



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
MEMORIA DE TÍTULO

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 18.314 SOBRE
CONDUCTAS TERRORISTAS A MENORES DE EDAD MAPUCHE EN UN
ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALUMNOS

PAULA CALLEJAS ROJAS.
CAROLINA CONTRERAS RIVERA.

PROFESOR GUÍA: GONZALO MEDINA SCHULZ.

Santiago, Chile, 2012.

Agradecemos al profesor Gonzalo Medina por su orientación y ayuda en la realización de este trabajo y al Centro de investigación y Defensa Sur, CIDSUR, por la información entregada para la elaboración de esta tesis.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CDN	Convención de Derechos del Niño
CP	Código Penal.
CPP	Código Procesal Penal.
CPR	Constitución Política de la República.
LRPA	Ley De Responsabilidad Penal Adolescente
Nº	Número
OIT	Organización Internacional del Trabajo
p.	Página
pp.	Páginas
Párr.	Párrafo
TOP	Tribunal Oral en lo Penal

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I Consideraciones generales sobre la cuestión mapuche	14
1. Consideraciones previas sobre los mapuche	15
2. Causa y origen de las reivindicaciones mapuche	16
2.1 Legislación y regulación del pueblo mapuche.....	17
2.1.1 Regulación Histórica del pueblo mapuche por parte del Estado de Chile.....	17
2.1.2 Regulación actual del pueblo mapuche.....	22
2.2 Discurso y demanda de los mapuche.....	23
3. Tratamiento judicial del Estado chileno a la cuestión mapuche	26
3.1 Antecedentes generales de la regulación penal aplicada a mapuche.....	26
3.2 Año 1991-2000. Aplicación de la Ley N° 12.927 Sobre Seguridad del Estado.....	28
3.3 Año 2000-2006. Aplicación de la Ley N° 18.314 Sobre Conductas Terroristas.....	31
3.3.1 Antecedentes histórico-políticos de la Ley N° 18.314 y el concepto de terrorismo.....	33
3.4 Año 2006-2009. Aplicación Ley Penal Común.....	36
3.5 Año 2009 a la fecha. Aplicación de la Ley N° 18.314 Sobre Conductas Terroristas y su aplicación a menores de edad.....	38
CAPÍTULO II Marco normativo aplicable a la comisión de delitos por parte de menores de edad mapuche	40
4. Consideraciones generales	41
5. Política Criminal dirigida al niño–adolescente en un Estado de Derecho Democrático	43
6. Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Normas relativas a la aplicación de justicia	56
7. Principios que informan la normativa referida al niño-adolescente	66

7.1 El Principio de Especialidad o Autonomía del Derecho Penal del niño-adolescente.....	66
7.2 El Principio del interés Superior del Niño.....	68
8. Convención sobre los Derechos del Niño.....	73
8.1 Convención de Derechos del Niño como parte integrante de la normativa interna en virtud del artículo 5.2 de la Constitución Política.....	78
8.2. Principios básicos de una política general sobre Justicia de menores.....	79
9. La Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente.....	83
9.1 Características.....	83
9.2 El Reglamento de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente.....	86
9.3 Código Penal. Aplicable en forma supletoria en virtud del Art. 1 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.....	87
9.4 Código Procesal Penal aplicable en forma supletoria en virtud del Art. 27 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.....	87
CAPÍTULO III Análisis crítico de la aplicación de la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas a menores de edad pertenecientes al pueblo mapuche en el marco de un Estado de Derecho Democrático.....	89
10. Consideraciones previas sobre la aplicación de la ley antiterrorista a menores de edad en el marco de la cuestión mapuche.....	90
10.1 Breve exposición de hechos que motivan causas penales en que invocada la ley antiterrorista se encuentran acusados menores de edad.....	93
10.1.1 Caso Peaje Quino Rit N° 1134-2009 Juzgado de Garantía de Victoria.....	93
10.1.2 Causa Fundo San Leandro Rit n° 52-2009 Juzgado de Garantía de Lautaro.....	95
10.1.3 Causa Fundo Brasil Rit n° 721-2009 Juzgado de Garantía de Temuco.....	97
10.2 Resumen de delitos y penas solicitadas por el Ministerio Público por cada menor en su causa. Exposición comparativa de cómputos de penas aplicando la LRPA.....	98
11. Roces normativos entre la Ley Antiterrorista y el marco jurídico del derecho del niño-adolescente. En especial Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.....	110

12. Conclusiones Preliminares.....	114
13. Modificaciones legales como reacción del Ejecutivo a la invocación por parte del Ministerio Público de la ley N° 18.314, en casos de mapuche menores de edad procesados en el marco de la cuestión mapuche. Prevalencia del Principio de Especialidad.....	119
CAPÍTULO IV Propuesta de soluciones jurídicas al problema de la inadecuada aplicación de la Ley Sobre Conductas Terroristas a los menores de edad.....	123
14. Análisis del efecto de la modificación de la Ley N° 18.314. Aplicación retroactiva de la ley procesal penal más favorable en virtud del Art. 11 CPC y Art. 19 n° 3 de CPR.....	125
14.1 Solicitud de Separación de la acusación en virtud del Art. 274 Código Procesal Penal....	132
14.2 Exclusión de pruebas para el Juicio Oral. Prueba ilícita obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Vulneración al Debido Proceso aplicable a menores de edad (Art. 276 inc. 3° Código Procesal Penal en relación con Art.19 n° 3 de la Constitución Política).....	137
14.3 Necesidad de protección e integridad del Debido Proceso en la valoración de la prueba rendida por el Tribunal durante el Juicio Oral. Art. 297 CPP en relación con Art.19 n° 3 de la Constitución Política.....	154
14.4 Recurso de Nulidad.....	158
14.4.1 Causal del Art. 373 letra a).....	161
14.4.2 Recurso de Nulidad, Art. 373 letra b).....	165
Conclusiones.....	170
Bibliografía.....	177

INTRODUCCION

El año 1990 llegada la democracia a nuestro país, se ratificó la Convención de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas¹ (en adelante CDN), instrumento que venía a plasmar el amplio consenso a nivel internacional sobre la necesidad de garantizar a los niños, niñas y jóvenes del mundo sus derechos, en especial garantizando el desarrollo de su personalidad y su plena integración en la sociedad.

Esta ratificación implicaba para Chile, una serie de obligaciones que vinculaban a todos los poderes del Estado, mediante las cuales pudiera asegurarse la satisfacción plena de los derechos en ella consagrados, a través de la creación de una institucionalidad que los promoviera y defendiera.

De este mandato es posible observar un avance dentro de las medidas aplicadas a los niños en nuestro país, por ejemplo, en la Reforma Constitucional que garantiza a todos los niños 12 años de escolaridad², la ley que reformó el Código Civil poniendo término a la intolerable distinción entre hijos legítimos e ilegítimos³, la ley que creó los Tribunales de Familia⁴, la ley que estableció el Plan Auge de salud⁵ y la Ley de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales⁶⁷.

¹ DECRETO N° 830. Que Promulga Convención Sobre Los Derechos Del Niño (1989). Ministerio de Relaciones Exteriores. 27 de Septiembre de 1990. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824&idVersion=1990-09-27>> [consulta: 01 de diciembre de 2011]

² LEY N° 19.876. Reforma Constitucional Que Establece La Obligatoriedad Y Gratuidad De La Educación Media. Del 22 De Mayo De 2003. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210495&buscar=escolaridad>> [consulta: 01 de diciembre de 2011]

³ LEY N° 19.585. Que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. 13 de octubre de 1998. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366&buscar=19585>> [consulta: 01 de diciembre de 2011]

⁴ LEY N° 19.968. Que crea los Tribunales de familia. 25 de agosto de 2004. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>> [consulta: 01 de diciembre de 2011]

⁵ DFL N° 1 del Ministerio de Salud. Que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, del 23 de septiembre de 2005. 24 de abril de 2006. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=249177&idParte=8654065>> [consulta: 01 de diciembre de 2011]

⁶ LEY N° 20.066. Que establece ley de violencia intrafamiliar. 22 de septiembre de 2005. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648>> [consulta: 01 de diciembre de 2011]

⁷ UNICEF. “A 15 Años De La Ratificación De La Convención Sobre Los Derechos Del Niño 1990-2005, Situación De Los Niños Y Niñas En Chile”. 2p. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Situacion-de-los-ninos-y-ninas-en-Chile>> [consulta: 01 de diciembre de 2011].

Luego en materia de justicia penal, se publicó en Chile el año 2005 una Ley Sobre Responsabilidad Penal Adolescente⁸, la cual para su correcta implementación debió postergar su vigencia hasta el año 2007. Esta normativa “*regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas*”(Art.1), y plantea como objetivo de sus sanciones el que formen parte de una “*intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social*”. (Art.20).

Casi al mismo tiempo en que se promulgaba la CDN, se aprobaba por el Pleno de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) el Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en Países Independientes⁹, que entraría en vigencia el año 1991, luego de la ratificación de dos Estados, como lo requería su texto. Al igual que la CDN, este instrumento nació como una necesidad de dar protección a un grupo vulnerable de la sociedad, en este caso dando reconocimiento a la personalidad como pueblo de los grupos indígenas existentes en todos los países y poner fin a la discriminación, la opresión y el despojo.

Este instrumento fue ratificado en Chile, el año 2009, luego de cerca de 19 años de tramitación, la que fue iniciada mediante el llamado “acuerdo de Nueva Imperial” suscrito entre el entonces candidato Patricio Aylwin y numerosos representantes de los pueblos indígenas que habitan las actuales fronteras de Chile y mediante el cual se comprometía, entre otras cosas, a su ratificación.

A nivel internacional existe actualmente un amplio reconocimiento a los derechos de los indígenas, tanto culturales, políticos como territoriales, este último de gran relevancia pues se entiende que es aquel que les permite desarrollar todos los anteriores. Así este se reconoce en el Convenio 169 y escuetamente en la Ley N° 19.253, llamada Ley indígena, que establece en su

⁸ LEY N° 20.084. Establece Un Sistema De Responsabilidad De Los Adolescentes Por Infracciones A La Ley Penal. diciembre 2005. [en línea] <<http://www.leychile.cl/navegar?idnorma=244803&buscar=20084>> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

⁹ DECRETO N° 236. Promulga El Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas Y Tribales En Países Independientes De La Organización Internacional Del Trabajo. [en línea] <<http://www.leychile.cl/navegar?idnorma=279441&buscar=convenio+169>> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

artículo 1 que la tierra es para los indígenas “*el fundamento principal de su existencia y cultura*”¹⁰.

No obstante este reconocimiento y la ratificación del Convenio 169, las demandas de los pueblos indígenas de Chile, siguen estando fundamentadas en la necesidad de que el Estado devuelva a sus ocupantes originales, mediante compra o expropiación, el territorio que hoy ocupan particulares y empresas, así como el respeto y la protección de sus recursos.

La falta de respuesta a estas demandas, sumado a los altos índices de pobreza¹¹, las bajas condiciones de salud¹² y de educación¹³ de los indígenas, ha generado principalmente en el sur de Chile, un descontento que se ha manifestado de diversas formas; realizando marchas, *trawün* (reuniones), protestas, y algunos actos constitutivos de delito, como incendios y usurpaciones, todas enmarcadas dentro de un contexto de protesta social que reivindica el reconocimiento de sus derechos culturales y territoriales.

En respuesta a tales hechos, los empresarios forestales, los medios de comunicación y el Estado de Chile, en especial a través del Ministerio Público y las policías, han abogado por una represión penal efectiva para la persecución de los ilícitos cometidos.

A esta solicitud, el Estado ha respondido de diversas maneras, así por ejemplo, los ha considerado delitos políticos, mediante la utilización de la ley de Seguridad interior del Estado, como delitos comunes y por último como delitos terroristas, mediante la invocación de la Ley N°

¹⁰ LEY N° 19.253. Establece Normas Sobre Protección, Fomento Y Desarrollo De Los Indígenas, Y Crea La Corporación Nacional De Desarrollo Indígena. 28 de septiembre de 1993. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620&buscar=19253>> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

¹¹ Se estima que la población mapuche, posee un estándar socioeconómico más deteriorado que el resto de la población, esto se manifiesta en que la indigencia en población mapuche alcanza un 11%, duplicando el porcentaje de indigencia a nivel nacional (5,7 %). Situación similar ocurre con la pobreza, que alcanza a un 32,2% en su población versus un 20,6% para todo el país. Fuente: Etnias y Pobreza en Chile, Encuesta Casen, 2000.

¹² Así el índice en desarrollo Humano en Salud en el caso de los no mapuche es de 0.745 y de los mapuche 0,680. Fuente: UFRO-PNUD, 2002. Sobre la base de datos Encuesta Casen, 2000.

¹³ Entre quienes no tienen estudios, un 6.3% de la población mapuche cae dentro de este grupo, mientras que un 3,1% de la población no mapuche está en la misma condición. En relación a la educación básica un 21,3% de la población mapuche no la ha terminado, en comparación al 10,2% de la población nacional. Con respecto a la educación superior un 3,3% de la población mapuche posee estos estudios, mientras que un 10,8% de la población no indígena ha cursado dichos estudios. Fuente: Etnias y Pobreza en Chile, Encuesta Casen, 2000.

18.314, que determina conductas Terroristas y fija su penalidad, conocida comúnmente como “ley antiterrorista”¹⁴¹⁵.

Justamente, desde el año 2003 en adelante se empezó a aplicar la ley más gravosa de toda la legislación nacional a imputados indígenas, en paralelo a la implementación de la “Reforma Procesal Penal” que comenzó precisamente en la Región de la Araucanía, zona en la que se ubica la más alta población mapuche rural de Chile.

En este contexto el año 2009 se cometieron diversos ilícitos en distintas zonas de la IX región, estos fueron calificados como terroristas por el ministerio público, quien dentro de los imputados incluyó a cuatro adolescentes. Desde ese momento comenzó a aplicarse a ellos la misma legislación que a los adultos.

Estos adolescentes pertenecen a tres comunidades que se encuentran actualmente reivindicando sus derechos territoriales: la Comunidad Autónoma de Temucuicui, la comunidad Cacique José Guiñón, ambas de la Comuna de Ercilla en la Provincia de Malleco y la Comunidad Mateo Ñirripil de la comuna de Lautaro, Provincia de Cautín. Junto con ellos aproximadamente 30 comuneros adultos están siendo procesados por la misma ley.

Como dijéramos al principio, existe en nuestro país una legislación especial que rige en el caso de que se acuse a menores de edad de infringir la ley penal, que además se ve reforzada por los principios que la CDN establece. Este hecho sumado a la ratificación del Convenio 169 de la OIT, complementa una normativa especializada aplicable a los menores indígenas frente a la acción punitiva del Estado.

Así las cosas, la hipótesis principal de nuestro trabajo es que la aplicación de la Ley Sobre Conductas Terroristas a menores de edad vulnera los derechos del niño consagrados en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y en la legislación penal interna. Desde nuestra perspectiva los menores de edad se encuentran amparados por un marco jurídico especializado,

¹⁴ LEY N° 18.314. Determina Conductas Terroristas Y Fija Su Penalidad. 17 de mayo de 1984. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731&buscar=18314>> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

¹⁵ Aplicaremos los adjetivos “ley Sobre Conductas terroristas” o “ley antiterrorista” indistintamente, para referirnos siempre a la Ley N°18.314.

con principios y garantías adicionales y reforzadas en comparación a los adultos y que excluye la aplicación de leyes especiales que infrinjan estos principios.

Como objetivos de este trabajo nos interesa demostrar primero que la legislación aplicable a los menores de edad en un Estado Social y Democrático de Derecho respetuoso de los Derechos Humanos, debe excluir la aplicación de leyes que infrinjan de cualquier modo los derechos reconocidos a ellos tanto nacional como internacionalmente, y que este marco jurídico configura una garantía que limita el *ius puniendi* del Estado.

Además queremos demostrar que luego de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el marco jurídico aplicable a todos los indígenas de Chile, se ve complementado con las normas de este instrumento internacional y que este resulta vinculante para todos los órganos del Estado.

Luego, y en atención a que este trabajo se hizo gracias a la ayuda de algunos defensores de los niños acusados en los casos que se examinarán, esperamos que este material pueda servir como un apoyo al trabajo que estos abogados se encuentran realizando en el sur de Chile.

Desde un punto de vista metodológico y para desarrollar correctamente el tema, hemos dividido el trabajo en cuatro capítulos; el primero de ellos intentará contextualizar el conflicto refiriéndose a las circunstancias históricas que prosiguieron al enfrentamiento entre la cultura mapuche y la española, para lo cual examinaremos distinta bibliografía del tema. Seguiremos con el posterior análisis de la relación con el incipiente Estado-Nación chileno, culminando en el tratamiento jurídico-penal que se ha dado al pueblo mapuche en nuestra historia más reciente.

Luego en el segundo capítulo, pasaremos a desarrollar el marco jurídico penal aplicable actualmente a los menores de edad mapuche a los cuales se les impute la comisión de algún delito, estudiaremos aquí la normativa internacional atinente a los casos señalados, así como la legislación nacional que regula la investigación, el procedimiento y las sanciones aplicables.

En el tercer capítulo se expondrá el problema de la aplicación de la legislación antiterrorista a los menores de edad, presentando los actuales casos en que se ha invocado esta legislación y las implicancias que esta circunstancia trae. En este punto se utilizarán las acusaciones presentadas

por el Ministerio Público y se intentará esbozar algunas conclusiones con la finalidad de avanzar al último capítulo, en el cual se aspira a dar soluciones procesales a la, en nuestro parecer, incorrecta aplicación de la legislación sobre conductas terroristas a menores de edad mapuche, considerando que los tres juicios analizados, se encuentran a la fecha de la realización de este trabajo, en espera de las audiencias preparatorias respectivas.

CAPÍTULO I

Consideraciones Generales Sobre La Cuestión Mapuche

1. Consideraciones previas sobre los mapuche

El Estado chileno ha considerado históricamente a nuestro país como una nación homogénea, mezcla de sangre indígena y europea proveniente de colonizaciones impulsadas en el siglo XIX y principios del siglo XX. Desde la formación del estado nación, hace ya casi 200 años, se ha considerado a todos sus habitantes como iguales, y dicha homogeneidad ha sido consagrada en sus diferentes Constituciones Políticas, hasta el día de hoy¹⁶. Así a nivel constitucional, se desconoce la existencia de pueblos originarios, entre ellos el mapuche, el cual ha sido uno de los más numerosos en población y extensión de su territorio, tanto así que hacia 1870 comprendía desde el océano Pacífico hasta el Atlántico. Incluso su soberanía e independencia política territorial fue ratificada en diferentes parlamentos por la Corona española.

