

## **INFORME EN DERECHO**

### **LA APLICACIÓN DE LA LEY N°18.314 QUE “*DETERMINA CONDUCTAS TERRORISTAS Y FIJA SU PENALIDAD*” A LAS CAUSAS QUE INVOLUCRAN A INTEGRANTES DEL PUEBLO MAPUCHE POR HECHOS RELACIONADOS CON SUS DEMANDAS POR TIERRAS Y SUS IMPLICANCIAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**José Antonio Aylwin Oyarzún \***

**Agosto 2010**

---

\* Abogado, Magíster en Derecho Internacional y Derechos de los Pueblos Indígenas de la Universidad de British Columbia, Canadá, Co – Director del Observatorio Ciudadano, Profesor del Curso de Derecho Indígena en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

## **Índice**

**I.- Antecedentes de la Ley N° 18.314.**

**II.- La Ley Antiterrorista y los Derechos Humanos.**

**1.- Tipo penal amplio e indefinido.**

**2.- Garantías del debido proceso.**

**III.- La elevada penalidad establecida para los delitos considerados en la Ley Antiterrorista y las disposiciones del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes relativas a la justicia.**

**IV.- La aplicación de la Ley Antiterrorista a los *mapuche* por hechos de protesta social.**

**V.- La preocupación y recomendaciones de los órganos de las Naciones Unidas al Estado de Chile relativas a la aplicación de la Ley Antiterrorista a hechos de protesta social indígena.**

**VI.- La validez de los derechos humanos de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno.**

## **I.- Antecedentes de la Ley N° 18.314.**

La Ley N° 18.314 que “*determina conductas terroristas y fija su penalidad*” (en adelante Ley Antiterrorista) promulgada el 16 de mayo de 1984, fue elaborada durante el gobierno militar con la clara finalidad de sancionar drásticamente cualquier tipo de insurrección contra dicho régimen. Dicha ley fue reformada parcialmente tras la vuelta a la democracia a través de la Ley N° 19.027 de 1991, una de las llamadas “Leyes Cumplido”, con el objeto de hacerla compatible con los derechos humanos. Frente al tratamiento del terrorismo como un delito esencialmente político e ideológico, las reformas entonces introducidas intentaron eliminar sus connotaciones políticas tipificándolo simplemente como un delito violento gravísimo contra las personas. En el preámbulo del proyecto de ley presentado por el entonces Presidente Patricio Aylwin se define el terrorismo como “*atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o toda la población.*”<sup>1</sup>

Los siguientes son algunos de los actos que, de acuerdo al artículo 2 de la Ley Antiterrorista, pueden ser catalogados como posibles delitos de terrorismo: homicidio; mutilación; lesiones; secuestro; retención de una persona en calidad de rehén; envío de efectos explosivos; incendio y estragos; descarrilamiento; apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio; el atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas; colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios que puedan causar daño; y asociación ilícita para cometer cualquier de estos delitos.<sup>2</sup>

El delito más cuestionable de los incluidos en esta lista, que es precisamente uno de los que con mayor frecuencia ha sido aplicado e imputado a los *mapuche* por hechos vinculados a sus demandas por tierras o por derechos políticos, es el delito de incendio, el que incluye hasta sus formas menos graves. Tal delito incluye el incendio de edificios

---

<sup>1</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 19.027*, 1997. Destacado del autor.

<sup>2</sup> Artículo 2 de la Ley No. 18.314.

desocupados y de “bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos”<sup>3</sup>. Cabe señalar que la Ley Antiterrorista en vigencia durante el gobierno militar no hacía referencia alguna al delito de incendio. Tampoco lo contemplaba el proyecto inicial presentado por el gobierno de Aylwin, sino que fue introducido durante el debate del proyecto en comisión de la Cámara de Diputados<sup>4</sup>.

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

Luego, en el año 2002, esta Ley fue reformada mediante la Ley 19.806 para adecuarla al nuevo sistema procesal penal, reemplazando las antiguas referencias a los Tribunales del Crimen por la de los Juzgados de Garantía, y las relativas a las facultades investigativas y persecutoras de los Jueces del Crimen, por las que corresponden al Ministerio Público.

De acuerdo al texto vigente de la Ley Antiterrorista la figura calificante que determina su aplicabilidad está contenida en su artículo 1, que señala que:

*“ constituirán delitos terroristas los que enumerados en el artículo 2 cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes:*

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

*Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos.*

---

<sup>3</sup> Artículo 476 (3) del Código Penal.

<sup>4</sup> Antonio Bascañan Rodríguez, “El delito de incendio terrorista,” Informe en derecho encargado por Defensoría Penal Pública, octubre de 2003, p. 9.

*2ª Que el delito sea cometido para **arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias**”<sup>5</sup>.*

La Ley Antiterrorista contiene además otros aspectos que, como veremos en este informe, son críticos desde la perspectiva de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento interno y en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Así, faculta al Juez de Garantía a ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación (artículo 11). Además dificulta la posibilidad de aplicar durante el proceso otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, y permite la restricción del régimen de visitas, así como la interceptación de las comunicaciones del imputado (artículo 14). En caso de que el Ministerio Público estimare que existe un riesgo para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, así como de sus familiares directos, dispondrá de oficio, o a petición de parte, de las medidas especiales de protección que resulten adecuadas (artículo 15). El tribunal, además, podrá decretar la prohibición de revelar de cualquier forma la identidad de los testigos (artículo 16), lo que como se verá más adelante en este informe ha derivado en la práctica de utilizar testigos sin rostro, así como también en poder otorgar protección policial a los mismos testigos (artículo 17). Finalmente, como también se verá más adelante en este informe, la Ley Antiterrorista agrava las penas que la legislación penal ordinaria tiene para los delitos a los que ella se refiere (artículo 3)<sup>6</sup>.

Como lo ha señalado Human Rights Watch, reconocida entidad de derechos humanos:

*“Esta ley, es la más dura de la legislación chilena, y sus disposiciones han sido endurecidas en cierto modo desde la llegada de la democracia. Duplica las condenas normales para algunos delitos, extiende la libertad provisional, permite que el Ministerio Público retenga pruebas a la defensa durante un plazo de hasta seis meses y que los acusados sean condenados basándose en el testimonio de testigos anónimos.”<sup>7</sup>*

---

<sup>5</sup> Destacado del autor.

