista del delito de incendio.

A este respecto la defensa sometió a consideración de la II^{ta}. Corte de Apelaciones de Temuco la circunstancia de haberse tomado en consideración para la calificación de terrorista del delito hechos de terceros.

El considerando DECIMO NOVENO del fallo del tribunal a quo refiere:

“DÉCIMO NOVENO: En relación al carácter no terrorista que sostiene la defensa respecto de estos hechos, cabe señalar que las declaraciones aludidas en las reflexiones anteriores, prestadas por personas vinculadas directamente con los hechos o que adquirieron un conocimiento de ellos por diversos motivos, son testimonios coherentes con las pericias y evidencias documentales ofrecidas durante la audiencia por los acusadores y son antecedentes que en su conjunto y libremente apreciados llevan a estos sentenciadores a establecer que el incendio que afectó al fundo Poluco Pídenco el 19 de diciembre de 2001, es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes.

En efecto, el ilícito establecido en la reflexión décimo sexta, está inserto en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en la Provincia de Malleco, puesto que la mayor cantidad de sucesos y también los más violentos, han ocurrido precisamente en comunas de esta jurisdicción. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desmedidas, hechas bajo presión por grupos violentistas a los dueños y propietarios, a quienes se les amenaza y presiona para que accedan a los requerimientos que se les formulan; muchas de estas condiciones se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daño y usurpación, que han afectado tanto a las personas y bienes de diversos propietarios agrícolas y forestales de ésta zona del

⁶³ Inciso 2 art. 384 CPP. (transcribir.)

país; en la audiencia se recibieron numerosos testimonios y se dieron a conocer diversos antecedentes al respecto, sin perjuicio de que ello es de público conocimiento.

Es obvio inferir que la finalidad perseguida es provocar en la gente un justo temor de ser víctima de atentados similares, y con ello obligar a los dueños para que desistan de seguir explotando sus propiedades y hacer que las abandonen, ya que la sensación de inseguridad e intranquilidad que generan dichos atentados, traen consecuencias tales como disminución y encarecimiento de la mano de obra, aumento en el costo, tanto en la contratación de maquinarias para la explotación de los predios, como para cubrir las pólizas que aseguran las tierras, instalaciones y plantaciones, también, es cada vez más frecuente ver trabajadores, maquinarias, vehículos y faenas instalados en los distintos predios, bajo protección policial que asegure la ejecución de las labores. Todo esto afecta derechos garantizados constitucionalmente.

Esta convicción del Tribunal emana de los dichos expresados por los testigos Cesar Gutiérrez Chavez, Ricardo Martín Ruff, Víctor Luengo San Martín, Gerardo Cerda Agurto, Juan Zapata Acuña, Mario Garbarini Barra, Gerardo JequierSchalchi, Manuel Riesco Jaramillo, Rene Araneda Amigo, Juan Correa Búlnes, Jorge Vives Dibarrat y Julio Piwonka De Amesti, quienes refirieron al Tribunal haber sido víctimas directas o tener conocimiento de amenazas y atentados contra personas o bienes, perpetrados por gente de la etnia mapuche; estos testigos expresaron de diferente forma la sensación de temor que dichos actos han provocado; están los antecedentes vertidos en el informe de la Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado de la República, y de cuyos párrafos se hizo lectura durante la audiencia.”⁶⁴

Al respecto el considerando 20 de la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad, señala:

“20.- Que el Tribunal en el considerando décimo noveno señala : “ que el incendio que afecto al fundo PolucoPidenco el 19 de Diciembre del 2001, es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona”. Más adelante se agrega” Es obvio inferir que la finalidad perseguida es provocar en la gente un justo temor de ser víctima de atentados similares, y con ello obligar a los dueños para que desistan de seguir explotando propiedades y hacer que las abandonen, ya que la sensación de inseguridad e intranquilidad que generan dichos atentados, traen consecuencia tales como disminución y encarecimiento de la mano de obra, aumento en el costo, ..”. En el párrafo final de este considerando el Tribunal fundamenta como llega a esta conclusión en base a los testimonios de los testigos que indica. Asimismo en el considerando décimo cuarto número uno, dos y tres, **que fija los hechos, y que por lo mismo no puede ser revisado por este Tribunal**, se explicita como se provocó el incendio, dando por establecido que se prendió una cantidad superior a ochenta focos de fuego en dos sectores al interior del fundo, formando diversos montones de material combustible, mediante la acumulación de hojas, ramas, follaje, pastizales y otros elementos, a los cuales aplicaron líquidos acelerantes y luego encendieron con fósforos. Producto de esta acción se formaron dos grandes incendios que afectaron superficies de 18 y 89 hectáreas respectivamente. Se agrega en el numero tres de este considerando que los sujetos

⁶⁴ Considerando DECIMO NOVENO, SETENCIA RIT 21-2004. TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL.

no sólo se concertaron para provocar el incendio, sino que también para evitar la acción de las brigadas forestales que concurren al predio, sea obstaculizando los caminos interiores mediante la tala de árboles, sea porque atacaron a los brigadistas y también a las fuerzas policiales que se constituyeron a proteger dichas faenas.”

⁶⁵(*la negrilla es nuestra*)

Así el tribunal, desatiende la alegación de los recurrentes, no revisa todo aquello referido a que en la calificación de terrorista del delito se consideró un supuesto conflicto entre la etnia mapuche y una parte de la población. El razonamiento del tribunal a quo es ese y así lo plantearon los recurrentes, cuestión que fue omitida de considerar por el ad quem, que no revisó en parte alguna dicha consideración, haciendo en realidad un análisis sesgado y parcial del fallo.

Se invocó en esta parte también el Principio de Culpabilidad, derecho a no ser condenado por hechos de terceros –como en los hechos ocurría por el agravamiento de la pena- Cuestiones respecto de las cuales la Corte de Apelaciones de Temuco omitió un pronunciamiento.

EN SINTESIS.⁶⁶

1.- La resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco que rechaza todos los recursos de nulidad interpuestos a favor de las víctimas, desoye la totalidad de las argumentaciones que dicen relación con la prueba rendida en el proceso, sosteniendo que se trata de una cuestión en la que están impedidos a entrar por mandato legal. Desconociendo que la valoración de una prueba, aunque haya sido rendida ante el tribunal a quo es un ejercicio racional, que puede hacer cualquier mente racional. Por tanto, revisar, a lo menos ese aspecto.

2.- Pudo la Corte entrar a revisar el valor incriminatorio de las pruebas rendidas, del mismo modo, el valor negativamente incriminatorio de las pruebas rendidas por la defensa. En este punto, se subsume la problemática de haber descartado el Tribunal Oral en lo Penal de Angol prueba de la defensa sin valorarla, haciendo un descarte masivo de la misma y el criterio de hacer valoración masiva de la prueba del Ministerio Público.

3.- Sólo llevó a cabo una revisión jurídico procesal. La defensa argumentó vacíos motivacionales en la sentencia de instancia, a saber, el distinto criterio de valoración de la prueba de la defensa, respecto de la prueba del Ministerio Público, en términos de oportunidad de ser presentada por las víctimas. Aquello era susceptible de ser revisado por vía de la nulidad, acarreado la nulidad de la sentencia, incluso del juicio.

4.- Cuando la sentencia no considera un elemento esencial pasa a llevar toda la línea de defensa. En efecto, si el tribunal oral en lo penal de Angol no examinó toda la prueba ofrecida, no permitió una defensa eficaz. Aquello debió haber sido revisado y enmendado por la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco.

5.- No se permitió una revisión de la construcción del juicio de hecho.

6.- Todo, según la Corte de Apelaciones de Temuco, conforme a la naturaleza del recurso de nulidad que no corresponde a un recurso efectivo en el sentido del artículo 8.

C.) DERECHO A SER JUZGADO POR UN TRIBUNAL IMPARCIAL.

⁶⁵ Considerando 20. Sentencia 623-2004, Corte de Apelaciones de Temuco.

⁶⁶ Siguiendo lineamientos de apuntes de clases del Profesor Carlos del Rio.

Se violó el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial.

En efecto:

La independencia judicial tiene dos vertientes, externa (frente a otros poderes del Estado y poderes privados: medios de comunicación, grupos de interés) e interna (frente a otros jueces superiores, órganos de gobierno de la magistratura y frente a las partes en el proceso). La imparcialidad se refiere sobre todo a la neutralidad, independencia, del juez frente a las partes (incluida en la independencia interna).

En la especie, estimamos que la recurrencia a conceptos como “hecho público y notorio”, “es de público conocimiento” como elementos de base a fin de justificar un grave conflicto entre la etnia mapuche y el resto de la población, contenidos en ambas sentencias, Caso Loncos y Caso Poluco Pidenco, dejan establecido que las víctimas no fueron juzgadas por un tribunal imparcial, ya que se aproximaron al caso con un prejuicio o estereotipo.

Los pre conceptos del Tribunal quedan plasmados, además, en la copia que hace el Tribunal Oral de Angol de la sentencia que dictó en el primer juicio en contra de los Loncos Pichún y Norín, en la que dictó sentencia absolutoria y luego en la sentencia condenatoria con el caso Poluco Pidenco, en contra de las víctimas, de 24 de agosto de 2004. Copia hecha precisamente de aquella parte referida a por qué consideraba que los hechos de que estaba conociendo eran delitos terroristas.⁶⁷

La imparcialidad del tribunal ha sido considerada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintas oportunidades, a saber:

Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.

“b) Derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial (artículo 8.1 de la Convención)

169. Los representantes de las presuntas víctimas alegaron que en el presente caso el Estado violó el derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial. En relación con el derecho protegido en el artículo 8.1 de la Convención, la Corte ha expresado que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.

170. La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber:

Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso.

⁶⁷ Lectura Considerando DECIMO, RIT 02-2003 Tribunal Oral en lo Penal de Angol, de 14 de abril de 2003 (Caso Loncos) y Considerando DECIMO NOVENO Causa RIT 21-2004 del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, de 22 de agosto 2004. (Caso Poluco Pidenco).

171. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática.”

Caso Casillo Patruzzi Vs. Perú.

“130. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.

131. Este Tribunal ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, "lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción"

112. Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. Dichos tribunales deben ser competentes, independientes e imparciales, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana.”

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú

“112. Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. Dichos tribunales deben ser competentes, independientes e imparciales, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana.”

Criterios todos que estimamos deben llevar a esta H. Corte que el Estado de Chile ha violado en perjuicio de las víctimas el derecho a ser juzgados por un Tribunal imparcial,

conforme el artículo 8.1 de la Convención.

III. Las persecuciones y condenas de Pascual Pichun

Paillalao, Aniceto Norin Catriman, Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican, José Benicio Huenchunao Mariñan a la luz del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación

En el proceso y la condena del caso de los lonkos por amenaza terrorista y del caso Poluco Pidenco por incendio terrorista existió **una diferencia de trato** basada en el origen étnico de nuestros representados y en sus reivindicaciones. Y esta diferencia de trato constituyó una discriminación que no tiene ninguna justificación.

La existencia de esta diferencia está demostrada por varias categorías de indicadores tanto A) por la aplicación de la ley antiterrorista a nuestros representados como por B) la presencia en las sentencias de condena de prejuicios sobre el origen étnico de nuestros representados y el uso de estos para demostrar la culpabilidad y la calificación de crímenes terroristas.

Adicionalmente, hemos subrayado en el ESAP y en los alegatos orales la gravedad de estos hechos de discriminación ejemplificada por el involucramiento de muchos actores de los tres poderes del Estado en presionar o en decidir de no aplicar el derecho común sino más bien una ley de excepción a miembros del pueblo mapuche. Regresaremos a esta temática cuando demos la existencia de un patrón de discriminación todavía vigente en el 2013 (C).

A) Se vulneró el principio de no discriminación y de derecho a la igualdad ante la ley de nuestros representados

i) El primer indicador de discriminación es entonces: la aplicación de la ley antiterrorista:

La prueba de la diferencia de trato resulta de dos elementos convergentes: la aplicación selectiva de esta ley a los mapuche para hechos que no son constitutivos de terrorismo y la aplicación de penas más severas e inadecuadas.

a) aplicación selectiva de la ley antiterrorista

Del 2001 al 2005 la Ley Antiterrorista fue invocada en 6 causas, (que pueden incluir varios juicios) 5 relacionados con las protestas mapuche. El Estado ha aportado información sobre estas estadísticas pero esta información es incompleta y errónea. Da, por ejemplo únicamente los casos de aplicación de la ley antiterrorista a partir del 2005 (cuando los hechos de los casos objeto de este litigio se llevaron a cabo entre el 2001 y el 2005). Hemos solicitado que la Corte le pida al Estado estas estadísticas para mejor resolver.

El Juez Sierra Porto nos ha solicitado que aportemos las estadísticas que tenemos sobre la aplicación de la ley antiterrorista para este debate. El siguiente cuadro incluye los Mapuche procesados bajo Ley antiterrorista entre el 2001 y el 2005 en el punto c agregaremos un cuadro con las estadísticas que

tenemos de RIT abiertos en aplicación de la ley antiterrorista del 2006 hasta hoy en contra de Mapuche.

Cuadro de Mapuche o personas vinculadas con las reivindicaciones territoriales mapuche procesadas bajo la ley antiterrorista entre el 2002 y el 2006

Nombre	Procedencia	Situación Actual
1. José Mariñan Huenchunao	Comunidad José María Colbul , Tirua	Condena por Incendio Terrorista (22/8/2004) Sobreseído de la acusación de asociación ilícita terrorista (25/7/2005)
2. Patricia Troncoso Robles	Chillan Viejo	Condena por Incendio Terrorista (22/8/2004) Absuelta de la acusación de asociación ilícita terrorista (25/7/2005) Absuelta Amenaza Terrorista
3. Patricio Marileo Saravia	Comunidad Jose Guiñon, Ercilla	Condena por Incendio Terrorista (22/8/2004) Sobreseído de la acusación de asociación ilícita terrorista (25/7/2005)
4. Jaime Marileo Saravia	Comunidad Jose Guiñon, Ercilla	Condena por Incendio Terrorista (22/8/2004) Sobreseído de la acusación de asociación ilícita terrorista (25/7/2005)
5. Juan Carlos Leilmil Huenulao	Comunidad Tricauco, Ercilla	Condena por Incendio Terrorista. (3/5/2005)
6. Juan Ciriaco Lican Millacheo	Comunidad Jose Millacheo, Chkenco, Ercilla	Condena a 10 años y 1 día Por incendio Terrorista (22/8/2004). Clandestino. Sobreseída asociación ilícita terrorista.
7. Luis Amable Huenupe Catrimil	Comunidad Tricauco, Ercilla	Condenado de incendio terrorista Condena a 4 años por Incendio Simple
8. Jose Belisario Antileo Llanquileo	Comunidad Juana Millahual, Contulmo	Condena de 5 años y 1 día Por Incendio Simple (14/2/2007) Sobreseído de la acusación de asociación ilícita terrorista
9. Pascual Pichun Paillalao	Comunidad Antonio Ñirripil, Temulemu	condena de 5 años y 1 día por amenaza terrorista (27/9/2003) Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista (25/7/2005)

10. Aniceto Norin Catriman	Comunidad Lorenzo Norin, Didaico, Traiguen	condena de 5 años y 1 día por amenaza terrorista (27/9/2003) Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista (25/7/2005)
11. Mireya Figueroa Araneda	comunidad Tricauco, Ercilla	Prófuga de la Justicia, Incendio Terrorista Sobreseida de la acusación de asociación ilícita terrorista Muerta
12. Jose Osvaldo Cariqueo Saravia	Comunidad Jose Guiñon, Ercilla	Absuelto de todos los cargos (7/4/2006)
13. Rafael Pichun Collonao	Comunidad Antonio Ñirripil, Temulemu, Traiguen	Condena de 5 años y 1 día por Incendio Simple Sobreseido de la acusación de asociación ilícita terrorista
14. Pascual Pichun Collonao	Comunidad Antonio Ñirripil, Temulemu, Traiguen	Condenado a 5 años y 1 día. Acusado de Incendio terrorista y simple
15. Juan Antonio Colihuinca Ancaluan	Comunidad Tricauco, Ercilla	Absuelto de todos los cargos (incendio terrorista y incendio simple) (7/4/2006)
16. Jose Francisco Llanca Ahilla	Comunidad Juan Ahilla Varela, Caillin, Collipulli	Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
17. Jorge Huaquin Antinao	Comunidad Agustin Chiguaicura, Chol Chol	Acusado de incendio Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
18. Mauricio Contreras Quezada	Población Vista Verde, Temuco	Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
19. Oscar Higeras Quezada	Población Vista Verde, Temuco	Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
20. Marcelo Contreras	Quintrileo Pueblo Nuevo, Temuco	Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
21. Bernardita Calfunao	Chacano Lo Herminada, Santiago	Absuelta de la acusación de asociación ilícita terrorista
22. Angelica Poblete	Ñancupil Comunidad Nancachue, Temuco	Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
23. Hector Llaitul Carillanca		Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista

24. Juan Luis Llanca	Comunidad Trángol, Victoria	Domingo	Acusado de incendio terrorista Condena de 5 años por incendio simple
25. Victor Ancalaf Llaupe	Comuniadad Lafkenche, Collipulli	Choin	Condena de 5 años por incendio terrorista (4/6/2004) Acusado de Infracción
26. Jaime Huenchullan Cayul	Comunidad Temucuicui		Prófugo de la Justicia, Acusado de incendio terrorista
27. Ester Alvarez Zuñiga			Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
28. Juan Andres Necul Marin			Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
29. Luis Hernan Millacheo Ñanco			Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
30. Jose Miguel Antinao Huaiquin			Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
31. Jose Sergio Mariqueo Coilla			Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista
32. Juan Julio Millacheo Ñanco			Absuelto de la acusación de asociación ilícita terrorista

Estos datos estadísticos se deben interpretar conjuntamente con el efecto de la indebida aplicación de tipos penales de terrorismo a nuestros representados derivada de la violación del principio de legalidad ya descrita y que tuvo como efecto un proceso judicial bajo un regimen legal de excepción que como fue detallado en el ESAP y en el punto III vulnero el derecho a un debido proceso de nuestros representados y una pena mucho más alta que la que hubieran tenido si hubieran sido condenados por los mismos hechos bajo el derecho común.

b) penas mucho más severas e inadecuadas:

El CERD –órgano de vigilancia de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptó una recomendación general sobre “discriminación racial en la administración de justicia”, en la que elabora una serie

de indicadores fácticos y legislativos para identificar la discriminación en contra de grupos debido a su origen o ascendencia étnica, incluidos los pueblos indígenas⁶⁸. Entre estos indicadores se encuentran la siguiente:

*La imposición por los tribunales de penas más severas o inadecuadas a las personas pertenecientes a esos grupos*⁶⁹.