Sin embargo, tras sufrir la invasión militar por parte del ejército chileno -posterior a la guerra del Pacífico- y a lo largo del siglo XX, ha sido sometido a diferentes formas de violencia tanto simbólica como material. Terminando por ser oprimido mediante políticas asimilacionistas del Estado chileno, hasta llegar hoy en día a ser objeto de una judicialización de sus demandas políticas, territoriales y culturales por el Chile neoliberal.

Por tanto, para comprender la actual situación del pueblo mapuche es necesario hacer referencia brevemente a los procesos que se fueron gestando en el transcurso de los siglos.

¹⁶ Cabe señalar que Chile no otorga reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas que en él habitan, mas aún la Constitución Política señala en su Art. 3 "El Estado de Chile es unitario".

2. Causa y origen de las reivindicaciones mapuche

Así, antes de la llegada de los españoles, originalmente el pueblo mapuche se extendía desde el río Aconcagua por el norte y la isla de Chiloé por el sur. El idioma de este pueblo, el *Mapudungun* (idioma de la tierra), predominaba en el sector antes mencionado, existiendo elementos diferenciadores dependientes de las áreas geográficas. La sociedad Mapuche de esos años, se sustentaba en la caza, recolección y horticultura. Según el historiador mapuche Pablo Marimán: *“La sociedad Mapuche de aquellos años se agrupaba parcialmente en territorios denominados Lof, que comprendía una familia extensa emparentada por vínculos de consanguinidad y con descendencia patrilineal. El Rewe (altar sagrado) era el centro social y ritual del Lof. El jefe político del Lof fue el Lonko, y su aceptación estaba sujeta al grupo, así como a la habilidad y recursos que poseía éste para maniobrar situaciones internas y externas del Lof. Las uniones matrimoniales entre miembros distintos Lof, traerán aparejados alianzas político-militares que conformarán extensos linajes asociados en ciertos casos a áreas ecológicas particulares (...) Cabe señalar que la pérdida de territorio y población de los primeros tiempos de la conquista española, se vio rápidamente superada con la expansión iniciada hacia el oriente de los andes (Puelmapu)¹⁷ a partir del 1600, hegemonizando cultural y socialmente una vasta zona comprendida entre los ríos Cuarto (provincia de Córdoba) y Negro (provincia de Río Negro y Chubut).¹⁸*

Posteriormente los primeros contactos de los españoles con lo que se denominaría Chile, comienza con el descubrimiento del estrecho de Magallanes por Hernando de Magallanes en 1520 y luego por el descubrimiento de Chile por Diego de Almagro, quien fracasa en su expedición de conquista, postergándose hasta el año 1541 en que se inicia la empresa de Pedro de Valdivia.

Éste, en su empresa de conquista del Reino de Chile, funda ocho ciudades, teniendo en un comienzo resistencia de parte de los indígenas del norte al sometimiento del dominio español, sin embargo, terminaron por ser sometidos principalmente por la vía del exterminio y sobre todo del mestizaje.

¹⁷ Actual territorio Argentino.

¹⁸ MARIMAN QUEMANADO, PABLO. “Elementos de historia mapuche”. Disponible en el Centro de Documentación Mapuche Liwen. Temuco. 1999.

La población que se encontraba al sur del río Bio Bio, en cambio, no dio tregua a los europeos, aún cuando Valdivia logró fundar siete ciudades al sur del Bio Bio, a saber; La Imperial, Angol, Villarrica, Valdivia, Chillán, Santacruz de Oñez Cañete y Osorno, estas fueron destruidas por los mapuche en poco menos de 100 años. Lo anterior llevó al Gobernador de Chile, el Marqués de Beides a trazar un pacto en el llamado “Parlamento de Quilín” (1641), en donde se reconoce la frontera en el río Bio Bio, y la independencia del pueblo mapuche. Los españoles se comprometen a despoblar Angol (Los Confines), la única ciudad (fuerte o pueblo) que les quedaba en el territorio. La excepción la constituyó el fuerte de Arauco, que se mantuvo. Los mapuche, por su parte, se comprometen a no vulnerar la frontera, dejar predicar a los misioneros en su territorio y devolver a los prisioneros¹⁹.

A partir del Parlamento de Quilín, antes mencionado, comienza una serie de parlamentos entre ambas sociedades, no obstante la guerra se mantuvo parcialmente ininterrumpida entre uno y otro parlamento, como una forma de resolver conflictos y establecer una forma de diálogo en igualdad de condiciones con los españoles hasta la independencia de Chile. Estos parlamentos se realizaban por lo general por cada cambio de gobernador de Chile, y sus puntos no variarían significativamente. El total de parlamentos entre mapuche y españoles fueron 28, el último de estos se realizó en Negrete el año 1803 con motivo de las guerras de independencia, en el cual tanto españoles como criollos luchaban por atraer a sus bandos a los mapuche.

Así los mapuches tienen la peculiaridad admirable de haber permanecido independientes de España por espacio de 260 años²⁰.

2.1 Legislación y regulación del pueblo mapuche

2.1.1 Regulación Histórica del pueblo mapuche por parte del Estado de Chile

Una vez que el Nuevo Estado de Chile materializa su independencia de España, la relación con los mapuche comienza a cambiar. Antes de esto la sociedad criolla veía en la sociedad mapuche un ejemplo de defensa de su soberanía frente a la invasión de España, y así se construyeron

¹⁹ BENGUA, JOSÉ. “Historia del pueblo mapuche, siglos XIX y XX”. Editorial Lom. 2000. 38p.

²⁰ *Ibíd.* 41p.

estereotipos guerreros que exaltaron las figuras de Caupolicán y Lautaro, siendo de gran utilidad en la lucha anticolonial²¹.

En este contexto, la ahora ex colonia de España denominada Chile insertó dentro de su difuso territorio a los mapuches. El General y Director Supremo Bernardo O'Higgins, dictó un bando en el cual declara la igualdad jurídica de todo los habitantes de esta tierra, el Bando Supremo de 4 de Marzo de 1819, por medio del cual se le otorgó la ciudadanía a los indígenas y se les eximió del tributo personal con el que la Corona los había gravado desde el inicio del proceso de dominación en los términos siguientes: “... *El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción preciosa de nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto, declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos, y libres como los demás habitantes del Estado.*”

Sin embargo, esto no repercute en la práctica, puesto que los mapuche seguían gozando de independencia política y sobre todo territorial de Chile. La Ley del 10 de junio de 1823 “*dispone que se identifiquen los pueblos de indios existentes en cada provincia, que se midan y se tase las tierras del Estado, y que lo poseído por los indígenas les sea reconocido en propiedad*”. Lo anterior se refiere a las poblaciones indígenas ubicadas al norte del Bio Bio, y que fueron agrupados en estos denominados “Pueblos de Indios” durante el período colonial.

La relación entre la sociedad mapuche y el recién creado Estado chileno²², se podría definir como el comienzo del fin de la independencia político territorial de los mapuche; primeramente durante la vigencia de la Constitución de 1833 se crea la provincia de Arauco y se autoriza en su artículo 3° al Presidente de la República, para que dicte las ordenanzas necesarias con el fin de organizar el gobierno de las fronteras y para velar por la protección de los indígenas, debiendo promover su civilización²³. Luego en 1866, se dicta la Ley del 4 de diciembre, que “*Declara tierras fiscales las tierras de la Araucanía (...) Dispone que se reputará como baldías, y por*

²¹ Fenómeno del todo contradictorio considerando que en virtud de los acuerdos suscritos en los parlamentos entre mapuches y españoles, los primeros se alinearon mayoritariamente con el bando realista.

²² Que a esas alturas ya había enfrentado la revolución que enfrentó a federalistas y estanqueros y una guerra contra la confederación Perú-Boliviana.

²³ Boletín de leyes y de las órdenes y decretos del gobierno. Libro XX, N° 7, Santiago, julio de 1852, 89-91p. En: VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. “Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas Mapuche”. Universidad de Chile. 2008. 29p.

consiguiente de propiedad del Estado, todas aquellas tierras sobre las cuales no se probase una posesión efectiva y continuada de un año (Artículo 6)”²⁴.

Posteriormente para incorporar en la práctica estas tierras indígenas, el General de Ejército, Cornelio Saavedra, - veterano de la guerra del Pacífico- plantea el adelantamiento gradual de las líneas fronterizas, y la fundación de fuertes que resguarden la inmigración nacional y extranjera, integrando a la Araucanía al proceso productivo de Chile. Así en ese año se adelanta la línea de la frontera del río Bio Bio al Malleco, expropiado en un 95%, el territorio mapuche, mediante la llamada “Pacificación de la Araucanía”.

Desde 1884 a 1929 se aplicó una política de acorralamiento territorial mediante la creación de reducciones, asignándose unas 500.000 hectáreas a los mapuche -mediante títulos de merced- en proporción de 6.1 por persona, mientras que en los remates se asignaron 400 hectáreas a los colonos extranjeros y alrededor de 40 a nacionales.²⁵ De esta manera y a medida que avanzaban los años, desde la derrota militar, comienza a crecer la familia mapuche, encontrándose cada vez más aprisionada en pequeñas porciones de tierra. Según Bengoa este proceso “*significó la liquidación de los espacios territoriales jurisdiccionales de los mapuches y la “reducción” de las propiedades a las tierras de labranza alrededor de las casas que con anterioridad habían tenido*”²⁶, provocando una crisis sin precedentes en la sociedad mapuche: numerosas disputas internas, usurpaciones por parte de particulares y conflictos que ya no podían resolverse del modo tradicional y pasaron a ser resueltos por las autoridades chilenas.

El 4 de agosto 1927 se dicta la Ley N° 4.169, la cual crea un tribunal especial en Temuco, promoviendo la división de las comunidades. Posteriormente, en 1930 se dictó una nueva Ley, la N° 4.802, que como la anterior, tenía como meta concluir con el sistema de las comunidades mediante la aceleración de las divisiones y su posterior incorporación al sistema legal común. Bajo la presión ejercida por los terratenientes, el tribunal especial, fue sustituido por cinco

²⁴ Entendiendo como tierras fiscales a aquellas reservas que el Estado por interés económico, geopolítico, y de otra índole guardo para sí mismo.

²⁵ BENGUA, JOSÉ. *Ob.cit.* Nota: N° 19. 354-362 p.

²⁶ BENGUA, JOSÉ. “Historia de un Conflicto. El Estado y los Mapuches en el siglo XX”. Editorial Planeta/Ariel. Santiago. 1999. 53p.

Juzgados de Indios. Finalmente el Decreto de Ley N° 266 y el Decreto N° 4.111 del 20 de mayo de 1931, pusieron fin a la división obligatoria de las comunidades.

En este contexto, en las primeras décadas del siglo XX, surgen una serie de movimientos mapuche que alegaban la reivindicación tanto de derechos territoriales como sociales. Nuevos interlocutores entre la sociedad mapuche y el Estado Chileno serán: La Sociedad Caupolicán (1910), la Federación Araucana (1919), la Unión Araucana (1926) y el Frente Único Araucano (1939), quienes harán frente a los esfuerzos de los diferentes gobiernos de turno por “integrar” a los mapuche a la chilenidad.

La búsqueda de soluciones a los problemas de los mapuche en las reducciones, generó por parte del Estado la nominación de Venancio Coñuepan como Ministro de Tierras y Colonización del General Ibáñez en 1952 y la creación de la DASIN (Dirección de Asuntos Indígenas) en 1953, creando instancias de apoyo crediticio y técnico, canalizadas a través de un tipo de organización ajena a la cultura Mapuche, denominada comité.

En el período correspondiente a los gobiernos de Alessandri, Frei y Allende, se inicia y concluye el proceso de “reforma agraria”, momento de efervescencia política y reivindicativa, que inundaba los sectores populares de Chile, y que indudablemente tocó a los mapuche, quienes venían demandando por “tierras usurpadas” desde la radicación, y vieron en este periodo la oportunidad histórica para reivindicar sus derechos ancestrales.

En 1969, se realiza el primer Congreso mapuche en la Comunidad Ankapi Ñankuqueo, en la comuna de Ercilla. Este tuvo como fin establecer los lineamientos generales de un acuerdo entre el candidato de la unidad popular y el pueblo mapuche. Posteriormente en 1970, se firma un acuerdo entre Salvador Allende y los principales dirigentes mapuches en la cumbre del cerro Ñielol de Temuco, el Presidente electo, promulga y despacha una ley en el cual se estipulaba el fomento a la educación y cultura mapuche, la creación del Instituto de Estudios Indígenas, la devolución de las tierras usurpadas y la asignación de tierras a las familias mapuche que no las

poseyeran a través de la creación de asentamientos. Esta ley, la N° 17.729, es promulgada en 1972, poniendo término a la división de comunidades.

En el periodo de la “reforma agraria”, con la política impulsada por el gobierno de la Unidad Popular, se devolvió alrededor de 56.455 hectáreas de tierra.

Este proceso se ve interrumpido por el golpe de estado de 1973 que derroca al presidente democrático e impone un régimen militar en Chile. Entre esa fecha y 1979, se realiza el proceso de “contrarreforma agraria”, en el cual los territorios recuperados pasan nuevamente a las manos de sus antiguos dueños o son rematadas y adquiridas por nuevos particulares.

En 1979, bajo los Decretos de Ley N° 2.568 y el N° 2.750, comienza el período denominado por el abogado José Aylwin como “liquidación de la comunidad”, en donde el gobierno militar bajo el lema “Chile, un país de propietarios” establece la propiedad individual para los mapuche. Incluso, más allá de terminar con la comunidad, estos decretos planteaban la pérdida de la calidad de indígena a quienes vendieran sus tierras, e incluso quedaba abierta la posibilidad de arrendamiento por 99 años.

Durante este periodo comienza la expansión de plantaciones forestales por parte de grupos transnacionales, inversiones que se realizan preferentemente en el denominado territorio mapuche; *“En los primeros años después del golpe, el fuerte proceso de crecimiento efectuado por empresas de celulosa (...) las plantaciones privadas, incentivadas por el decreto Ley N° 701 de 1974, que liberó de impuestos y subsidió directamente las plantaciones forestales, y por el decreto ley N° 600 que facilitó la inversión internacional eliminando la distinción legal entre inversiones nacionales y dineros invertido por empresas transnacionales (...) en 1997, 359.906.2 hectáreas de la novena región estaban plantadas con especies exóticas”* ²⁷.

La democratización del país, a contar de 1989, crea una nueva situación para el desarrollo de las relaciones entre el pueblo chileno y el mapuche. Las organizaciones indígenas, agrupadas ahora

²⁷ MAC FALL, SARA. “Territorio y expansión forestal, Instituto de Estudios Indígenas”. Universidad de la Frontera. Ediciones Escapate. Chile. 2001. 49p.

en su mayoría en centros culturales, convienen un acuerdo con el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin, el “acuerdo de Nueva Imperial” en el cual se compromete a establecer un nuevo trato con los pueblos indígenas.

2.1.2 Regulación actual del pueblo mapuche.

En 1990 el Estado detiene las divisiones de tierras reduccionales y crea la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI) la cual estaba integrada por representantes de los diferentes pueblos indígenas. “El ejecutivo envía tres iniciativas al Congreso Nacional en 1991, para su estudio; un proyecto de ley y otro de reforma constitucional relativos a los pueblos indígenas y un proyecto para la ratificación del Convenio 169 de la OIT”²⁸.

En 1993 el parlamento aprueba la Ley N° 19.235 sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas, creando para tal efecto la actual Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Sin embargo, el proyecto original sufre una serie de limitaciones, puesto que no encontraron acogida en los partidos políticos de derecha representados en el parlamento. Así tanto el proyecto acerca del reconocimiento constitucional, como la ratificación del Convenio 169 de la OIT son rechazados, bajo el argumento de atentar contra la soberanía y el carácter unitario de Chile.

Como características de esta ley podemos señalar que no obstante reconocer la calidad de ocupadores ancestrales del territorio, no se reconoce el carácter de “pueblo” indígena, no obstante señalar que el territorio es fundamento de su existencia y cultura. Tampoco se contempla ninguna restitución de tierras, pero determina cuales serán consideradas indígenas y establece algunos mecanismos de protección de ellas; así serán tierras indígenas aquellas que proceden de los diversos títulos otorgados por el Estado desde el siglo XIX.

²⁸ AYLWIN, JOSÉ. “Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una mirada histórico jurídico”. En: Mapu Territorialidad. La Territorialidad mapuche en el siglo XX. (Compilador, Roberto Morales Urra). Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera. Ediciones Escaparate. Octubre del 2002.

Pese a lo anterior, el pueblo mapuche no queda conforme pues considera que el alcance de su territorio ancestral es mucho más amplio, y se extiende a lo que los mapuche denominan “tierras antiguas”, que en su mayor parte se encuentran en manos privadas o son propiedad del Estado.

Como señalaremos más adelante, el año 2008 finalmente Chile ratificó, luego de 19 años de tramitación legislativa, el Convenio 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en Países Independientes, de la OIT, por lo que en virtud del Art. 5 inciso 2 de la Constitución, sus disposiciones han pasado a formar parte de nuestra legislación e incluso a tener rango constitucional en la medida que al ser Tratado de Derechos Humanos sus disposiciones contemplan derechos fundamentales, por lo tanto su contenido incide directamente en la legislación aplicable a los indígenas.

2.2 Discurso y demanda de los mapuche

A partir de la década del '90, emerge un grupo de mapuche cuyas demandas apuntan a un proyecto etno-nacional, en el cual las demandas de autonomía territorial y autodeterminación política se encuentran dentro de los principales objetivos; nos referimos al *Aukin Wallum Wallmapu* (Consejo de Todas las Tierras). En esta fecha surgen las primeras “tomas” de fundos, quedando al descubierto la imposibilidad de la recién creada legislación indígena de hacerse cargo del tema.