<sup>6</sup> En su artículo 2 la Ley Antiterrorista se refiere a los delitos de homicidio, lesiones, secuestro, incendio y asociación ilícita, entre otros.

<sup>7</sup> Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, *Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile*. Octubre 2004, pág. 3, disponible en [www.hrw.org](http://www.hrw.org).

## II.- Ley Antiterrorista y Derechos Humanos

Son múltiples los problemas de los que adolece la Ley Antiterrorista desde la perspectiva de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional, así como en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. A continuación nos referiremos a los más importantes:

### 1.- Tipo penal amplio e indefinido

El primero de ellos es el de la definición amplia del delito de terrorismo que ella contiene. Aunque la comunidad internacional no se ha puesto de acuerdo en una definición precisa de terrorismo, existe consenso que el término sólo se aplica a los crímenes más graves relacionados con la violencia política. Esta idea queda elocuentemente recogida, por ejemplo, en la definición ofrecida por el experto en terrorismo A.P. Schmid a la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas en 1992: “*El terrorismo es el equivalente de un crimen de guerra en tiempo de paz*”<sup>8</sup>. Entre las acciones que generalmente se consideran como terroristas figuran los ataques deliberados contra civiles, la toma de rehenes, y el asesinato de prisioneros.

La mayoría de los 12 convenios y protocolos de las Naciones Unidas sobre la materia abordan las distintas formas específicas de terrorismo, incluyendo la toma de rehenes, las bombas, el secuestro de aviones, ataques a la navegación marítima, etc. Todas ellas conllevan violencia y posible daño a personas. La única convención que incluye una definición del terrorismo, es el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. En este tratado el terrorismo se define como:

*“Cualquier acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza ó contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.”*<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Citado en Oficina de las Naciones Unidas para la Lucha contra las Drogas y la Delincuencia, Programa Global contra el Terrorismo, disponible en <http://www.unodc.org/unodc/terrorism.html>, en Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, op.cit, p.27.

<sup>9</sup> Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, artículo 2 (1) (a) y (b).

La Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en junio de 2002 y firmada por 33 países, entre ellos Chile, se refiere exclusivamente a los delitos recogidos en las convenciones y los protocolos de las Naciones Unidas ya mencionados. Todos conllevan violencia grave contra las personas.

De acuerdo a la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), las distintas definiciones de terrorismo recogidas en los instrumentos internacionales sobre la materia reflejan la existencia de un consenso y entendimiento mínimo en torno a los contenidos básicos de este delito. Así la FIDH sostiene:

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

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

*Atendiendo a los fines, los delitos de terrorismo se refieren implícitamente a la subversión del orden constitucional por medios violentos, con independencia de los fines políticos específicos que se persigan.”<sup>10</sup>*

Pues bien, el análisis de los tipos delictivos de la Ley Antiterrorista chilena no soporta un escrutinio riguroso desde la perspectiva de los criterios que definen la noción de terrorismo en el derecho internacional previamente referido.

El concepto de terrorismo contenido en el artículo 2 de esta Ley comprende dos elementos; uno de carácter volitivo, cual es la voluntad de “*producir temor*”, y otro de carácter material, consistente en conductas que, en caso de no incurrir en el primer elemento, serían constitutivas de delitos procesados y sancionados por la legislación penal ordinaria. Entre ellos se encuentran los delitos de parricidio y homicidio simple, secuestro y sustracción de menores, envío de efectos explosivos, incendio y estragos, delitos contra la salud pública, descarrilamiento, apoderamiento de medios de transporte público, atentado contra el Jefe de Estado y otras autoridades estatales o internacionales, detonación o lanzamiento de artefactos, explosivos o incendiarios, y asociación ilícita terrorista (artículo 2).

---

<sup>10</sup> Federación Internacional de Derechos Humanos, *Chile. La otra transición chilena: Derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un estado democrático*. FIDH, N445/3, abril 2006, disponible en [www.fidh.org](http://www.fidh.org), p.36. Destacado del autor.

Tal como señala la FIDH, el elemento subjetivo del tipo penal establecido en la ley antiterrorista (causar temor), cuando aparece asociado con la lista amplia de conductas constitutivas de delitos ordinarios al amparo de la ley penal, supone una definición excesivamente amplia que puede conducir a casos de injusticia material de los inculpados, y consecuentemente en la vulneración de las garantías de los inculpados.

Existe consenso en las instancias internacionales de derechos humanos sobre la necesidad de que la tipificación de los delitos sea precisa e inequívoca. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “...*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 sancionada con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.*”<sup>11</sup>

En el caso la Ley Antiterrorista en Chile, diversos organismos de derechos humanos han manifestado preocupación por la amplitud del tipo penal en ella establecido. Así Human Rights Watch y el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas representaron el 2004 especial preocupación por la inclusión del delito de incendio simple dentro de la definición del tipo de terrorismo, señalando que ésta es altamente cuestionable, toda vez que “*no acarrea una amenaza directa o deliberada en contra la vida, la libertad o la integridad física*”.<sup>12</sup> A objeto de abordar esta realidad identificaron entre sus recomendaciones al Estado de Chile la necesidad de que se realicen “*las modificaciones necesarias a la ley antiterrorista para asegurar que únicamente los crímenes más graves contra la vida, la libertad o la integridad personal sean considerados crímenes de terrorismo.*”<sup>13</sup>

Cabe señalar que el Gobierno de Chile reconoció el 2004 esta situación ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU al dar respuesta a las recomendaciones realizadas por el Relator Especial de la ONU sobre derechos indígenas, Sr. Rodolfo

---

<sup>11</sup> *Caso Castillo Petruzzi et al.* (Fondo), Sentencia de 30 de mayo de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr.121.

<sup>12</sup> De acuerdo a Human Rights Watch y al Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, la inclusión del incendio dentro de la lista de delitos de terrorismo es altamente cuestionable, teniendo en cuenta la considerablemente mayor gravedad de los delitos contemplados por las convenciones internacionales sobre el terrorismo. Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, *op cit*, p. 27.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 9.

Stavenhagen, luego de su misión a Chile el 2003. Así el Gobierno de Chile señaló en su informe:

*“[e]l Gobierno actualmente se encuentra analizando los tipos penales contenidos en la ley Antiterrorista, de acuerdo con las nuevas orientaciones de la política criminal, pues está consciente que tal legislación establece tipos penales demasiado amplios; por lo cual se hace necesario su revisión.”*<sup>14</sup>

Es interesante señalar que la amplitud del tipo penal de la Ley Antiterrorista y su aplicación a delitos que no califican como tales ha sido observada también por los tribunales de justicia en diversos casos en los últimos años, en especial, en los casos de aplicación de esta legislación en contra de personas *mapuche* en el marco de los conflictos por tierras en el sur de Chile.