En el caso Poluco Pidenco, el haberse indebidamente determinado que el delito de incendio por el cual se condenaba a las víctimas era un delito terrorista, tuvo como consecuencia que la pena subiera de 5 años y 1 día de privación de libertad a 10 años y un día de privación de libertad, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, así como derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena. Es importante recordar que, como lo veremos, la calificación de delito terrorista se hizo a través de prejuicios sobre los Mapuche

Como ya se explicó, los lonkos fueron condenados por el delito de “amenaza terrorista” a 5 años y un día de cárcel, a la inhabilitación absoluta y perpetua para cargos y oficios públicos, así como derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas del juicio.

El haberse determinado que el delito era un delito terrorista, hizo que la pena subiera de 61 días a 5 años menos un día a 5 años y un día. Lo clave en el caso de los lonkos, es que al ser una pena de 5 años y un día, y no una de 5 años o menos, los lonkos tuvieron que cumplir la pena efectivamente en la cárcel.

Además, los jueces castigaron indebidamente la amenaza de incendio con la pena establecida para el delito de incendio consumado, cuando debieron asignarle la pena establecida para la tentativa de incendio (pena prevista por el artículo 7 de la ley 18.314 y también desproporcionada para hecho de amenaza y que por tanto fue reformada en 2010).

ii) El segundo indicador de discriminación lo constituyen las dos sentencias condenatorias cuyo razonamiento evidencian prejuicios culturales e imparcialidad en la toma de decisión de condena que demuestran la discriminación directa.

El razonamiento lógico y jurídico de los jueces que condenaron a nuestros representados, como lo mostró el perito del Valle, se rompe, para revelar razonamientos interesados y las evidencias discursivas sobre dichas rupturas son impresas de estereotipos, prejuicios culturales sustentadas por expresiones periodísticas como “notorio”, “publico conocimiento”. Esto constituyó una discriminación directa que fue determinante para fijar la culpabilidad por delitos terroristas.

El juez Sierra Porto nos ha solicitado profundizar el análisis de las sentencias en particular aportando información sobre si las referencias al origen étnico de nuestros representados constituyeron un elemento de hipótesis del caso o efectivamente un prejuicio determinante para la condena.

⁶⁸ CERD, Recomendación General sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, 67º período de sesiones, 17 de agosto de 2005.

⁶⁹ *Ibid.*, Párr. I/1/A/1; I/1/B/5-6.

A continuación analizaremos en detalle las sentencias de condena con el objetivo de mostrar que los jueces que condenaron a nuestros representados se basaron en prejuicios relacionados con el origen étnico y las reivindicaciones de nuestros representados y esa falta de objetividad fue determinante a la hora de fallar, en particular en la decisión de condenarlos por delitos terroristas, vulnerando así el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación.

Típicamente las dos sentencias por analizar se dividen en una primera parte considerativa que detalla los argumentos y pruebas del ministerio público, de los querellantes y de los acusados, luego al inicio de la parte resolutive el tribunal explica el análisis que lo lleva a resolver de una o de otra forma y luego en una tercera parte declarativa se detalla la resolución.

La sentencia del 27 septiembre 2003 del tribunal de Angol que condenó a Pascual Pichún, Aniceto Norin por amenaza terrorista inician la parte resolutive en el considerando 13º: Este considerando sienta los elementos que permiten, según el tribunal, determinar la existencia de una intención terrorista.

Estos elementos son, según el tribunal, la existencia de un proceso de recuperación de tierras del pueblo Mapuche. El tribunal no hace ninguna distinción entre la legitimidad de las reivindicaciones y el actuar por vías de hecho de un grupo delimitado de mapuche. Al contrario resume las exigencias enunciando que son desproporcionadas.

13 [...] Para convicción del tribunal, se encuentran acreditados los elementos del tipo penal exigidos por el artículo 7º de la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, puesto que las declaraciones ya analizadas emanan de personas vinculadas directamente con los hechos o que adquirieron un conocimiento por diversos motivos, testimonios que resultan coherentes con las pericias y evidencias documentales incorporadas durante la audiencia, que constituyen antecedentes que en su conjunto y libremente apreciados conducen al convencimiento de tener por acreditados, más allá de toda duda razonable, los hechos materia de la acusación fiscal y particular, como quiera que las acciones que causaron estos delitos demuestran que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona.

Los ilícitos antes referidos están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la Octava y Novena Regiones. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desproporcionadas, hechas bajo presión por grupos beligerantes a los dueños y propietarios, a quienes se les advierte que sufrirán diversos tipos de atentados en caso de no acceder a sus requerimientos, muchas de estas amenazas se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daños y ocupaciones de tierras, que han afectado tanto a los individuos y bienes de diversas personas dedicadas a las actividades agrícolas y

forestales de esta zona del país.

Luego en el mismo considerando el Tribunal se refiere a las “pruebas que sustentan las afirmaciones” anteriores, estas pruebas son:

- testimonios de personas que hacen referencia a amenazas o delitos cometidos por personas perteneciendo a la etnia mapuche “perpetrados por personas pertenecientes a la etnia mapuche » y el temor que éstos les ha causado
- un disco compacto que tiene información sobre acciones llevadas en reivindicación de sus tierras a cabo por el “pueblo perteneciente a la etnia mapuche »
- el informe de la sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado de la República, realizada el 1 de julio de 2002 que concluyó en la constatación de la faltas de servicio por parte del Estado
- artículos de prensa acerca de “la cantidad de conflictos causados por grupos de mapuches en actos terroristas »
- tres cuadros gráficos que demuestran que « la inversión privada en la región ha disminuido ».

El Tribunal en ningún momento vinculan estas supuestas pruebas con las intenciones que podrían haber tenido los acusados del caso bajo juicio. Luego agrega en el mismo considerando para apoyar sus afirmaciones:

Sustenta lo anterior la presunción legal contemplada en el inciso segundo de la disposición 1ª del artículo 1º de la ley 18.314, actualmente modificada por los nuevos principios de valoración de la prueba señalados en los artículos 295 y siguientes del Código Procesal Penal. En efecto, actualmente y de acuerdo al principio de la lógica, el temor justificado de la población o de una parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie se encuentra acreditado por el hecho de haber sido amenazados de ser perjudicados por la comisión de un delito que se perpetraría mediante artificios incendiarios. »

En el considerando 15º el Tribunal se refiere a través de 6 puntos a la participación y culpabilidad de los enjuiciados por el crimen de amenaza terrorista:

Punto 1, nuevamente se precisa que el elemento de intencionalidad terrorista deriva de la existencia de un movimiento mapuche de recuperación de tierras y de fortalecimiento de la entidad territorial mapuche :

[...] 1. Como antecedentes generales y de acuerdo a la prueba aportada durante el juicio por el Ministerio Público y los querellantes particulares, es un hecho público y notorio que en la zona, desde hace un tiempo a la fecha, están actuando organizaciones de hecho que usando como argumento reivindicaciones territoriales, realizan actos de violencia o incitan a ellos. Entre sus métodos de acción se emplea la realización de diversos actos de fuerza que se dirigen contra empresas forestales, pequeños y medianos agricultores, todos los cuales tienen en común ser propietarios de terrenos contiguos, aledaños o cercanos a comunidades indígenas que pretenden derechos históricos sobre las mismas. Tales acciones apuntan a la reivindicación de tierras estimadas como ancestrales, siendo la ocupación ilegal un medio para alcanzar el fin más ambicioso, a través de ellas se irán recuperando parte de

los espacios territoriales ancestrales y se fortalecerá la identidad territorial del pueblo mapuche. Así se desprende del testimonio conteste de los ofendidos Juan y Julio Sagredo Marín, Juan Agustín Figueroa Elgueta y Juan Agustín Figueroa Yávar, sustentados por el atestado de Armin Stappung Schwarzlose, Gerardo Jequier Salí, Jorge Pablo Luchsinger Villiger, Antonio Arnaldo Boisier Cruces y Osvaldo Moisés Carvajal Rondanelli, analizadas.

En un punto 2 destaca que:

« 2. No se encuentra suficientemente acreditado que estos hechos fueron provocados por personas extrañas a las comunidades mapuches, debido a que obedecen al propósito de crear un clima de total hostigamiento a los propietarios del sector, con el objeto de infundirles temor y lograr así que accedan a sus demandas, y que respondan a una lógica relacionada con la llamada "Problemática Mapuche", porque sus autores conocían las áreas reclamadas o por el hecho de que ninguna comunidad o propiedad mapuche ha resultado perjudicada »

En este considerando, el Tribunal invirtiendo la carga de la prueba, en vez de demostrar que los lonkos cometieron el delito de amenaza deduce su culpabilidad del hecho que no se encuentra probado que las amenazas provengan de personas extrañas a las comunidades mapuches, confirmando este prejuicio por la afirmación que además ninguna comunidad mapuche ha resultado perjudicada. El Tribunal fija así la culpabilidad de los acusados en su condición de miembros del pueblo mapuche. Esta inversión de la carga de la prueba es a la vez una violación flagrante del principio de culpabilidad y otro elemento de la discriminación de la sentencia.

Esta inversión y los prejuicios que supone llevan al Tribunal a deducir del origen étnico de los lonkos el propósito de infundir temor lo que permitirá la calificación de amenaza terrorista "obedecen" y "responden" y por las reivindicaciones de nuestros representados y esa falta de objetividad fue determinante a la hora de fallar.

El Tribunal agrega:

3. Se encuentra probado que el acusado Pascual Pichún es lonko de la Comunidad "Antonio Ñirripil" y Segundo Norín lo es de la Comunidad "Lorenzo Norín", lo que importa jerarquía en su interior y determinada capacidad de mando y liderazgo sobre ellas.

4. Asimismo, es preciso resaltar que los imputados Pichún y Norín se encuentran condenados por otros delitos relativos a ocupaciones de tierras cometidos con anterioridad a estos hechos en contra de predios forestales, ubicados en lugares aledaños a las respectivas comunidades, según consta de la causa rol N° 22.530 y acumuladas por la cual se condenó a Pascual Pichún a la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo y a Segundo Norín a una pena de 800 días de presidio menor en su grado medio, en ambos casos, a las accesorias legales y costas por el delito. Además, Pichún Paillalao fue condenado a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo y al pago de una multa de 10 Unidades Tributarias Mensuales como

autor del delito de manejo en estado de ebriedad; así consta de sus respectivos extractos de filiación y antecedentes y de las copias de las sentencias definitivas debidamente certificadas e incorporadas.

5. Las Comunidades Mapuches de Didaico y Temulemu son colindantes con el predio Nancahue, y

6. Ambos acusados pertenecerían, según lo declarado por Osvaldo Carvajal, a la Coordinadora Arauco Malleco C.A.M., organización de hecho según reitero y de carácter violentista.

En el caso Poluco Pidenco, la parte resolutive inicia en el considerando 16 y como en la sentencia de los lonkos, la existencia del elemento intencional que permite la calificación de un delito en delito terrorista ósea el elemento determinante para la aplicación de este régimen de excepción “causar un estado de temor generalizado en la zona” no es demostrada con ningún rigor probatorio sino simplemente inferido de la “notoria existencia de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población”.

DÉCIMO SEXTO: *Ponderando los antecedentes de cargo antes descritos, en la forma señalada por el artículo 297 del Código Procesal Penal, este tribunal tiene la convicción, más allá de toda duda razonable, que los hechos señalados en la reflexión décimo cuarta, tal como lo solicitaron y sostuvieron el Ministerio Público, la Gobernación Provincial Malleco Angol y el querellante particular, configuran el delito de incendio, tipificado y sancionado en el artículo 476 n° 3 del Código Penal, en carácter de terrorista, según lo disponen los artículos 1 n° 1 y 2 n° 1 de la ley 18.314, en grado de consumado, puesto que resultó probado que José Benicio Huenchunao Mariñan, Patricia Roxana Troncoso Robles, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican y Florencio Jaime Marileo Saravia, participaron como autores directos del incendio del fundo Poluco Pidenco referido por haber actuado de un modo inmediato y directo en la ejecución del mismo, ilícito inserto en el denominado conflicto territorial mapuche, cometido con la finalidad de causar en la población un justo temor de ser víctimas de delitos de la misma especie.*

DÉCIMO NOVENO: *En relación al carácter no terrorista que sostiene la defensa respecto de estos hechos, cabe señalar que las declaraciones aludidas en las reflexiones anteriores, prestadas por personas vinculadas directamente con los hechos o que adquirieron un conocimiento de ellos por diversos motivos, son testimonios coherentes con las pericias y evidencias documentales ofrecidas durante la audiencia por los acusadores y son antecedentes que en su conjunto y libremente apreciados llevan a estos sentenciadores a establecer que el incendio que afectó al fundo Poluco Pidenco el 19 de diciembre de 2001, es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes. En efecto, el ilícito establecido en la reflexión décimo sexta, está inserto en un*

proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en la Provincia de Malleco, puesto que la mayor cantidad de sucesos y también los más violentos, han ocurrido precisamente en comunas de esta jurisdicción. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desmedidas, hechas bajo presión por grupos violentistas a los dueños y propietarios, a quienes se les amenaza y presiona para que accedan a los requerimientos que se les formulan; muchas de estas condiciones se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daño y usurpación, que han afectado tanto a las personas y bienes de diversos propietarios agrícolas y forestales de ésta zona del país; en la audiencia se recibieron numerosos testimonios y se dieron a conocer diversos antecedentes al respecto, sin perjuicio de que ello es de público conocimiento.

Es obvio inferir que la finalidad perseguida es provocar en la gente un justo temor de ser víctima de atentados similares, y con ello obligar a los dueños para que desistan de seguir explotando sus propiedades y hacer que las abandonen, ya que la sensación de inseguridad e intranquilidad que generan dichos atentados, traen consecuencias tales como disminución y encarecimiento de la mano de obra, aumento en el costo, tanto en la contratación de maquinarias para la explotación de los predios, como para cubrir las pólizas que aseguran las tierras, instalaciones y plantaciones, también, es cada vez más frecuente ver trabajadores, maquinarias, vehículos y faenas instalados en los distintos predios, bajo protección policial que asegure la ejecución de las labores. Todo esto afecta derechos garantizados constitucionalmente.

Esta convicción del Tribunal emana de los dichos expresados por los testigos Cesar Gutiérrez Chavez, Ricardo Martín Ruff, Víctor Luengo San Martín, Gerardo Cerda Agurto, Juan Zapata Acuña, Mario Garbarini Barra, Gerardo Jequier Schalchi, Manuel Riesco Jaramillo, Rene Araneda Amigo, Juan Correa Búlnes, Jorge Vives Dibarrat y Julio Piwonka De Amesti, quienes refirieron al Tribunal haber sido víctimas directas o tener conocimiento de amenazas y atentados contra personas o bienes, perpetrados por gente de la etnia mapuche; estos testigos expresaron de diferente forma la sensación de temor que dichos actos han provocado; están los antecedentes vertidos en el informe de la Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado de la República, y de cuyos párrafos se hizo lectura durante la audiencia.”

Los prejuicios relacionados con la pertenencia al pueblo Mapuche fue un elemento esencial para determinar la culpabilidad por delitos terrorista.

La Corte no es una cuarta instancia no se trata aquí de determinar si se debían o no condenar a nuestros representados, solo estamos demostrando que la argumentación de dichas sentencias vulneran el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad.

En síntesis, las estadísticas de los procesos bajo ley antiterrorista, la desproporción e inadecuación entre los alegados delitos y las penas, el irrespeto de la presunción de inocencia, las valoraciones prejuiciadas de los jueces, las actuaciones de la Fiscalía, de los poderes ejecutivo y legislativos demuestran una clara discriminación étnica en contra de nuestros representados donde su identidad mapuche y sus reivindicaciones contribuyeron de forma determinante al trato diferente que recibieron.

B) 2005 - 2013: uso de la Ley Antiterrorista para perseguir la protesta social Mapuche: un patrón de discriminación que hoy sigue vigente

Hemos demostrado que bajo el gobierno de Ricardo Lagos, se aplicó la Ley Antiterrorista de forma discriminatoria a nuestros representados que reivindicaban la recuperación de sus tierras ancestrales y que esto constituyó una violación de los artículos 1, 13 y 24 de la CADH. El objeto de este litigio porta principalmente sobre los diez Mapuche procesados y condenados bajo ley antiterrorista entre el 2001 y el 2005 pero se le solicita a la Corte interamericana tomar también en cuenta, en particular de cara a las garantías de no repetición, que sigue la persecución penal discriminatoria a través de la utilización de la Ley antiterrorista a los Mapuche para acusarlos de hechos que no son constitutivos de actos terroristas.

Al concentrar sus alegatos orales, relativo a las vulneraciones de los artículos 1 y 24 de la CADH, sobre los hechos posteriores al 2006, el Estado admitió implícitamente la existencia de discriminación en los casos objeto de este litigio. Centrando sus alegaciones sobre la inexistencia de un patrón de discriminación en la aplicación de la ley antiterrorista a los Mapuche, el Estado pretende minimizar temporalmente la persecución penal discriminatoria. La argumentación del Estado se basa en dos afirmaciones:

1. No hay una política penal discriminatoria en contra de los Mapuche,
2. La inexistencia de un patrón de discriminación está demostrada a la vez por la pequeña proporción de querellas 5 por delitos terrorista entre el 2009 y el 2013 comparada a la 112 querellas iniciadas por la intendencia o la gobernación de la Araucanía y por el hecho que entre el 2009 y el 2012 había en Santiago según el Estado 26 querellas por delitos terrorista que no están relacionadas con Mapuche.

A continuación queremos mostrar como desde la condena de nuestros representados en los casos objeto de este litigio hasta hoy se sigue aplicando la Ley Antiterrorista de forma discriminatoria a los Mapuche y que hoy sigue existiendo, en todo caso desde la Fiscalía una política penal que pasa por la persecución con la ley antiterrorista de personas mapuche por delitos que no son terroristas y que han sido cometidos en el contexto de reivindicaciones territoriales.

La determinación de la existencia de un patrón de discriminación necesita el análisis de una red de indicios que demuestren la continuidad de un trato diferente. Por eso, nos proponemos establecer por vía del análisis de diversos indicios concordantes la

permanencia hoy en día de una situación de discriminación racial *prima facie que no tienen ninguna justificación razonable*.

Un análisis de los hechos posteriores a las condenas de nuestros representados no puede incluir únicamente las cifras de las querellas bajo ley antiterrorista de la Intendencia o de la Gobernación de la Araucanía como lo pretende el Estado, ni solo las cifras de condenas bajo la ley antiterrorista. También se deben considerar las investigaciones iniciadas por la Fiscalía, quien tiene el monopolio de la decisión de investigar bajo esa ley.

Pese a que la jurisprudencia interamericana no considera que sea necesario identificar qué funcionario público estuvo al origen de una violación de la Convención Americana de Derechos Humanos, para entender la evolución cronológica de esta vulneración de los principios de igualdad ante la ley y no discriminación es importante distinguir entre los diferentes actores estatales involucrados en la aplicación de la ley antiterrorista.