En el año 1997, producto de las disputas de tierras entre comunidades pewenche y la empresa española ENDESA por la construcción de la represa de Ralco se produce una disputa de prevalencia entre dos legislaciones: La Ley eléctrica y la Ley indígena. Es así que el, en ese entonces, director de la CONADI no autoriza las permutas de tierras que ofrecía Endesa España, puesto que atentaba contra la continuidad y existencia de la cultura mapuche-pewenche. El entonces Presidente de gobierno, Eduardo Frei, remueve al director de la CONADI, y en su lugar pone a otro “funcionario público”, que sí aprueba la construcción de la cuestionada inversión extranjera.

El hecho anteriormente descrito deslegitima a la Corporación como tal, y esta pasa ya definitiva y abiertamente a depender del Ejecutivo. En este contexto, surge otra organización, que reúne a autoridades tradicionales de diferentes comunidades mapuches de las provincias de Arauco y Malleco. Comunidades que tenían en común el mantener disputas de décadas con latifundistas y empresas forestales. Esta organización se denomina *Coordinadora de comunidades en conflicto Arauko-Malleko*. Los principales planteamientos de esta organización se dirigen a denunciar el estado de abandono en que se encuentran las comunidades y la ineficiencia del Estado frente a esto, al plantear una propuesta de autonomía y autodeterminación de la nación mapuche, a través de autocontrol territorial, reconocimiento y fortalecimiento de las estructuras organizacionales y económicas del pueblo mapuche, declarando a las transnacionales forestales y a latifundistas como enemigos de las comunidades. Para ello plantean la recuperación de territorios en disputas como una forma de reconstrucción territorial y política del pueblo mapuche: “*Señalamos que el único logro político real y a largo plazo es el reconocimiento de la existencia de la Nación Mapuche y la devolución de los espacios territoriales necesarios para el desarrollo de nuestro pueblo. Nuestra estrategia tiene como eje central la recuperación de predios que hoy en día se encuentran en disputa principalmente con empresas forestales y que son considerados por nuestras comunidades como espacios sagrados para la sobrevivencia y la reproducción de nuestra cultura*”.²⁹

Frente a la existencia de un contexto general de movilizaciones sociales y políticas del pueblo mapuche, así como de algunos hechos esporádicos de carácter violento, las reivindicaciones han sido descritas por los medios de comunicación y por las autoridades estatales con el rótulo “*conflicto mapuche*”, expresión que ha adquirido un uso generalizado entre los sectores no indígenas de la sociedad para hacer referencia a dicho proceso de protestas y reclamos territoriales y socioeconómicos.

Así desde 1997 en adelante el Estado endurece su posición frente al pueblo mapuche, creando una serie de instancias de diálogos, comisiones de verdad histórica y planes de inversión para frenar en cierto modo el ahora autonomista movimiento mapuche del sur de Chile, así como para contener la presión de sectores de derecha y empresariales de Chile.

²⁹ Comunicado Público, Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauko-Malleko. Junio de 1999.

Lo anterior se tradujo, desde 1998 hasta la fecha, en impulsar una política represiva hacia las comunidades movilizadas y sus dirigentes.

Dicha representación social, facilitada en su construcción por los medios de comunicación, ha exacerbado el clima de tensión que rodea a los procesos sociopolíticos del pueblo indígena mapuche. Así, sectores del Estado y la opinión pública chilenos han catalogado acciones de protesta social violenta y movilización política del pueblo mapuche como actos de terrorismo, rúbrica que ha desencadenado la aplicación de los instrumentos jurídicos antiterroristas en su contra³⁰.

³⁰ STAVENHAGEN, RODOLFO. Cuestiones Indígenas – Derechos Humanos y cuestiones indígenas – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr., presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión. Adición – Misión A Chile. ONU. Consejo Económico Y Social. Comisión De Derechos Humanos Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3. 17 de noviembre de 2003. 55p.

3. Tratamiento judicial del Estado chileno a la cuestión mapuche

3.1 Antecedentes generales de la regulación penal aplicada a mapuche

Especialmente a partir de la transición democrática, el control punitivo que se ha ejercido sobre la cuestión mapuche, se ha caracterizado por la peligrosa presencia del autoritarismo, relacionada no pocas veces con los intereses de tipo político partidista, según la correlación de fuerzas del gobierno de turno.

Ya una vez instalada la democracia se ve el resurgimiento de un movimiento social mapuche, que a las acciones y demandas históricas por derechos territoriales suma los conflictos generados por la sobreexplotación de los recursos naturales por parte de empresas nacionales y transnacionales, como por ejemplo la construcción de centrales hidroeléctricas, carreteras, vertederos, plantas de celulosa y reemplazo de bosque nativo por especies exóticas destinadas a la explotación forestal, generándose en este último punto los conflictos de mayor alcance.

De este modo, ya con el segundo gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, el escenario social y político, determina un cambio radical en el tratamiento de las acciones de las organizaciones y comunidades mapuche por demanda de la restitución de sus tierras ancestrales, al comenzar a ser calificadas como terroristas. Por ejemplo, en 1994, “tras sus acciones de recuperación, 144 Mapuches fueron condenados por asociación ilícita y usurpación de tierras. Así, para el gobierno, las comunidades en conflicto son las que alteran la tranquilidad y la paz social en Chile”³¹.

La Federación Internacional de los Derechos Humanos sostiene que “la única respuesta frente a esas acciones por parte de las autoridades ha sido una represión violenta, absolutamente desproporcionada y dirigida a salvaguardar los intereses de las grandes compañías, aludiendo al respeto de la propiedad privada. El gobierno a menudo ha criticado las acciones de los mapuche calificándolas de terroristas”³².

³¹ FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. N° 358/3. Marzo de 2003. 12p.

³² *Ibíd.*

La respuesta represiva contra el movimiento social mapuche que se inició en 1992 aplicando primero la ley penal común en el gobierno de Frei Ruiz-Tagle, se prosiguió con la aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado en 1997, para finalmente llegar en el 2002 en adelante, bajo las administraciones de Ricardo Lagos y Michelle Bachelet, a la aplicación de la Ley Sobre Conductas Terroristas.

El informe del Relator Especial de la ONU, James Anaya, sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, tras su visita realizada en abril de 2009, ilustra claramente la forma en que durante el último gobierno de Concertación evolucionó la relación del Estado chileno con los pueblos indígenas, en particular el mapuche. Si bien, se reconocen los avances en la situación socioeconómica de los pueblos indígenas al tiempo que *“aún persisten en Chile severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de los pueblos indígenas”*³³; se evidencian los riesgos ambientales sobre territorios indígenas a partir de la construcción e instalación de centrales hidroeléctricas, plantas químicas de tratamiento de aguas servidas y plantas de celulosa.

En especial, en relación a la represión del pueblo mapuche, el Relator Especial constata que *“líderes tradicionales y otros dirigentes y comuneros mapuche han sido condenados y siguen siendo procesados bajo diversos regímenes penales por actos que de alguna manera se relacionan con la protesta social mapuche en torno a reivindicaciones de tierras”*³⁴ y los recursos naturales; concluyendo que resulta preocupante en materia de política penal, la aplicación de la ley antiterrorista³⁵, bajo la cual en octubre de 2011 estaban siendo procesados 36 mapuche. Estima finalmente, que ante los abusos y violencia ejercida por parte de la policía contra miembros del pueblo mapuche y la forma en que se ha aplicado la política penal hacia los indígenas, por la falta de un mecanismo para reivindicar los derechos a las tierras ancestrales o de reparación a los indígenas por las tierras que hayan sido tomadas sin su consentimiento,

³³ ANAYA, JAMES. “La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. ONU. Consejo Económico Y Social. Comisión De Derechos Humanos James. 5 de octubre de 2009. 5p.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Al respecto, según un informe de la Comisión Ética contra la Tortura, hasta el pasado 23 de junio de 2010 había en Chile un total de 106 indígenas encarcelados, condenados o procesados en relación con el llamado conflicto mapuche, cifra que supone casi el doble de hace un año. [en línea] <http://www.latercera.com/contenido/680_275816_9.shtml> [consulta: 18 de noviembre de 2011]

genera su estigmatización y “*puede haber contribuido a generar un ambiente crítico de desconfianza de los indígenas hacia las autoridades estatales, que ha afectado de manera negativa a la convivencia y legitimidad democráticas, contribuyendo al descontento general sobre las iniciativas del Gobierno de Chile en materia indígena*”³⁶.

3.2 Año 1991-2000. Aplicación de la Ley N° 12.927 Sobre Seguridad del Estado

Ante la agudización del conflicto por la recuperación de tierras, los primeros gobiernos de la Democracia Cristiana (Patricio Aylwin y Eduardo Frei) comienzan a aplicar la Ley de Seguridad del Estado³⁷. Entendiendo así, los ilícitos cometidos por los mapuche como de clara connotación política, distintos al terrorismo, cuya finalidad, es también en último término, política y a su vez discriminatoria, ya que su aplicación iba dirigida a un grupo determinado de personas, dadas sus características especiales, con lo cual se vulnera el principio penal que establece la generalidad de la norma penal y la igualdad en su aplicación.

La diferencia entre ambas clases de delitos reside en general, en que mientras los ilícitos de la Ley de Seguridad del Estado son delitos políticos, los de terrorismo son considerados delitos comunes para todos los efectos legales. Ahora bien, si ambos tienen una finalidad política, sus escenarios, sus métodos y sus motivaciones son distintas.

Los delitos políticos solo pueden cometerse en gobiernos autoritarios y en democracias meramente formales. Mientras que los delitos de terrorismo solo pueden cometerse en el contexto de democracias materiales, siendo un concepto que pertenece esencialmente a la sociedad democrática. Por otra parte, los delitos políticos persiguen cambiar la estructura de poder en todo o en parte, pero en la forma de ejecución de los actos suelen respetar las normas humanitarias del conflicto. Mientras que los delitos de terrorismo pretenden destruir las bases del Estado democrático mediante una violencia indiscriminada que ataca frontalmente los derechos humanos. Por último los ilícitos políticos, contenidos en la Ley de Seguridad del

³⁶ ANAYA, JAMES. ONU. 2009. Cit. Nota N° 33.

³⁷ LEY N° 12.927. CHILE. Seguridad interior del Estado. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16080&idVersion=>> [consulta: 18 de noviembre de 2011]

Estado, tienen una penalidad mas baja que la de los delitos de terrorismo, si bien en ocasiones, más alta que la de los delitos comunes.³⁸

Esta ley encuentra su antecedente mas inmediato en la Ley de Defensa permanente de la Democracia (Ley 8.987 de 1948, González Videla) que no sólo prohibió la existencia de toda asociación que persiguiera la implantación de un régimen opuesto a la democracia o que atentara contra la soberanía del país, y muy especialmente al Partido Comunista, sino que principalmente abusó de tipos penales abiertos para castigar a los enemigos de la seguridad del Estado y concretar así los fines de la ley.

En ese entonces, se distinguía entre los enemigos del Estado y los que atentaban contra el orden público, entendido también como “orden en el sistema económico” toda vez que se sancionaba del mismo modo numerosas conductas relacionadas con los conflictos laborales, como las huelgas, paralización de actividades, sabotaje doloso de actividad industrial, entre otras.³⁹

La protección del sistema democrático, objeto inicial de la Ley N° 12.927, sería desvirtuado posteriormente durante el gobierno militar, bajo el cual fue modificada la ley para proteger al régimen autoritario. Sucesivos Decretos Leyes fueron criminalizando la protesta social y la disidencia política, concretando la protección del bien jurídico seguridad del Estado, entendido según la nueva concepción conforme a la Doctrina de Seguridad Nacional.⁴⁰ De este modo, bajo la dictadura militar, la Ley de Seguridad del Estado, abundó en tipos penales atentatorios contra derechos fundamentales, destacando por su carácter punitivo los referentes a los “delitos contra el Orden Público”.

Son precisamente los delitos contra el Orden Público, las figuras penales por las que fueron juzgados en su momento los comuneros mapuche. El concepto de orden público ha sido el que ha permitido la infracción de los principios de legalidad y tipicidad, ya que su carácter indeterminado e ideológico, definido por las concepciones y poder político de turno, permiten la

³⁸ VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. *Ob.cit.* Nota N° 23, 76p.

³⁹ Ampliamente, sobre la historia legislativa de la Ley N° 12.927. Villegas Díaz, Myrna. “Terrorismo: Un problema de Estado”. 2002. En: VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. *Ob.cit.* Nota N° 23.

⁴⁰ VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. *Ob.cit.* Nota N° 23, 77p.

proliferación de la legislación de emergencia, plagada de tipos penales difusos⁴¹. Al igual que en el caso de la Ley Sobre Conductas Terroristas, su uso implica que ante situaciones similares se apliquen normas diametralmente distintas, de modo de castigar un delito por la legislación común, luego por la Ley de Seguridad del Estado, y tiempo más adelante, por la ley antiterrorista.

La mayoría de los mapuche que han sido procesados y condenados bajo esta ley, ha sido acusado de infringir el tipo penal descrito en el Art.6 c) que prescribe que cometen delitos contra el orden público: *“Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpen o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos.”*

La pena mínima establecida en este caso es la de presidio menor en su grado máximo, y la mayor de presidio perpetuo, todo ello según el tipo de resultado que se cause (Art.7). En una clara demostración de adelantamiento de la punibilidad, la proposición y conspiración para cometer alguno de los delitos sancionados en la ley, se castigan con la pena señalada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados (Art. 23).

Respecto del procedimiento debe señalarse que en un principio quien podía solicitar un requerimiento por Ley de Seguridad del Estado era únicamente el Intendente Regional o el Ministro del Interior, los que se dirigían a la Corte de Apelaciones respectiva. La ley adecuatoria (Ley N°19.806, del año 2002) amplió los sujetos requirentes extendiéndola también a particulares, es decir la persona afectada, que en calidad de querellante o denunciante, ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal⁴².

Los hechos que detonaron la aplicación de esta ley fueron el conflicto por la construcción de la represa Ralco, la ocupación de tierras por parte de comuneros mapuche y la presión de partidos

⁴¹ Ídem. 77p.

⁴² Ídem. 78p.

políticos protectores de los intereses de los dueños terratenientes, quienes a través de sus representantes en el Congreso pedían la aplicación generalizada de la Ley de Seguridad del Estado, para reprimir el movimiento mapuche en la Araucanía. Sin contar con la evidente presión al gobierno, por parte de la Corporación Chilena de la Madera, la Sociedad Nacional de la Agricultura y el Consorcio Agrícola del Sur, a través de su influencia en la política y medios de comunicación.

De este modo, como señala Myrna Villegas, el gobierno de Eduardo Frei reaccionó mediante la criminalización del movimiento de recuperación de tierras, solicitando la aplicación de la Ley de Seguridad del Estado y enviando refuerzos policiales a la zona, paralelamente que judicializaba el conflicto, acusando y procesando indiscriminadamente a la mayoría de los comuneros mapuche que se encontraran en zonas de conflicto.

3.3 Año 2000-2006. Aplicación de la Ley N° 18.314 Sobre Conductas Terroristas

A partir del año 2000 con el gobierno de Ricardo Lagos (Partido Socialista), la reacción punitiva por parte del Estado hacia las movilizaciones mapuche se agudizó con el cambio de calificación de los delitos cometidos por mapuches, en el marco del conflicto de recuperación de tierras, comenzando a ser considerados delitos de terrorismo, al aplicar la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas.

Este cambio de tratamiento jurídico tiene como correlato la agudización del conflicto producto de las promesas no cumplidas por el presidente Lagos durante su campaña. Durante ella, se había comprometido a modificar la ley indígena y la propia Constitución para dar reconocimiento a 150.000 hectáreas de tierra al patrimonio indígena. El gobierno ante el incumplimiento de sus promesas, no dio ninguna respuesta favorable al movimiento indígena ante el conflicto producido por el choque de intereses de los mapuche y las forestales e hidroeléctricas⁴³. Por el contrario, al amparo de la garantía constitucional de libertad para

⁴³ YAÑEZ, NANCY y AYLWIN, JOSÉ. “El gobierno de Ricardo Lagos, los pueblos indígenas y el nuevo trato. Las paradojas de la democracia chilena”. Editorial LOM. Santiago. 2007. 21 pp. En: Villegas D., Myrna. *Ob.cit.* Nota: N° 23. 78p.

desarrollar cualquier actividad económica, entregó permisos a las forestales e hidroeléctricas para que continuaran con sus trabajos.

Ante la desidia del escenario político, una gran parte de las organizaciones mapuche optaron por la violencia como método de presión política, manifestándose en las ciudades, incendiando pastizales, bosques de pinos y eucaliptos de propiedad de empresas forestales. El presidente Lagos optó entonces, frente a estos desórdenes públicos, por aplicar la ley antiterrorista en contra del accionar de determinadas organizaciones mapuche. En estos casos los tipos penales aplicados fueron principalmente incendio terrorista, lanzamiento de bombas o artefactos explosivos o incendiarios y amenazas terroristas.

La reacción por parte de la policía se caracterizó por un grado de violencia indiscriminada y atentatoria de los derechos humanos, alcanzando su punto crítico en noviembre de 2002 con el homicidio del joven comunero, Alex Lemún, a manos del Mayor de Carabineros Marco Aurelio Treuer Heysen. Usando violencia innecesaria disparó cartuchos de perdigones de plomo con una escopeta, uno de los cuales impactó en la cabeza al joven Lemún.⁴⁴

Sin minimizar la violencia, el gobierno de Lagos reaccionó de manera aún más represiva a través de la detención de varios mapuche, a los que denominaron como terroristas, en el marco de la denominada “Operación Paciencia”⁴⁵.

El fiscal regional de Temuco anunció que el caso se trasladaría a la justicia militar pues las pruebas indicaban que un oficial de Carabineros sería el culpable. El fiscal militar formuló cargos contra Treuer por violencia innecesaria con resultado de muerte. La Corte Marcial retiró los cargos, acogiendo la versión de la defensa, esto es, que oído un disparo por parte de los mapuche, el Mayor de Carabineros actuó en legítima defensa. De este modo, el carabinero autor del homicidio, fue sobreseído por los tribunales militares, por “no haberse configurado un delito”. No obstante, no se encontraron pruebas materiales que avalaran esta tesis.

⁴⁴ Ídem. 79p.

⁴⁵ MELLA SEGUEL, EDUARDO. “Los mapuche ante la Justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile”. Ediciones LOM y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. 2007. 95-100pp. *En: Ob.cit.* Nota N° 23. 79p.