Así, en sentencia de 27 de julio de 2005 el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, al absolver a los imputados *mapuche* en juicio seguido en su contra por el delito de asociación ilícita terrorista, rechazó la aplicación de esta ley a las conductas que se investigaban al disponer que:

*“cualquier definición de terrorismo que se quiera enunciar debe necesariamente contener el concepto de desprecio a la vida humana, propia o ajena, concepto que no resulta del contenido de los hechos que se relataron en la audiencia.”*<sup>15</sup>

Es más, en abril de 2006 el Tribunal Oral en lo penal de Angol al absolver también a personas *mapuche* de la imputación del delito de incendio terrorista, en una sentencia que fue más tarde confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco, hizo un cuestionamiento a la Ley Antiterrorista tanto por su constitucionalidad como por su consistencia conforme a criterios internacionales de derechos humanos.

Así, puso en dudas la constitucionalidad del agravamiento de conductas penales por pura presunción de la ley y el relajamiento de las garantías procesales por simple determinación legislativa, afirmando que la Ley Antiterrorista *“se encuentra en contraposición con lo consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que prohíbe que se pueda presumir de derecho la responsabilidad penal.”* El mismo tribunal agregó que esta presunción, además, entra en contradicción con los

---

<sup>14</sup> Gobierno de Chile, Ministerio de Planificación, 2005. Destacado del autor.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, R.U.C. 02 00 14 24 99. R.I.T. 080/2004 (27 de julio de 2005), considerando N° 12. Destacado del autor.

estándares internacionales de derechos humanos incorporados en el ordenamiento jurídico chileno al disponer que:

*“la presunción simplemente legal establecida en el artículo 1° de la Ley N° 18.314, relativa a la finalidad de producir en la población o en una parte de ella temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, se encuentra en abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia que en nuestro país tiene rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta fundamental asegura respetar y garantizar en el inciso segundo de su artículo 5°. Encontrándose entre tales tratados la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1999, que en su artículo 8.2 establece que: "Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"; y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989, que dispone: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en conformidad a la ley.”<sup>16</sup>*

La misma sentencia ahonda en su argumentación relativa a la vulneración por la Ley Antiterrorista de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile y de la propia ley procesal chilena al señalar:

*“Se debe tener presente respecto de la presunción legal del artículo 1° de la ley 18.314, en la cual el legislador asume que la conducta de las personas es constitutiva de delito terrorista prescindiendo de una investigación, de un juicio, vulnerando tratados internacionales ya antes mencionados y la propia ley procesal, es por ello que en la especie nos encontramos ante un caso en que el legislador, sin procedimiento alguno asume la intención volitiva de los acusados de querer infundir temor en la población o arrancar decisiones de la autoridad...la presunción simplemente legal no es propiamente un medio de prueba, sino que constituye un caso de inversión del onus probandi, que favorece a quien la invoca y pone a cargo de la otra parte la prueba en contrario.”<sup>17</sup>*

El carácter fundamental de la presunción de inocencia como garantía judicial en materia penal es resaltado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así la Corte sostiene:

*De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es quizás, la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos*

---

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Oral de lo Penal de Angol, 7 de abril de 2006. Destacado del autor.

<sup>17</sup> *Ibid.* Destacado del autor.

*tales como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana y la Convención Americana. Esta disposición atribuye a favor del acusado la presunción de que éste debe ser considerado inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme.”*<sup>18</sup>

Se debe señalar que el problema de que adolece la Ley Antiterrorista aquí identificado (tipo penal abierto e indefinido) motivó al gobierno de la Presidenta Bachelet a presentar una iniciativa para su reforma al Congreso Nacional, en el mes de junio de 2006. En dicho proyecto se constataba específicamente que la construcción del tipo delictivo de terrorismo contenido en esta ley resultaba muy amplio tomando en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos. Para abordar esta situación la propuesta de reforma planteaba la necesidad de limitar el tipo de terrorismo a los derechos fundamentales de las personas, considerando entre ellos los que afectan a la vida, la integridad física, la libertad y la salud pública, y excluyendo de ellos el derecho de propiedad. Lamentablemente dicha iniciativa parlamentaria no prosperó, por lo que se mantiene a la fecha la problemática aquí abordada desde la perspectiva de los derechos humanos.<sup>19</sup>

## **2.- Garantías del debido proceso**

Las normas internacionales que definen los derechos al debido proceso y a un juicio justo precisan un parámetro que permite realizar una valoración objetiva de la política penal chilena con los estándares de derechos humanos, comenzando por la propia definición de “terrorismo” y su aplicación en el contexto de acciones de fuerza producidas en el contexto de la protesta social *mapuche*. Estas normas se encuentran recogidas en instrumentos jurídicos internacionales que vinculan a Chile y que gozan de amplio reconocimiento en la comunidad internacional, incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 1.1.); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículo 14); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXVI) y la

---

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Figueredo Planchart vs. Venezuela*, pár. 118-119.

<sup>19</sup> Federación Internacional de Derechos Humanos, *Chile. Posibilidades de cambio en la política hacia los pueblos indígenas*, FIDH, N° 456/3, agosto de 2006, disponible en [www.fidh.org](http://www.fidh.org).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8), así como la interpretación autorizada que realizan los órganos internacionales encargados de su supervisión.

Se trata de normas de carácter complejo que, en su conjunto, garantizan protecciones sustantivas y procesales fundamentales en los procesos de carácter penal. El contenido esencial del derecho al debido proceso y al juicio justo no es susceptible de suspensión o limitación, incluso en circunstancias de excepcionalidad. Este contenido esencial incluye el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), el principio de la presunción de inocencia, y los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, con consideración debida al derecho a la igualdad y no discriminación.

A continuación se expondrán dos de las principales restricciones del debido proceso que se producen habitualmente en los juicios por la Ley Antiterrorista: el uso de testigos de la acusación anónimos o “sin rostro” y la extensión de la detención preventiva.