Pues como lo veremos la discriminación de la que fueron objeto nuestros representados se ha vuelto más sutil con los años: la discriminación se ha mantenido de forma continua por la Fiscalía nacional y regional. **La Fiscal de la Araucanía** admitió en el 2002 haber aplicado, con el acuerdo de la Fiscalía nacional la ley antiterrorista en los casos objeto de este litigio, y esto por razones meramente oportunistas, ya que ésta ley permite actuar en un marco normativo menos garantista y en consecuencia facilita la condena⁷⁰. Este órgano instructor sigue hoy en día utilizando la LAT en contra de Mapuche por hechos que no constituyen actividades terroristas pero esta aplicación es menos visible porque si bien aplica este régimen en la fase de investigación y de juicio, luego el juez condena por delitos de derecho común. Esta persecución penal se concentra en contra de Mapuche que pertenecen a comunidades que reivindican el retorno a sus tierras ancestrales.

A partir del 2006 los jueces han participado a la discriminación de forma más parcelaria. Y el poder ejecutivo luego de dos importantes huelgas de hambre, en el 2006 y en el 2010 dejó por un tiempo corto de solicitar la aplicación de la Ley antiterroristas en casos que involucran jóvenes activistas Mapuche. A eso se agrega que la Fiscalía ha también iniciado un proceso paralelo de expansión de la utilización de la Ley antiterrorista como una forma de beneficiarse de un régimen menos favorable para otros acusados.

Entre 2001 y 2005, 32 Mapuches o personas vinculadas con sus reivindicaciones territoriales fueron procesadas bajo la Ley Antiterrorista⁷¹ y diez de ellas resultaron condenadas a penas de cinco a diez años de cárcel⁷².

⁷⁰ Esap p. 97

⁷¹ Ver Cuadro XX Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, 31 de diciembre de 2011, FIDH, pp. 17-18, cuadro de Mapuches o personas vinculadas con las reivindicaciones territoriales Mapuche procesadas bajo la ley antiterrorista entre el 2002 y el 2006: José Huenchunao Marifán, Patricia Troncoso Robles, Patricio Marileo Saravía, Jaime Marileo Saravía, Juan Carlos Huenulao Leilmil, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Luis Amable Catrimil Huenupe, José Belisario Llanquileo Antileo, Pascual Pichún Paillao, Aniceto Norín Catriman,

Mireya Figueroa Araneda, José Osvaldo Cariqueo Saravía, Rafael Pichún Collonao, Juan Antonio Colihuinca Ancaluan, José Francisco Llanca Ahilla, Jorge Huaquín Antinao, Mauricio Contreras Quezada, Oscar Higeras Quezada, Marcelo Quintrileo Contreras, Bernardita Chacano Calfunao, Angélica Nancupil Poblete, Héctor Llaitul Carillanca, Pascual Pichún Collonao, Víctor Ancalaf Llaupe, Juan Luis Llanca, Jaime Huenchullan Cayul.

Todos nuestros representados fueron también procesados por el supuesto delito de “asociación ilícita terrorista”, ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol FECHA, en total en contra de 27 personas⁷³. Este juicio condujo a una primera sentencia absolutoria y, tras ésta, a una nueva intervención de la **Corte Suprema** para ordenar la repetición del proceso, nuevamente a otra absolución de los inculcados, sentando un importante precedente jurisprudencial para los casos de aplicación de legislación especial antiterrorista, ya que el fallo del tribunal de primera instancia declaraba expresamente la impropiedad de la calificación como terrorista de las conductas imputadas a los acusados. La pretensión de revocar el fallo fue rechazada in liminis por la **Corte de Apelaciones de Temuco** el 28 de septiembre de 2005, haciendo firme la absolución para los 8 inculcados todavía presentes bajo custodia del Estado, lo cual confirmó que no pertenecían a ninguna asociación terrorista⁷⁴. En ese entonces nuestros representados se encontraban cumpliendo penas de prisión por los supuestos delitos arriba mencionados.

La sentencia del tribunal de primera instancia y de la Corte de Apelaciones en el proceso por “asociación ilícita terrorista” supusieron un viraje en la actuación de los tribunales de la región (tribunal de Temuco, Tribunal de Angol y Corte de Apelación de Temuco) al enfatizar que no se podía utilizar la categoría de “terrorismo” para enjuiciar estas acciones y marcó el inicio de una tendencia que se confirmaría en los años siguientes, pero sólo a nivel de los jueces⁷⁵.

Pues es importante subrayar que esta decisión fue rechazada por la Fiscalía y las autoridades del poder ejecutivo chileno⁷⁶, que junto con la acusación particular, presentaron como última instancia un recurso de queja⁷⁷. Consideramos que la utilización poco habitual del recurso de queja debe también ser tomada en cuenta en el análisis de la existencia de una discriminación hacia nuestros representados, por ser emblemática del empeño de la Fiscalía y del poder ejecutivo de lograr demostrar que los Mapuche activistas a favor del retorno de sus tierras ancestrales, eran en el 2001-2005 un grupo terrorista.

La aplicación de la Ley Antiterrorista a mapuches que pertenecían a comunidades que reivindican sus derechos territoriales no terminó en ese momento. Los procesos y condenas por terrorismo en el marco de las reivindicaciones de tierras mapuche continúan hasta hoy, i) tras un breve período (2006-2007) en el que se suspendieron las nuevas querrelas de parte del poder ejecutivo por terrorismo y no se condenaron

⁷² Esta cifra incluye a **Juan Carlos Huenulao**, condenado por el mismo delito y a la misma pena en mayo de 2005.

⁷³ Los nombres de los 16 inculcados son los siguientes: Héctor Javier LLaitul Carillanca; José Benancio Huenchunao Mariñán; José Belisario Llanquileo Antileo; Angélica María Ñancupil Pobrete; Patricia Roxana Troncoso Robles; Mireya del Carmen Figueroa Araneda; Juan Ciriaco Millacheo Licán; José Osvaldo Cariqueo Saravia; Bernardita Chacano Calfunao; Mauricio Javier Contreras Quezada; Óscar Orlando Higuera Quezada; Marcelo Antonio Quintrileo Contreras; Pascual Huentequero Pichún Paillalao; Segundo Aniceto Norín Catrimán; José Francisco Llanca Ahilla. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, Auto de apertura del juicio oral. R.U.C. N° 0100142499-OR. I. T. N° 5694-2002 (1 de julio de 2004), p. 1.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, Recurso: 603/2006. Resolución: 11664. Secretaría: Reforma Procesal Penal. Temuco, 11 de julio de 2006 (R.I. T. 21-2004)

⁷⁵ Ver anexo 50

⁷⁶ Véase reacción de las autoridades en anexo 60.20 y 60.21,

⁷⁷ Recurso administrativo de carácter disciplinar limitado en la legislación chilena a casos de actuación impropia o indisciplinada de las autoridades judiciales

a otros Mapuche, ii) pues la diferencia de trato, por parte de la Fiscalía, a través del uso indebido de dicha ley para perseguir las acciones de protesta cometidas en el marco de reivindicaciones de tierras Mapuche siempre se mantuvo.

i) 2006 – 2007: disminución de la aplicación de la Ley Antiterrorista a comuneros Mapuches

Tras el inicio del mandato de Michelle Bachelet como presidenta el 11 marzo 2006, quien en su programa para la presidencia había precisado que no volvería a solicitar la aplicación de la ley antiterrorista a la protesta mapuche, Jaime Marileo, Juan Patricio Marileo, Juan Carlos Huenulao y Patricia Troncoso, iniciaron una huelga de hambre el 13 de marzo de 2006 que duró hasta el 20 de mayo de 2006, es decir más de dos meses, poniendo en grave riesgo su salud y su vida. Solicitaban su libertad, mejoras en las condiciones carcelarias, el cese de la aplicación de la Ley Antiterrorista y la reforma de esa ley⁷⁸.

Fue en ese contexto que en en abril del 2006, el Tribunal Oral en lo Penal de Angol absolvió a los comuneros Juan **Antonio Colihuinca Ancaluan** y **José Osvaldo Cariqueo Saravia**, quienes estaban investigados bajo la ley antiterrorista, declarando además que el delito de incendio cometido en perjuicio de la empresa forestal Mininco S.A., ocurrido los días 18 y 19 de diciembre de 2001, no era terrorista, sino un incendio simple, sancionado por el derecho común. Esta absolución fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco el 11 de julio de 2006 tras un recurso en nulidad interpuesto ante la Corte Suprema de Chile, que se declaró incompetente y remitió el recurso a la referida Corte de Apelaciones⁷⁹. Asimismo, el 14 de febrero de 2007 el comunero mapuche **José Llanquileo Antileo** fue condenado por el Tribunal Oral en lo Penal de Angol a la pena de 5 años y un día por el delito de incendio común, no terrorista, ocurrido en perjuicio de la forestal Mininco S.A, los días 18 y 19 de diciembre de 2001, el llamado incendio Poluco Pidenco declarando expresamente el tribunal que el delito no era terrorista, sino común. En estos dos procesos la Fiscalía solicitaba la aplicación de la ley antiterrorista⁸⁰.

La huelga de hambre contribuyó a llamar la atención internacional sobre la situación de vulneración de los derechos humanos derivada de la aplicación selectiva y discriminatoria de la legislación antiterrorista a los comuneros Mapuches y llevo al reconocimiento por miembros del gobierno del error que significó la utilización de esa legislación en contra de los Mapuche⁸¹, las negociaciones con los huelguistas dieron lugar a tres proyectos de reforma: el Proyecto Navarro, presentado por los Senadores Navarro, Girardi y Letelier para la modificación de la Ley de Libertad Condicional, el Proyecto de Modificación de la Ley 18.314, presentado por los Ministros de Justicia e Interior en nombre de la Presidenta de la República, y el Proyecto de Ley del mismo tenor presentada por el Sr. Antonio Leal (Presidente de la Cámara) y por los congresistas Sres. Eduardo Díaz, Jaime Quintana y Juan Bustos, ninguno de éstos fue aprobado.

⁷⁸ <http://www.emol.com/noticias/nacional/2006/05/13/218911/bachelet-dice-que-ley-antiterrorista-no-se-volvera-a-aplicar.html>

⁷⁹ Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, 31 de diciembre de 2011, FIDH, Anexo 11, p. 6

⁸⁰ Ver anexos 41, 42, 43, 44 ESAP

⁸¹ Anexo 60-22

Los huelguistas obtuvieron únicamente la posibilidad de ser trasladados a un centro de estudio y trabajo de gendarmería (CET)⁸².

A pesar de estos cambios en el 2006 y el 2007 a nivel del poder ejecutivo central y de algunos jueces, la Fiscalía siguió aplicando la ley antiterrorista del 2006 en adelante.

ii) 2008 – 2013: el trato diferente de los Mapuche activistas se vuelve a intensificar

A partir del 2008, el Estado via la Intendencia o la gobernación volvió a pedir la aplicación de la LAT para criminalizar miembros de comunidades Mapuche involucrados en actividades de retoma de tierras/ protesta social mapuche en los casos conocidos como, "By pass Temuco", "Fundo San Leandro", "Amenazas Luchsinger", "Fundo Brasil", "Peaje Victoria", "Amenazas testigo protegido", "Cañete"⁸³.

Los menores de edad Mapuche

La prueba más impactante del trato diferente hacia los Mapuche en estos últimos cinco años es sin duda el procesamiento bajo ley antiterrorista de 7 menores de edad, solicitada por la Fiscalía y en la mayoría de los casos por la Intendencia y la Gobernación⁸⁴, por delitos tales como; asociación ilícita terrorista, homicidio frustrado de carácter terrorista o incendio terrorista. Esto tuvo como consecuencia que estos jóvenes pasarán largos meses en detención preventiva, detención preventiva que los jueces mantuvieron⁸⁵. En realidad sólo las huelgas de hambre que llevaron a cabo⁸⁷, semanas antes del Bicentenario de la República de Chile, permitieron que se les otorgaran medidas de detención domiciliaria. Todos estos muchachos se encontraban estudiando, algunos con becas cuando fueron violentados, detenidos y privados de su libertad, todos eran activos en la militancia a favor de la recuperación de las tierras ancestrales mapuche.

Mapuche menores de edad en el momento de los supuestos ilícitos procesados bajo la Ley antiterrorista

Nombres	Detención	Situación procesal al 1 de diciembre 2011
Cristian Alexis Cayupan: nació el 5 junio 1991	Acusado de: Amenaza Terrorista, Incendio terrorista, homicidio frustrado terrorista por los Fiscal <u>Chiffelle y Velazquez</u>	Esperando audiencia de preparación de juicio

⁸² Declaración de víctimas directas, Caso Norín Catrیمان y Otros Vs. Chile, 27 de mayo 2013, § 60

⁸³ cuadro anexo, Casos LAT actualizados al 14/06/2013 y ADJUNTAR ACUSACIONES DE LA FISCALIA PARA TODOS

⁸⁴ Ver voto razonado de Paulo Sergio Pinheiro en el informe de fondo de la CIDH N°176/10

⁸⁵ Anexo 15 ESAP Ana Cortez Salas, Andrea Iglesias Larroquette, Lorenzo Morales Cortés, Julieta Vıvar Payàs, y Aldo Vidal H, "Informe Sobre Violencia Institucional Contra la Niñez Mapuche en Chile", Informe preliminar, Fundación ANIDE, 5 de febrero del 2011

⁸⁶ anexo 51 recurso de amparo para Luis Marieleo (trato cruel y detención preventiva)

⁸⁷ <http://fidh.org/Carta-abierta-al-Sr-Sebastian>

	<p>Estuvo 4 días en una celda sin luz, sin salir, incomunicado.</p> <p>Estuvo en detención preventiva un año y dos meses le negaron las medidas cautelares y sólo logró ser liberado luego de la huelga de hambre que hizo.</p> <p>Luego tuvo un arresto domiciliario total hasta el 20 enero 2011 y ahora tiene un arresto domiciliario nocturno de 7pm a 7 de la mañana.</p>	
<p>José Antonio Ñirripil: nació 28 de octubre 1991</p>	<p>Acusado de incendio terrorista, incendio común, amenazas terroristas, homicidio frustrado terrorista</p> <p>Detenido en diciembre del 2009</p> <p>Estuvo en detención preventiva durante seis meses lo liberaron luego de la huelga de hambre que hizo.</p> <p>Tiene medidas de arresto nocturno de 7pm a 10 de la mañana y firma semanal</p>	<p>Esperando Juicio (bajo ley antiterrorista)</p>
<p>Luis Humberto Marileo (sobrino de Jaime y Patricio Marileo)</p>	<p>Acusado por Asociación ilícita Terrorista, Homicidio Frustrado e incendio de cosa mueble terrorista, fue detenido el día 13 de abril del 2010 mientras se encontraba en una clase del Liceo "Instituto de Educación Rural" ubicado en la Localidad de Pailahueque. Fue víctima de graves tratos crueles inhumanos y degradante que están bajo investigación actualmente por la Fiscalía Militar de Angol.</p>	<p>El 27 Octubre 2010, la Corte de Apelaciones de Temuco mantuvo la medida de internación provisoria</p> <p>Esperando Juicio (bajo ley antiterrorista)</p>

	Estuvo en detención preventiva durante un año fue liberado luego de la huelga de hambre que hizo	
Patricio Queipul	Acusado de asociación ilícita terrorista y homicidio frustrado terrorista Fue detenido el 29 abril 2011. Tiene medidas de detención domiciliarias total. Estuvo profugo durante varios meses	Audiencia de preparación del juicio
Leonardo Quijón		
Rodrigo Huechipan		
Jacinto Marín		

El Estado en su contestación escrita y en sus alegatos orales niega la existencia de un trato diferente hacia estos menores de edad mapuche.

Pero en realidad, el trato diferente o racismo de parte de la Fiscalía es tal que, como indicado durante los alegatos orales, a pesar de la reforma del 2010 que excluyó la aplicación de la ley para los menores en su artículo 3ro⁸⁸, la Fiscalía se negó a aplicar esta reforma a los menores Mapuche ya procesados bajo ley antiterrorismo pretextando que la ley no era clara. El legislador tuvo que intervenir nuevamente en junio del 2011 modificando el art 1ro de la LAT incluyendo el siguiente párrafo: "*La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años*".

Luego, la justicia en un primer momento negó las solicitudes de levantamiento de medidas de detención y también la posibilidad que se les aplicara *in momentum* a estos Mapuche menores de edad la reforma del 21 de junio de 2011.

Es una evidencia que la aplicación de la ley antiterrorista es manifiestamente contraria a los derechos de los niños y jóvenes indígenas tal y como lo detalló en su

⁸⁸ "*Si las conductas tipificadas en la ley N° 18.314 o en otras leyes fueren ejecutadas por menores de dieciocho años, por aplicación del principio de especialidad se aplicarán siempre el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente*".

voto razonado el relator ante la Comisión interamericana de los derechos de la niñez, Paulo Sergio Pinheiro:

En primer lugar, a un nivel básico, la aplicación de la Ley 18.314 a una persona menor de 18 años presupone aceptar que un niño pueda ser tenido como terrorista. En criterio de quien suscribe el presente voto concurrente, si bien un niño o niña puede ser materialmente el autor de conductas criminales que encuadran bajo la definición legal de terrorismo, su nivel de volición y madurez impide por principio considerarlo algo distinto que una víctima de manipulaciones, esas sí criminales, realizadas por los grupos o personas que persiguen los objetivos políticos que caracterizan por definición la violencia terrorista. La connotación política y la estructura del tipo penal del terrorismo, con los elementos de motivación y predeterminación que le caracterizan, son tales que no se puede considerar terrorista a un niño o adolescente.

La aplicación de regímenes legales antiterroristas tales como el chileno también riñe con la preservación de los derechos de los niños y adolescentes en conflicto con la ley. En efecto, el régimen antiterrorista chileno es particularmente severo, y ha sido diseñado para responder con mayor contundencia a la comisión de actos criminales especialmente graves [...].

[...] es indudable que el sometimiento de niños y adolescentes indígenas a un patrón de procesamiento penal bajo legislaciones restrictivas de sus derechos, en condiciones contrarias al principio de igualdad, sólo contribuirá a fortalecer esta percepción de discriminación sistémica y estructural, con los impactos individuales y colectivos que ellos pueden conllevar”.

Es importante destacar que hoy se sigue procesando con las pruebas obtenidas bajo el régimen de la ley antiterrorista a dos menores de edad que se encuentran en libertad con medida cautelar⁸⁹. Cuando en uno de estos casos, los adultos han ya sido absueltos.

Se mantiene la utilización del régimen de la ley en la etapa de la investigación y del juicio

En el 2010, 37 Mapuches incluyendo tres menores de edad todos procesados bajo la Ley Antiterrorista en estos casos decidieron iniciar una huelga de hambre que se prolongaría, en su conjunto, durante un total de 82 días. Fue en ese contexto que el 13 de septiembre de 2010, se ingresó por parte del Ejecutivo un proyecto de reforma de la Ley Antiterrorista que, después de recibir un amplio apoyo tanto en el Senado como en el Congreso, fue publicada el 8 de octubre de 2010 en el Diario Oficial como Ley N° 20.467. Es de notar que como en el 2006 la reforma se logra con el grave costo para la salud de los imputados.