3.3.1 Antecedentes histórico- políticos de la Ley N° 18.314 y el concepto de terrorismo

La Ley N° 18.314, corresponde a una legislación de excepción que data de 1984, año en que Chile aún se encontraba bajo el régimen militar impuesto por el golpe de Estado de 1973.

En este cuerpo normativo se exagera la protección al bien jurídico propiedad. Junto con ello, se considera que protege los bienes jurídicos fundamentales de las personas, incluyendo conductas que atentan contra la vida, la integridad física, la libertad, la salud pública y el orden público. La configuración de los delitos de terrorismo no pueden proteger todos los bienes jurídicos, por su marcado carácter de última ratio, sino sólo los más importantes y frente a los ataques más graves⁴⁶.

En el mismo sentido, hay que tener presente que el concepto de terrorismo que señala el Derecho Internacional, alude solo a los atentados contra la vida, integridad física o la salud. La propiedad solo se protege en cuanto afecte o pueda afectar estos bienes jurídicos de la mayor importancia, cuestión que no sucede en la ley chilena⁴⁷.

Por ello que es preocupante la relevancia que se da a la protección de la propiedad ante el ataque de ésta, sin la afectación de otros bienes jurídicos de mayor relevancia como la vida, la integridad física, la salud o la libertad, y de cómo puede ser materia de tan agravada penalización.

El Art. 9, de la Carta Fundamental, dentro de su Capítulo I: Bases de la Institucionalidad, se establece como la fuente directa de la Ley N° 18.314 manifestando:

“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de

⁴⁶ VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. “El derecho Penal del Enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”. Foro N-OR Working Paper 01/2007. 25p. En: CAYUQUEO, ALVARO, MONTESINOS, PABLO, SAAVEDRA, SEBASTIÁN y SOLER GRETHEL. “Conflicto Mapuche Y Legislación Antiterrorista: Análisis Crítico Para Un Estado De Derecho Democrático”. Prof. Guía. M. Villegas D. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2007.

⁴⁷ VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. *Ob.cit.* Nota N° 23. 81p.

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 dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

Los delitos tipificados en esta ley, están contruidos sobre la base de delitos comunes o conductas especiales, agravados por las características terroristas de su comisión.

Se establece la configuración de los delitos en sus artículos 1 y 2, señalando que la circunstancia que debe concurrir para que un hecho constituya un delito de terrorismo es que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie⁴⁸.

De esta manera los tipos penales que protegen la propiedad en esta ley son los descritos en el artículo 2 número 4, el cual señala que:

Artículo 2º.- Constituirán delitos terroristas cuando cumplieren lo dispuesto en el artículo anterior:

4º. Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos.

⁴⁸ Antes de la Modificación legal, la Ley N° 20.067 de 08.10.2010, además de esta circunstancia se contemplaba una segunda causal cual era que el delito fuera cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias. La que luego pasa a ser una de las hipótesis que se vinculan a la conducta terrorista: “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, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.”

Por lo tanto, y de acuerdo al artículo transcrito, que fue modificado en octubre de 2010, los tipos que se podrían encuadrar en esta ley con respecto a la propiedad son el incendio, los estragos y los daños.

La mayor parte de los delitos que se han cometido en el contexto del conflicto de recuperación de tierras han sido contra la propiedad. En concreto, la calificación otorgada bajo el gobierno del presidente Lagos, fue la de incendios terroristas y colocación de artefactos explosivos o incendiarios. Estos últimos solo causando daño. También se les ha juzgado por los delitos de amenazas terroristas y ha tratado de configurarse a su respecto el delito de asociación ilícita terrorista.

A grandes rasgos, se establecen penas mayores para todos estos delitos contemplados en la ley que reúnan las características contempladas en los dos primeros artículos de ella, y quienes son condenados como autores de delitos terroristas, entre otras consecuencias, no pueden optar al indulto presidencial (artículo 9 de la Constitución Política de la República). La ley permite la presencia de testigos ocultos, sobreprotegidos, lo cual resulta cuestionable a la luz de los principios que infunden nuestro nuevo sistema procesal penal, estos son, entre otros, oralidad, publicidad, transparencia, justicia.

El delito de terrorismo también se caracteriza, como señalamos antes, porque la tentativa es penada con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado, y también porque la amenaza seria y verosímil de cometer delito terrorista, es castigada como tentativa (artículo 7º, Ley Nº 18.314).

Esta legislación es criticada tanto en el ámbito nacional como en el internacional, pues se estima que rompe así con los principios de proporcionalidad y ultima ratio, "que deben ser el bastión de un derecho penal democrático en el contexto de un Estado de Derecho", como remarca el Mensaje presidencial.

3.4 Año 2006-2009. Aplicación Ley Penal Común

El gobierno socialista de Michelle Bachelet, anunció el cambio de criterio punitivo al señalar que se dejaría de aplicar la ley de conductas terroristas. En efecto, durante su gobierno se impulsaron varias reformas con el fin de otorgar la libertad, a lo menos condicional, a los comuneros mapuches que estaban cumpliendo condena bajo la Ley N° 18.314.

Un proyecto de ley impulsado por el propio ejecutivo, tenía por objeto restringir la calificación de los delitos de terrorismo a los que afectaren la vida, la integridad física o la salud; otro proyecto más general pretendía modificar la Ley N° 18.314, respecto del concepto mismo de terrorismo. Ninguno prosperó finalmente.⁴⁹

No obstante la ley sobre conductas terroristas subsistió para los procesos ya iniciados. Y para los casos nuevos se aplicó la ley común, siendo calificados como delitos comunes, principalmente abigeato, amenazas y daños.

Lo interesante es que no siendo uno de los delitos de mayor importancia a nivel nacional, sino sólo afectando a un sector de la población, que es el agrícola, el abigeato (hurto o robo de animales) haya sido modificado con tanta precisión el 2006, no sólo aumentando las penas, sino a demás estableciendo presunciones de responsabilidad penal y de dominio de las especies, así como puniendo los actos preparatorios, entre otros⁵⁰.

Coincidentemente estos delitos se cometen en zonas rurales, semejantes a las zonas en que se desarrolla la disputa por parte de los mapuche, por la reivindicación de tierras ancestrales a particulares dueños de fundos en esas tierras.

En este contexto de denuncias de abigeato, fue que la policía nuevamente usando violencia desmedida, dio muerte a un comunero, el Lonko Juan Collihuil Catril de 71 años y en octubre de

⁴⁹ Proyecto N° 4688 y N° 4591 respectivamente, ambos del 2006.

⁵⁰ VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. *Ob.cit.* Nota N° 23. 83p.

2007 la policía de la Prefectura de Malleco, disparó a quemarropa perdigones de plomo sobre un menor de 13 años, perteneciente a la comunidad de Temucuicui⁵¹.

Así mismo es uno de los argumentos frecuentemente usados por la policía para la realización de allanamientos o registros domiciliarios sin orden judicial, amparándose en la norma que regula la situación de flagrancia, que en el marco de estos casos se ha hecho con abuso de la fuerza policial, mostrando un exacerbado rigor innecesario para los comuneros.

Los otros delitos por los cuales se denuncia, formaliza y detiene a comuneros, son delitos de daños y de amenazas. Y son generalmente los Tribunales Militares quienes se encargan de conocer todo cuanto sucede en los allanamientos, puesto que la justicia ordinaria normalmente se declara incompetente para conocer de hechos delictivos emanados del uso excesivo de la fuerza policial⁵².

El cambio de calificación punitiva comienza en el gobierno mismo de la presidenta Bachelet, que decidió invocar la ley antiterrorista en el caso de Miguel Ángel Tapia Huenulef (45), activista detenido tras un violento operativo simultáneo registrado en la comuna de Lo Prado, región Metropolitana, y en el sector rural de Huichahue, comuna de Padre las Casas, a quien se le vinculó a un atentado incendiario en contra del fundo San Leandro, en Lautaro, el 12 de enero del año 2009 y un ataque al edificio de la Defensoría Penal Pública de Temuco en diciembre del 2008⁵³.

En definitiva, entendiendo que los ilícitos contra la mera propiedad llevados a cabo por personas pertenecientes a la etnia mapuche, persiguiendo en su actuar un legítimo discurso reivindicatorio a la luz del actual desarrollo internacional de los derechos propietarios indígenas, no constituyen actos de terrorismo por cuanto no demuestran en su actuar un desprecio hacia la dignidad de las personas, sino más bien acciones violentas enmarcadas en un complejo conflicto social, que

⁵¹ Entrevista sostenida por el menor J.P.Q.M. con el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, el 15 de noviembre de 2007. ONG que presentó un recurso de protección a favor del menor, el cual fue rechazado. *En: Ob.cit.* Nota N° 23. 83p.

⁵² VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. *Ob.cit.* Nota N° 23. 84p.

⁵³ CAYUKEO, PEDRO. Gobierno aplicará ley antiterrorista a mapuche detenido en Santiago. [en línea] AZkintuwe.org. Agencia mapuche de noticias. < http://www.azkintuwe.org/feb13_01.htm> [consulta: 18 de noviembre de 2011]

deben adecuarse típicamente a delitos comunes a título de daños, estragos o incendio⁵⁴, y por lo tanto, no compartimos el nuevo cambio de calificación penal de estos actos como delitos terroristas y menos su aplicación a menores de edad mapuche, en virtud de los tratados internacionales suscritos y vigentes por el Estado de Chile⁵⁵.

3.5 Año 2009 a la fecha. Aplicación de la Ley N° 18.314 Sobre Conductas Terroristas y su aplicación a menores de edad.

La citada ley presenta modificaciones sustanciales⁵⁶, al eliminar la presunción contenida en el inciso 2 del Art. 1°, por la cual se presumía la finalidad de producir temor en la población cuando el hecho es cometido por alguno de los medios antiguamente mencionados. El cambio es significativo, por cuanto elimina la presunción de dolo terrorista, salvando posibles conflictos con el principio básico del debido proceso, cual es el de presunción de inocencia, restableciendo la carga al Ministerio Público, de probar el dolo terrorista por parte de los imputados.

También se modifican las hipótesis de delito de homicidio que puede ser calificado de terrorista, así como el de lesiones, eliminando las lesiones menos graves.

Se atenúan las penas por los delitos de incendio, restringiendo la penalidad asociada a la ley antiterrorista a los incendios que afectaren edificios destinados a servir de morada no habitados o no estuviere destinado a la habitación. En cuanto al incendio de bosques o pastizales se pasa a regular por la legislación común.

Se elimina la circunstancia modificatoria de determinación de la pena por parte del juez, según la mayor o menor probabilidad de comisión de nuevos delitos semejantes, de acuerdo a los antecedentes y personalidad del procesado.

⁵⁴ CAYUQUEO, ALVARO; MONTESINOS, PABLO; SAAVEDRA, SEBASTIÁN y SOLER GRETHEL. *Ob.cit.* Nota N° 46. 236p.

⁵⁵ Sobre este punto se ahondará mas adelante a propósito de la ratificación del Convenio 169 y la persecución penal de comuneros mapuche en el contexto de reivindicación de tierras.

⁵⁶ VILEGAS, MYRNA. Minuta “Algunos aspectos relevantes de las modificaciones a la Ley 18.314 Sobre Conductas Terroristas y su penalidad”. Material inédito. 2010. 1-3pp.

Se impone al juez, la rebaja de pena hasta en dos grados cuando el imputado coopere en el esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación del responsable; y se rebaja hasta en tres grados ante la presencia de una asociación ilícita terrorista, así como respecto de quienes realicen acciones tendientes a evitar o aminorar las consecuencias del hecho.

En cuanto a la institución tan criticada de los testigos protegidos, se permite a la defensa la posibilidad de dirigir al testigo o perito protegido, las interrogaciones que permitan establecer su credibilidad y a esclarecer los hechos sobre los cuales deponen, siempre que no ponga en riesgo la revelación de su identidad. Y se explicita que nunca podrá introducirse al juicio la declaración de un testigo protegido, sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contra interrogarlo personalmente.

En específico, en cuanto a la aplicación de la ley antiterrorista que se empieza a aplicar a menores de edad mapuche, se pasa a estudiar en detalle a continuación en los próximos capítulos y es lo que configura el grueso de la presente memoria de título.

CAPÍTULO II

Marco normativo aplicable a la comisión de delitos por parte de menores de edad mapuche.

4. Consideraciones generales.

Actualmente en las regiones VIII y IX, se están llevando a cabo cinco grandes procesos judiciales en contra de comuneros mapuche, todos ellos fundados en hechos delictuales que se enmarcan dentro del proceso reivindicativo de tierras ancestrales y en nuestra consideración, legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas.

Desde el inicio de estos procesos en el año 2009 se ha invocado por el ministerio público la Ley N° 18.314 que *Determina Conductas Terroristas Y Fija Su Penalidad*⁵⁷, no obstante, existir un compromiso adquirido el año 2006 en Nueva Imperial⁵⁸ por la, en ese entonces presidenta de la República Michelle Bachelet, de no aplicar esta legislación especial a indígenas. Ley que a partir del año 2000 y hasta hace pocos meses, antes del llamado “Caso Bombas”⁵⁹ sólo se había aplicado a personas pertenecientes al pueblo mapuche.

El relator especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, R. Stavenhagen, afirmó en el informe de noviembre de 2003 sobre su misión a Chile que: *“de conformidad con la opinión de varios especialistas, la combinación entre nuevo procedimiento penal, ley antiterrorista y fuero militar, establece una condición de vulnerabilidad del derecho al debido proceso, que afecta de manera selectiva a un grupo claramente identificado de dirigentes mapuche. Esto resulta preocupante, independientemente de la gravedad de los hechos en que hubieren estado involucrados, en lo que se refiere al respeto de su derecho a un debido proceso”*⁶⁰.

En este momento se encuentran en tramitación los juicios referentes al Fundo San Leandro de la Comuna de Lautaro, causa Fundo Brasil de la Comuna de Vilcún y el caso de peaje Quino de Victoria. Todos ellos tienen como imputados a personas pertenecientes al pueblo mapuche y en

⁵⁷ LEY N° 18.314. *Cit.* Nota N° 14.

⁵⁸ En una clara emulación del acuerdo suscrito entre Patricio Aylwin y los representantes indígenas de Chile el año 1990, en el llamado “Acuerdo de Nueva Imperial”.

⁵⁹ CRONOLOGÍA del caso bombas. La Tercera, 6 de mayo de 2011. [en línea] <<http://latercera.com/noticia/nacional/2011/05/680-363827-9-cronologia-del-caso-bombas.shtml>> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

⁶⁰ STAVENHAGEN, RODOLFO. *Cit.* Nota N° 30. Párr. 37.

todos ellos se encuentran acusados mapuche que al momento de los hechos configuradores del delito eran menores de edad, en los tres se ha invocado por parte del Ministerio Público la referida Ley N° 18.314.

Lo que se pretende mediante este capítulo es dejar establecido cual es la normativa general aplicable a los menores, considerando tanto normas de derecho interno como tratados internacionales ratificados por Chile, y como en virtud de estos, la aplicación de la ley antiterrorista a los menores de edad mapuche responde a un patrón de aplicación selectiva, equivocada y abiertamente discriminatoria, que vulnera disposiciones tanto de derecho interno como internacional.

5. Política Criminal dirigida al niño–adolescente en un Estado de Derecho Democrático.

Como consecuencia de la ratificación de la Convención de derechos del Niño en 1990 por parte Chile,- instrumento que como tiene como fines la no discriminación, la reafirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas, en toda la acepción y sin limitaciones, y que responde a la necesidad de contar con instrumentos jurídicos idóneos para proteger sus derechos⁶¹- se reconoció a estos un catálogo *específico*⁶² de garantías fundamentales, que vino a transformar el tratamiento que jurídicamente se daba a los niños, niñas y adolescentes, desde un paradigma en que eran considerados más como un objeto de protección hasta uno que los concibe como sujeto de derecho⁶³. Tal evolución se conoce como la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”.⁶⁴

Esto hizo imperativo para el Estado chileno, un Estado de carácter social y democrático⁶⁵, adecuar tanto la normativa como las instituciones a este nuevo escenario, debiendo llevar a cabo una “reforma integral al sistema de protección y justicia de la infancia” que referido al ámbito meramente judicial incluyó la dictación de una ley especial que instauró un nuevo modelo de justicia penal para adolescentes; la Ley N° 20.084 que Establece Un Sistema De Responsabilidad De Los Adolescentes Por Infracciones A La Ley Penal (en adelante LRPA).

⁶¹ CILLERO B., MIGUEL. “Infancia, Autonomía Y Derechos: Una Cuestión De Principios”. [en línea] < http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

⁶² Especial y diferenciado, en cuanto agrega derechos propios del niño/niña, no obstante este mantiene su condición de titular de los derechos fundamentales que la Constitución, las leyes internas y los instrumentos internacionales reconocen a todas las personas.

⁶³ BUSTOS, JUAN. “El Derecho Penal del Niño-Adolescente”. Ediciones Jurídicas de Santiago. Chile. 2007. 14p.

⁶⁴ Sobre la evolución de la doctrina ver: BELOFF, MARY. “Modelo De La Protección Integral De Los Derechos Del Niño Y De La Situación Irregular: Un Modelo Para Armar Y Otro Para Desarmar”. Revista "Justicia Y Derechos Del Niño". UNICEF. Volumen I. 1999.

⁶⁵ “El Estado es de derecho cuando siendo detentador del poder de castigar, lo sujeta, en cuanto a su ejercicio, al derecho positivo (...) la modalidad de social subordina el ejercicio del ius puniendi del Estado a lo estrictamente necesario para mantener la coexistencia pacífica entre sus súbditos y proteger los intereses que éstos califican como fundamentales (bienes jurídicos). El derecho penal no es un instrumento para asegurar el poder, sino para proveer a la paz social, y sólo en cuanto su empleo aparezca como imprescindible para alcanzar dicho efecto.

La naturaleza democrática del Estado subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales del hombre. Si bien la autoridad se ve compelida por los requerimientos sociales a prohibir determinadas conductas conminándolas con sanción, y aplicar esa sanción en su caso, debe hacerlo en forma que se lesionen lo menos posible los derechos inherentes al ser humano. Si ha de privar o restringir la libertad de alguno de sus súbditos, limitará el empleo de esas medidas a lo necesario para alcanzar los objetivos generales del derecho penal y los particulares perseguidos por la pena. El fin del Estado es estar al servicio del hombre; no le está permitido dominarlo o instrumentalizarlo, menos emplear el derecho penal con ese objetivo”. GARRIDO MONTT, MARIO. “Derecho Penal, Parte General”. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. 2001. 30p.