#### ***i.- El uso de testigos anónimos o “sin rostro”***

Como se señalara, la prerrogativa de que el Ministerio Público pueda solicitar la protección de la identidad de un testigo que participa en una causa en que se imputa la participación en un delito catalogado de terrorista, se encuentra contenido en el artículo 15 de la Ley 18.314, en cuanto establece que:

*“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, de acuerdo en lo expuesto en el inciso 2 ° y siguientes de citada norma (artículo 15):

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

A pesar de que la Ley Antiterrorista contiene garantías para prevenir los abusos a los derechos de los detenidos, ella también debilita algunas de las garantías del debido proceso que se aseguran a todos los inculcados en cualquier procedimiento. Es el caso del uso de testigos “sin rostro”, por cuanto éste debilita la capacidad de la defensa para refutar las pruebas presentadas por la acusación, ya que la identidad y la conducta de los testigos tienen una relevancia directa para su credibilidad. Es posible que los propios testigos tengan antecedentes penales o rencillas personales o animosidad política contra los acusados. Es más, en caso de testimonio malicioso, la defensa no puede acusar de perjurio a testigos que no puede identificar. Más aún, en circunstancias extremas, los testigos pueden simplemente mentir con impunidad.

El artículo 14 (3) (e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el 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”.*

Según la Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el propósito de esta disposición es “*garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogar y repreguntar a*

*éstos de que dispone la acusación.*”<sup>20</sup> La aplicación de este principio de igualdad procesal en todo proceso penal es un principio fundamental del juicio justo.

En un informe sobre terrorismo y derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que el derecho a examinar testigos podría restringirse en situaciones limitadas. Sin embargo, agregó que las debilidades de los testigos “*nunca pueden servir de base para comprometer la protección inderogable del acusado al debido proceso y cada situación debe ser detenidamente evaluada en sus propios méritos dentro del contexto del sistema judicial particular de que se trate.*” De acuerdo a la Comisión, se debe considerar, entre otros factores, la suficiencia de motivos ofrecidos para ocultar información sobre la identidad de los testigos, el que la defensa pueda efectivamente interrogar a los testigos anónimos y el que el propio tribunal conozca su identidad.<sup>21</sup>

Indudablemente, existen circunstancias en las que podría ser legítimo ocultar a la prensa y al público en general la identidad de los testigos de la acusación. Puede existir una verdadera preocupación por el bienestar físico y psicológico de los testigos, o una necesidad acuciante de protegerles a ellos o a sus familias frente a las represalias y de salvaguardarles del estigma que conlleva su aparición pública. Solamente en circunstancias excepcionales, sin embargo, cuando existe un peligro claro y específico para el testigo y se han agotado todos los otros medios de protección posibles, podría ocultarse la información sobre la identidad de los testigos de cargo a los imputados y a sus abogados.

## ***ii.- Detención preventiva***

Los detenidos por cargos de terrorismo bajo esta Ley, aunque sean posteriormente absueltos, se enfrentan regularmente a largos períodos de prisión preventiva por la agravante de la calificación de terrorista. Los cargos formales que fundamentan la investigación tienen un peso decisivo en cuestiones tan cruciales como la libertad del

---

<sup>20</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 13*: “Artículo 14 - Administración de justicia”, 21° período de sesiones (1984), reproducido en recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.7

<sup>21</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/ser.L/VII.116, octubre de 2002, en Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, *op cit*, p. 37.

imputado o el acceso de su abogado a las pruebas de la acusación. Al decidir investigar un delito como un acto terrorista, el fiscal aumenta la probabilidad de que el sospechoso permanezca en prisión durante todo el período previo al juicio, o una parte considerable de éste.

El Código de Procesal Penal permite revisiones de las órdenes de prisión preventiva en las que el acusado puede obtener eventualmente la libertad provisional<sup>22</sup>. De acuerdo con el Código, la detención preventiva solo es admisible cuando el juez considere necesario garantizar el éxito de la investigación o cuando el acusado sea considerado peligroso<sup>23</sup>. Entre los hechos considerados por el tribunal se encuentran el número de delitos cometidos y la gravedad de la pena que acarrearán. El tribunal puede no ordenar la prisión preventiva cuando sea desproporcionada con respecto a la gravedad del delito o la pena<sup>24</sup>. Pero claramente si el fiscal puede demostrar que el delito es grave —incendio terrorista, por ejemplo—, es probable que los jueces aprueben una orden para el encarcelamiento del imputado sin más preguntas. De hecho, la mayoría lo han hecho en los casos de *mapuche* imputados de actos terroristas. Incluso en los juicios penales ordinarios, los abogados defensores han criticado a los fiscales por exagerar los cargos para prolongar injustamente el período de detención preventiva<sup>25</sup>.

De acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona:

*[t]endrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Una vez transcurridos seis meses desde la última vista, el propio tribunal tienen que ordenar una vista para decidir si debe continuar el encarcelamiento (artículo 145).

<sup>23</sup> Según el artículo 139 del Código de Procesal Penal, “[l]a prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.”

<sup>24</sup> Artículo 140, 141 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>25</sup> Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, *op.cit.*, p. 33.

<sup>26</sup> Numeral 3°, artículo 9, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha interpretado que este requisito implica que la “*prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible.*”<sup>27</sup> Como sabemos, en virtud de la Ley Antiterrorista que se aplica actualmente en Chile, la prisión preventiva se ha convertido en la norma, en lugar de la excepción, y no en pocas ocasiones se ha prolongado por más de un año.

### *iii. Otras restricciones al debido proceso*

La Ley Antiterrorista dispone de instrumentos especiales para que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se ocupen de los delitos terroristas. Los detenidos pueden estar reclusos hasta diez días antes de ponerlos a disposición de un juez o acusarlos formalmente. Se trata de una semana más del tiempo permitido en el caso de los detenidos por delitos ordinarios, aunque en este período el detenido puede recibir la visita de un abogado. Una vez acusado de un delito terrorista, las visitas pueden restringirse; los fiscales pueden solicitar al juez permiso para intervenir teléfonos, interceptar correspondencia, correos electrónicos y otras comunicaciones con cualquier persona, salvo el abogado, durante un período indefinido; y, si el fiscal considera que la seguridad física de testigos corre peligro, se pueden mantener pruebas en secreto durante un máximo de seis meses. Todas estas facultades se han empleado en casos relacionados con *mapuche*.