Tras esta huelga de hambre, el Estado comenzó a cambiar estas nuevas querellas retirando la calificación de delitos terroristas, como lo relató el representante del

⁸⁹ Ver nuevos anexo actualizando anexo 20

Estado en su alegato oral “de las 5 querellas en la Auracania se han retirado 3”, y a solicitar la aplicación del derecho ordinario.

No obstante, el Ministerio Público sigue manteniendo la calificación de terrorista. La Ley Antiterrorista se continúa usando en la etapa de investigación y de juicio en el conjunto de los nuevos casos abiertos a partir del 2008⁹⁰, con el recurso al uso de pruebas amparadas en esta misma ley, como los testigos sin rostro, aunque no se condene bajo la Ley Antiterrorista sino bajo el derecho común.

Pues la aplicación de la ley antiterrorista en estas etapas tiene ya de por sí, como fue presentado en nuestros alegatos y por el amicus de la Universidad Diego Portales, un régimen de excepción que pone al procesado en una situación de vulneración potencial de sus derechos.

Como lo señala Pablo Ortega, en dos de esos casos luego de largas detenciones preventivas, de la acusación bajo la Ley Antiterrorista, y la realización de juicios con ese régimen especial las sentencias fueron absolutorias⁹¹. Ese fue el caso por ejemplo en el juicio oral contra ocho personas mapuche imputadas por delitos terroristas en el denominado caso del “Peaje Quino”, resultando todas ellas absueltas, así como en el caso de “amenazas Luchsinger”, en el que los dos imputados quedaron también absueltos en el 2012⁹².

Hasta el día de hoy los Mapuches continúan procesados bajo esta normativa, al 14 de junio de 2013, se denominaban 35 imputados bajo la Ley Antiterrorista en cinco causas⁹³.

También, cabe destacar que en este período, también se condenó bajo la Ley Antiterrorista. El joven Mapuche **Raul Castro Antipan** se encuentra condenado en la causa RUC 0900969218-2, correspondiente al RIT 1134-2009 del Juzgado de Garantía de Victoria, y en la causa RUC 0900969218-2009, correspondiente al RIT 5748-2009 del Juzgado de Garantía de Temuco. En su testimonio, Pablo Ortega subraya la condición de Raul Castro Antipan, pues él tiene además otras condenas, no obstante su cumplimiento es en libertad, ya que aceptó utilizar la figura contemplada en la Ley Antiterrorista de la delación compensada, que permite al Estado contar con testigos y demuestra el uso utilitario de esta ley. Raul Castro Antipan es testigo sujeto a delación compensada en dos casos, el primero conocido como “Peaje Victoria”, en el que fue condenado en causa separada y en el que dos comuneros que eran menores en el momento de los hechos quedan a la espera de juicio, siendo parte de los siete menores arriba mencionados que se encuentran en libertad con medida cautelar, mientras los mayores fueron absueltos. El segundo caso en el que es testigo es el que se conoce como “By pass” y en el que se está desarrollando la audiencia preparatoria de juicio oral, quedando pendiente el juicio⁹⁴.

⁹⁰ Ver cuadro anexo 20, Casos LAT, actualizados al 14/06/2013 NUEVO ANEXO

⁹¹ Testimonio de Pablo Ortega: “Considerando el período anterior a las presentes reclamaciones, que constituyen una primera serie de juicios por Ley Antiterrorista, aquellos iniciados durante el gobierno de Ricardo Lagos. Existe una segunda ola incluso mayor de causas iniciadas bajo la LAT, ya se encuentra presentada acusación por Ley Antiterrorista e, incluso, existen juicios ya realizados, pero con sentencias absolutorias.”

⁹² Testimonio de Pablo Ortega

⁹³ ANEXO 20 Actualizado

⁹⁴ *Idem*

IV. Las condenas penales y la libertad de pensamiento y de expresión

Las vulneraciones de los principio de legalidad y de no discriminación tuvieron como efecto restringir la libertad de expresión de nuestros representados, de sus comunidades y del pueblo mapuche en violación del artículo 13 de la CADH

La Convención establece en su artículo 13 que no se puede restringir el derecho a la libertad de expresión por vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

La Corte ha precisado que para evaluar "*una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe **sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron.***"

La jurisprudencia de la Corte IDH, requiere primero la evaluación del acto supuestamente restrictivo de esa libertad y luego, el examen de ese acto a la luz de los hechos del caso como una totalidad, lo cual incluye las circunstancias y el contexto en el que este acto ocurrió.

La aplicación indebida y discriminatoria de la ley antiterrorista a Pascual Pichún Paillalao, Juan Patricio Marileo, Florencio Jaime Marileo, José Benicio Huenchunao, Juan Ciriaco Millacheo tuvo como efecto golpear la protesta mapuche con el objetivo de silenciarla y por eso constituye un acto restrictivo de la libertad de expresión

En los referido a las circunstancias y contexto:

Como nos lo explicaron los peritos Le Bonniec, Stavenhagen, Contesse y testigos, los condenados del caso de los lonkos y Poluco Pidenco eran figuras del movimiento militante mapuche a favor del respeto de los derechos indígenas, en particular los derechos sobre sus tierras ancestrales, 3 líderes espirituales lonkos llevaban a cabo actividades culturales de retoma de tierras, convocaban a la prensa, 2 activistas también promovían o participaban en esas retomas en su comunidad y en comunidades vecinas.

De repente nuestros representados se volvieron graves criminales, terroristas perseguidos por el Estado, estigmatizado por la prensa como Mapuche/terrorista, los Mapuche "malos" los que no quieren integrar los programas de desarrollo del gobierno y reivindican el retorno de las tierras ancestrales

Acabamos también de demostrar que la detención, persecución y condena de nuestros representados se hizo vía un proceso judicial viciado tanto por las débiles garantías otorgadas por la ley 18.314 como por una justicia parcial, discriminante e irrespetuosa del debido proceso.

Además, las dos sentencias hicieron referencia a las reivindicaciones de tierras desvirtuando su legitimidad, no distinguieron entre la naturaleza legítima y respetable de la identidad y reivindicación territorial del pueblo mapuche y las actuaciones violentas o vías de hecho ilegales. Al contrario, es sobre la base de la descripción del supuesto conflicto Mapuche que consideraron que las acciones imputadas a las víctimas eran terroristas, y les condenaron a altas penas. Este amalgama y las condenas tuvieron como efecto de amedrentar el movimiento de recuperaciones de tierras de estas comunidades y de impedir que sus líderes encarcelados siguieran reclamando sus tierras, como lo explicaron los peritos Lebonniec, Stavenagen y los lonkos Pichún, Ciriaco y el Werken Huenchunao..

Las condenas, las penas accesorias, la política de aplicación indebida y selectiva de la ley antiterrorista tuvieron entonces como efecto obstaculizar las actividades de los líderes indígena que estaban promoviendo tomas de fundos y difundiendo información acerca del derecho de los Mapuche de recuperar sus tierras ancestrales y así la expresión de reivindicaciones en torno a recuperación de tierras ancestrales de nuestros representados, de sus comunidades y del pueblo Mapuche en general.

Nos acogemos a los argumentos de Cejil acerca de la vulneración del artículo 11 de la CADH.

V Reparaciones

A. Calidad de víctimas

i. víctimas directas mencionadas en el informe de fondo de la CIDH

Esta parte considera con son titulares de la reparación las víctimas directas del Caso, todas ellas incluidos en el Informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a saber, José Huenchunao Mariñán, Jaime Marileo, Juan Patricio Marileo, Juan Ciriaco Millacheo y Pascual Pichún Paillalao. Este último, fallecido con fecha 30 de marzo de 2013, cuando el Caso se encontraba ya ante la Corte. Consideramos que sus esposas e hijos deben poder beneficiarse de la reparación que habría recibido el lonko Pichún si estuviera todavía vivo. Además, cada uno de ellos víctimas directas del procesamiento y encarcelamiento en las causas que son motivo del presente Caso.

ii. otras víctimas

Esta representación considera también que los familiares de las víctimas directas, tienen también la calidad de víctimas en este Caso por haber visto su derecho a la integridad personal vulnerado, por lo que solicitamos a esta Corte que así lo declare y considere, para efectos de reparación del daño causado a la integridad personal por el procesamiento, juicio, condena y encarcelamiento de sus familiares.

Lo anterior en mérito a los siguientes argumentos:

- Desde un comienzo, las víctimas directas, tanto en el Caso llamado Poluco Pídeno, que afectó a nuestros representados Juan Ciriaco Millacheo, Juan Patricio

Marileo, Jaime Marileo y José Huenchunao, como en el llamado Caso Lonkos, que afectó a nuestro representado Pascual Pichún Collonao, refirieron, en el libelo mismo de la presentación de la petición Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la afectación que representaba para sus familiares el encarcelamiento injusto que estaban padeciendo.

Ambas presentaciones a la Comisión Interamericana expresaban, que: ***“Cada día de privación de libertad ocasiona perjuicios y daños morales y materiales, irreparables, tanto a nosotros como a todos nuestros grupos familiares”***⁹⁵

La Comisión no solicitó más información sobre los grupos familiares hasta el 07 de diciembre de 2010 donde remitió comunicación a estos representantes a efectos de que conforme artículo 44.3 del Reglamento de la misma, entre otras consideraciones, presentaran los datos de la víctima, sus familiares y sus direcciones.

Aquello fue cumplido por esta parte en comunicación respectivamente de 16 de enero de 2011, y 21 de enero 2011 en la que detalladamente se indicaron los datos de víctimas y sus familiares. (La lectura diligente por parte los representados de los Reglamentos de la Comisión y de la Corte y de sus sitios Internet, no les permitió saber que los representantes debían evitar señalar todas las presuntas víctimas con posterioridad a la emisión del informe de fondo).

Posteriormente, conforme el artículo 45 del Reglamento de Comisión Interamericana de DD.HH., ésta sometió el Caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta representación presentó el ESAP- de rigor, en el que individualiza a los familiares de las víctimas, solicitando, derechamente que sean tenido también como víctimas, en particular del derecho a la integridad personal, contenido en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

También se señaló esto en la Audiencia de 30 de mayo, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

El Estado tuvo toda la oportunidad de refutar la calidad de víctimas de los familiares y de Juan Carlos Huenulao.

Agregamos que en algunos casos la Corte consideró como víctimas a personas que no fueron identificadas en la demanda de la CIDH pero que guardaban estrecha relación con los hechos del caso y siempre y cuando se hubiera respetado el equilibrio procesal de las partes⁹⁶. En este contexto, esta parte considera que hemos aportado en distintas etapas procesales, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte elementos que permiten aceptar que es un

⁹⁵ Presentaciones ante la H. Comisión Interamericana.

⁹⁶ Ver. Corte I.D.H., *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párrs. 29 y 30; Corte I.D.H., *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 91; Corte I.D.H., *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 227; y Corte I.D.H.

componente de este caso la afectación a los derechos humanos de los familiares de las víctimas directas y que las violaciones materiales deberían prevalecer sobre reglas procesales no inscritas en los reglamentos.

Por el carácter y naturaleza de los vínculos afectivos y las consecuencias de los violaciones en la integridad de las personas, consideramos que deben ser tenidos como víctimas, la cónyuge o compañera afectiva permanente, todos los hijos y los padres de las víctimas directas, individualizadas en el ESAP.

Solicitamos también, que sea considerado sujeto de reparación don Juan Carlos Huenulao, mapuche que fue condenado por los mismos hechos base del presente caso y a la misma pena de 10 años y un día de privación de libertad, como fue expuesto en el presente escrito. En efecto, pese a que Juan Carlos Huenulao no ha sido considerado una víctima ante la Comisión Interamericana, esto no impide que lo sea ante esta instancia, ya que el objetivo de la creación de una lista de víctimas cerrada es otorgar seguridad jurídica al Estado para que esté al tanto de quienes son los afectados por la violación alegada en cada caso. Juan Carlos Huenulao se encontró privado de libertad al igual que las otras víctimas del caso por los mismos hechos que fundan este caso, por lo tanto el Estado tiene pleno conocimiento de su existencia y su situación. En este sentido –al encontrarse en la misma situación que los peticionarios- se solicita que sea reparado en los mismos términos, sin que esto en nada afecta la certeza jurídica del Estado de Chile en esta sede internacional.

iii. Comunidades mapuche de las víctimas directas y pueblo mapuche

Como explicitaremos más adelante, se quiere poner de relieve que al tratarse de miembros de comunidades indígenas - quienes son titulares del derecho a recibir una reparación en el presente caso- ésta debe ser considerada desde una perspectiva no solo individual, sino también colectiva. Al respecto, la Corte ha considerado que en los casos en donde se involucren pueblos indígenas “la reparación individual tiene como un componente importante las reparaciones que esta Corte otorga más adelante a los miembros de las comunidades en su conjunto”⁹⁷. Esto será relevante más adelante cuando desarrollemos el daño material, moral y las garantías de no repetición.

Recogemos al efecto lo que expresa el Amicus Curiae, del que se nos ha dado conocimiento, emanado del Abogado e Investigador Osvaldo Solís sobre la necesidad de atender la calidad de indígenas de las víctimas al momento de determinar titulares y naturaleza de las reparaciones.⁹⁸

El Admapu (sabiduría de la tierra en mapudungún) es el derecho consuetudinario del pueblo mapuche, cuya existencia es anterior a la llegada de los hispanos a América y a la existencia del Estado de Chile. Hablamos de un sistema jurídico, vigente en la actualidad, que forma parte íntegra de la cultura mapuche, orientado a la preservación de su sociedad, que tiene como fin esencial resolver los conflictos al interior de familias, linajes y comunidades y entre éstas. Dos de sus principios-ejes siempre han sido a) “**la responsabilidad colectiva**” por cuanto no se entiende la existencia de individuo aislado del colectivo al que pertenece, y b) “**el deber de**

⁹⁷ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005, par 188; Caso Masacre Plan de Sánchez, Sentencia 19 de noviembre de 2004. Reparaciones, supra nota 196, par 86.

⁹⁸ Amicus Curiae del abogado e investigador Osvaldo Solís.

reparar” por cuanto la reparación es el mecanismo idóneo para restablecer el equilibrio dinámico de las relaciones entre personas y grupos, evitando la violencia implícita en la represalia o sanción. Así las cosas, a modo de ejemplo pertinente en este caso, históricamente, el homicidio doloso o culposo en el Admapu, ha tenido como consecuencia la obligación del victimario de su comunidad de reparar pecuniariamente a los familiares de la víctima, pero también a su linaje, y comunidad. Aún más, dicha reparación se realiza en un ámbito ceremonial donde debe existir reconocimiento de la responsabilidad y disculpas públicas por el obrar, así como el compromiso comunitario de cuidar la paz entre los grupos del victimario y de la víctima.⁹⁹

La reparación a los colectivos de los que formaba parte la víctima, tiene su origen en que el Admapu se estructura socialmente en base a las redes de solidaridades de todo tipo que existe entre quienes integran éstos. El evento de un crimen actualiza el deber moral y jurídico de dichos colectivos de sancionar a los hechores; la represalia toma la forma de la práctica conocida hasta el día de hoy como “**malón**”¹⁰⁰. La única forma de cancelar la obligación de todos y cada uno de los miembros de los grupos de pertenencia hacia la víctima, es el pago de una compensación que alcance a todos. De esta forma la reparación es un acto político, que evita que el malón-**la sanción violenta**- de lugar a una cadena imparable de violencia a través de represalias y contra represalias, que dañe en definitiva a todas las comunidades; y por otro lado cohesiona a los colectivos de la víctima actualizando su solidaridad penal activa, y al del victimario, actualizando la solidaridad penal pasiva, reforzando de paso el control social de todos. En definitiva la compensación es el mecanismo que transforma al Admapu en la forma de hacer y mantener la paz para el pueblo mapuche.

La posibilidad de integrar y aplicar el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en Chile, se abrió con la ley 19.253 de 1993¹⁰¹, pero limitado solo a conflictos entre indígenas. El Convenio 169 de OIT, ratificado por Chile en el año 2008, y que entró en vigencia en septiembre de 2009, estableció a su vez la obligación general y sin distinciones para Chile, de respetar la existencia y aplicación del derecho indígena, y de sus mecanismos de resolución de conflictos, teniendo como únicos límites la incompatibilidad con las garantías fundamentales del orden jurídico interno, los derechos humanos fundamentales y el ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos de un estado¹⁰². Por ende, está obligado a reparar a los individuos, familias, linajes y comunidades indígenas en los términos jurídicos de su propio derecho ancestral; en el caso mapuche, en los términos del Admapu.

B. Reparaciones daño materiales

⁹⁹ “Crímen, Derecho Penal, y Sociedad Mapuche Prerreduccional”, Osvaldo Solís Mansilla, Editorial Lexis Nexis, 2003.

¹⁰⁰ Ver Ingreso 2063-2010 de la Excm. Corte Suprema de Chile. Reconocimiento jurisprudencial del

malón.

¹⁰¹ Artículo 54 de la ley 19.253.

¹⁰² Artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de OIT.

i. Daño emergente y lucro cesante

Nos remitimos a los puntos ya presentados en nuestro ESAP sobre el lucro cesante, en cuanto incorporamos un cálculo del mismo, asociado, principalmente a los ingresos dejados de percibir por las víctimas producto de las condenas, sea por efecto de la privación de libertad, como por efecto de la clandestinidad o ilegalidad. Sobre lo anterior, consideramos que se debe considerar aquello, desde el criterio de que se trata de personas adultos jóvenes, en el comienzo de su vida de familia, que necesariamente trabajaban para sostenerla. Determinarse en esos términos una reparación en equidad.

Respecto del daño emergente precisamos que solicitamos:

- a) **Compensación por los gastos directos emanados de la violación sufrida¹⁰³ incluyendo los gastos en que hayan incurrido los familiares, como los gastos de visitas.¹⁰⁴**

Consideramos que se deben compensar los gastos directos que han emanado de las violaciones a los derechos humanos sufridas por las víctimas y sus familiares.

El procesamiento, la detención y condena de nuestros representados que hayan permanecido en la cárcel o en la clandestinidad afectaron sustantivamente el esquema productivo familiar y colectivo. Los testimonios de los familiares recuerdan lo difícil que fue perder la presencia de la cabeza de la familia quien también estaba encargado de gran parte del trabajo agrícola. Y en el caso de los lonkos Pichún y Ciriaco tenía el conocimiento sobre las cosechas. Los más jóvenes de la familia (hijos y hijas de los lonkos, sobrinos de los Marileo) tuvieron que parar de estudiar afectando las posibilidades futuras para la familia de mejorar sus ingresos.

La mayoría de las víctimas en los testimonios se refiere también a la dificultad física luego de recuperar la libertad de seguir trabajando el campo como lo hacían antes de la detención.

Esta reparación debería también de cubrir las pérdidas patrimoniales, derivadas de los numerosos allanamientos a los domicilios de las víctimas, consistentes en rotura de puertas, ventanas, mobiliarios, robos de objeto y los gastos en visitas a las cárceles, traslados a entrevistarse con abogados, peritos u otros profesionales que pudieron ayudar a las víctimas durante su persecución y encarcelamiento.