Con la que se marcaría el cambio desde un concepto de menor abandonado delincuente hacia uno de adolescente infractor⁶⁶.

Antes de la publicación de esta ley el año 2005, primaba en Chile un sistema legal que contenía variados elementos de la llamada “doctrina de la situación irregular”⁶⁷. Entre ellos el que consideraba *a priori*, a los menores de edad como inimputables penalmente salvo que siendo mayores de 16 años fueran considerados con discernimiento, caso en el cual se hacía aplicable el sistema penal de adultos, con la única diferencia de una rebaja en las penas en caso de ser condenados. Al resto de los menores involucrados en delitos, esto es: menores de 16 años ó entre 16 y 18 años considerados sin discernimiento, se les aplicaban otras medidas de protección. Esto implicaba que no se les daba un proceso con todas las garantías penales y procesales reconocidas a los adultos, el llamado *debido proceso*, sino que la decisión de aplicar alguna medida cautelar no dependía necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño o joven se encontrara en “estado de riesgo”. Este modelo fue ampliamente criticado pues contenía normas calificadas como inconstitucionales y contrarias al derecho internacional de los derechos del niño.⁶⁸

Por lo tanto para partir hay que decir que si queremos referirnos a una política criminal propia de los adolescentes, hay que dejar claro que los planteamientos que estructuran el derecho penal de adultos, no pueden ni deben imponerse incondicionalmente a la justicia de menores, pues lo que distingue a esta es que los sujetos a quienes va dirigida y que determina la especialización de la normativa, son personas menores de 18 años, y por lo tanto niños o adolescentes. Esta idea, denominada de la **autonomía o especialidad del derecho penal del niño adolescente** aparece entonces como el primer requisito de todo sistema de justicia juvenil en un Estado de Derecho.

⁶⁶ VILLEGAS D., MYRNA. “Juventud, pobreza y Marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales”. Instituto De Derecho Penal Europeo E Internacional. 2008.10p [en línea]< http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/juventud%20pobreza%20y%20marginalidad.pdf >[consulta: 2 de noviembre de 2011]

⁶⁷ La categorización de estos modelos o sistemas como de la situación irregular y de la protección integral ha sido producto de elaboraciones teóricas latinoamericanas posteriores a la ratificación de la CDN, y no aparece en el ámbito europeo o norteamericano. Sobre las características de ambos modelos ver: BELOFF, MARY. *Ob.cit.* Nota N° 63.15p.

⁶⁸ Ampliamente CILLERO B., MIGUEL. “Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos”. Sistema Jurídico y derechos humanos. El derecho Nacional y la obligación internacional de Chile en materia de derechos humanos. Ed. Universidad Diego Portales. Chile. 1996. En: VILLEGAS D., MYRNA. Nota N° 66. 2p.

Así el Art. 40.3 de la CDN establece: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes*”.

Por su parte la regla 2.3 de Beijing⁶⁹ señala: “*En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores*”.

En Chile, nuestra Ley N° 20.084 dispone en su Art. 1: “*Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas.*” Así mismo el artículo 27 sobre Reglas de procedimiento: “*La investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal*”⁷⁰ .

Se ha criticado⁷¹ a la LRPA no cumplir realmente con este principio, pues no obstante el tenor de su artículo 1, de su examen es posible inferir que no contiene un catálogo especial integral de responsabilidad penal de los menores de edad, ya que el inciso siguiente⁷² hace expresa referencia a la supletoriedad del Código Penal, Procesal Penal y leyes especiales, con lo que

⁶⁹ Las Reglas de Beijing o Reglas Mínimas De Las Naciones Unidas Para La Administración De La Justicia De Menores, fueron aprobadas el 28 de noviembre de 1985, por la Asamblea General en su resolución 40/33. Aun cuando este estatuto no es vinculante, ha servido de inspiración para el resto de los instrumentos internacionales acerca de los principios mínimos que debe seguir una correcta justicia juvenil. Es así que los artículos 37 y 40 de la CDN tienen su base directa en las Reglas de Beijing, por lo que para interpretar la Convención la doctrina recurre directamente a ellas.

⁷⁰ LEY N° 20.084. *Ob.cit.* Nota N° 8.

⁷¹ Sobre críticas al sistema, que no se tratará a fondo en este trabajo ver: BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 63. 25p., VILLEGAS, MYRNA. *Ob.cit.* Nota N° 66., CILLERO, MIGUEL. “Comentario a la ley de responsabilidad Penal de Adolescentes en Chile”. *En:* Justicia y Derechos del Niño. N° 8. UNICEF. 105p. [en línea] <<http://www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf>> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

⁷² Art. 1, inciso segundo: “*En lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.*”

consecuencialmente los niños podrían ser responsables de los mismos crímenes y simples delitos que los adultos⁷³.

Esta insuficiencia además pasa por alto la consideración de los menores de edad como sujetos en etapa de desarrollo que por lo tanto, requieren un especial cuidado y atención dadas las características especiales que los configuran como personas en estado de evolución. En opinión del profesor Juan Bustos⁷⁴, el fundamento de esta especialidad o autonomía del sistema penal de los adolescentes respecto al de adultos tiene un doble carácter, que está dado por *“el hecho que el Estado tiene un deber especial de protección del niño, esto es, un deber en relación a su desarrollo integral como persona, esto es, educación, salud, habilidades, capacitación, etc. Y por otra parte, la diferencia de necesidades del niño frente al adulto, lo que implica a su vez, una diferenciación en relación al reconocimiento de derechos y a su ejercicio.”*⁷⁵

No obstante estas críticas, se ha dicho en general que aunque la ley no lo dice expresamente, la LRPA configuraría un derecho penal autónomo, “por su finalidad, si se analizan las sanciones y su forma de ejecución, esta claramente diferenciado del derecho penal de adultos, en cuanto lo perseguido con la pena no es la retribución, sino la integración social del adolescente”⁷⁶

Para que este sistema especializado cumpla con los estándares requeridos debe caracterizarse por ser además de un grupo coherente de leyes policiales, penales, procesales y penitenciarias, un sistema que cuente con instancias, instituciones y operadores sociales que funcionen en coherencia con los principios político-criminales que los inspiran y que no son otros que los del Estado social y Democrático de Derecho.”⁷⁷

⁷³ Así también lo ha expresado la Segunda sala de la Corte Suprema en causa ROL N° 3498-07 pronunciándose sobre la Ley N° 20.084: *“A mayor abundamiento, no puede olvidarse que la Ley N° 20.084, no crea una suerte de texto penal de los adolescentes, salvo en asuntos muy acotados; al contrario, rige plenamente el estatuto penal de los adultos y la normativa de los adolescentes no cambia ni muta sus penas, ni sus delitos, ni su forma de participación, ni su desarrollo, lo que hace es construir un marco legal cuyo objeto es morigerar las sanciones generales, no sustituirlas; para luego proceder a efectuar la conversión en relación con la naturaleza de la pena correspondiente a cada caso, pero siempre sujeto a ese contenido mayor que no ha dejado de regir”*

⁷⁴ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 63. 16p.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ BUSTOS R., JUAN. “Obras Completas”. Tomo I, Ed. Jurídicas de Santiago. 2007. 344p.

Otro de los principios que caracterizan el sistema de responsabilidad penal de adolescentes y que debe inspirar cualquier política criminal en un Estado de Derecho es el ***respeto y promoción de los derechos y garantías de los niños/niñas, consagrados en instrumentos internacionales***.

En esa línea nuestra Constitución en su Art. 5 inciso segundo expresa, “*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.*”

Luego, del conjunto de disposiciones internacionales, especialmente de la CDN, puede desprenderse como principio rector, derecho y garantía de la política criminal dirigida a adolescentes en un orden democrático, el de “*interés superior del niño*”. Este principio será útil para interpretar y comprender las disposiciones de la Convención de manera sistemática y armónica así como las disposiciones de derecho interno que regulen materias referentes a menores de edad.

En Chile, a partir de la dictación de la Ley N° 20.084, es apreciable como característica relevante de esta nueva legislación el reconocimiento en su Art.2 de esta garantía, la cual debe trascender todas las actuaciones judiciales o administrativas en que el niño se vea involucrado. Así el citado Artículo expresa en su inciso primero: “*Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos*”.

Sobre la definición y alcances de este principio se tratará mas adelante, en un apartado especial, en consideración a la importancia que adquiere cuando de políticas criminales aplicable a los menores de edad se trata.

Un tercer aspecto que caracteriza un sistema de justicia de menores es el relacionado con el **carácter excepcional y breve de la privación de libertad**. La normativa internacional es

concluyente en este aspecto, así el Art. 37 letra b) de la CDN obliga a los Estados Partes a velar porque *“Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período mas breve que proceda”*.

A su vez la Regla 2 de las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad señala que: *“La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales”*.

Así también, Regla 13 de Beijing establece: *“Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación de una familia, o el traslado a un hogar o a una institución educativa”*

A su vez, la Regla 17 letra c) señala: *“Solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves”*

En Chile, la Ley N° 20.084, expresa en su Art. 47 que las penas privativas de libertad serán excepcionales y aplicables sólo como último recurso. Asimismo, en el caso de que la sanción aplicable al delito fuera privativa de libertad esta ha de fortalecer en el menor su respeto por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando su desarrollo, dignidad e integración social (Art.49). No obstante esta declaración, el sistema ha sido criticado sistemáticamente, pues su aplicación no se ha restringido sólo a casos graves, si no que también es aplicable a delitos menores (Art.23) llegando incluso ha presentarse una denuncia ante la Comisión De Derechos Humanos, por la afectación de derechos que ha provocado la privación de libertad de los menores.⁷⁸

⁷⁸ El año 2008 el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una denuncia contra el Estado de Chile por la afectación de los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad personal, al deber general de respetar los derechos del niño, a la protección judicial efectiva y al deber de adoptar medidas para el desarrollo progresivo de los derechos, a favor de 278 personas internas en centros de privación de libertad para adolescentes. Estos derechos y obligaciones se encuentran expresamente establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales sobre la materia.

Es necesario entonces, que los Estados garanticen la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de este derecho, que como ya hemos expresado, constituye uno de los presupuestos mínimos de la justicia juvenil en un Estado Democrático.

De lo dicho, es dable concluir que una política criminal de adolescentes, por estar dirigida precisamente a ellos, debe ser una política en que se supere la anterior concepción de niño-adolescente en situación irregular y con esto la antigua exclusión de ellos de la aplicación de las normas del derecho penal, incluidas las que consagran las garantías, imperando ahora la idea de los menores de edad como sujetos de derecho y con esto una teoría jurídica no excluyente, integradora e igualitaria en que se respeta su igual dignidad como personas y sus diferencias.

Este reconocimiento a su dignidad implica a su vez el de su autonomía ética, esto es, que desde un punto de vista político jurídico no está sujeto al tutelaje del Estado y, por el contrario, que este está a su servicio⁷⁹. Lo que conlleva necesariamente reconocer su responsabilidad y dentro de esta misma su capacidad de respuesta al otro, o exigibilidad.

En este sentido estas dos condiciones de la responsabilidad, integran un concepto relacional o comunicacional, que nos lleva necesariamente a considerar el derecho fundamental consagrado en la CDN y la LRPA, de prioridad del interés superior del niño, enclavado precisamente en este punto. Luego, la capacidad de exigir del Estado en lo concerniente al niño o adolescente ha de estar sometida al interés superior del niño⁸⁰. Este principio, como veremos en acápite siguientes, tiende a realizar al máximo los derechos de los niños y niñas y por ello se constituye como un límite a la aplicación de restricciones de derechos propias del sistema penal.

Así entonces se les reconoce a los menores de edad como derecho subjetivo, en un Estado Social y Democrático de Derecho que subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales de la persona, el derecho a limitar el *ius puniendi*, al igual que los adultos y además se les dota de garantías específicas, materiales y procesales, para ejercer este

⁷⁹ BUSTOS, JUAN. "Perspectivas de un Derecho Penal del Niño". En: Ob.cit. Nota N°77. Tomo II. 445p.

⁸⁰ Íbid.

derecho⁸¹, es decir, con esto las garantías formales como materiales del sistema penal y procesal de adultos, se ven fortalecidas e integradas por los principios propios de los derechos del niño.

Así las cosas y siguiendo a Mario Garrido Montt⁸², los límites al *ius puniendi* estatal en un Estado de Derecho Democrático suponen el respeto del principio de legalidad o de reserva; el de intervención mínima, el de protección de bienes jurídicos, los principios de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización.

En atención a la relevancia que adquieren algunos de estos principios bajo el prisma de los derechos del niño, haremos referencia someramente a algunos de ellos. Primeramente el principio de legalidad o reserva⁸³, en sentido estricto se encuentra sintetizado en las expresiones latinas universalmente empleadas: *nullum crimen, nulla poena sine legem*. En otros términos: no hay crimen ni pena sin que previamente una ley así lo haya determinado⁸⁴.

En este sentido, Bustos entiende que el principio de legalidad es un límite al *ius puniendi* que esta en relación con todo el sistema penal en su conjunto, cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y ejecución de la misma esta formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que esta taxativamente señalado en la ley⁸⁵.

En efecto Garrido Montt, siguiendo esta misma línea considera que en sentido amplio, este principio alcanza tres garantías, a saber: el de *legalidad propiamente tal*, que corresponde al referido *nullum crimen nulla poena sine legem*; la garantía de *jurisdicción*⁸⁶ (*nemo damnetur nisi per légale iudiciu*) que significa que la aplicación de una pena y la declaración de la existencia de un delito han de ser consecuencia de una sentencia judicial, recaída en un proceso legalmente instruido, con derecho a defensa, ante tribunal competente, precisado por una ley promulgada con anterioridad al hecho que juzgará; y por último la garantía de *ejecución*, que

⁸¹ CILLERO, MIGUEL. "Garantías, Dogmática Jurídica y Minoría de edad Penal: Actualidad del pensamiento Penal Ilustrado". Justicia y Derechos Del Niño N° 5. UNICEF. 2003. 19p.

⁸² GARRIDO M., MARIO. *Ob.cit.* Nota N° 65. 30p

⁸³ En nuestra Constitución este mandato se establece en el Art. 19 N° 3 inc. final de la Carta Fundamental que dispone que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté *expresamente descrita* en ella".

⁸⁴ GARRIDO M., MARIO. *Ob.cit.* Nota N° 65. 34p.

⁸⁵ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 77. 379p.

⁸⁶ Reconocida en el Art. 19 N° 3 inc. 2°, 3°, 4° y 5° de la Constitución Política de la República.

significa, a su vez, que es la ley la encargada de señalar la forma de cumplir la pena (oportunidad, lugar, condiciones, etc.)⁸⁷.

Estos alcances tienen particular relevancia en el derecho de los niños, pues como planteamos más arriba, existe un marco jurídico aplicable a los menores, conformado por un procedimiento especializado nacional (LRPA) y por los principios que consagra la CDN y que deben ser siempre observados en cualquier medida judicial que se adopte en relación a un menor de edad.

Así la CDN en su Art.40.2.a establece: “*Los Estados Partes garantizarán, en particular:*

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.

Además se incorpora a esta garantía la del derecho a ser oído, establecida en el Art. 12 de la CDN que consagra:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En cuanto a la llamada garantía de *ejecución* es imperativo de parte de las autoridades considerar adicionalmente a la imposición de una sanción, las características personales, familiares y sociales del menor, tal como lo consagra la CDN en su Art. 40.4 que establece: “*Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el*

⁸⁷ GARRIDO M., MARIO. *Ob.cit.* Nota N° 65. 34p.

asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Por tanto, como hemos dicho habrá que entender esta garantía de legalidad reforzada por los principios del interés superior del niño⁸⁸ y el derecho a ser oído, establecidos en el Art. 3.1 y 12, respectivamente, de la CDN⁸⁹.

En relación al principio de intervención mínima, debe entenderse a este como aquél según el cual el Estado debe emplear el derecho penal únicamente -y de manera excepcional- cuando los demás recursos que posee para preservar el orden social han sido insuficientes y la sanción penal se presenta como un medio adecuado para esa preservación⁹⁰.

Así todo lo que fuese mas allá de lo estrictamente necesario, sería autoritarismo y una grave lesión a los principios democráticos del Estado, a sus bases de sustentación⁹¹.

El respeto de esta garantía en el derecho penal del niño-adolescente debe verse reflejada en un proceso de descriminalización⁹², esto es que no se incluyan los mismos delitos que los contemplados para los adultos, considerando intervenciones penales diversas que respeten el carácter excepcional de las medidas privativas de libertad, que estas tengan un carácter educativo y como finalidad la resocialización⁹³.

En cuanto a la garantía de proporcionalidad, cabe decir que esta implica para el legislador que la determinación de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. En

⁸⁸ *Infra.*

⁸⁹ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 63. 30p.

⁹⁰ GARRIDO M., MARIO. *Ob.cit.* Nota N° 65. 34p.

⁹¹ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 77. 369p.

⁹² Este principio, junto con la de desinstitucionalización, desjudicialización y diversificación, conforman las llamadas “4 D”: principios fundamentales que diferencian la Justicia de Jóvenes, de la justicia ordinaria. Para su estudio ver: JIMENES, ESTER. “La justicia de Menores en el siglo XX: Una gran incógnita, en un Derecho Penal del Menor”. Ed. Conosur. Santiago. 1992. En: BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 63. 25p.

⁹³ Así vimos la legislación aplicable a propósito del análisis del carácter excepcional y breve de la privación de libertad en un sistema de justicia penal. *Infra.*

otros términos, la pena (tipo de sanción y su extensión) será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad⁹⁴.

En el caso de los menores de edad esta garantía cobra relevancia sobretodo en cuanto a la aplicación de medidas cautelares y de las penas, así por la primacía del interés superior del niño y los objetivos de educación, y reintegración social del joven infractor, debe primar la imposición de sanciones no privativas de libertad que tiendan a estos objetivos y en la medida de su absoluta necesidad. La proporcionalidad en este sentido está en la elección de la clase de pena, ya que, de una gama amplia de sanciones, debe escogerse la que menos afecte los derechos individuales y la que más estimule la inclusión y la responsabilidad social del adolescente⁹⁵.