### **3.- La elevada penalidad establecida para los delitos considerados en la Ley Antiterrorista y las disposiciones del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes relativas a la justicia**

Como ha sido señalado, otro de los problemas de la Ley Antiterrorista desde la perspectiva de los derechos humanos es la elevada penalidad que en ésta se establece para los delitos que considera. En efecto, de acuerdo al artículo 3 de la esta Ley, las penas pueden ser aumentadas desde uno hasta tres grados, e incluso a presidio mayor en

---

<sup>27</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observación General No. 8: Derecho a la libertad y seguridad de las personas* (Art. 9), HRI/GEN/1/Rev.6, Capítulo II, Párrafo 3, 30 de junio de 1982.

cualquiera de sus grados. Ello redundaría en penas que pueden llegar a duplicar aquellas penas previstas en el Código Penal para el mismo tipo de delito que no reviste el carácter de terrorista.

Ello resulta una clara vulneración del principio de proporcionalidad y genera serios cuestionamientos desde la perspectiva de los derechos humanos. La Federación Internacional de Derechos Humanos ha señalado al respecto:

*“La aplicación de las penas establecidas en la ley antiterrorista para la sanción de conductas que, con independencia del grado de responsabilidad en las mismas, serían sancionadas con penas mucho menores bajo la legislación ordinaria, ha sido criticada como desproporcionada.”<sup>28</sup>*

La aplicación de esta Ley que considera altas y desproporcionadas penas a integrantes de pueblos indígenas es desde la perspectiva de los derechos humanos aún más cuestionable en virtud de los lineamientos que este establece sobre la justicia penal y los pueblos indígenas. Cabe señalar al respecto que el Convenio 169 de la OIT, recientemente ratificado por el Estado de Chile, dispone en su artículo 10:

*1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*

*2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento<sup>29</sup>.*

El mismo Convenio en su artículo 9.2 dispone:

*2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

Tal como ha señalado la OIT al respecto, *“el encarcelamiento es un problema que afecta específicamente a los pueblos indígenas y tribales. Con frecuencia esta experiencia es tan traumática para sus integrantes, que muchos de ellos mueren en prisión.”<sup>30</sup>*

---

<sup>28</sup> Federación Internacional de Derechos Humanos, *op cit*, p.34

<sup>29</sup> Destacado del autor.

La misma OIT da cuenta de que en muchos contextos geográficos del planeta los pueblos indígenas constituyen un porcentaje muy alto de la población penal total, muy por encima de los porcentajes de la población que representan en los estados en que habitan.

En atención a ello la OIT plantea “...**la necesidad de que jueces y magistrados, tribunales y administraciones nacionales encuentren penas alternativas para aplicar a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito.**”<sup>31</sup>

Evidentemente la aplicación de esta Ley para personas pertenecientes a los pueblos indígenas vulnera las citadas disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT sobre la justicia. Una de las características de esta Ley es que establece una elevada penalidad de cárcel para los delitos que en ella se contemplan, penalidad que en algunos casos, como se señalara, puede llegar a duplicar la de los delitos ordinarios. Al aplicar esta Ley a los pueblos indígenas, los tribunales de justicia están incumpliendo las obligaciones contenidas en este Convenio Internacional ratificado por Chile en septiembre de 2008, el que se encuentra en plena vigencia desde septiembre de 2009.

Cabe señalar que las disposiciones de un Convenio Internacional de derechos humanos como el Convenio 169 de la OIT no solo resultan obligatorias para el ejecutivo, sino también, como lo señala la propia Constitución Política del Estado en su artículo 5 inciso 2, para todos los órganos del Estado, incluyendo por cierto al poder judicial y a los órganos auxiliares de la justicia. La aplicación de las disposiciones del Convenio 169 sobre la materia a los casos judiciales que involucran a personas indígenas debería llevar a los tribunales de justicia a abstenerse de aplicar esta legislación, toda vez que necesariamente en caso de comprobarse la comisión de un delito en ella considerado, se debería aplicar una pena de encarcelamiento elevado.

---

<sup>30</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Un Manual*, OIT, Perú, 2007, P, 27.

<sup>31</sup> *Ibíd.* Destacado del autor.

#### **IV.-La aplicación de la Ley Antiterrorista a los *mapuche* por hechos de protesta social**

Desde el año 2001 se ha aplicado, a requerimiento del Ministerio Público, del Ministerio del Interior y de acusaciones particulares, la Ley Antiterrorista a personas *mapuche* o personas relacionadas con este pueblo por hechos de protesta social vinculados a sus demandas por el derecho a la tierra o por derechos de carácter político.

Los delitos por los cuales se han formulado acusaciones e iniciado procesos penales en virtud de esta Ley en contra de personas *mapuche* han sido los de amenaza e incendio terrorista, asociación ilícita terrorista, y los de homicidio frustrado y lesiones con carácter terrorista. Se trata en todos los casos de delitos considerados en la ley penal ordinaria, a los que se le atribuyó la calificante contemplada en el número 1 del artículo 1 de la Ley Antiterrorista.

Hasta esta fecha, han sido condenados por los tribunales de justicia nueve personas *mapuche* o simpatizantes de su causa en juicios penales en los cuales el Ministerio Público ha invocado esta Ley por configurarse supuestos delitos terroristas. Al momento de elaborarse este informe se encuentran procesadas por Ley Antiterrorista un total de 53 personas *mapuche* o relacionadas con el pueblo *mapuche*; 42 en prisión preventiva, en tanto que 11 se encuentran cumpliendo medidas cautelares en libertad. Cabe señalar que durante la presente década, y hasta hace poco tiempo atrás, esta Ley había sido utilizada en el país solo en procesos en contra de personas *mapuche* o relacionadas con este pueblo por hechos de protesta social, situación que ha sido considerada tanto por este pueblo como por instancias de derechos humanos, como una muestra de evidente discriminación racial en su contra.

La protesta social del pueblo *mapuche* encuentra su fundamento en la situación de desprotección en que hasta antes de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT se encontraban sus derechos en el ordenamiento jurídico, en particular frente a proyectos de inversión extractivos que se impulsan en sus tierras y territorios con la autorización del Estado, así como también en la demora de la política pública para atender a sus reclamaciones de tierras basadas en derechos de propiedad legal y/o ancestral.