Todos nuestros representados y sus familiares tuvieron que realizar esfuerzos económicos importantes con el fin de reclamar justicia y de dar a conocer las violaciones de las cuales fueron objeto. No obstante ser representados por la Defensoría Penal Pública o por abogados ad honorem, los familiares debieron trasladarse en bus o alquilando un transporte desde sus comunidades a las ciudades de Temuco, Angol, Traiguén o Collipulli, donde algunos alquilaron una

¹⁰³ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005, par 191-192 /217-218

¹⁰⁴ Caso Cantoral Benavides, Sentencia 3 de diciembre de 2001. Reparaciones y Costas. par 51; Caso Trujillo Oroza, Sentencia 27 de febrero de 2002. Reparaciones, par 74a; Caso Molina Theissen, Sentencia 3 de julio de 2004. Reparaciones, par 58; Caso 19 comerciantes, Sentencia 5 de julio de 2004 par 242; Caso de la Cruz Flores, Sentencia 18 de noviembre de 2004, par 153; Caso López Alvarez, Sentencia 1º de febrero de 2006, par 195.

vivienda a fin de tomar contacto con los defensores, aportar antecedentes e informarse de los casos de sus familiares.

Los familiares de las víctimas directas tuvieron que soportar el gasto económicos que significa sostener a una persona privada de libertad o clandestina. Así además del importante gasto en diligencias para obtener la libertad, visitas a los recintos carcelarios, hay que sostener a las víctimas en sus necesidades básicas (comida, ropa).

d.- Afectación del Proyecto de vida de las víctimas directas y sus familiares, en particular referidos estos a cónyuges, compañera permanente e hijos.

No cabe duda de que los hechos motivo de esta causa, esto es, la persecución y encarcelamiento de las víctimas, condenados como autores de terrorismo, significó un quiebre en su proyecto de vida y el de sus familias.

Don Pascual PichúnPaillalao, como lo declaró su hijo Juan en la audiencia pública de 29 de Mayo de 2013, tenía 7 hijos, todos ellos en edad escolar, estudiantes, entre la educación básica a la educación universitaria. El proyecto de vida, de tener hijos mapuche, estudiosos, capaces de ser mapuche, estar en su comunidad y a la vez adquirir formación profesional y personal que los hiciera mejores personas y ser un mejor aporte al pueblo mapuche, se vio truncado. Salvo Marina Pichún, ningún otro hijo de don Pascual pudo realizar estudios de formación superior, habiendo tenido esa oportunidad y capacidad, Pascual Alejandro, Rafael y el mismo Juan que señaló a la H. Corte que cuando su padre comenzó a ser perseguido debió abandonar sus estudios universitarios de educación intercultural. El lonco Pichún trabajó toda su vida por hacer crecer a sus hijos, como mapuche y como personas y eso se vio interrumpido.

Queda así establecido a la pericia de Ruth Vargas y declaraciones de los familiares de las víctimas.

Las víctimas Juan Patricio Marileo Saravia, Jaime Florencio Marileo Saravia y José Huenchunao Mariñán, se encontraban en un momento inicial de sus relaciones de familia. En la práctica, ellos debieron intentar construir su familia desde la clandestinidad o la cárcel. Como toda persona de su edad, estaban comenzando a formar relaciones afectivas más definitivas, proyectando un futuro de familia y se encontraron con la represión que les interrumpió sus proyectos de vida. Proyecto de vida que se encuentra interrumpido hasta la fecha, ya que ninguno de ello ha logrado establecer una normalidad que les permita pensar que han superado las dificultades derivadas de las violaciones de sus derechos humanos. Así, ninguno de ellos ha logrado estabilizarse en lo económico o reconstruir una situación económica que les permita sostener su vida de familia familia y poder de nuevo proyectarse y auto determinarse en su vida, como personas y como familia.

Cada uno de ellos relata ante la H. Corte cómo le afectó y afecta en su vida esta situación, cómo vivieron la llegada de sus hijos, el estar lejos de ellos, no poder acompañarlos en su crecimiento. Hasta la fecha, tener problemas de salud física y psíquica que les dificulta el trabajo y relación con sus hijos.

La Perito doctora Ruth Vargas también recoge detalladamente esta afectación en sus informes.

b) Gastos médicos futuros que pueda involucrar un tratamiento vinculado con las violaciones.

Solicitamos se indemnicen los gastos médicos futuros en que deberá incurrir las víctimas y sus familiares productos de las violaciones a los derechos convencionales.

Todas las víctimas y sus familiares, para el sistema de salud pública vigente en Chile tienen la calidad de indigentes,¹⁰⁵ por lo que deben asistir en tal calidad al sistema público de salud, a efectos de recibir sólo prestaciones básicas. No tiene por tanto acceso alguno a la salud dental ni atención de salud mental. Eso en el sistema de salud público está sumamente restringido, a la atención dental de urgencias y patologías psiquiátricas severas. Ninguno tiene posibilidad de acceder a prestaciones de salud mental ni dental en forma privada.

Como ha quedado establecidos de los testimonios de las víctimas, sus familiares, pericia de la doctora psicóloga Ruth Vargas, existe una necesidad en todas las víctimas y sus familiares de contar con atención de salud a fin de resolver problemas derivados de la situación sufrida por las víctimas directas.

Todos requieren atención de salud mental o psicológica. Las víctimas directas, quienes realizaron huelgas de hambre en demanda de beneficios carcelarios quedaron con problemas serios de salud física, gástrica, dental. Las víctimas que estuvieron clandestinos, por años no tuvieron acceso a atención profesional de salud, lo que le ha acarreado consecuencias. Ninguno, a la fecha se ha accedido a atención de salud.

En nuestro ESAP se solicitó, además de la indemnización por gastos médicos futuros, la inclusión de todas las víctimas y sus familiares al programa PRAIS, Programa de Atención Integral de Salud del Ministerio de Salud, que significa la inclusión en un programa que les permita acceder, con cierta preferencia, al sistema público de salud. Se trata de un programa destinado a las víctimas de violaciones a los derechos humanos de la Dictadura de Pinochet, cónyuges, hijos y nietos.

C) Reparaciones daño inmaterial

La Corte Interamericana ha entendido por daño moral aquél que:

“[P]uede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria. Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el

¹⁰⁵ Excepto Myriam Reyes, Adlén Huenchunao y Montulín Huenchunao, compañera e hijos menores de José Huenchunao quienes acceden al sistema privado de salud.

restablecimiento de su dignidad, la consolución de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”¹⁰⁶.

Asimismo, ha establecido que “es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes como los que han sido probados en el presente caso experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión”¹⁰⁷.

Las víctimas directas y sus familiares

En virtud de los hechos relatados se configura un profundo daño moral para las víctimas. La condenada bajo la ley antiterrorista con graves violaciones al debido proceso, la discriminación, los años de detención o de clandestinidad, la separación de los familiares y de la comunidad, la humillación por ser estigmatizado como terrorista y en el caso los lonkos por no poder ejercer su rol espiritual han causado profundo sufrimiento a Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican y José Huenchunao Mariñan.

Además, han transcurrido casi 10 años desde que nuestros representados fueron por la primera vez detenidos sin hasta ahora haber obtenido ningún reconocimiento o reparación por esas violaciones.

El proyecto de vida de nuestros representados también se vio profundamente alterado por las violaciones de derechos humanos que sufrieron : Jaime y Patricio Marileo y José Huenchunao se encontraban en la época en la que uno suele iniciar su vida familiar. Juan Ciriaco, Pascual Pichún tenían cada uno numerosos hijos por educar.

Pero esto también tuvo graves consecuencias para el núcleo familiar de nuestros representados.

Ha quedado establecido en los antecedentes que las víctimas directas sostuvieron huelgas de hambre que hasta la fecha afectan su salud física y que en su momento los mantuvieron en grave estado de salud. Comprenderá esta Corte la angustia de los familiares, parejas, padres, hijos, que deben presenciar cómo sus familiares deben poner en riesgo su propia vida a fin de ser escuchados y acceder a permisos penitenciarios de los que comúnmente goza la población penal en Chile y que a ellos les eran negados.

Las circunstancias de hecho que consideramos relevantes al respecto, consecuencias directas de la persecución y encarcelamiento de las víctimas:

- Los cuatro hijos de Juan Patricio Marileo Saravia, Aliwen, Madona Ilhuen, Gisela Belén Millaray y Calfotay Malen Marileo Millacheo nacieron mientras él estaba en prisión. Las dos últimas mientras estaba sujeto a beneficios intrapenitenciarios de salida diaria y reclusión nocturna

¹⁰⁶ Caso Villagrán Morales y otros, Sentencia 26 de mayo de 2001, par 84; Caso Perozo y otros. Sentencia 29 de enero de 2009, par 405; Caso Kenneth Anzulado Castro, Sentencia 26 de septiembre de 2009, par 218.

¹⁰⁷ Caso Aloboetoe y Otros. Sentencia 10 de septiembre de 1993. Reparaciones, serie C No. 15, par 52; Caso Neira Alegría y otros, Sentencia 19 de septiembre de 1996. Reparaciones, serie C No. 29, par 57.

- La hija de Jaime Marileo, Calfu Newen, nació cuando él estaba en sujeto a beneficio intrapenitenciario de salida diaria y reclusión nocturna.
- La hija mayor de José Huenchunao, Adlén Amanda, nació cuando él estaba clandestino, perseguido por la causa llamada Poluco Pidenco y el hijo menor menor, Montul David Huechunao Reyes, nació también mientras el padre estaba en prisión.

Este hecho significa que las madres de los niños, Soledad Millacheo, Claudia Espinoza y Myriam Reyes debieron enfrentar sin la presencia de su compañero los nacimientos, lo que afecta la salud emocional de todo el grupo familiar y privó a las víctimas preciosamente de uno de los momentos más sagrados o valiosos de los seres humanos cuál es la llegada de los hijos. El sufrimiento padecido por esta circunstancia debe ser reparado no sólo al padre, sino a toda la familia afectada.

Se afectó de manera intensa la constitución familiar, el establecimiento de los vínculos de afecto entre el padre y sus hijos, la posibilidad de contribuir a sus necesidades, procurarles una formación acorde a su identidad de niños mapuche, que deberían haber crecido en la paz de sus comunidades, y por el contrario, crecieron concurriendo a la cárcel a ver a sus padres.

Esta Corte debe saber que todas estas familias que se debieron formar en el contexto de los juicios en los que las víctimas fueron condenadas como terroristas, se mantienen unidas hasta hoy, lo que ha significado un tremendo esfuerzo y costo emocional para cada uno de sus miembros, pero que es coherente con la cultura mapuche, en orden a mantener los lazos de afecto y cuidar los niños e incorporarlos a la comunidad. Esto queda refrendado en el informe de Ruth Vargas y el testimonio de cada una de las víctimas y su compañera afectiva permanente válida también la importancia de la familia el Amicus del abogado e investigadores Osvaldo Solis Como lo detalla la pericia de Ruth Vargas, el desarrollo y la estabilidad emocional de los hijos y compañeras de nuestros representados se encontró afectada.

Procederemos a analizar a continuación el impacto psicológico que ha tenido en cada uno de los miembros de las familias de las diferentes comunidades, de acuerdo al peritaje de Ruth Vargas y los testimonios de los propios afectados.

El Lonko Pichún “presenta síntomas psicológicos asociados a la experiencia de detención y procesamiento judicial por delito de amenaza terrorista”. “Presenta la constelación de síntomas del Síndrome de Estrés Post Traumático”¹⁰⁸, debido a una serie de síntomas que a fecha en la que Ruth Vargas realizó el peritaje (Octubre 2011), seguía presentando:

“Percibe discriminación de parte de funcionario públicos del estado de Chile por su condición de persona y autoridad mapuche. Vive con sentimiento de amenaza a su integridad por los constantes allanamientos”¹⁰⁹.

El Lonko Pichún cuenta “ocasionalmente tiene dificultades para dormir y tiene pesadillas en las que se encuentra nuevamente detenido”. Le “afecta recordar los malos tratos y las burlas por vestirme, por pensar, por sentir como Mapuche”¹¹⁰.

¹⁰⁸ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 81).

¹⁰⁹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 81).

¹¹⁰ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 82).

"Afirma que despierta en las noches o al amanecer con ruidos, sintiendo que puede aparecer la policía a allanar. Manifiesta que todo esto ha sido demasiado para la familia. Los abusos asociados a los procedimientos han afectado a sus hijos, a sus nietos, a las mujeres y a los ancianos de la comunidad. Le afecta recordar los allanamientos porque desde entonces todos en la familia se mantienen en alerta (...). Dice me tienen a todos los hijos traumatados, a las mujeres, a los nietos"¹¹¹.

Su hijo Pascual Pichún "relata que como consecuencia de las experiencias vividas se ha quedado con la sensación de que lo persiguen, dice que vive con la sensación de que lo están siguiendo y con la sensación de que la policía puede allanar o llegar con órdenes de detención en cualquier momento (...). Explica que su hermana y niños de la comunidad no han recibido asistencia psicológica debido a que es muy difícil conseguir apoyo de salud mental desde los sistemas gubernamentales"¹¹². Éste fue procesado por asociación ilícita y condenado por incendio. Se siente fuertemente discriminado por "su condición de mapuche". Tras el examen psicológico que Ruth Vargas le realizó, ésta expone "es evidente que existe quiebre vista e interrupción del proyecto de vida de este joven (...) Existen secuelas emocionales que se reflejan en el sentido de alta incertidumbre y en percatarse que su juventud ha sido profundamente impactada por los eventos de los últimos diez años"¹¹³.

Su hijo Mayor, Juan, "se torna ansioso y triste al describir las circunstancias que han afectado a su padre y familia"¹¹⁴. Éste se vio obligado a dejar su carrera de pedagogía para "hacerse cargo de las gestiones asociadas al a defensa de su padre y hermanos. Su hija Wekiyen "observó y vivió la violencia de los allanamientos y procedimientos que afectaban a sus familiares (...) en muchas ocasiones tiene pesadillas y expresa temor a separarse de los padres"¹¹⁵. Su mujer cuenta que "se frustra constantemente como mujer, como madre porque somos muy discriminados (...) por ser mujeres indígenas somos discriminadas doblemente"¹¹⁶. Cuenta que los Carabineros "nos han humillado, atropellado, golpeado. Cada vez que aparece un Carabinero, te asusta, te da inseguridad (...). Mi suegra cada vez que aparece la policía, tiritita, se descontrola, en ocasiones se ha desmayado. Los niños a veces no pueden dormir. No ha habido asistencia para los niños. Nosotros como padres, ¿dónde vamos a sacar recursos para pagar a profesionales? (...) Hubo mucha persecución de la policía (...) se organizan y amenazan a los Mapuche!"¹¹⁷

Ruth Vargas, tras el examen psicológico de Juan y su familia, alega que los síntomas de éstos están asociados a Estrés Post Traumático. "La vida emocional de la pareja y de cada uno de los miembros de la familia se ha visto impactada (...). Impacto emocional de la discriminación de los sistemas judiciales y policiales en los niños, en la familia y en la comunidad (...). Hay un evidente quiebre vital e impacto en Juan, quien debió interrumpir y abandonar sus estudios universitarios"¹¹⁸.

Marina Pichún, hija del Lonko, trabaja en un Jardín Infantil de la Junta Nacional de Jardines Infantiles de Chile, en la ciudad de Traiguén. Dice que "lloraba mucho en el

¹¹¹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 82 - 83).

¹¹² Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 88).

¹¹³ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 88).

¹¹⁴ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 89).

¹¹⁵ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 89).

¹¹⁶ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 89).

¹¹⁷ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 90).

¹¹⁸ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 90).

trabajo y finalmente sintió que debía pedir ayuda médica, por lo que en el 2003 debió tomar una licencia laboral de tres meses por el diagnóstico clínico de depresión mayor¹¹⁹. Explica que “los niños en su familia son los más afectados por los procedimientos violentos de la policía (...). Su hijo mayor, Licán, se encuentra muy afectado emocionalmente (...). Es agresivo, irritable, llora con facilidad, está constantemente triste, en él se nota el impacto de estos años, él ha sido testigo de la represión”¹²⁰. Marina expresa “es agobiante, siempre está la sensación de estar vulnerable, la comunidad sigue siendo perseguida”¹²¹.

Ruth Vargas en su peritaje explica que “Marina y su hijo mayor presentan síntomas asociados a estrés post traumático y depresión mayor”¹²².

Otro de los hijos del Lonko, Carlos Patricio, expone “que el sentimiento que le queda es de frustración e impotencia”, debido a “que los maltratos fueron numerosos e intensos en los allanamientos, mientras buscaban a sus hermanos prófugos. Indica que recibió golpizas de la policía”¹²³. En su testimonio dice que “una de las cosas que más me afectó fueron los allanamientos. Todavía hoy me dan pesadillas”.

Otra de sus hijas, Nayet, explica “tiene dificultades para dormir y pesadillas asociadas a los allanamientos y a las detenciones de su padre y hermanos. Dice que en la noche habla en sueños, muchas veces despierta llorando y con la sensación de estar nuevamente presenciando las detenciones de sus familiares”. Cuenta que sufrió siente allanamientos, y que “estas imágenes le vienen al a mente y no la dejan concentrarse. Las dificultades de concentración han afectado a su rendimiento escolar (...). Le da mucha tristeza recordar el sufrimiento de su familia”¹²⁴. Declara que “es como si la vida no va a volver a ser normal (...). Está el temor de que la policía regrese y nos haga daño”¹²⁵.

Ruth Vargas, tras el examen psicológico, explica que “el desarrollo psico-emocional de esta niña ha sido profundamente dañada en muchos aspectos, privándola prácticamente de su infancia y adolescencia por centrar su mundo emocional en las circunstancias extremas que su familia ha experimentado. La incertidumbre se mantiene en la actualidad, por el temor a nuevas detenciones y allanamientos”.

Nayet, en su relato, “evidencia el alto impacto emocional de los violentos procedimientos policiales, los que causan una serie de síntomas claramente tipificados en el síndrome de estrés post-traumático”¹²⁶.

Una de las esposas del Lonko, María Collonao “reporta que tiene dificultades para dormir, temor a la policía y un gran dolor por el sufrimiento de los jóvenes y de los niños de su comunidad”. “La maternidad se ha visto profundamente alterada, al presenciar los malos tratos y la persecución dirigidos hacia los hijos”¹²⁷.

Ruth Vargas, tras el examen psicológico de la familia del Lonko y de éste, declara que “es evidente que la violencia institucional ejercida a través de allanamientos y procesos judiciales ha generado impacto en la comunidad, aislando a la familia del Lonko durante su encarcelación y posterior a ella”. “Los síntomas que los miembros de la familia evidencian son compatibles a la constelación de estrés post traumático y depresión mayor, con mayor presencia de traumatización familiar. Esta familia

¹¹⁹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 90 - 91).

¹²⁰ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 91).

¹²¹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 91).

¹²² Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 92).

¹²³ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 92).

¹²⁴ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 92).