La proporcionalidad por sí misma no opera como un criterio objetivo de ponderación de la pena a aplicar. Es una cuestión de valoración externa y debe ser orientada por una política criminal garantista, acompañada por otros principios como el de legalidad y el de culpabilidad⁹⁶. Entendiendo este último como limite al *ius puniendi* en cuanto impide que se imponga un castigo al autor por el solo hecho de causar un resultado injusto; para merecer el castigo debe cumplir con las condiciones requeridas para ser objeto jurídicamente de reproche por ese acto, y lo será cuando le es "atribuible"⁹⁷. Así se alza la culpabilidad como otro elemento determinante de la gravedad, justamente a mayor reproche (culpabilidad) mayor pena del castigo.

Según esto no siempre resulta igualitario sancionar en la misma forma hechos análogos; y es por ello que el legislador no puede someter a un mismo tratamiento a un menor que a un adulto. A raíz de esto es que en nuestra legislación se ha consagrado una edad mínima de responsabilidad penal, desde la cual pueden imponerse penas, y siempre en concordancia con los fines del derecho penal juvenil y los principios que lo inspiran.

Por último y en relación a las garantías de humanidad y resocialización, cabe mencionar que la primera de ellas se encuentra contemplada en el Art.37.c de la CDN que establece: “*Los Estados*

⁹⁴ GARRIDO M., MARIO. *Ob.cit.* Nota N° 65. 49p.

⁹⁵ UNICEF. [en línea] <http://www.unicef.org/uruguay/spanish/capitulo_3_a_7.pdf> [consulta: 21 de noviembre de 2011]

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ GARRIDO M., MARIO. *Ob.cit.* Nota N° 65. 48p.

Partes velarán por que: c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”.

Con esto se reconoce la dignidad del niño- adolescente como individuo, y por tanto la prohibición a la imposición de castigos crueles o que le degraden; evitando entonces aplicar sanciones que importen suplicio o que sean estigmatizantes, o desproporcionadas con relación a la lesividad de la conducta delictiva⁹⁸, y a su calidad de niño.

Como hemos dicho antes, los fines de un sistema penal de adolescentes deben siempre tender a la realización del interés superior del niño, conjuntamente con su desarrollo personal, su educación y su resocialización, así esta última garantía toma un carácter especial que se extiende a toda aplicación de justicia y que debe ser considerado a la hora de imponer sanciones, dando prioridad a medidas alternativas a la privación de libertad o al aislamiento del niño de su familia y su entorno, lo cual además se encuentra expresamente consagrado tanto en la CDN como en el Art. 20 de la LRPA que establece: *“Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”.*

Por último, cabe mencionar que referido a menores de edad que además tienen la condición de indígenas,-como es el caso de este trabajo-debe incorporarse a este análisis lo estipulado en el Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo; “Sobre Pueblos Indígenas Y Tribales En Países Independientes”, que ratificado por Chile en septiembre de 2008, se encuentra en plena vigencia desde septiembre de 2009.⁹⁹

⁹⁸ *Ibíd.* 45p.

⁹⁹ DECRETO N° 236. *Ob.cit.* Nota N° 9.

De acuerdo a lo dispuesto más arriba, por ser un tratado de derechos humanos, su invocación debe entenderse como garantía básica de aplicación del sistema penal a niños/niñas, adolescentes y sobre sus disposiciones se trabajará en los siguientes apartados¹⁰⁰.

¹⁰⁰ *Infra.*

6. Convenio N° 169 de La Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Normas relativas a la aplicación de justicia

Antes de adentrarnos en este tema, es preciso mencionar que existen diversos instrumentos internacionales que regulan materias concernientes a la aplicación de justicia y que se encuentran vigentes en Chile, pero por referirse acotadamente a los pueblos indígenas y al haberse ratificado hace pocos años, sólo se analizarán las disposiciones del Convenio 169.

Este instrumento fue ratificado por Chile, el año 2008, luego de una larga espera y una ardua discusión en el Congreso Nacional¹⁰¹. Este convenio se presenta como uno de los instrumentos jurídicos internacionales más actualizados sobre la materia, que ha contribuido a un avance sustancial en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas: como el reconocimiento de su carácter de pueblos, el respeto a sus formas de vida, de su desarrollo económico, y el derecho sobre sus tierras y territorios.¹⁰²

Entendemos que este Convenio contiene normas de derechos humanos que consagra derechos colectivos¹⁰³, que de acuerdo a lo establecido por la Constitución política de Chile en su Art. 5.2¹⁰⁴ sus disposiciones son obligatorias para el Estado y al ser ratificados gozan de rango constitucional. Así Cecilia Medina expresa: “*Los derechos esenciales de la naturaleza humana,*

¹⁰¹ Cabe decir, que Chile fue el último país de Sudamérica en ratificar este Convenio. Salvo Uruguay y el Salvador que no reconocen la existencia de pueblos indígenas dentro de sus fronteras, y Nicaragua, cuyos pueblos indígenas gozan de un régimen reforzado de autonomía regional.

¹⁰² OIT. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Santiago. Oficina Internacional del Trabajo. 2006. 10p. [en línea] <<http://www.oitchile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf>> [consulta: 2 de noviembre]

¹⁰³ No se entrará en este trabajo a la discusión de si es el Convenio 169 es un tratado de derechos humanos y se adoptará la afirmativa en virtud de los siguientes argumentos: Primeramente el derecho Internacional considera a los derechos colectivos como derechos humanos, así la Declaración de Derechos de Pueblos indígenas de Naciones Unidas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y recomendaciones de Relatores especiales de NNUU. Así por ejemplo STAVENHAGEN, RODOLFO: Los derechos Indígenas: Algunos problemas conceptuales, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En: Material de Estudio para el curso Optativo de Derecho internacional de los Derechos Humanos. Universidad de Chile. Año académico 2004. 81p. “*Los Derechos Grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos Humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueve a su vez los derechos individuales de sus miembros*”. Segundo, tanto el Congreso como el poder ejecutivo consideraron en la discusión sobre su incorporación que se trataba de un tratado de derechos humanos, así por ejemplo se expresó en la discusión: “*debe entenderse que no han querido crear una situación de conflicto con el derecho interno y que, por el contrario, estiman que dicho tratado contiene normas de derechos humanos para los efectos del Art. 5.*”

¹⁰⁴ Art.5 inciso segundo: “*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*”

son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por tanto, gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia la Constitución de 1980. Del texto del Art. 5-2° puede concluirse que los derechos humanos consagrados en tratados de los cuales Chile es parte, son esenciales de la persona humana, ya que la Constitución se refiere a ellos como “tales derechos” (en clara alusión a la primera oración del inciso 2°).”¹⁰⁵

La Corte Suprema ha ido más allá, indicando que: “Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado[...] y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno.”¹⁰⁶

Por lo tanto las normas de derechos humanos vigentes en nuestro ordenamiento jurídico están establecidas como límite al ejercicio de la soberanía.

Así planteado entonces el valor del Convenio 169, es imperativo concluir que sus disposiciones son obligatorias para el Estado, y en función del principio de eficacia directa de la misma consagrado en su artículo 6°, todos los órganos públicos quedan limitados en su actuar por estos derechos y obligados a promoverlos. Esto incluye, por cierto, tanto a los tribunales de justicia, como al ministerio público e incluso a la defensoría penal pública. Cualquier acto que los vulnere adolecerá de nulidad de derecho público conforme a los artículos 6° y 7° de la CPR¹⁰⁷, no obstante además la responsabilidad internacional que su incumplimiento pudiera acarrear al Estado de Chile.

¹⁰⁵ MEDINA, CECILIA. Material de Estudio para el curso Optativo de Derecho internacional de los Derechos Humanos. Universidad de Chile. Año académico 2004. 53p.

¹⁰⁶ CAUSA Rol N° 3452-2006. Corte Suprema. c/ Zapata y Romo. considerando 63°, [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

¹⁰⁷ Defensoría Penal. “Modelo de Defensa Penal para imputados Indígenas”. 2011. 44p. [en línea] <<http://www.pnud.cl/servicios/adquisiciones-en-proceso/2011/200-2011-anexoI.pdf>> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

El Convenio 169 contiene artículos específicos referentes a la relación de los indígenas con la justicia, reconociendo a aquellos pueblos el derecho a tener sus propias costumbres y leyes consuetudinarias, y establece además que tales costumbres y leyes deben tenerse en cuenta en la aplicación de las leyes nacionales.

Así el Convenio contiene los siguientes artículos referentes a la aplicación de Justicia.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”

El reconocimiento constitucional de las costumbres y sistemas jurídicos de los pueblos indígenas constituye entonces una medida primordial para el desarrollo de un régimen jurídico que verdaderamente contemple los derechos y prácticas consuetudinarios indígenas y les permita coexistir con el sistema jurídico nacional.¹⁰⁸

Artículo 8:

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

¹⁰⁸ Equipo de PRO 169. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. 2009. 82p. [en línea] <http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/lang--es/docName--WCMS_113014/index.htm> [consulta: 2 de noviembre de 2011].

3. *La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”*

Artículo 9:

1. *En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

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

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.*

En virtud del Art. 9.1, los Estados deberán respetar los métodos empleados tradicionalmente por los pueblos indígenas para la represión de los delitos penales y otras ofensas, en la medida en que dichos métodos sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.¹⁰⁹

En la misma línea Stavenhagen, “*No deberán ser considerados como derechos humanos aquellos derechos colectivos que violan o disminuyen los derechos individuales de sus miembros*”.¹¹⁰

Estas justificaciones nos hacen concluir por lo tanto, que los métodos de sanción tradicionales que violan los derechos humanos individuales no deben ser legitimados por el Derecho Interno. Por otro lado, el Art. 9.2 ordena a los tribunales tomar en cuenta la costumbre indígena para definir la responsabilidad penal.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ STAVENHAGEN, RODOLFO. *Ob.cit.* Nota N° 30. 134p.

La relevancia de los artículos 8.1, 8.2 y 10 radican en que introduce la costumbre e incluso el derecho consuetudinario como elemento de juicio y como una verdadera fuente del derecho, al conocer, juzgar y condenar. Al usar la voz “aplicación de la ley”, alude inequívocamente al ejercicio de actividad jurisdiccional, lo que implica la posibilidad de alegar la costumbre por vía de acción, excepción, alegación o defensa en el marco de un proceso y el deber del tribunal respectivo de ponderarla y utilizarla como parte del parámetro de juzgamiento.¹¹¹

Por otro lado el Art 10.2 consagra la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento, así la propia OIT ha planteado 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,¹¹² señalando que *“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.”*¹¹³¹¹⁴

Esta norma se deriva del principio de igualdad y no discriminación. Ya que dado que las penas fueron concebidas en el contexto cultural de la sociedad dominante para ser impuestas a los miembros de esta sociedad, su aplicación a los pueblos indígenas suele importar un sufrimiento mayor, violatorio de la igualdad ante la ley, porque al hecho de la sanción se agrega el mayor padecimiento ocasionado por el desarraigo cultural.¹¹⁵

¹¹¹ DEFENSORIA PENAL. *Ob.cit.* Nota N° 107. 63p.

¹¹² Organización Internacional del Trabajo, Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. “Un Manual”. OIT. Perú. 2007. 27p.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Con frecuencia, el mayor porcentaje de presos y muertos detenidos pertenece a miembros de los pueblos indígenas. En Australia, entre 1980 y 1997, por lo menos 220 aborígenes murieron durante su detención. Siendo sólo el 1,4% de la población adulta, los aborígenes representaban más del 25 % del total de muertes ocurridas en prisión, generalmente debidas a malas condiciones de detención, problemas de salud y suicidios, entre otras causas. Esto subraya la necesidad de que los jueces, tribunales y administradores nacionales se esfuercen por encontrar formas alternativas de sanción cuando se juzga a ofensores indígenas o tribales. ILO Convention No. 169: A Manual, ILO, 2003. En: Equipo de PRO 169. *Ob.cit.* Nota: N° 108. 84p.

¹¹⁵ GOMIZ, MARÍA Y SALGADO, JUAN. “Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas, Su aplicación en el derecho interno argentino”. 2010. [en línea] <http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/ILO_argentina_text.pdf> [consulta: 15 de noviembre de 2011]

Sometidas estas normas al conocimiento del Tribunal Constitucional¹¹⁶, éste consideró los artículos referentes a la justicia como constitucionales, señalando en su considerando 56°:

“que el hecho de que un tratado o ley entregue al juez nuevos elementos a considerar en una causa no limita de manera alguna el ejercicio de la plena jurisdicción que le otorga la Carta Fundamental para hacer uso de ella a través del debido proceso.

En consecuencia, el numero 2° del artículo 9° en la medida en que autoriza al juez para tomar en cuenta la costumbre, no contraviene la Constitución Política, toda vez que la jurisdicción que ejerce y que para el caso concreto se singulariza en su competencia específica, lo autoriza para ponderar todos los elementos de hecho y derecho ventilados en el proceso, entre los cuales pueden encontrarse las costumbre de los pueblos indígenas...”

Sobre el artículo 10 señala, *“no hace otra cosa que reafirmar los principios que inspiran el proceso penal (...) y que a mayor abundamiento, cabe considerar que este mecanismo o recomendación ya se encuentra incorporado como ley interna por el artículo 54 de la ley indígena”...*

Así en el caso chileno, esta norma puede ser utilizada en todas las etapas procesales, primero como elemento a considerar para la determinación de la medida cautelar más idónea al procesado indígena, pues el término “sanciones penales” incluye también las medidas de seguridad adoptadas durante el proceso ya que toda medida cautelar implica restricción de derechos y no puede concebirse que éstas lleguen a resultar más gravosas que las condenas¹¹⁷.

Además debe considerarse en la audiencia prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal referida a la decisión sobre absolución o condena, para determinar la condena más adecuada para el caso específico, particularmente en cuanto a la forma de cumplir la sanción, aplicando para ello las posibilidades establecidas en la Ley N° 18.216¹¹⁸¹¹⁹.

¹¹⁶ Tribunal Constitucional. ROL 309. 2000. considerandos 50° a 61°. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

¹¹⁷ GOMIZ, MARÍA Y SALGADO, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 115.

¹¹⁸ LEY N° 18.216. Establece Medidas Que Indica Como Alternativas A Las Penas Privativas O Restrictivas De Libertad Y Deroga Disposiciones Que Señala. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29636&buscar=18216>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]

Las condiciones económicas, sociales y culturales podrían por ejemplo, considerarse una causa suficiente para autorizar el arresto nocturno como forma de cumplir una condena, según el artículo 10 de la mencionada Ley N° 18.216.

Asimismo, esta norma puede servir de base para la obtención de beneficios intrapenitenciarios como salidas esporádicas y otras en base a exigencias de prácticas culturales fundamentales¹²⁰.

En la misma línea alguna jurisprudencia reciente de la Corte de Apelaciones de Temuco, que conociendo por apelación una causa en que el condenado pertenecía al pueblo mapuche resolvió:

“Atendido lo dispuesto en el artículo 10 N° 1 del Convenio N° 169 de la OIT, en especial, lo previsto en el informe socioeconómico señalado por la defensa, y aportado ante el a quo, del que se colige que el condenado es una persona de escasos recursos económicos, lo que implica que el viaje a diario entre su domicilio y la comuna de Traiguén además de presentarle dificultades materiales, importan un monto de dinero muy gravoso a desembolsar, del cual además carece, y en especial consideración a lo previsto en el artículo 10 de la Ley N° 18.216, se resuelve que SE REVOCA, en lo apelado, la resolución de fecha veinticinco de julio de dos mil once, respecto del imputado JOEL SEGUNDO PAILLAMA REIMAN y en su lugar se decreta que el cumplimiento de la medida de reclusión nocturna impuesta deberá cumplirla entre los días sábado a jueves de cada semana bajo la modalidad de arresto domiciliario nocturno en su domicilio, debiendo concurrir el día viernes de cada semana al Centro de Cumplimiento Penitenciario de la ciudad Traiguén”¹²¹.

Para los casos que analizaremos más adelante, este principio adquiere una relevancia mayor pues en el procedimiento penal de adolescentes consagrado en la Ley N° 20.084¹²², en la audiencia de determinación de pena se discute acerca de la sanción más adecuada para que esta forme parte de

¹¹⁹ DEFENSORÍAS REGIONALES. Minuta Regional “El Convenio 169 De La OIT y La Defensa Penal De Indígenas”, N° 1. Defensoría Penal Pública. 2010. 21p.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ CAUSA Rol 711-2011.Corte de Apelaciones de Temuco. 17 de agosto de 2011.

¹²² LEY N° 20.084. *Cit.* Nota N° 8.

una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social¹²³, y en que el carácter y madurez del sentenciado son elementos sustantivos al momento de determinar la sanción, por lo tanto la calidad de indígenas de los imputados debe considerarse para la determinación de la condena dando preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Sobre este mismo tema, cabe señalar la observación n° 11 del Comité de Derechos del Niño de La ONU, sobre “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención” en que se dan algunas directrices a los Estados sobre la forma de cumplir las obligaciones que les impone la Convención en lo referente a los niños indígenas en relación a diversos derechos.

En lo concerniente a la justicia juvenil, estipula:

“El Comité observa con preocupación que el índice de encarcelamiento de niños indígenas suele ser desproporcionadamente alto y que en algunos casos puede atribuirse a discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad¹²⁴. Para luchar contra esa elevada tasa de encarcelamiento, el Comité señala a la atención de los Estados partes el artículo 40, párrafo 3, de la Convención, con arreglo al cual los Estados deberán tomar medidas con respecto a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado” ...”se ha afirmado sistemáticamente que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño no deberían utilizarse más que como último recurso¹²⁵.

“Los profesionales que trabajan en las fuerzas del orden y en el poder judicial deberían recibir una formación apropiada sobre el contenido y el significado de las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos Facultativos, en particular la necesidad de

¹²³Artículo 20.- Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

¹²⁴COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. 2007. Párr. 6. [en línea] < http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

¹²⁵COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 11 sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. 2009. Párr.74. [en línea] <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.C.11_sp.pdf> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

*adoptar medidas especiales de protección para los niños indígenas y otros grupos especiales*¹²⁶.

Continuando con el Convenio 169, en relación al acceso a la justicia, este establece en su art. 12:

“Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos.

Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

En Programa de Naciones Unidas para el desarrollo ha definido el concepto de acceso a la justicia como: “La capacidad de los individuos de buscar y obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas a través de las instituciones formales o informales de justicia, de conformidad con las normas de derechos humanos.”¹²⁷¹²⁸

Sobre este mismo punto cabe hacer referencia a la llamada “ley indígena” que corresponde a la Ley N° 19.253, que “Establece Normas Sobre Protección, Fomento Y Desarrollo De Los Indígenas, Y Crea La Corporación Nacional De Desarrollo Indígena”¹²⁹, y que contiene algunos aspectos relativos al valor que tiene la costumbre para las *etnias* de Chile, así en su artículo 1 dispone que:

“El Estado chileno reconoce la existencia de los indígenas desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias, que son parte esencial de las raíces de la Nación chilena, su integridad y desarrollo de acuerdo a sus costumbres y valores”

¹²⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 10. *Cit.* Nota N°124. Párr. 97.

¹²⁷ Equipo de PRO 169. Nota: N° 108. 85p.

¹²⁸ En Chile existe desde el año 2003, la Defensoría Penal Mapuche, encargada de prestar servicios de defensa a indígenas de la Región de la Araucanía. Esta institución nace para: Primero. dar ejecución al principio de igualdad consagrada en la Constitución; Segundo. lo establecido en la Ley 19.253; Tercero. lo estipulado en los art. 8 N° 2 letra e) de la CADH y el art. 14 N° 3 letra d) PIDCP, y 4° lo anteriormente expuesto en relación al Convenio 169 de la OIT.

¹²⁹ LEY N° 19.253. Nota: N° 10.

Agregando en su artículo 7º *“El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, buenas costumbres y orden público”*.

En materia penal la costumbre tiene relevancia especialmente como medio de prueba. Según la normativa nacional, la costumbre indígena puede acreditarse por cualquier medio probatorio, aunque menciona que constituye un medio especialmente importante el peritaje. Así el Art. 54 de la Ley N° 19.253:

“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal”

A mayor abundamiento, la Corte de Apelaciones de Temuco señaló que *“el Convenio 169-citado- sin duda viene a enriquecer la Ley Indígena 19.253 y en efecto perfecciona y llena de contenido al artículo 34 de dicha ley...”*¹³⁰¹³¹.

¹³⁰ CAUSA Rol N° 1705-2009. Corte de apelaciones de Temuco. Puelman con COREMA de la Araucanía (Caso Lof Palguin). considerando 10º.

¹³¹ Algunas causas en que se ha considerado la costumbre como circunstancia modificatoria de la Responsabilidad: RIT 106-2009 TOP Angol, RIT 49-2006 TOP Temuco, RIT 66-2007 TOP Calama, RIT 250-2007 C. de Ap. Antofagasta, y RIT 92-2008 C. de Ap. Pto. Montt.

7. Principios que informan la normativa referida al niño-adolescente

Expuestas algunas de las fuentes internacionales que integran el derecho aplicable a menores de edad y en especial cuando estos pertenecen a pueblos indígenas, corresponde ahora analizar los principios que informan el derecho penal aplicable a estos menores.

Cabe decir que los principios-según señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia¹³². Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.¹³³

Característica de estos principios es que su aplicación es a través de la ponderación, es decir, en caso de conflicto entre principios se decidirá por uno u otro en virtud de su dimensión de peso o importancia relativa. Los principios representan un objeto de optimización que debe realizarse en un grado máximo.¹³⁴

Así dado este sentido al concepto de "principios" es dable exigir que ellos se entiendan como vinculantes para el juez y el legislador¹³⁵. Lo mismo ocurre con los principios formulados positivamente en la CDN.

7.1. El Principio De Especialidad O Autonomía Del Derecho Penal Del Niño- Adolescente

El derecho penal del niño- adolescente es derecho penal¹³⁶, es decir sirve al control social, y al igual que el sistema de adultos está constituido por un conjunto de normas que regulan la

¹³² DWORKIN, R. "Los derechos en serio". Ed. Ariel Derecho. 1989. 72 y 158 pp. En: CILLERO, MIGUEL. *Ob.cit.* Nota N° 61. 7p.

¹³³ CILLERO, MIGUEL. *Ob.cit.* Nota N° 61. 7p.

¹³⁴ TORO J., CONSTANZA. "El Debido Proceso Penal". Ediciones Jurídicas De Santiago.2009. 29p.

¹³⁵ DWORKIN, R. *Ob.cit.* Nota: N° 132. 7p.

¹³⁶ Peter-Alexis Albrecht en el prólogo a la primera edición de su obra "El Derecho Penal de Menores", (traducción de Juan Bustos). "El derecho penal de menores es derecho penal. No es derecho social, no esta programado para la "ayuda" si no que sirve al control social."Editorial PPU. Barcelona. 1990. En: BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota: N° 63. 15p.

potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos, estrictamente determinados por ley, como presupuesto, una pena o una medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto por los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.¹³⁷

Así entonces en el derecho penal del niño-adolescente también deben observarse los principios garantistas del derecho penal de adultos,-así por ejemplo el principio del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa entre otros-, pero agregando en su aplicación los principios garantistas que se han desarrollado y que son propios del derecho del niño sujeto de derecho, que goza por esta condición entonces, de los mismos derechos de los todas las personas, más derechos específicos que surgen de su característica de persona en crecimiento. Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz; simplemente se trata de una persona que esta creciendo.¹³⁸

En consecuencia desde este punto de vista, al derivar los derechos del niño de su condición de persona, y en concordancia con la doctrina universal de los derechos humanos, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.¹³⁹

Por lo tanto el menor debe ser considerado como sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento. Así, como sujeto

¹³⁷ CURY U., ENRIQUE. “Derecho Penal, parte General”. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2009. 37p.

¹³⁸ BELLOF, MARY. “Los Adolescentes y El Sistema Penal, Elementos para una discusión necesaria en la Argentina Actual”. En Pastor, Daniel, Tensiones ¿derechos fundamentales o persecución penal sin limites? Buenos Aires, del Puerto. 2004. 223-248pp.

¹³⁹ CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “El interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional Sobre Derechos del Niño”. Justicia y Derechos del Niño N° 9. UNICEF. 2007. 125p.

de derechos es perfectamente “capaz de responsabilidad”, en una medida diversa a la del adulto, en el marco de su condición de “sujeto en desarrollo.”¹⁴⁰

Esta diferenciación se representa por ejemplo, en que la respuesta represiva o penal del Estado, debe ser menos dura o violenta que la regulada en un sistema penal de adultos, y como ya lo expresamos anteriormente, debe restringir las medidas privativas de libertad a casos excepcionales.

Se fundamenta esta garantía de autonomía o especialidad en dos elementos principales, a saber, el deber especial que tiene el estado de proteger al niño (consagrado en la CDN) y la diferencia de necesidades que tiene el niño frente al adulto¹⁴¹.

Esta autonomía tiene como resultado que todos los principios tanto generales del sistema penal como los relativos al niño adolescente deben ser considerados **desde el niño**¹⁴², adquiriendo relevancia en este punto el llamado “principio rector de la CDN”, que también se agregó a la LRPA, cual es el *interés superior del niño* y que se tratará a continuación.

7.2. El Principio del Interés Superior del Niño

Este es el principio cardinal en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, así el art. 3.1 de la CDN señala: “*En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño*”. También lo señala entre otros en los artículos artículo 9° (a propósito de la separación del niño de sus padres cuando sea necesario en función del interés superior del niño), art. 18(en cuanto a que la preocupación fundamental de los padres debe ser el interés superior del niño), art. 40.2. b) iii) (tomar o no en consideración la edad, situación

¹⁴⁰ MALDONADO, FRANCISCO. “La especialidad del sistema de Responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado”. Justicia y Derechos del Niño, N° 6. UNICEF. Santiago de Chile. 115p.

¹⁴¹ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 63. 17p.

¹⁴² *Ibíd.*

particular, o padres del menor, en base al interés superior del niño, cuando se le acuse de haber infringido las leyes penales).

Como se observa, este principio es trascendental, pues según el mandato del CDN, cualquier actuación tanto pública como privada en que se vea involucrado un menor de edad, y de especial interés en este trabajo; en cualquier decisión que se adopte en el contexto de la administración de justicia, este interés superior del niño, debe ser una consideración primordial.

No obstante la importancia de este principio, la CDN no lo definió, y a raíz de esto los alcances y conceptos que se han dado en la doctrina no son uniformes.

Así por ejemplo se ha definido por Miguel CILLERO como *“nada más, pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos”*. Sobre este mismo tema el autor se extiende indicando que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista que debe interpretarse hermenéuticamente como una concepción que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos, pues de acuerdo a lo que expusimos arriba, los principios como exigencia a la justicia no son simples directrices o ideas inspiradoras, si no obligaciones o “prescripciones de carácter imperativo hacia las autoridades”¹⁴³. Así Cillero identifica los términos de “interés superior” con el de “derecho”. Por lo que desde la creación de la CDN, el interés superior del niño estaría compuesto por la satisfacción de los derechos consagrados en ella misma, así como de los comunes a todas las personas que se ven complementados y reforzados por este principio.

Esta idea lo que hace es darle al principio un campo operativo concreto, así en caso de interpretación de derechos, conflicto entre ellos o falta de solución al caso singular, el interés superior del niño entendido como garantía específica permite ubicarla como medio y fin obligatorio de la solución.

Así también el planteamiento de Couso, quien de acuerdo con Cillero, en cuanto a no dar lecturas tutelares al principio y considerar a los jóvenes como sujetos de derechos, define al

¹⁴³ CILLERO B., MIGUEL. *Ob.cit.* Nota N° 139.

interés superior del niño como “intereses dotados de especial peso y significación, precisamente por el hecho de tratarse de niños”¹⁴⁴

El profesor Juan Bustos por su parte, también en el ámbito de su efecto práctico, indica que el interés superior del niño está referido a los conflictos que pueden producirse entre niños y otros, estableciendo una garantía de prioridad o primacía de los derechos del niño¹⁴⁵.

Es decir, debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto entre derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño o niña; ni el interés de los padres, ni de la sociedad, ni del estado pueden ser considerados prioritarios en relación con los derechos del niño o niña y en especial, todo acto legislativo, de autoridad o simplemente de alguien ha de considerarse y evaluarse desde el niño.¹⁴⁶

Según Bustos¹⁴⁷ el menor o mayor grado de carácter absoluto de la garantía va a depender de la naturaleza del conflicto. Así, será absoluta cuando se trata de actuaciones de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Es decir, frente al interés de la autoridad, el interés del niño prima absolutamente. Asimismo, estas decisiones o actuaciones deben orientarse y limitarse por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (Art. 5 y 12 de la Convención)¹⁴⁸.

Luego, cuando el interés del niño esté en conflicto con intereses de los adultos, una correcta interpretación del principio llevaría a concluir que en todas las decisiones los derechos de los niños deben prevalecer por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos.

¹⁴⁴ COUSO, JAIME. “Más acá del interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?”. En: “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, compiladores García Méndez y Mary Beloff, Temis-Depalma. Bogotá. 1999. 47p.
En: BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota: N° 63. 18p.

¹⁴⁵ *Ibid.* 19p.

¹⁴⁶ GATICA, NORA y CHAIMOVICH, CLAUDIA. “La justicia no entra en la escuela”. *La Semana Jurídica*, II parte. año 2. N° 79. 5p. En: BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota: N° 63. 18p.

¹⁴⁷ *Ibid.* 20p.

¹⁴⁸ CILLERO, MIGUEL. *Ob.cit.* Nota N° 139. 138p.

Si tuvieran este rango, el interés superior del niño igualmente sería prioritario, pero no excluyente de derechos de otros, es decir, el interés superior podría ponderarse con mayor o menor intensidad¹⁴⁹, sin llegar jamás a anularse.

Siguiendo a Cillero, la aplicación correcta del interés superior del niño, supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo 5 de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (Art. 27.1 de la Convención).¹⁵⁰

Especialmente en materia judicial, este principio requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa¹⁵¹.

Así, la aplicación del principio en materia criminal, debe resultar en la limitación a casos muy excepcionales de la utilización o ingreso del adolescente a procedimientos penales y más aún, debe implicar que la imposición de penas privativas de libertad, sea excepcional y limitada sólo a casos graves, además debe ser por el menor tiempo posible y no ha de impedir el ejercicio de otros derechos.

Precisamente se da el ejemplo en nuestra legislación nacional, que contempla dentro de sus sanciones penales la de internación en régimen cerrado de hasta 10 años como máximo, lo que de sumo es excesivo a juicio nuestro y atentatorio a los derechos del niño consagrados en al CDN, en especial los Art. 37 b) y Art. 40.3¹⁵².

¹⁴⁹ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 63. 21p.

¹⁵⁰ CILLERO, MIGUEL. *Ob.cit.* Nota: N° 139. 138p.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² No se entrará aquí a examinar los problemas de la actual LRPA no obstante indicar que de su examen es posible inferir numerosas deficiencias. Sobre este tema ver: VILLEGAS, MYRNA. *Ob.cit.* Nota N° 66. 21p.

Esta internación no sólo afecta gravemente la libertad personal si no también hace imposible el ejercicio de otros derechos consagrados en la CDN, por lo que para asegurar la observancia del interés superior del niño en esas circunstancias, debe garantizarse al menor de edad privado de libertad, que dentro del recinto de internación pueda ejercerlos, así por ejemplo su derecho a educarse (Art. 28 CDN), ver y mantener contacto con sus padres (Art. 9), mantener su identidad (Art. 8), expresar su opinión y que esta sea considerada (Art. 12), entre otros.

Así mismo y a juicio de Bustos, en el caso de Chile y en especial con respecto al derecho a la educación, estos derechos deben asegurarse no sólo por estar contemplados en la CDN, si no también por el principio de intangibilidad de los derechos, consagrado en el Art. 19 n° 26 de la Constitución que prohíbe que al establecer leyes referidas a algún derecho constitucional, se pueda afectar por medio de este cuerpo legal, tales derechos en su esencia o impedir su libre ejercicio, esto es, en definitiva, por medio de una ley no podría llegar a hacer desaparecer en la práctica ese derecho.

8. Convención sobre los Derechos del Niño

Ya hemos hablado en puntos anteriores sobre la importancia de esta Convención.

Primeramente pues es el primer código universal de los derechos del niño legalmente obligatorio de la historia.

Antes se habían dictado las Reglas Mínimas para la Administración de justicia de Menores o Reglas de Beijing el año 1985 y las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las llamadas Reglas de RIAD, aprobadas por resolución 40/33 de la Asamblea General el año 1985. Aun cuando ambos instrumentos estaban referidos a temas de menores no trataban la cuestión de los derechos de los niños (incluida en esta acepción a todos los adolescentes menores de 18 años) de manera completa.

En cambio, la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, se caracteriza por su carácter integral, reconociendo un gran número de derechos de los niños, y separándose de la antigua concepción de niño como objeto de derecho o doctrina de la situación irregular al de niño como sujeto de derecho.

Este convenio es el instrumento internacional que más ratificaciones ha tenido en el mundo. Su dictación ha servido de base para la modificación de la mayoría de las legislaciones referentes a menores del mundo y de todas las legislaciones vigentes en Latinoamérica incluida obviamente la chilena, la cual promulgó el CDN como ley de la República el año 1990 mediante el Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En relación a la justicia juvenil, la CDN en sus artículos 37 y 40 proporciona los principios que deben observarse por parte de los estados para una correcta aplicación respecto de cualquier modelo de responsabilidad penal juvenil.

Así, el Art. 37 establece:

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Con respecto a la letra a) cabe decir que EEUU al igual que Somalia, son los únicos países que no han ratificado la CDN, este por encontrarse en sucesivas guerras civiles y una ingobernabilidad sostenida y el primero entre otras cosas¹⁵³ por mantener entre sus sanciones la

¹⁵³ Según GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. En: “Infancia, Ley Y Democracia”. Justicia y Derechos del Niño N ° 1. UNICEF. año 1999. 23p. Esta no ratificación se debe a tres motivos de naturaleza diversa: a) el primero, se vincula con una tradición jurídica del derecho anglosajón –profundamente reforzada en oposición al bloque soviético en los años de la guerra fría- que privilegia los derechos y garantías individuales, es decir, el derecho como un instrumento eficaz para restringir el área de intervención del Estado en la vida de los individuos. (Una tradición que se resiste a transformar en normas exigibles) aspectos vinculados al área de lo económico-social (salud, trabajo, vivienda, etc.). En este sentido, no debe olvidarse que la CDN es, también, un catálogo de derechos económicos y sociales. b) el segundo motivo se refiere a una imagen (falsa pero eficiente en conquistar credibilidad) que grupos conservadores, generalmente de matriz religiosa, han propagado, en el sentido que la CDN destruye completamente la autoridad de los padres sobre los hijos.

Esta percepción es totalmente falsa. Sin embargo, lo que sí es verdad es que la CDN reduce drásticamente las relaciones de discrecionalidad entre padres e hijos. En este sentido, es precisamente que la CDN reformula radicalmente las relaciones de los niños, no sólo con el Estado, sino también con los adultos y c) el tercer motivo, de naturaleza eminentemente simbólica, no deja por ello de ser sumamente importante y se vincula estrechamente con los temas de la seguridad urbana y la delincuencia juvenil.

pena de muerte que hasta el año 2005 se podía aplicar a menores de edad, además se contempla la pena de cadena perpetua incluso en menores.

La letra siguiente contempla lo que ya hemos expresado en otros apartados, y que se plantea como uno de los pilares de cualquier sistema de justicia de menores. Así, exige que se tomen todas las providencias necesarias para evitar la internación de jóvenes en sistemas carcelarios clásicos y además requiere que cualquier privación de libertad deba ser entendida como último recurso, dado lo perjudicial que esta medida resulta para lo que la CDN entiende como desarrollo integral del niño.

En general esta exigencia es cumplida a medias por los diferentes legislaciones, pues cumplen con lo meramente formal y lo interpretan de modo conveniente a la política criminal del momento y el manejo del control social dirigido hacia la juventud, puesto que la mayoría de los países tiene como principal sanción la privación de libertad y su duración se fija en promedio en 5 años hacia arriba, lo que ya es excesivo para cualquier joven, es difícil que una pena de esta cantidad de años concuerde con el interés superior del adolescente¹⁵⁴.