Cabe señalar que la protesta social *mapuche* se ha ejercido mayoritariamente por medios pacíficos, los que incluyen el derecho de petición y de reunión, y otras formas compatibles con el ordenamiento jurídico vigente. Y aunque en ocasiones dicha protesta social haya incluido hechos de fuerza, tales hechos han sido mayoritariamente en contra de bienes y no de personas. Los mismos hechos de fuerza, en todo caso, cuando son constitutivos de delito, lo son claramente constitutivos de delitos ordinarios y no de delitos que puedan ser calificados como terroristas.

En efecto, tal como ha sido señalado por especialistas, los delitos que se imputan a personas *mapuche* “...no revisten graves violaciones contra las personas en relación tanto a su integridad física y psíquica como a sus derechos humanos fundamentales, lo cual aporta un argumento contundente a la hora de criticar la aplicación de una legislación estricta, dura y de carácter excepcional, ya que internacionalmente se sostiene que un elemento esencial para calificar un acto como terrorista, es la probabilidad cierta de peligro grave o daño en sí a las personas”.<sup>32</sup>

#### **V.- La preocupación y recomendaciones de los órganos de las Naciones Unidas al Estado de Chile relativas a la aplicación de la Ley Antiterrorista a hechos de protesta social indígena**

La política penal aplicada por el Estado de Chile a comunidades y personas indígenas *mapuche* por actos de protesta social relativos a sus derechos a las tierras y a derechos políticos, y en especial por la aplicación de la Ley Antiterrorista para perseguir delitos ellos puedan haber cometido en este contexto, ha concitado preocupación en distintos organismos de tratado e instancias de las Naciones Unidas. Lo mismo ha ocurrido con los abusos que los agentes policiales del Estado han cometido en contra de personas *mapuche* vinculadas a la protesta social, los que han resultado en la muerte<sup>33</sup>, la tortura, los

---

<sup>32</sup> CAYUQUEO Pichicón, Álvaro; MONTESINOS Saavedra, Pablo; SAAVEDRA Cea, Sebastián; SOLER Guerra, Grethel; (2007). “Conflicto *mapuche* y legislación antiterrorista: análisis crítico para un estado de derecho democrático”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Agosto 2007, pág. 111.

<sup>33</sup> A la fecha han muerto como consecuencia del actuar abusivo de efectivos policiales del Estado tres personas *mapuche* involucradas en hechos de protesta social; Alex Lemun el 2001, Matías Catrileo el 2008 y Jaime Mendoza Collío el 2009.

tratos crueles inhumanos y degradantes, hechos estos últimos que en su mayor parte han quedado impunes hasta la fecha.

Las instancias de derechos humanos de la ONU han constatado que la política penal impulsada en relación a ellos, y en particular la aplicación de esta Ley en contra de personas indígenas, ha resultado en el incumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado de Chile en virtud de tratados internacionales de derechos humanos de los que es parte. Por lo mismo, estos órganos han formulado al Estado de Chile diversas y reiteradas recomendaciones para abordar esta realidad, recomendaciones que lamentablemente siguen sin ser implementadas por el Estado chileno.

En efecto, ya el 2003 el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, manifestaba su preocupación sobre la situación de la administración de justicia y los pueblos indígenas, recomendando al Estado de Chile que “*bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas*”(Pár. 69). Asimismo, dispuso que “*no deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos (“amenaza terrorista”, “asociación delictuosa”) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas.*”(Pár 70)

El mismo Relator Especial recomendó además al Estado de Chile que “*la puesta en práctica de la reforma procesal penal deberá tomar en cuenta las normas internacionales en materia de protección de los derechos humanos, incluyendo el debido proceso de todos los imputados indígenas por motivo de actividades de defensa o protesta social (especialmente con referencia a la utilización de testigos sin rostro y la detención preventiva de los indiciados).*” (Pár. 72)

Finalmente, el Relator Especial Stavenhagen recomendó al Estado de Chile que “*considere la posibilidad de declarar una amnistía general para los defensores indígenas*

*de los derechos humanos procesados por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de las tierras indígenas.”(Par. 75)<sup>34</sup>*

En diciembre de 2004 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, al examinar los informes presentados por el Estado chileno en relación a los artículos 16 y 17 del PIDESC, del que Chile es signatario, manifestó su profunda preocupación “... **por la aplicación de leyes especiales, como la Ley de seguridad del Estado (Nº 12927) y la Ley antiterrorista (Nº 18314), en el contexto de las actuales tensiones por las tierras ancestrales en las zonas mapuches.**” (Parág. 14), recomendando “... **que no aplique leyes especiales, como la Ley de seguridad del Estado (Nº 12927) y la Ley antiterrorista (Nº 18314), a actos relacionados con la lucha social por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas.**” (Parág. 34)<sup>35</sup>

En el 2007 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al examinar el cumplimiento por parte del Estado de Chile de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresó su preocupación sobre la amplitud del tipo penal de la Ley Antiterrorista y sobre las implicancias adversas que ello puede tener para la plena vigencia de los derechos reconocidos en dicha convención de la que Chile es parte. Así, en su párrafo 7 el Comité señaló:

*El Comité expresa su preocupación ante la definición de terrorismo comprendida en la Ley Antiterrorista 18.314, que podría resultar demasiado amplia. 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. El Comité observa también que las garantías procesales, conforme al 14 del Pacto, se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley. (art. 2, 14 y 27 del Pacto)*

Para abordar esta realidad el Comité recomendó al Estado de Chile:

---

<sup>34</sup> ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Naciones Unidas, Consejo Económico Social, E/CN.4/2004/80/Add.3. Destacado del autor.

<sup>35</sup> Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Consejo Económico Social. ONU), 2004 , *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Respuestas del Gobierno de Chile* (E71994/104/Add.27). Destacado del autor.

***“ adoptar una definición mas precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos. Tal definición debe limitarse a crímenes que ameriten ser equiparados a las consecuencias graves asociadas con el terrorismo y asegurar que las garantías procesales establecidas en el Pacto sean respetadas.”***<sup>36</sup>

Durante el 2009, tal preocupación fue nuevamente reiterada por diversas instancias de derechos humanos de la ONU que examinaron el cumplimiento por el Estado de Chile de sus obligaciones en la materia, incluyendo el Consejo de Derechos Humanos del que Chile es parte, dos órganos de tratado (el Comité Contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial) y el Relator Especial de Derechos Indígenas, Sr. James Anaya, quien visitó Chile en misión de observación.