¹²⁵ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 93).

¹²⁶ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 93).

¹²⁷ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 94).

agotó sus recursos emocionales al enfrentarse a una secuencia de circunstancias traumáticas¹²⁸. También está presente el trauma psicosocial y trauma histórico, debido a la "discriminación y vulneración a los derechos culturales ejercidas desde organismos del estado y privados", y a la "sensación que tienen de que los juicios son una burla a la cultura y a la estructura social mapuche"¹²⁹, "los procedimientos judiciales con cargo de terrorismo impactan no sólo a la familia y a su comunidad, sino que son percibidos como una amenaza a la cultura y al modo de vida mapuche"¹³⁰.

En lo referente a la familia del Lonko Juan Ciriaco, "las violentas y constantes incursiones de la policía provocan mucha preocupación y frustración en los adultos de la familia, quienes manifiestan que la policía ha actuado con impunidad en contra de los miembros de la comunidad, afectando la salud mental, física y psicológica de todos, especialmente la de niños y mujeres"¹³¹.

El Lonko Ciriaco cuenta en su testimonio, que mientras estuvo clandestino su salud no era buena "porque yo pensaba todo el día en mi familia, en los "cabros" que caen presos, que los torturan. Lo que más me afectó la salud fue la depresión por la distancia de mi familia, no saber de ellos y pensar mucho qué les podía pasar con los allanamientos, que podía pasar algo, eso no me dejaba tranquilo (...). Porque a mi todo esto me da mucha pena, estaba muy triste de ver a mi familia así, y saber lo difícil que era para mi mujer todo esto".

Su esposa, Jobelina Ñaco, cuenta que "su salud se ha afectado mucho (...) padece de presión alta, dificultades para dormir, temor a las detenciones y allanamientos, y un gran dolor por el sufrimiento de los jóvenes y de los niños de la comunidad". "Relata que la policía no respeta a los niños, que los niños de la comunidad se los llevan detenidos, como es el caso de su hijo Patricio quien fue detenido a los 14 años (...) y el caso de su hija Crisitina quien fue detenida a los 17 años". "Expone que sus hijas, hijos, nietos y otros miembros de la comunidad no duermen bien, tienen pesadillas y que especialmente los niños están atemorizados por la policía, las bombas lacrimógenas. Relata que siempre siente el temor de que se lleven a alguien de su familia"¹³².

Juan Ciriaco cuenta en su testimonio que su esposa "tiene problemas para dormir, casi no está capacitada para laborar diariamente la casa. Ella quedó así producto de los allanamientos a nuestra casa. Por el miedo y la violencia que recibió ella". "Ahora tiene un problema de cansancio, los allanamientos la perjudicaron mucho. Quedó mal, para dormir tienen que darle remedio".

La propia Jobelina cuenta en su testimonio que la presencia de los carabineros le "da miedo". Cuenta que toma "mate", que "le duele el cerebro". Que "quiere olvidar eso... Me sentí mal. Mal sentí (...) 11 hijos fue duro muy duro".

Su hijo Luis cuenta que su mamá antes de los procesos policiales y judiciales "estaba bien de salud (...), pero ha empezado a ponerse deprimida, porque sufrimos muchos allanamientos, sufrimos mucho miedo. A veces de puro miedo durante los allanamientos uno siente como que se le paraliza la cabeza. Yo noto que mi madre tiene una depresión, algo crónico, hasta inyección tiene que ponerse todos los días,

¹²⁸ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 97).

¹²⁹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 98).

¹³⁰ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 97).

¹³¹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 105).

¹³² Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 106).

por sus enfermedades. Mi madre debería jubilarse por su enfermedad, pero no hay como hacerle los trámites”.

Uno de los hijos del Lonko Ciriaco, Juan Julio Millacheo, quien fue detenido en tres ocasiones, oportunidades en las que fue violentado por la policía, relata que debido a “las experiencias vividas, le ha quedado un gran sentido de impotencia y constante preocupación por los eventos que afectan a su familia”.

Otro de sus hijos, Luis Millacheo, “relata que los niños han crecido presenciando los allanamientos, sus hermanas menores han crecido en ese ambiente, y relata también que los niños muestran temor a la policía y ansiedad al separarse de los padres por miedo a las detenciones”. “Luis explica que hay consecuencias graves de las experiencias que la familia ha vivido en los últimos diez años. Todos ellos se encuentran afectados”¹³³.

Su hija Cristina Millacheo fue detenida en el Internado del Liceo de Collipulli. “desde entonces nos e siente segura en su establecimiento educacional por haber vivido la detención en presencia de sus compañeros, circunstancia que le genera mucha angustia ya que algunos de sus compañeros la han estigmatizado como terrorista”¹³⁴.

Otra de sus hijas, Gloria Isabel Millacheo relata en su testimonio que “la vida nunca ha sido igual después (...). Fue muy difícil crecer sin mi papá (...). Yo dormía con miedo de que vinieran a hacer allanamientos. Y aún sigo con ese miedo todos los días, cada vez que paso cerca de los carabineros”.

Patricio Millacheo, hijo del Lonko Ciriaco, “decidió abandonar su comunidad para trabajar en el norte para evitar que la policía lo molestara, razón por la cual se vio en la obligación de interrumpir sus estudios”¹³⁵.

Patricia Millacheo, hija del Lonko Ciriaco, ha presenciado “los eventos que han sucedido en su comunidad. La salud emocional de Patricia se vio afectada, por lo cual abandonó sus estudios. Su rendimiento escolar se afectó debido a que constantemente debía acompañar a su madre en las visitas a las cárceles o a las audiencias en las que sus hermanos eran procesados”¹³⁶.

Ruth Vargas constata en su peritaje psicológico que las circunstancias en las que se ha visto envuelta esta familia provocan “una seria alteración en el equilibrio y funcionamiento individual familiar y comunitario”. Las detenciones del padre y el resto de familiares “provoca un evidente quiebre vital e impacto en cada uno de los miembros de la familia”. Entre otros motivos, los procedimientos judiciales han alterado seriamente “la vida emocional de cada uno de los miembros de la familia y de la comunidad”¹³⁷.

En especial debido al trato discriminatorio que han recibido en los procesos policiales han generado “un profundo sentido de injusticia debido al trato que sufren durante los procedimientos violentos en detenciones y allanamientos (...). Las consecuencias emocionales son severas y desestructurantes ante la incertidumbre y el constante riesgo percibido por estos procedimientos”¹³⁸.

¹³³ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 107).

¹³⁴ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 109).

¹³⁵ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 111).

¹³⁶ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 111).

¹³⁷ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 111).

¹³⁸ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 112).

“Los niños, adolescentes y adultos jóvenes han crecido en un constante estado de peligro y preocupación por centrar su mundo emocional en las circunstancias extremas que sus familias experimentan por la amenazante presencia policial”¹³⁹.

Después del examen realizado por Ruth Vargas, concluye que los síntomas de esta familia hacen referencia a “síntomas de “Estrés Post Traumático Crónico”¹⁴⁰, “especialmente en los niños y mujeres de la comunidad”¹⁴¹. Cree evidente que hay “traumatización familiar debido al trato vejatorio que esta familia ha vivido en una sumatoria de circunstancias traumáticas severas”¹⁴². “Los procedimientos policiales y judiciales han sido amenazantes al equilibrio emocional de la familia”. “Los jóvenes y niños han observado el desmembramiento comunitario por las constantes detenciones de sus familiares (...). Las consecuencias de este severo y prolongado estrés tienen efectos de largo plazo que menoscaban el funcionamiento físico y psicológico de la persona y de la familia, especialmente ante circunstancias de presión. Los niños, adolescentes y adultos han observado y han sentido que la vida de sí mismos y la de otros miembros de su familia ha sido amenazada y continúa siendo amenazada”. La maternidad y paternidad se ha visto alterada, los miembros de la comunidad expresan “sentimientos de agobio y dolor por la vulneración de los Derechos de los Niños Mapuche (...). Temen que las constantes intervenciones policiales puedan concluir en nuevas tragedias para sus miembros” debido a que en el año 2002 murió por disparos policiales un joven de 17 años y en el año 2009, un joven de 22.¹⁴³

Ruth Vargas también se desplazó a la Comunidad Cacique José Guiñón para la evaluación Psicológica y psicosocial de **Jaime y Patricio Marileo Saravia** y sus familiares.

En los relatos de Jaime, dice, “se aprecia ansiedad y tristeza al relatar los sucesos vividos en los procesos judiciales, hace referencia a que estos están impactando severamente su vida, por la recurrencia de los recuerdos y por el acoso que percibe de la policía en su comunidad”¹⁴⁴.

Cuando habla de su familia, en especial de su hija y su pareja, cuenta que “es más seguro que ambas residan fuera de la comunidad. Manifiesta que cuando ellas lo visitan se siente constantemente amenazado debido al temor a las intervenciones policiales, imagina que se sentiría impotente si ellas vivieran un allanamiento o presenciaran la detención de algún miembro de su familia”¹⁴⁵.

Al sentimiento que tiene de impotencia se suma el de preocupación, sobre todo por lo más pequeños, “expone que para las familiar no hay tranquilidad por la violencia militarizada de parte de la policía, causando gran impacto en los niños, por quienes muestra una profunda preocupación. Considera que en la actualidad las circunstancias son realmente devastadoras”¹⁴⁶.

Cuando recuerda las circunstancias que ha vivido se da cuenta “que le hace muy mal” recordarlas. Cuenta que “constantemente está mirando por la ventana, con la idea de que la policía pueda aparecer sorpresivamente y tiene pesadillas con lo

¹³⁹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 112).

¹⁴⁰ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 114).

¹⁴¹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 112).

¹⁴² Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 114).

¹⁴³ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 113).

¹⁴⁴ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 121).

¹⁴⁵ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 122).

¹⁴⁶ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 124).

sucedido en la detención (...). Le pregunta a Ruth si esa reacción es normal o si es que "se ha enfermado con tanto problema"¹⁴⁷.

Reconoce que antes de su detención su salud era muy buena, pero que en la actualidad "siente que ha sido muy afectado por las experiencias vividas"¹⁴⁸. "Percibe el constante riesgo de ser persona Mapuche y expresa que ante la presencia de la policía padece de gran ansiedad y constante sensación de alerta"¹⁴⁹. Padece un "sentimiento de caso ante los frecuentes controles policiales" También tiene "dificultades para conciliar el sueño, presenta con frecuencia un despertar temprano y pesadillas asociadas a la detención y encarcelación"¹⁵⁰.

Ante estas circunstancias, Jaime siente "gran dolor y preocupación por la integridad de sus familiares. Sintió que su vida estaba en peligro durante la violenta detención"¹⁵¹.

Ruth Vargas concluye que todos los síntomas que padece Jaime asociados a la experiencia de su detención y procesamiento judicial componen el "Síndrome de Estrés Post Traumático en comorbilidad con Depresión Mayor"¹⁵²

Su pareja Claudia Espinoza se muestra indignada contra los políticos y empresarios, quienes "violencia que se vive en las comunidades". Relata que la policía tiene armas y "puede destruir lo que tú construyes con esfuerzo y amor para tu familia".¹⁵³ También se siente vulnerable debido a la "tensión constante" que vive su familia, "asociada a las intervenciones policiales en la comunidad"¹⁵⁴. "La sumatoria de experiencias a las que ha estado expuesto Juan Patricio le han hecho sentir que su vida ha estado amenazada"¹⁵⁵. En su testimonio muestra mucha preocupación durante el tiempo que Jaime tenía que viajar a Cullipulli para pasar la noche en la cárcel, "durante ese período me quedaba sola en las noches y no podía dormir por miedo (...). En la noche, aunque estamos en el campo, se siente la amenaza constante de que puede ocurrir un allanamiento o como estaba sola podía sufrir alguna situación que afectara mi integridad". Cuenta que después de cada allanamiento "la gente queda en estado de shock e impotente porque pese a los recursos de protección y denuncias de violencia desmedida nada se hace para terminar con la militarización en la zona".

Patricio Marileo expresa que su familia "se ha visto muy afectada por las injusticias que nos ha tocado vivir"¹⁵⁶. "Expresa que le cuesta descansar, que casi cada noche tiene pesadillas en las que los policías se transforman en animales. Durante las noches, despierta con frecuencia y a veces despierta agitado, sintiendo que la casa está rodeada de policías"¹⁵⁷.

Los síntomas que padece Patricio por las circunstancias vividas están asociados al Síndrome de Estrés Post Traumático de curso crónico, Depresión Mayor y Estrés psicosocial¹⁵⁸.

¹⁴⁷ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 126).

¹⁴⁸ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 128).

¹⁴⁹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 133).

¹⁵⁰ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 133).

¹⁵¹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 131).

¹⁵² Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 150).

¹⁵³ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 130).

¹⁵⁴ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 130 - 131).

¹⁵⁵ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 141).

¹⁵⁶ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 138).

¹⁵⁷ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 139).

¹⁵⁸ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 143).

Su pareja Soledad Angélica cuenta que lo ve "muy nervioso e irritable. A veces se levanta en la mitad de la noche porque cree que anda gente afuera, siente que golpean a la puerta, en la noche habla y se agita en el sueño. A las cinco de la mañana está despierto, le vienen los recuerdos y habla solo"¹⁵⁹. Soledad cuenta en su testimonio que cuando Patricio "ve los pacos se pone nervioso, camina para allá y para acá".

Ella reconoce que padece el mismo problema, "yo tengo mal dormir y pesadillas con las cosas que han pasado en la comunidad, todos nos encontramos atemorizados, ahora ante el ladrido de los perros uno se atemoriza y presiente que viene la policía". Cuenta que las mujeres y los niños han sufrido mucho, "los niños no pueden ver a la policía, se asustan, están muy afectados con la represión"¹⁶⁰. Cuando relata las experiencias a las que han estado expuestos niños y ancianos se "muestra ansiosa y relata los síntomas que adultos y niños presentan a consecuencia de los procesos, considerados humillantes y degradantes para la familia"¹⁶¹.

En el testimonio de Soledad, al hablar de los allanamientos que ha sufrido, cuenta que "nunca voy a olvidar lo que pasé". Siente "mucho miedo cada vez que vienen los carabineros. Se me revuelve el estómago y la cabeza cuando pasan los helicópteros de la base, es horrible, nos están vigilando. Yo quedé enferma de eso, de los nervios, de todo". La intervención policial afectó en gran medida a sus hijos. Dice que "su niño quedó muy impactado por la actitud de los carabineros, y él repudia a los carabineros, no los quiere ni ver si quiera. Cuando los ve parece que fuera el demonio que ve". Cuenta también que su hija Belén "nació antes, prematura, como decía yo, a raíz de todo, de los tratos psicológicos (...). Debido al sufrimiento".

Los síntomas que presenta Soledad están "asociados a Estrés Post Traumático y depresión mayor", síntomas que en su opinión, padecen otras mujeres y niños de la familia¹⁶².

En Lonko de la comunidad, José Osvaldo Cariqueo Saravia, expone un "gran sentido de impotencia al no poder proteger a su familia de la violencia extrema de los procedimientos policiales y sus posibles trágicas consecuencias"¹⁶³.

La Machi de la comunidad, al referirse a los allanamientos y detenciones que han sufrido, cuenta que "el dolor de esas experiencias le queda a uno en el cuerpo, eso no se va"¹⁶⁴.

"Nos han dejado al as mujeres y niños en un estado de pobreza y temor"¹⁶⁵.

Ruth Vargas observa como "la violencia desde organismos policiales ha vulnerado los derechos fundamentales de niños, adultos y autoridades ancestrales como la Machi y el Lonko. Las humillaciones y apremios físicos y psicológicos causan un deterioro con consecuencias de largo plazo en el desarrollo emocional familiar, cultural y comunitario (...). Los allanamientos", entre otros motivos, "les ha expuesto a grandes padecimientos económicos"¹⁶⁶.

Tanto Jaime como Juan Patricio padecen un "sentimiento de amenaza a su vida y a su integridad psíquica, individual y familiar". Un sentimiento familiar de amenaza a su comunidad", debido a las constantes intervenciones policiales y allanamientos, un "sentimiento de amenaza a la, los a la cultura, historia y valores Mapuche, los que

¹⁵⁹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 140).

¹⁶⁰ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 140).

¹⁶¹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 141).

¹⁶² Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 141).

¹⁶³ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 145 - 146).

¹⁶⁴ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 146).

¹⁶⁵ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 148).

¹⁶⁶ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 149).

son profundamente alterados por las circunstancias contextuales violentas que viven las comunidades¹⁶⁷.

Los allanamientos han impactado en todos los miembros de la familia. Fredy Jonatah Marileo cuenta cómo después de un allanamiento “tuvimos que llevar a mi prima y a mi abuela al hospital”. Los niños “han sido inmensamente afectados por estas circunstancias. La presencia policial en las comunidades les provoca angustia por las consecuencias trágicas que pueden derivar de ellas (...). La desestructuración familiar y desmembramiento comunitario les provoca un permanente sentido de amenaza a la integridad emocional, familiar y cultural¹⁶⁸”.

Los miembros de la familia presentan síntomas de “estrés post traumático crónico y depresión mayor”. “Es evidente la re-exposición al denominado trauma histórico”, el cual “reactiva las heridas del pasado, evocando los tratos discriminatorios y vejatorios a antepasados indígenas de sus comunidades¹⁶⁹”.

La familia de José Benicio Huenchunao Mariñán también ha sido fuertemente afectada por las intervenciones policiales en los allanamientos a los hogares de su comunidad. José cuenta que las circunstancias que envuelven el contexto de los allanamientos, su detención y procesamiento “han afectado a la salud de todos, veo que mis padres han envejecido con este proceso. Las madres se afectan con las cosas que les pasan a los hijos, la mamá es la que más sufre¹⁷⁰”.

José “ha estado expuesto a una serie de eventos que han causado un sentido de amenaza a su vida y a la de otros. José es detenido en un allanamiento con un despliegue policial, quienes rodean el hogar de su hermana. Esta experiencia la describe como terrorífica y le causa gran preocupación por la integridad de sus familiares y por el trato peyorativo que se les da¹⁷¹”.

Cuenta que “tiene malos sueños en los que aparece la policía”. Expone también que “se siente alerta y evita y le preocupa la presencia policial”. Las circunstancias en las que se ha visto envuelto le provocan un “sentimiento de amenaza a su vida y a su integridad psíquica, individual y familiar, sentimiento de amenaza a su comunidad, la cual se ha visto intervenida con frecuencia por allanamientos (...), sentimiento de amenaza a la cultura, idioma, historia y valores mapuches, los que son profundamente alterados por las circunstancias contextuales violentas que viven las comunidades”, y un “hondo sentido de amenaza al entorno natural que ha sido gravemente alterado”. Estos síntomas están asociados al Síndrome de Estrés Post Traumático¹⁷².

La pareja de José, Myriam Reyes, relata que debido a la permanente militarización en las comunidades indígenas, los niños crecen “socializados en la represión. Los niños escuchan disparos constantemente y siempre se quedan preocupados por la muerte de alguien. Los helicópteros sobrevuelan con frecuencia las comunidades, atemorizando a niños y adultos. Los niños mapuche son frenados en su proyecto de vida. En el campo, la vida es vulnerable, repentinamente todo puede cambiar¹⁷³”.

La hermana de José, Mercedes Huenchunao, cuenta que “antes éramos felices nunca teníamos miedo, por ejemplo de que puedan llegar los Carabineros o de que

¹⁶⁷ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 151-153).

¹⁶⁸ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 154).

¹⁶⁹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 155).

¹⁷⁰ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 166).

¹⁷¹ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 172).

¹⁷² Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 172 – 173 y 176).

¹⁷³ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 169).

puedan venimos a allanar la casa (...) pero después de eso nos cambió la vida (...) mi mamá, ella en realidad yo creo o sea a parte de la hipertensión, cefalea crónica, depresión, que sufre son enfermedades que le produjo lo mimo por el hecho de, o sea por mi hermano (...) mi mamá pasaba la noche que no dormía". Cuando relata cómo eran los allanamientos en su testimonio cuenta que "éramos amedrentados, psicológicamente físicamente y como que uno siente que este va hacer la vida de nosotros hoy día, yo creo que aquí hubo un antes y un después familiarmente y lamentable el caso".

Su madre cuenta que cuando cogieron a José "me sentía muy mal super mal (...) me llegué a enfermar. No se me dio un decaimiento (...) ese malestar que no tenía, no tuve valor de levantarme en todo el día". Cuenta que se pasaba el día llorando. Que ahora le sube "la presión". Que tiene "dolor de cabeza", algo que antes no le ocurría.

"Los procedimientos policiales y judiciales han amenazado el equilibrio emocional de la familia"¹⁷⁴. "Las circunstancias asociadas al proceso judicial han provocado traumatización familiar debido al trato vejatorio a miembros de la familia y a la sumatoria de severas experiencias traumáticas que alteran los roles familiares y los roles tradicionales (...) es evidente la re-exposición al denominado trauma histórico"¹⁷⁵.

Las comunidades y el pueblo Mapuche

Como señaló el representante de la Comisión Interamericana Sra. Rose Marie B. Antonie en la audiencia pública ante la Corte, el presente caso "representa una oportunidad importante para desarrollar la jurisprudencia [de la Corte] en relación a la igualdad y no-discriminación." En los casos recientes, la Corte ha tratado con el tema de la discriminación contra las mujeres y la población LGBT en los casos *Campo Algodonero Vs. México* y *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, respectivamente. El presente caso es un caso de discriminación donde el grupo impactado es un pueblo indígena, la cual implica medidas de reparación distinta.

La discriminación sistemática y estereotipos del pueblo Mapuche los cuales dieron lugar a las violaciones del presente caso implica la necesidad de medidas de reparación con un impacto transformador para corregir la situación estructural de discriminación. Como un grupo étnico, el pueblo Mapuche es dueño de las mismas protecciones de todos los colectivos comprendidos bajo Artículo 1.1 de la Convención Americana, la cual prohíbe la discriminación "por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." El pueblo, como todos estos referidos colectivos, tiene el derecho vivir libre de las políticas estatales las cuales violan los derechos de los miembros de su grupo en una forma sistemática, así tomando una forma colectiva. El impacto colectivo del daño altera la fábrica de la sociedad, creando desigualdades fundamentales. Dado la naturaleza colectiva del daño, una medida idónea de reparación debería tomar una forma colectiva para asegurar que sea un recurso eficaz. En dichos casos, donde las violaciones individuales son generalizadas o sistemáticas, se requiere la reparación colectiva para transformar la estructura de discriminación y así asegurar

¹⁷⁴ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 176).

¹⁷⁵ Peritaje Psicológico Dra. Ruth Vargas Forman (Pág 177).

que los derechos de los miembros del colectivo son protegidos en una forma efectiva. Además, por eso, se debería tener un efecto transformador para asegurar que las mismas violaciones no vuelven repetir.

Las violaciones contra los Mapuches en el presente caso fueron acompañadas por estereotipos, la cual requiere la reparación transformadora. La Corte ha establecido dicha obligación en su jurisprudencia en relación a la población LGBT y las mujeres, los dos categorías protegidos por el Artículo 1.1 de la Convención Interamericana. En *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, pronunció:

La Corte recuerda que el concepto de "reparación integral" (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (*supra* párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación.¹⁷⁶

Fortaleció dicho precedente en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*:

La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales (*supra* párr. 92), particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. En esta línea a continuación se analizarán las solicitudes de la Comisión y los representantes.¹⁷⁷

Igualdad sustantiva protegido bajo el Principio de igualdad

Además, por ser un pueblo indígena, el pueblo Mapuche tiene el derecho a la identidad. El principio de la igualdad requiere que las medidas aseguran la igualdad sustantivo, es decir, que va más allá que el derecho a la igualdad formal protegido bajo el principio de no-discriminación. La distinción referida es análoga a la diferencia entre "igualdad ante la ley" y "protección igual de la ley," el segundo de la

¹⁷⁶ *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, párr 150.

¹⁷⁷ *Atala Vs. Chile*, párr 167.

cual toma en consideración la identidad del grupo y sus necesidades específicas para asegurar la igualdad.

En dichas situaciones, existe un derecho adicional a medidas positivas que aseguran que el grupo puede mantener su identidad. Por lo tanto, violaciones de los derechos humanos del grupo o sus miembros tienen un impacto a dignidad puesto en la identidad del grupo, y por consecuencia la dignidad derivada por cada de sus miembros. La naturaleza del daño toma una forma moral, y por eso, la reparación debería tomar una forma colectiva la cual busca volver restablecer la identidad y dignidad del grupo.

Al impacto psicológico que esto ha tenido a nivel individual, familiar como de comunidad en las familias mapuche, se le suma el impacto cultural. Las circunstancias en las que se han visto envueltas estas familias han sido “desestructurantes” y “afectan directamente la integridad sociocultural y el buen vivir de las comunidades mapuche”¹⁷⁸.

Una de las consecuencias de la persecución que han sufrido ha sido “la desmovilización, el sentimiento de ser perseguido por ser mapuche. El mismo trato vejatorio, de parte de funcionarios, carabineros y fuerzas especiales, a la ocasión de los allanamientos, incrementa este sentimiento de discriminación hacia quienes reclaman solamente por lo que consideran como sus derechos”¹⁷⁹.

“La represión y la vigilancia policial consecutiva han tenido efectos desmovilizador incluso a nivel de la participación” de sus ceremonias, conocidas como Ngillatún “quebrantando equilibrios y relaciones sociales y operando deestructuraciones y divisiones no solamente entre las familias y comunidades participando a las movilizaciones por la tierra, pero afectando también todas aquellas que eran relacionados con estas a la ocasión de los Ngillatún”. No participar en estas ceremonias puede provocar “trastornos y enfermedades”¹⁸⁰.

La persecución policial y los allanamientos también afecta al a salud de nuestros representados y familiares. Éstos “desarrollan patologías que se relacionan con la situación judicial vivida por sus hijos, hermanos, marido”¹⁸¹.

Son dos los tipos de violencia ejercida sobre el pueblo mapuche: la simbólica, que tiene que ver con la estigmatización, la cual está presente en el discurso de autoridades políticas o latifundistas, y la violencia física, que es el resultado de la anterior¹⁸².

“La estigmatización del sujeto mapuche como violento, conflictivo o flojo se adscribe en una larga historia de las relaciones entre Mapuche y Chilenos, corresponde a estereotipos presentes en la literatura, en la prensa, en las creencias populares,

¹⁷⁸ Peritaje Antropológico Dr. Fabien Le Bonniec (Pág 6).

¹⁷⁹ Peritaje Antropológico Dr. Fabien Le Bonniec (Pág 6).

¹⁸⁰ Peritaje Antropológico Dr. Fabien Le Bonniec (Pág 10).

¹⁸¹ Peritaje Antropológico Dr. Fabien Le Bonniec (Pág 12).

¹⁸² Peritaje Antropológico Dr. Fabien Le Bonniec (Pág 14).

incluso en los libros escolares (...). Se ha acentuado "la idea estereotipada, tampoco muy reciente, de la supuesta existencia de una dicotomía entre mapuche violentos y mapuche dóciles", siendo los primeros aquellos que reclaman su tierra y los segundos, aquellos que "colaboran pasivamente con las instituciones públicas".¹⁸³

"Durante toda la década de los 2000, se ha mantenido un estado de excepción en las regiones sur del país, correspondiendo a la reacción del estado y de la sociedad chilena ante hechos aislados de violencia en el contexto de reivindicaciones políticas y territoriales propiciadas por un amplio sector de la población Mapuche, generando una política sistemática de represión y de estigmatización hacia los dirigentes y habitantes de las comunidades consideradas como conflictivas"¹⁸⁴.

Por tanto y luego de varias reuniones con las comunidades afectadas, **se solicita la creación de un fondo auto-gestionado** por las comunidades a las que pertenecen los peticionarios, destinado a la educación cultural de los niños mapuche. Se solicita esto, bajo la consideración de que existe un daño a la integridad cultural y moral de la comunidad que ha sufrido la prisión de sus miembros, que fue estigmatizada por ser una comunidad de indígenas terroristas y que puede ser reparada mediante el traspaso de conocimiento ancestral hacia los niños como una manera de mantener la integridad cultural del pueblo. Es importante que este fondo sea auto-gestionado, considerando que las comunidades indígenas son titulares plenos de derechos y por tanto, si les es asignada una suma de dinero, deben poder disponer por si mismas de esos recursos. En efecto, como ha señalado la Corte IDH es posible indemnizar por concepto de daño inmaterial a un colectivo¹⁸⁵.

Esta solicitud es coherente con lo que expresa el Convenio 169 de la OIT.

ARTÍCULO 27.

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

¹⁸³ Peritaje Antropológico Dr. Fabien Le Bonniec (Pág 14-15).

¹⁸⁴ Peritaje Antropológico Dr. Fabien Le Bonniec (Pág 15).

¹⁸⁵ Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni, párr. 167, Caso Comunidad Indígena Sawhoyama, párrs. 207 y 216-218.

D) Otras medidas de reparación solicitadas:

i. Medidas de restitución

Las medidas de restitución han sido entendidas como aquellas que siempre que sea posible, se devuelva a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos¹⁸⁶.

Se encuentra pendiente el cumplimiento de la condena impuesta en el llamado Caso PolucoPidenco, por parte de las víctimas Juan Ciriaco MillacheoLicán y José BenicioHuenchunaoMariñán. En efecto, Juan Ciriaco MillacheoLicán se encuentra sujeto a la pena alternativa de Remisión Condicional de la Pena, por lo que debe firmar mensualmente en dependencia de Gendarmería de Chile, en tanto que José BenicioHuenchunaoMariñán se encuentra en régimen de Libertad Vigilada, beneficio intrapenitenciario, por lo que debe firmar semanalmente ante Carabineros de Chile. Solicitamos el cese inmediato de ambas formas de cumplimiento de las condenas. Las demás víctimas dieron ya cumplimiento íntegro a las sentencias

La Corte IDH ha adoptado este tipo de medidas disponiendo la anulación de procesos por infracción al debido proceso¹⁸⁷ u órdenes de liberación en caso de privación de libertad en contradicción con la Convención Americana¹⁸⁸.

En esta misma línea, se debería dejar sin efecto todos los otros efectos de las condenas. Eliminación de las condenas de todo registro público en que estas consten, sea judicial, policial o administrativo.

- Eliminación de las muestras de ADN de nuestros representados del Registro Nacional de ADN. Si bien aquello no forma parte de las sentencia, si forma parte de sus efecto, ya que en el tiempo intermedio entre la dictación de las sentencias y la fecha, se dictó la ley 19.970, publicada en el Diario Oficial el 06 de septiembre de 2004, vigente a partir del 25 de noviembre de 2008, que impuso la obligación de registrar el ADN de los condenados por delito terrorista, entre otros delitos. Actualmente se encuentran en estos registros de ADN las muestras de las víctimas Jose Huenchunao, Juan Patricio Marileo Saravia y Jaime Florencio Marileo Saravia. Solicitamos se ordene al Estado la destrucción de la muestra si se existiere y la eliminación de todo dato del referido registro.

- Restitución de la integridad de los derechos civiles y políticos de las víctimas.
- Término de todas las inhabilidades que afectan a las víctimas.

1.1 Medidas de satisfacción

La Corte Interamericana ha reconocido que las medidas de satisfacción tienen el objeto de reparar integralmente a las víctimas "mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones

¹⁸⁶ Asamblea General, Principios UN, párr. 19.
¹⁸⁷ Caso Castillo Petruzzi, punto resolutivo N°12.
¹⁸⁸ Caso Loyza Tamayo, párrs 83 y 84.

de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir¹⁸⁹.

Considerando el contenido y alcance antes referido y los hechos del caso en donde podemos reconocer factores estructurales y culturales internos del Estado de Chile que legitiman y perpetúan este tipo de vulneraciones de derechos hacia los Mapuche, es que solicitamos las siguientes medidas:

- a. Declaración de aceptación del Estado de su responsabilidad internacional por estos hechos, disculpa pública a las víctimas, sus familiares y al pueblo mapuche en general, publicación de parte de la sentencia en medios de comunicación.
- b. Publicación de un resumen oficial de la sentencia por medio radial en español y mapudungun, con especial cuidado de que sea emitido en las zonas de alta concentración de población mapuche.
- c. Cadena Nacional en horario de noticiario central en que se dé a conocer la sentencia, con énfasis en que los Mapuche que han luchado por la tierra no son terroristas.
- d. Campaña comunicacional que reivindique el valor del pueblo mapuche y la importancia de su sobrevivencia.
- e - Adopción de medidas de inserción académica de las víctimas y sus familias. Se solicita el otorgamiento de la beca de estudios, en particular la Beca Indígena, a los hijos de las víctimas, sin excepción, desde el inicio de su educación hasta el completo desarrollo de su formación académica, sea universitaria o técnica profesional. Que comience a regir desde que se acredite que cada uno de ellos ha debido comenzar sus estudios, debiendo operar retroactivamente.

1.2 Garantías de no repetición

Considerando que las medidas de no repetición por lo general tienen por objeto hacer frente a violaciones estructurales de derechos humanos, es muy relevante que estas sean decretadas en este caso, puesto que nos encontramos ante una política estatal que se ha perpetrado desde el año 2002 hasta la fecha en que existe una aplicación constante de la Ley Antiterrorista en contra de comuneros mapuche. En este sentido, que se ordenen garantías de no repetición, es indispensable para asegurar que dichas afectaciones de derechos al pueblo mapuche no vuelvan a ocurrir:

En particular, se solicita:

- a) Derogación de la ley 18.314. En subsidio, adecuar la Ley Antiterrorista y otras normativas internas a estándares internacionales:
- Ha sido demostrado en el presente escrito que la Ley Antiterrorista es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos. Compartimos la conclusión de

¹⁸⁹

Caso de Villagrán Morales y otros, Sentencia 26 de mayo de 2001. Reparaciones, serie C # 77, par 84.

la CIDH *"que si bien se ha aprobado una nueva ley por el Congreso de Chile, las reformas legislativas no han significado hasta la fecha un cambio sustantivo en la tipificación de las conductas terroristas que le haga compatible con el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana"*.

Por lo cual, solicitamos a la Corte que ordene al Estado de Chile adecuar la ley Antiterrorista a los estándares internacionales, para evitar que más violaciones como las de este caso se sigan cometiendo. En particular, se propone el establecimiento del tipo penal terrorista conforme al principio de legalidad y sistema de protección de testigos acorde a los estándares internacionales de derechos humanos, estableciéndose formas de protección a testigos que sean conformes al debido proceso.

La representación del Estado señaló en audiencia pública de 30 de mayo de 2013 que a un Estado no se le puede obligar a no tener una legislación antiterrorista, aquello, en alusión a la solicitud de esta representación en el sentido de que solicitamos la derogación de la ley 18.314. Debemos insistir en aquello, toda vez que advertimos que un análisis serio no puede sino llevarnos a concluir que la ley 18.314 ya no resiste más modificaciones y debe ser objeto de un cambio total que parta desde la conceptualización misma del delito terrorista. Habrá advertido H. Corte que la gran reforma a que ha hecho alusión sostenidamente el gobierno, mediante la ley 20.476, no hace sino reescribir, reordenar los conceptos contenidos en la ley 18.314 que pretendía modificar. Basta con leer el artículo 1 para advertir que el anterior y el posterior a la precitada ley no son sino lo mismo, salvo la eliminación de la presunción del inciso 2 del número 1 del artículo 1, previo a la reforma. En ese contexto, esta parte entiende que sí es posible que esta H. Corte disponga la derogación de una normativa que se ha demostrado contraria a los derechos humanos. Quedando en evidencia la falta de idoneidad de las reformas y el origen espurio de la misma a saber, dictada en plena vigencia de la Dictadura militar de Pinochet, año 1984.

Sin perjuicio de la necesidad y deber del Estado de incorporar en su legislación normativa que permita investigar y sancionar el delito terrorista, la que contenga una genuina descripción del mismo, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, así como un procedimiento que garantice el debido proceso.

A nuestro juicio una legislación antiterrorista debería sancionar crímenes de violencia extrema que atenten en contra de la vida de las personas, su integridad o su libertad. Compartiendo en este punto lo expuesto en audiencia por el perito señor Chainin.

b.- Asimismo, se sostuvo la falta de adecuación y efectividad del derecho a recurrir del fallo para los condenados. Por esto, se solicita una reforma al Código Procesal Penal, de manera que se garantice el derecho al recurso de los condenados, sea mediante la introducción de reformas al recurso actual, sea mediante el establecimiento de un nuevo recurso que garantice una revisión integral de las sentencias condenatorias.

c-) Se solicita la modificación de la normativa relativa a la prisión preventiva, de manera tal que se elimine la causal de peligro para la seguridad de la sociedad, manteniéndose sólo las relativas al peligro para la investigación y el peligro de fuga.

d) **Plan de restitución territorial a las comunidades a que pertenecen las víctimas de este Caso.**

Sobre la política de restitución de tierras ancestrales, es pertinente en primer término llamar la atención de la H. Corte en relación a la afirmación del agente Miguel Gonzalez, en audiencia pública de 30 de Mayo de 2013, en la que expresó: "se hizo un reconocimiento en materia de asignación de tierras a las comunidades mapuche, señalándose que en la actualidad existen 5 millones de hectáreas en poder de las comunidades indígenas." Aquello no es así.

En efecto, don Víctor Ancalaf en su testimonio ante la H. Corte sostuvo que el territorio mapuche, el gulu mapu, refiriéndose al ancestral, prácticamente a los habitantes primeros del territorio occidental mapuche, abarcaba 30 millones de hectáreas. Y que actualmente en "nuestro territorio, no existen más allá de 5 millones de hectáreas." Refiriéndose a la cabida que abarcaría el territorio mapuche en abstracto, el que se ha podido dimensionar en el transcurso de la historia, luego de la colonización española, luego de la llamada Pacificación de la Araucanía. Ninguna víctima, testigo, ni perito ha reconocido que se hayan asignado 5 millones de hectáreas a las comunidades mapuche, por ningún gobierno.