Así, en el Examen Periódico Universal por parte del Consejo de Derechos Humanos, diversos Estados manifestaron su preocupación por la utilización de esta Ley en contra de los mapuche. Los Países Bajos, por ejemplo, instaron a Chile a ***“...adoptar las medidas necesarias para impedir que se proscriban o penalicen las actividades o reivindicaciones sociales legítimas y pacíficas de las organizaciones y pueblos indígenas, y a reforzar la noción de que la Ley antiterrorista debe circunscribirse a su ámbito de aplicación, sin hacerse extensiva a los actos no violentos de reivindicación de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos.”*** (Conclusiones y recomendaciones par.70)<sup>37</sup>

Igualmente el Comité Contra la Tortura, en su examen del cumplimiento por parte del Estado de Chile de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, reiteró esta preocupación al referirse al exceso de violencia policial en contra de integrantes del pueblo mapuche, señalando 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.***

---

<sup>36</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Chile, 18 de mayo de 2007, parágrafo 7. Destacado del autor.

<sup>37</sup> Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Chile, A/HRC/12/10/, 4 de junio de 2009.

*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.”*

Al respecto el Comité insta al Estado de Chile a “*proporcionar datos detallados sobre los casos de aplicación de la Ley Antiterrorista en que han estado involucradas personas indígenas.*”(par.23)<sup>38</sup>

En la misma línea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus Observaciones Finales sobre Chile de agosto de 2009, constató “*con preocupación que la Ley Antiterrorista 18.314 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 (Artículo 2).*”

Dicho Comité recomendó al Estado que “*a) revise la Ley Antiterrorista 18.314 y se asegure de que ésta sea únicamente aplicada a los delitos de terrorismo que merezcan ser tratados como tales; b) se asegure de que la Ley Antiterrorista no sea aplicada a miembros de la comunidad Mapuche por actos de protesta o demanda social.*”

Finalmente, el Comité señaló al Estado chileno la necesidad de tener presente “*su Recomendación General N° 31 (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y funcionamiento de la justicia penal (apartado B, párrafo 5e)*”. (Par. 15)<sup>39</sup>

Por último, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, en su informe de misión a Chile de septiembre de 2009 reiteró la preocupación manifestada en esta materia por el Relator Especial Stavenhagen, señalando al Estado la necesidad de “*... profundizar en una revisión de la política penal aplicada en los últimos años respecto a comunidades y personas indígenas y sus actos de protesta, de modo que ésta se oriente a la búsqueda de soluciones que permitan la compatibilidad entre los fines de orden público y el respeto a*

---

<sup>38</sup> Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observaciones Finales sobre Chile, CAT/C/CHL/CO/5, 14 de mayo de 2009. Destacado del autor.

<sup>39</sup> Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales sobre Chile, CERD/C/CH/CO/15-18, 13 de agosto de 2009. Destacado del autor.

*las normas internacionales y contribuir a crear un clima de gobernabilidad democrática entre los mapuche y las autoridades estatales.” (Par. 60)<sup>40</sup>*

Junto con ello el Relator Anaya “...**reitera la importancia, en este sentido, de reformar la Ley 18.314 y adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo, de acuerdo con las recomendaciones pertinentes del Comité de Derechos Humanos y del Comité Para la Eliminación de la Discriminación Racial.**” (Par. 61)<sup>41</sup>

Como sabemos, las recomendaciones formuladas en forma reiterada por los organismos e instancias de derechos humanos antes referidos, no han encontrado acogida hasta ahora. Ello, puesto a que a la fecha no se ha introducido modificaciones legales que permitan adecuar la Ley Antiterrorista a los estándares internacionales de derechos humanos, a pesar de las iniciativas legislativas presentadas para estos efectos.

Ello se constata además en el elevado número de personas *mapuche* o relacionadas con este pueblo que a la fecha se encuentran procesadas o condenadas por la Ley Antiterrorista por hechos de protesta social vinculados a la reivindicación de derechos por tierras o de derechos políticos.

Cabe señalar, a su vez, que si bien a inicios de la administración de la Presidenta Bachelet ella se comprometió a no aplicar esta legislación en hechos de protesta social que involucren a personas *mapuche*, el Ministerio Público, y más tarde el propio Ejecutivo, siguieron recurriendo a esta legislación para perseguir a personas *mapuche* o simpatizantes de su causa por su responsabilidad frente a posibles hechos delictivos que pudiesen haber cometido en el marco de la protesta social por derechos de tierras y/o derechos políticos.

Ello reviste a nuestro entender la mayor gravedad, puesto que los compromisos internacionales de derechos humanos, cuyo alcance es interpretado en particular por los órganos de tratado antes señalados, resultan vinculantes para el Estado de Chile en su conjunto, incluyendo sus poderes ejecutivo, legislativo y judicial, como veremos a continuación.

---

<sup>40</sup> Destacado del autor.

<sup>41</sup> Consejo de Derechos Humanos, ONU, *Informe del 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: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial Anterior, A/HRC/12/34/Add.6*, 14 de septiembre de 2009. Destacado del autor.

## **VI.- La validez de los derechos humanos de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno**

No puede concluirse este informe en derecho sin un análisis relativo a la validez de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico interno, así como sobre las obligaciones que ellos imponen a los órganos del Estado.

La Constitución Política de la República (CPR) se pronuncia sobre la fuerza normativa de los tratados de derechos humanos en su artículo 5 inciso 2°, donde luego de establecer en su inciso 1° que la soberanía radica en la Nación y que ésta es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas y por las autoridades establecidas por ella, agrega los límites para el ejercicio de dicha soberanía:

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”<sup>42</sup>*

Como se desprende de la lectura de este inciso, el que fue agregado en la reforma constitucional de 1989, “*los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” constituyen el límite al ejercicio de la soberanía. También se establece el deber por parte de los órganos del Estado de respetar y promover estos derechos, garantizados tanto en la Constitución como en los “*tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”

Cabe señalar al respecto que ha habido dos formas distintas de entender la jerarquía que tienen los tratados internacionales y, más específicamente, aquellos que versan sobre derechos humanos. Una primera posición, defendida con la jurisprudencia<sup>43</sup> tanto ordinaria como constitucional hasta antes de la reforma constitucional de 2005, suponía la entera sujeción de los tratados internacionales –aun de aquellos de derechos humanos- a la

---

<sup>42</sup> Destacado del autor.

<sup>43</sup> Por jurisprudencia se entiende el conjunto de fallos de los tribunales de justicia sobre un determinado tema.