En la actualidad, no hay más de 700.000 hectáreas de tierra en manos de las comunidades mapuche.¹⁹⁰

Entonces, llama la atención a esta parte, que el representante del Estado no haya tenido una información acabada de lo que pretendía sostener en la audiencia pública y que, por el contrario, afirme algo que no tiene asidero alguno en la realidad. La política de restitución territorial, sigue siendo un punto de tensión entre las comunidades mapuches y el Estado chileno.

Y tal como se ha establecido en el presente Caso, la situación de las víctimas tiene su origen, de manera ineludible en la demanda territorial de las comunidades mapuche. Es la deuda histórica con el pueblo mapuche que no ha sabido ser resuelta de manera satisfactoria por las autoridades del Estado, no sólo en el actual gobierno, sino, a lo menos, desde el retorno a cierta normalidad democrática en nuestro Chile

Esta H. Corte ha solicitado oficiosamente le sea remitido por el Estado parte que considera pertinente del Informe Verdad Histórica y Nuevo Trato, emanado de una Comisión de personas de reconocida competencia en la materia e idoneidad moral. Este Informe es el documento estatal, oficial y consensuado en la sociedad, que explicita las violaciones a los derechos humanos de que han sido víctimas los mapuche y demás pueblos originarios de esta tierra, a lo largo de la historia y las recomendaciones pertinentes para iniciar un nuevo trato con los pueblos originarios.

En este Informe, la Segunda Parte, se llama Propuestas y Recomendaciones para un Nuevo Trato entre el Estado, los Pueblos Indígenas y la Sociedad Chilena. En esta parte se contiene el acápite Tercero, referido a los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas que la Comisión recomienda Garantizar Constitucionalmente, entre ellos los Derechos Territoriales. En el ámbito de las tierras indígenas recomienda mantener y perfeccionar la protección que establece la Ley Indígena, recomienda la demarcaciones, titulación y protección de las tierras sobre las cuales se demuestre propiedad ancestral indígena. Establecimiento del Mecanismo de Reclamación de tierras en el ordenamiento legal interno, como le establece el

¹⁹⁰ Domingo Namoncura, Ex_Director Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. CONADI.

Convenio 169. El que considera un derecho de los pueblos indígenas, a la vez que la forma idónea de evitar las reivindicaciones informales.¹⁹¹

Este informe, entonces, releva, como otros tanto documentos oficiales y académicos, entre otros, la importancia de la tierra y el territorio para los Pueblos Indígenas, así como los deberes del estado respecto de ellos en ese aspecto.

También esta H. Corte Interamericana de DD. HH. Ha relevado la importancia de la tierra para los pueblos indígenas, a saber:

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas)

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

Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas)

66. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

67. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006

¹⁹¹ www.corteidh.or.cr/tablas/27374.pdf

Informe de la Comisión Verdad y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Editado por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. Primera Ed. Stgo. de Chile. Octubre 2008 Páginas 538 y ss.

(Fondo, Reparaciones y Costas)

117. Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁸⁴. El Estado ratificó e incorporó el referido Convenio No. 169 a su derecho interno mediante la Ley No.234/93.

118. Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana¹⁸⁶. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

119. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación."

120. Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta "no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad"¹⁸⁸. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.

121. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término "bienes" utilizado en dicho artículo 21, contempla "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor".

Los hechos de este Caso, demostraron que respecto del pueblo mapuche, ha existido una práctica constante del Estado chileno -desde los comienzos de la República- en orden a despojarlos de sus tierras ancestrales. La reivindicación

territorial que es inherente al pueblo mapuche, ha traído como respuesta por parte del Estado, la judicialización y criminalización de las demandas. Se requiere una política adecuada, culturalmente pertinente, conforme el derecho internacional de los pueblos indígenas, en orden a satisfacer la demanda territorial.

Consideramos que no se trata sólo de reparar el daño sufrido, sino que exista una medida correctiva, que transforme la situación que está en la base de las violaciones a los derechos humanos que han sufrido las víctimas, que evite que vuelvan a ocurrir hechos de esta naturaleza.

En este caso, concretamente, demandamos el establecimiento de un plan de restitución territorial a las siguientes comunidades mapuche:

a.) La Comunidad José Giñón, de la comuna de Ercilla, a la que pertenecen las víctimas Juan Patricio Marileo Saravia, Jaime Marileo Saravia y sus respectivos grupos familiares, se encuentra en proceso de reivindicación territorial de aproximadamente 3.000 hectáreas de tierras ancestrales ubicadas en la comuna de Ercilla, novena región de la Araucanía.

b.) Comunidad José Millacheo, de la comuna de Ercilla, a la que pertenece la víctima Juan Ciriaco Millacheo Licán y su grupo familiar se encuentra en proceso de reivindicación territorial de 1.800 hectáreas de tierras ancestrales ubicadas en la comuna de Ercilla, novena región de la Araucanía. A la fecha le han sido restituidas poco más de 400 hc.

c.) Comunidad Jose María Calbul, a la que pertenece José Huenchunao Mariñán y su grupo familiar, conjuntamente con las comunidades Nicolás Calbullanca, Caupolicán y Pascual Coña, se encuentran en un proceso de reivindicación de aproximadamente 5.000 hc en la comuna de Cañete. Octava Región del Bio Bio.

d.) La comunidad de Temulemu, a la que pertenecía la víctima fallecida Pascual Pichún Paillalao está en un proceso de reivindicación de aproximadamente 2.500 hc en la Comuna de Traiguén. Novena Región.

Deber de actuar en el ámbito interno.

La Corte IDH ha considerado que el Estado tiene el deber de actuar en el ámbito interno para determinar la verdad de los hechos, se juzgue y sancione a los responsables de las violaciones de los derechos humanos y se repare a las víctimas.

Considerando lo anterior y que los hechos del caso dan cuenta de que existen negligencias graves por parte de los Fiscales, autoridades policiales y judiciales, se solicita a la Corte que ordene al Estado investigar y sancionar a los responsables de estas violaciones. Concretamente solicitamos que el Estado sancione a los fiscales y a los jueces que participaron en la violación de los derechos humanos de las víctimas.

II. Gastos y Costas

La Corte Interamericana en su jurisprudencia ha establecido que : « Las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por los familiares de las víctimas o sus representantes con el fin de obtener justicia, tanto

a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. [...] comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta la acreditación de los gastos hechos, las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados y comprobados por las partes, siempre que su quantum sea razonable »¹⁹².

En consideración a lo anterior, se expondrán los gastos en que han incurrido las víctimas y sus representantes, a efectos de que la Corte ordene al Estado a consignar los dineros suficientes para resarcir dichos gastos:

Gastos incurridos por la FIDH:

La Federación Internacional de Derechos Humanos, ha acompañando desde el 2003 a las víctimas de este caso. Para dicho acompañamiento realizó un viaje a Washington ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al cual asistieron los tres abogados del caso y un representante de la FIDH. Dentro de los gastos incurridos también se encuentran viajes realizados a Chile, para informar a las víctimas de los avances del caso, tener reuniones con los abogados nacionales y para la recolección de pruebas y las audiencias a Costa Rica. En estos viajes se incluyen gastos de alojamiento, tiquetes y perdiems por un monto anteriormente de 21 500\$ y hoy de 32 000\$¹⁹³

Gastos incurridos por los abogados nacionales.

Los abogados del Caso, Jaime Madariaga y Myriam Reyes trabajaron en él desde la presentación de la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en forma voluntaria. Esto ha demandado un trabajo importante, desde la presentación de la denuncia, visitas a los recintos carcelarios a sostener entrevistas con las víctimas, generar confianzas y acuerdos que permitieran construir un Caso muy significativos para ellos, sus familias y comunidades. Las Observaciones adicionales sobre el fondo fueron también elaboradas por estos abogados. Además de trabajo y estudio, este caso ha significado para ellos gastos personales, asociados a insumos, bencinas, pasajes, gasto en telefonía. Ambos han destinado días, incluso semanas, de tiempo libre, descanso o vacaciones a trabajar en este Caso. Desde la incorporación de la FIDH, comienzan a tener apoyo en lo técnico y profesional, así como gastos, pero no han percibido remuneración.

Ninguno de ellos vive cerca de las comunidades, lo que le he significado un esfuerzo adicional, de tiempo en traslado. Jaime Madariaga hasta hace poco tiempo vivía en Temuco y Myriam Reyes durante todo el desarrollo de este proceso internacional ha vivido en Santiago, a 100 y 700 kilómetros aproximadamente de las comunidades de

¹⁹² Caso Carpio Nicolle. Sentencia 22 de noviembre de 2004, par 143; Caso Tibi, Sentencia 7 de septiembre de 2004, par 268; Caso "Instituto de Reeducación del Menor", Sentencia 2 de septiembre de 2004, par 328; Caso Ricardo Canese, Sentencia 31 de agosto de 2004, par 212.

¹⁹³ Ver anexo

las víctimas. Durante la última etapa preparatoria de la audiencia, Jaime Madariaga también vivió en Santiago.

Solicitamos que se reconozca este trabajo como costas y se defina un monto a efectos de que ellos puedan percibirlo como remuneración, por un esfuerzo personal y profesional que se ha prolongado por más de 9 años.

Por último solicitamos a la Corte, que ordene al Estado Chileno cancelar directamente a los representantes de las víctimas la suma que corresponda por el concepto de gastos y costas.

Petitorio

El Estado de Chile violó el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican.

2. El Estado de Chile violó el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, establecido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican,.

3. El Estado de Chile violó el derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos establecidos en los artículos 13 y 23 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican,

4. El Estado de Chile violó el principio de responsabilidad penal individual y presunción de inocencia, bajo los artículos 8.1, 8.2 y 9 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe.

5. El Estado de Chile violó el derecho de defensa del Lonko Pascual Pichún, específicamente el artículo 8.2.f de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

6. El Estado de Chile violó el derecho a recurrir del fallo consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican.

7. El Estado de Chile violó el derecho a un juez imparcial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo

instrumento, en perjuicio de Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe.

8. Las violaciones de los derechos humanos consagrados en los artículos 8, 9, 11, 24, 13 y 23 tuvieron un impacto consecencial sobre la integridad sociocultural del pueblo Mapuche como un todo.

Como consecuencia de las violaciones a los derechos humanos atribuidas al Estado de Chile, solicitamos a la Corte ordene reparar integralmente de acuerdo a los estándares del sistema interamericano a Juan Patricio Marileo Saravia, Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Pascual Pichún Paillalao (en este caso en las personas de sus causahabientes) a las compañeras de cada uno de ellos y a cada uno de sus hijos y sus comunidades y en particular ordene las siguientes medidas de reparación:

1. Establecer el pago de la indemnización por concepto daño material.
2. Establecer el pago de una indemnización por daño inmaterial, conforme a los criterios de equidad, en favor de cada uno de los mencionados, víctimas, compañeras e hijos.
3. Indemnizar gastos médicos futuros.
4. Proveer ayuda económica, Beca Indígena, para los estudios escolares y universitarios, a los hijos e hijas de Juan Patricio Marileo Saravia, Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Pascual Pichún Paillalao,
5. Eliminar de forma inmediata todos los efectos de la sentencia penal que condeno a las víctimas como consecuencia del proceso al que fueron sometidos bajo la Ley antiterrorista, incluyendo la anulación total de los antecedentes y registros policiales, administrativos y judiciales, en particular, la eliminación de todos los efectos actuales de las penas accesorias impuestas.
6. Publicar y difundir la sentencia que se dicte oportunamente tal como lo señalamos en el acápite de reparaciones.
7. Adecuar el marco normativo interno que regula la prisión preventiva, en especial la regulación de la causal "peligro para la seguridad de la sociedad", a los estándares internacionales de derechos humanos.
8. Adecuar el marco normativo interno de la legislación antiterrorista con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.
- 9.- Adecuar el marco normativo relativo al derecho a recurrir de una sentencia

condenatoria a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

10.- .Diseñar e implementar una campaña de sensibilización sobre los pueblos indígenas, dirigida a la sociedad en general, que rescate positivamente el aporte cultural de los pueblos indígenas en Chile.

11. Establecer un fondo autogestionado para la educación de los niños y niñas de las comunidades mapuche afectadas por la persecución y condena de las víctimas como terroristas.

12. Establecer un plan de restitución territorial orientado a las comunidades mapuche de las víctimas.

13. Actuar en el ámbito interno para determinar la verdad de los hechos, se juzgue y sancione a los responsables de las violaciones de los derechos humanos

13. Pagar las costas y gastos legales en que se haya incurrido por la tramitación del caso tanto a nivel nacional como internacional.

Otra pregunta:

El juez Pérez Pérez nos ha solicitado indicarle si nuestros representados se consideran culpables de los hechos por los cuales han sido condenados. Para contestar esta pregunta nos parece importante insistir sobre los dos siguientes elementos:

1. los hechos que fundamentan las condenas por terrorismo

Pues en el caso del Lonko Pichún las dos pruebas que fundamentan su condena por amenaza terrorista a cinco años y un día de cárcel son un testimonio de un testigo con identidad reservada, el loco siempre ha dicho que ese testigo mintió y una carta que efectivamente el Lonko le mandó al propietario Juan Agustín Figueroa donde en términos muy formales solicitaba en nombre de la comunidad poder ralea el fundo de pino, que pudieran pastar sus animales en los espacios vacíos o explotar 100 hás. de bosque grandes debido a que viven en la extrema pobreza. Es importante precisar que el fundo objeto de las tensiones de vecindad, fundó Santa Rosa de Colpi dio lugar en 1956 a una de las únicas decisiones de justicia que reconocían la propiedad de éste fundo a la comunidad del pichón. Pese a esta decisión judicial fue sólo en el 2012 que se entregó a los miembros de la comunidad este fundo.

En el caso de Poluco Pidenco estamos hablando de un incendio sin daño a personas de entre 80 y 100 hectáreas de eucalipto. Nuestros representados admiten haber tomado ese fundo que consideran les pertenece y haber efectuado una guillatún en ese espacio pero no lo incendiaron.

2. Nuestros representados no se consideran culpables de ningún acto terrorista pero sí reivindican las actividades de tomas de tierras y de explotación productiva de estas por considerarlas como tierras ancestrales indígenas.

A continuación reproducimos una carta que contesta la pregunta del Juez Pérez Pérez, se la mandó al presidente Ricardo Lagos el Lonko Pichún cuando fue absuelto de los delitos de incendio y amenaza terrorista meses antes de ser condenado por esos mismos hechos.

"Señor Ricardo Lagos Escobar

Presidente de La República

Casa de La Moneda

Santiago de Chile

Abril 2003

PRESENTE

Señor Ricardo Lagos, soy Pascual Pichún Paillalao, lonko mapuche de la comunidad Antonio Ñiripil de Temulemu, a quién la justicia chilena mantuvo por más de un año detenido en la Cárcel Pública de Traiguén junto al peñi Aniceto Norin y la lamngen Patricia Troncoso, sin pruebas ni antecedentes acusado de ser un "terrorista" y un "peligro para la sociedad". Como usted ya debe saber, hace una semana un tribunal de la novena región hizo finalmente justicia en nuestro caso y ratificó aquello que nosotros siempre dijimos ante los fiscales y la opinión pública. Me refiero a nuestra completa inocencia en todos los cargos imputados por el Ministerio Público.

Señor Presidente. Quince meses en la prisión, tres huelgas de hambre, el encarcelamiento de dos de mis hijos menores acusados también de "terroristas", el alejamiento obligado de mi familia, de mi trabajo en el campo y de mis peñi y lamngen en la comunidad, son los costos que tuve que pagar por ser un lonko mapuche y haber decidido luchar con dignidad por los derechos de mi pueblo. A nosotros nunca se nos encarceló por el incendio de la casa del señor Agustín Figueroa, como dijeron los fiscales. A nosotros se nos persiguió y se nos sigue persiguiendo en Chile por ser lonkos mapuche, por ser dirigentes de un movimiento, por ser luchadores sociales y por ser el recuerdo vivo de una campaña de exterminio inconclusa en la historia de este país sin memoria.

Sepa usted ahora de mi propia voz que nosotros los mapuches jamás hemos sido ni seremos terroristas como nos acusan. Sólo luchamos por lo justo, por nuestras tierras, por un futuro mejor para nuestros hijos y también por un futuro mejor para todo nuestro pueblo. Como lonko mapuche, tengo el mandato de representar a mi gente, de hablar por ellos muchas veces y de guiarlos en los tiempos buenos y también cuando las cosas se ponen difíciles. Es mi labor como autoridad mapuche señor Lagos, una labor que asumo con orgullo y que imagino es parecida a la que usted tiene como autoridad de todos los winkas o chilenos.

*Esta carta que hoy le escribo no es para lamentar nuestra suerte como mapuches sino para exigir de su parte un mínimo de respeto y justicia. Creo que usted como autoridad debiera hacer que los responsables de nuestro encarcelamiento paguen por su error. Me refiero a la señora Fiscal Regional, Esmirna Vidal y los señores fiscales **Raúl Bustos, Alberto Chiffelle y Francisco Rojas**. Ellos, con una actitud abiertamente racista en contra de nuestro pueblo, nos acusaron de un atentado y desoyeron nuestras declaraciones de inocencia en todo momento. Esa actitud, señor Lagos, viola el supuesto nuevo trato que usted dice representar y que tantos gobernantes como usted nos han prometido falsamente en otros tiempos. Por ello es que solicito que usted pida la renuncia a estos personeros de su gobierno, especialmente a la señora Esmirna Vidal que ocupa un cargo de su confianza en la región.*

Ya vendrán tiempos mejores para nuestro pueblo y estoy seguro que nuevas generaciones seguirán luchando a futuro por nuestro territorio y sus derechos. Cuando usted ni yo estemos en esta tierra, sepa usted que otros mapuches seguirán peleando por lo que nos pertenece en justo derecho y otros lonkos asumirán el lugar que yo y tantos otros hermanos ocupamos hoy. Eso no debe usted olvidarlo nunca señor Presidente.

Desde Temuko, Territorio Mapuche

PASCUAL PICHUN PAILLALAO

Lonko Mapuche de la Comunidad Temulemu - Traiguén

Martes 22 de abril de 2003 »

Anexos:

- Anexo 20 actualizado
- Acusación casos 2008,2009,2010
- Gastos FIDH

Sin otro particular, aprovechamos la oportunidad para reiterarle nuestras muestras de la más alta consideración y estima.



Jaime Madariaga



Jimena Reyes



Myriam Reyes

Corteidh

From: Serrano, Silvia <SSerrano@oas.org>
Sent: Sunday, June 30, 2013 12:01 AM
To: Corteidh
Cc: Rivera, Leonor; CIDH Becario 1 (Acuna, Erick)
Subject: Caso N° 12.576 - Norin Catrimán y Otros - Chile
Attachments: sharp@oas.org_20130628_154943.pdf; obs_finales_norin_catriman.doc

Favor encontrar en documento adjunto comunicación de la CIDH en el caso de referencia.