Constitución. Se argumentaba que, de no ser esto así, implicaría una forma de modificar la Constitución Política de la República distinta a la establecida por ella misma.

Un ejemplo de esta tendencia, se encuentra en la sentencia Rol N° 346 de 2002, donde el Tribunal Constitucional (TC) determinó que los tratados internacionales, si bien detentaban una jerarquía superior a la de la ley común, no por ello dejaban de ser de inferior rango que la Constitución<sup>44</sup>.

Pero, a partir de la reforma constitucional del año 2005 y, en particular de la realizada sobre el artículo 54, dicha interpretación ya no es sostenible. En efecto, en el nuevo artículo 54 inciso 5°, se establece que "*Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.*"<sup>45</sup>

A partir de esta reforma queda más o menos clarificada la discusión acerca del “rango jerárquico” de los tratados internacionales, en el sentido de que especifica que no pueden invocarse normas de la Constitución para dejar de aplicar un tratado internacional. Ello, eso sí, toda vez que Chile ya estaba obligado a un comportamiento similar en el plano internacional, en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>46</sup>.

Una implicancia fundamental de esta interpretación es que los “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes –los que, de hecho, en virtud de determinadas cláusulas incorporan tanto a derechos consagrados en otros instrumentos

---

<sup>44</sup> En suma señala el TC en el considerando 74° de esta sentencia-, “(...) no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional.”

<sup>45</sup> Destacado del autor.

<sup>46</sup> Artículo 27. “*El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*”

internacionales como a normas de *ius cogens*<sup>47</sup> - pasan a formar parte de lo que se llama el “bloque de constitucionalidad”, esto es, aquel conjunto de derechos fundamentales que sirven de parámetro de control constitucional de las normas internas.

Esta postura que ha sido refrendada en los últimos años por la Corte Suprema (Sentencia Rol N° 3125-04, de 13 de marzo de 2007<sup>48</sup>; y la Sentencia Rol N° 4.183-06, de 18 de abril de 2007). También el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 786-2007, en que se pronuncia acerca de la constitucionalidad de un artículo del proyecto de ley de responsabilidad penal adolescente en relación a la Convención de Derechos del Niño, se ha hecho eco de esta interpretación, al fallar sobre la base de que dicha Convención forma parte del parámetro de control de constitucionalidad. En otras palabras, que los derechos de la que esta Convención es fuente, tienen igual jerarquía que los consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República y, por lo mismo, no deben ser contravenidos por acto alguno, sea particular, legal o administrativo.

Cabe aclarar que de acuerdo a esta interpretación lo que tiene rango constitucional son “*los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, y no los tratados en sí, debiendo diferenciarse el “envase” (tratado) de su “contenido esencial” (derechos humanos).

---

<sup>47</sup> Las normas de *ius cogens* están consagradas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados: Artículo 53. “**Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ('ius cogens')**. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

<sup>48</sup> En este fallo la Corte Suprema señala: “Trigésimonono: [...] **En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.** Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007). Destacado del autor.

Igualmente importante de señalar, es que esta interpretación ha sido adoptada por el Gobierno de Chile en su Informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el marco del Examen periódico Universal sobre el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos contraídas en virtud de tratados internacionales y otros compromisos voluntarios. Así, el Gobierno chileno señaló en su informe el 2009 que:

*“18. De acuerdo a la reforma introducida al Art. 5 inciso 2 de la Constitución, ya mencionada, los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos tiene rango constitucional. Así se ha reconocido por los propios tribunales internos, los cuales han recurrido a la normativa internacional para fundamentar sus fallos.”<sup>49</sup>*

Finalmente, otro tema sobre el que cabe referirse es el valor de las sentencias, así como de interpretaciones y recomendaciones que hacen los órganos de tratado e instancias de derechos humanos a los Estados, como aquellas que han sido señaladas en este informe en relación a la aplicación de la Ley Antiterrorista a hechos de protesta social por personas indígenas. Aquí cabe distinguir entre distintos ámbitos y casos.

En el caso del sistema de las Naciones Unidas, se considera que la doctrina, que está constituida por *“...los pronunciamientos adoptados por un órgano competente a fin de interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional”<sup>50</sup>*, constituye una fuente de derecho internacional. Por tanto se considera que ella debe ser atendida por los Estados que son parte del sistema de la ONU, en especial por quienes han ratificado dichos tratados internacionales de derechos humanos.

Siempre en el ámbito de Naciones Unidas, se considera que los informes de relatorías especiales, como la de los Relatores Especiales de derechos indígenas Sr. Anaya y Sr. Stavenhagen citados en este informe, sean éstos temáticos o de países específicos,

---

<sup>49</sup> Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/WG.6/5/CHL/1, 16 febrero de 2009. Destacado del autor.

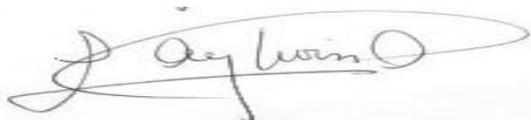
<sup>50</sup> Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los derechos Humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, ORALCACNUDH, Santiago, 2007 (segunda edición), p. 28.

“...contienen observaciones y conclusiones valiosas para la interpretación de la normativa internacional de los derechos humanos.”<sup>51</sup>

Finalmente, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una fuerza jurídica superior, obligando a todos los órganos del Estado, según lo ha dispuesto la propia Corte. Así, en un fallo en contra del Estado de Chile la Corte dispone que “... *el Poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana.*”<sup>52</sup>

Todo ello nos lleva a concluir que, según lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes tienen rango constitucional, formando parte de los derechos fundamentales que los distintos órganos del Estado, incluyendo el ejecutivo, legislativo y judicial, deben respetar, promover, garantizar y respetar. Ello es plenamente aplicable a los derechos humanos relativos a las garantías del debido proceso, a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, los que han sido claramente vulnerados en virtud de la aplicación de la Ley Antiterrorista a personas *mapuche* por hechos de protesta social.

También debemos concluir que tanto la doctrina como la jurisprudencia que ha emanado de los organismos e instancias internacionales de derechos humanos sobre la misma materia, son vinculantes para el Estado de Chile, incluyendo todos sus órganos.



José Antonio Aylwin Oyarzún

CI. 7.077.542-5

---

<sup>51</sup> *Ibíd*, p. 36.

<sup>52</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, pár. 124.