Luego la letra c) estipula algunos de los derechos que deben observarse aun cuando el menor se encuentre privado de libertad y de los cuales, como expusimos a propósito del principio del interés superior del niño, no puede verse privado, no obstante encontrarse recluso.

Por ultimo la letra d) contempla algunas garantías procesales que configuran al llamado debido proceso, agregando eso si, el derecho a una asistencia adecuada, lo que a nuestro entender y en virtud del interés superior del niño, involucraría defensores especializados.

Por su parte el Art 40 estipula:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca

¹⁵⁴ ACUÑA, O., BARRAZA, G., HEYER, H. "Ley de Responsabilidad penal adolescente, Juventud, Marginalidad y control Social". Prof. Guía. Myrna Villegas D. Tesis de Licenciatura. Universidad De Chile. Facultad de Derecho. 2008. 136p.

el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) *Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;*

vii) *Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.*

3. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:*

a) *El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;*

b) *Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*

4. *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

En general lo que hace este artículo es plasmar los principios básicos de cualquier proceso penal en que se vea involucrado un menor, dando énfasis a su condición de niño- adolescente y acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, promoviendo tratamientos reintegradores.

Luego el artículo hace referencia al principio de legalidad (Art. 40 n° 2 letra a) y a continuación enumera algunas garantías procesales, tales como el principio de inocencia, el derecho a la intimación, el derecho a la defensa, reiterando la ideal especialización de esta, el derecho al recurso, entre otros.

En seguida en el número 3 del artículo se llama a los Estados partes ha establecer un sistema especializado de justicia, promoviendo leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños, así como una edad mínima de responsabilidad penal, y como ya hemos expresado también anteriormente la pretensión de la Convención de que la instancias procesales sean utilizados de manera excepcional y limitada, por esto en el número 4 considera alternativas al establecimiento de internación.

8.1. Convención de Derechos del Niño como parte integrante de la normativa interna en virtud del Artículo 5.2 de la Constitución Política

Como se expresara a propósito de la vigencia y rango constitucional del Convenio 169 de la OIT, como tratado que contiene derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, dijimos que sus disposiciones son obligatorias para el Estado y al ser ratificados gozan de rango Constitucional.

La Convención de Derechos del niño es también un tratado que consagra derechos esenciales, así se presenta como un límite a la soberanía del Estado, siendo sus disposiciones obligatorias para todos los órganos que lo conforman.

De esta manera también lo ha entendido el Tribunal Constitucional, en la sentencia de la causa Rol N° 786- 2007, que se pronuncia sobre la constitucionalidad de un artículo del proyecto de reforma al Art. 23 de la LRPA en relación a la Convención de Derechos del Niño, estableciendo que sus normas, *“en la medida que materializan derechos que son esenciales, son parte del parámetro de control de constitucionalidad aplicable a esta causa y, además, constituyen límites al ejercicio del poder soberano por parte del Estado, en particular del legislador al ejercer su potestad de fijar penas”*.

En otras palabras, este fallo reitera la idea de que los derechos consagrados en la Convención, tienen igual jerarquía que los consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política y, por lo tanto, no deben ser contravenidos por acto alguno, sea de carácter administrativo, legal o incluso particular.

En la misma línea la jurisprudencia que en causa ROL 316-2008 de la Corte Suprema¹⁵⁵ estableció: *"DUODÉCIMO: Que lo que hasta ahora se ha venido expresando es el resultado obligado de una tarea hermenéutica, acorde con los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del intérprete, entre los cuales destaca el elemento sistemático, que determina a establecer la debida correspondencia y armonía entre las diversas partes del contexto normativo, integrado, en este caso, no sólo por disposiciones de la ley local ,sino por principios y dictados ordenadores como los contenidos en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, ratificada por nuestro país y promulgada como ley de la República, a través del Decreto Supremo N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, especialmente de su artículo 40; conforme a su tenor, el sistema aplicable a los adolescentes infractores debe ser un sistema especial, en el que se destaque “el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su integración social y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (apartado 1) siendo deber de los Estados partes adoptar medidas tendientes a asegurar “que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción” (apartado 4)."*

8.2. Principios Básicos De Una Política General Sobre Justicia De Menores

Con el propósito de orientar a los Estados partes de la CDN, en cuanto a la elaboración y aplicación de una “Política General de Justicia de Menores”, respetuosa de los derechos contemplados en la CDN, el Comité de los Derechos el Niño de la ONU, dictó con fecha 25 de abril de 2007, la observación General n° 10 sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”. Este instrumento contempla los principios básicos de una política general que, considerando adicionalmente a los principios ya tratados en acápite anteriores y que se derivan del art. 37 y 40 de la CDN, agrega los principios estipulados en los artículos 2, 3, 6 y 12.

¹⁵⁵ CAUSA Rol 316-2008. Corte Suprema. considerando duodécimo. [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/23794914/Corte-Suprema-Rechaza-Recurso-de-Queja>> [Consulta: 26 octubre 2011]

Así el primero de ellos el Art. 2 de la CDN consagra el principio de no discriminación (Art. 2 CDN). Considera esta observación que los Estados parte deben garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia, propiciando el desagravio, la reparación y la indemnización. Es un hecho que muchos de los niños que tiene conflicto con la justicia, también son víctimas de discriminación pues pertenecen a grupos vulnerables, por ejemplo son niños de la calle o de clases bajas, reincidentes o miembros de una minoría.

Sobre lo mismo el Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha formulado que los Estados parte de la CDN, “*deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia. Debe prestarse atención especial a la discriminación y las disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños*”.¹⁵⁶

Este llamado a la no discriminación es además una de las expresiones más claras del principio de igualdad que está también consagrado en nuestra Constitución, es su Art. 19 n° 2. Esta igualdad es un elemento intrínseco para la convivencia en sociedad y un presupuesto necesario para el logro de la justicia.

En el tema específico de los casos que analizaremos mas adelante, de los menores de edad que han sido acusados por ley antiterrorista en Chile, es dable adelantar que todos pertenecen al pueblo indígena mapuche, en una decisión que intentaremos demostrar es del todo discriminatoria.

Con respecto al siguiente principio que plantea la observación, el de interés Superior del Niño (Art. 3) hablamos suficiente a propósito de los principios propios del derecho penal del adolescente, por lo que nos remitiremos a lo ya expuesto, no obstante remarcar que siempre debe ser una consideración primordial de cualquier sistema de administración de justicia así como de cualquier consideración referida a niños-adolescentes.

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo contemplado en el Art. 6, debe servir de guía e inspirar a los Estados parte para elaborar políticas y programas nacionales eficaces de

¹⁵⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 10. *Cit.* Nota n° 124.

prevención de delincuencia juvenil, pues huelga decir que la delincuencia tiene un efecto muy negativo en el desarrollo del niño. Así mismo, la pena capital y la cadena perpetua están expresamente prohibidas. El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad, por esto mismo se ha estipulado por la CDN que la privación de libertad, el encarcelamiento o la prisión se utilizará tan sólo como medida de último recurso y por el menor tiempo posible.¹⁵⁷

Prosigue esta observación considerando el principio de respeto a la opinión de niño (Art. 12). Este tiene como consecuencia que en los procedimientos penales, el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan debe ser respetado y observado escrupulosamente en todas las etapas del proceso de la justicia juvenil, así tanto en la etapa prejudicial, en que el niño tiene derecho a guardar silencio, hasta el derecho a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez. También es aplicable en las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplicación de las medidas impuestas¹⁵⁸.

Por último tenemos al principio de dignidad (Art. 40.1). La CDN contiene un conjunto de principios relativos al trato que debe darse a los niños que tienen conflictos con la justicia, así expresa que los estados partes deben garantizar: “*Un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño*”, “*un trato que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y la libertades de terceros*”, “*un trato en el que se tenga en cuenta la edad del niño y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad*” y “*El respeto de la dignidad del niño requiere la prohibición y prevención de todas las formas de violencia en el trato de los niños que estén en conflicto con la justicia*”.

Este principio de dignidad se observa también en el artículo 1 de nuestra Constitución Política, que establece que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” y está consagrado además en el Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 12. Naciones Unidas. Año 2009. 17p. [en línea] < <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm> > [consulta: 14 noviembre de 2011]

La dignidad implica autonomía e indemnidad personal. Desde el momento en que reconocemos que el adolescente y el niño/a, en general, es persona, reconocemos también su autonomía ética y por consiguiente que es un ser responsable y que esa responsabilidad es progresiva, elemento que es presupuesto fundamental para la intervención penal¹⁵⁹.

¹⁵⁹ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 63. 28p.

9. La Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente.

Como hemos dicho anteriormente, luego de la ratificación de la CDN por parte de Chile, se hizo necesario adecuar la legislación interna a las disposiciones de este instrumento internacional. Se comenzó así un proceso que tenía por finalidad entre otras modificaciones, establecer un nuevo sistema de responsabilidad penal. Luego de que un anterior proyecto no prosperara¹⁶⁰ se terminó por presentar el año 2002 la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en un ambiente de discursos políticos y mediáticos que tendían principalmente al aumento de penas y a una llamada “batalla contra la delincuencia”. Así fue aprobada y publicada el 7 de diciembre del 2005, fijando un periodo de vacancia de 18 meses.

9.1 Características

Esta Ley esta compuesta por 70 artículos, más 4 artículos transitorios. Esta dividida en 5 capítulos, el primero de ellos; el título preliminar establece las disposiciones generales o directrices básicas de la ley, luego el título I “Consecuencias de la declaración de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley Penal” determina las sanciones aplicables y la determinación de ellas, luego el título II trata sobre el “Procedimiento” indicando que serán aplicables las normas contenidas en la LRPA, y supletoriamente las del Código Procesal Penal, el Título III se titula “De la ejecución de las sanciones y medidas” y el título final agrega algunos aspectos adicionales como las modificaciones a otras leyes, la remisión a otros procedimientos, etc.

Algunas de las características más relevantes de la ley son, primeramente, que se presenta como una normativa para establecer las responsabilidades de los adolescentes mayores de 14 y los menores de 18 años, y por tanto, como una ley *especial*. En ese sentido y en relación a los artículos 4, 13 y 20 del Código Civil esta ley debe aplicarse con preferencia sobre cualquier otra ley más general.

¹⁶⁰ Proyecto de 1994, basado en un documento elaborado por el Ministerio de Justicia llamado “Ideas matrices para la legislación de los jóvenes infractores de la Ley penal”, que recogía acabadamente los postulados de la CDN.

Así, su Art. 1 establece: “La presente ley regula la Responsabilidad penal de los adolescentes por lo delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha Responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de estas”. Como ejemplo de esta diferenciación tenemos la instauración de procedimientos más ágiles y abreviados, así menor plazo de investigación (Art. 38), la utilización preferente de normas sobre simplificación de procedimientos (utilización de juicio inmediato, en caso de infracciones flagrantes) o la adecuación de criterios para aplicar mecanismos de desestimación de casos (principio de oportunidad), por citar algunos ejemplos.¹⁶¹

De lo expresado por este artículo se ha dicho que se plantea así un sistema de *justicia especializado*. Sin embargo y no obstante el tenor del artículo, se le ha criticado que en la práctica el sistema aplicable es el mismo que el establecido para los adultos, en virtud de la remisión del inciso segundo tanto al Código penal como la remisión del Art. 27 al Código Procesal Penal. Resultando entonces que los adolescentes podrían ser imputados por los mismos delitos que los adultos, entre otras consecuencias¹⁶².

Además del tenor del Art. 29 se puede concluir que la referencia al sistema de justicia especializado está hecha a una capacitación de los operadores del sistema, así los jueces de garantía, del tribunal oral, los fiscales y los defensores penales públicos, pero no a una especialización orgánica.

Otra característica de la LRPA es el establecimiento de un *amplio catálogo de sanciones*, planteando diversas alternativas a la pena privativa de libertad, limitándola a delitos más graves.

¹⁶¹ Instructivo del Ministerio Público. Oficio N° 719. “Comentarios sobre la ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”. 7 de diciembre 2005. Reforma Procesal Penal. Oficios del Fiscal Nacional. Ed. Jurídica de Chile. 2007. 286p.

¹⁶² Según BASUALTO HERNÁNDEZ, HÉCTOR: la LRPA se constituiría como régimen diferenciado solo en cuanto establece un sistema menos estricto que el de adultos, en dos sentidos, primero en lo que denomina términos absolutos; rebaja las penas equiparables a las tradicionales de adultos estableciendo máximos de su extensión, y segundo o términos relativos establece un abanico de sanciones alternativas a la responsabilidad penal. Luego, para hablar de un sistema especializado, que cumpla con las obligaciones internacionales impuestas por la CDN y con la normativa interna referida a la garantía de la igualdad, en cuanto el sujeto tiene un grado de madurez diferente, deberían modificarse los aspectos referidos a la teoría del delito, esto es los presupuestos de la responsabilidad penal y las causas de exención de la misma. “El nuevo derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito”. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Volumen XX, N° 2. diciembre 2007. 197p. [en línea] < <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v20n2/art09.pdf>> [consulta: 14 de noviembre de 2011]

Así contempla la libertad asistida, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación de daño causado, la multa y la amonestación (Art. 6 LRPA). Esto en concordancia con la llamada “diversión” o “diversificación” de las sanciones, como resultado de la consideración de sistema especializado.

La existencia de una serie de medidas alternativas al encierro, comparadas precisamente con la hipótesis de encierro, desde luego suele ser vistas como un avance hacia un derecho penal disminuido o limitado. Sin embargo, debe reconocerse que en el momento de adjudicación de una medida alternativa como las contenidas en la Ley N° 20.084 lo que se está expresando es ante todo reproche penal, esto es una consecuencia nefasta para los intereses del ciudadano que padece la medida.¹⁶³

Otra característica de la LRPA, es *la pretensión resocializadora o de objetivos socioeducativos* que contiene. Este interés puede observarse primeramente en la mención al interés superior del adolescente del artículo 2, que como hemos dicho debe primar en cualquier decisión -incluida las judiciales- concerniente a menores de edad y que incluye según hemos dicho, aspectos de reinserción del menor. También se observa con respecto a la finalidad de las sanciones contenida en el Art. 20 que establece: *“las sanciones o consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”*. Así mismo el Art. 24 a propósito de los criterios de determinación de la pena, considera dentro de sus criterios en la letra f), *“la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”*.

Por lo tanto, cualquier sanción debe determinarse y ejecutarse bajo el prisma tanto del interés superior como por lo estipulado en los artículos arriba mencionados. Así tendrá especial

¹⁶³ VALENZUELA SALDÍAS, JONATAN. “La Ley De Responsabilidad Penal Adolescente Chilena Frente A La Consolidación De Un Modelo Político De Ley Y Orden: La Culpabilidad Como Criterio Limitador”. Material de apoyo para los alumnos del curso “Seguridad Ciudadana: Aspectos Penales”. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. [en línea] < https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D125D0748/6/material_alumnos/previsualizar?id_material=5127 > [consulta: 14 de noviembre de 2011]

relevancia para su establecimiento lo dispuesto por el Art. 25 inciso segundo de la LRPA que otorga valor interpretativo al mencionado Art. 20, así las sanciones deberán imponerse cuando se cumpla con las finalidades de socioeducación e integración que además deberá fundarse en una resolución motivada que se haga cargo de tales finalidades.

Sobre esto mismo cabe mencionar como característica adicional, que en virtud de la dictación de la LRPA se ordenó la creación de diversos establecimientos destinados al cumplimiento de las penas privativas de libertad, lo que pretende una separación absoluta entre adultos y menores de edad. Además estos centros están a cargo de funcionarios del Servicio Nacional de Menores y no de Gendarmería de Chile, como las cárceles de adultos, pretendiendo así hacer viables las finalidades de resocialización.

9.2 El Reglamento de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente.

Fue publicado el 25 de abril de 2007, por decreto 1378 de 2006 y tiene por finalidad regular la ejecución y cumplimiento de las medidas y sanciones contenidas en la Ley N° 20.084.

Establece además algunos principios que deben primar en las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores, reiterando así el interés superior del niño, la igualdad, no discriminación, información de derechos y deberes, entre otros. Además se contempla la función que cumple el Servicio Nacional de Menores, el tratamiento aplicable a la rehabilitación del consumo de drogas y alcohol, disposiciones para los centros privativos de libertad, la administración de los centros y las sanciones no privativas de libertad, entre otros.

9.3 Código Penal. Aplicable en forma supletoria en virtud del Art. 1 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

El artículo 1º, inciso 2º del de la LRPA señala que: “*En lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales*”. Como ya hemos dicho de este tenor y de lo estipulado en la misma LRPA resulta que los jóvenes podrán ser responsables de los mismos crímenes y simples delitos que los adultos. No obstante, el mismo artículo en su inciso tercero señala que tratándose de las faltas serán responsables sólo los mayores de 16 años, y respecto de infracciones específicas enumeradas en el mismo inciso. No obstante esta declaración, en los artículos 102A y siguientes se estipula que las faltas contenidas en la legislación vigente constituirán contravenciones de carácter administrativo y se conocerán por los Tribunales de Familia mediante un proceso contravencional, lo que ha sido catalogado por Juan Bustos como un fraude de etiquetas¹⁶⁴.

Con respecto a los crímenes, y simples delitos se puede decir que estamos ante una remisión expresa a los tipificados en el Código Penal y en las leyes penales especiales.

Ya hemos dicho que esta remisión expresa vulnera los principios consagrados en la CDN, así la idea de derecho penal mínimo, especialización del sistema penal de adolescentes y la finalidad reintegradora de la normativa penal adolescente, se ven profundamente transgredidos.

9.4 Código Procesal Penal. Aplicable en forma supletoria en virtud del Art. 27 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

El Art. 27 establece: “*la investigación y juzgamiento de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal*”.

Son muy pocos los artículos que se refieren al procedimiento, por lo que en términos generales el proceso es el mismo que el aplicable a adultos, con pequeñas diferencias, así por ejemplo

¹⁶⁴ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 63. 31p.

extiende el criterio para la procedencia del principio de oportunidad agregando la consideración *“de la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado”*(Art. 35), pero manteniendo la exigencia de la pena máxima del Art. 170 del CPP, también disminuye el plazo máximo de investigación, fijándolo en 6 meses (Art. 38) y reduce el plazo de celebración del juicio oral a partir de la dictación del auto de apertura desde no antes de 15 ni después de 60 días vigente en el sistema de adultos (Art. 281 del CPP) a no antes de los 15 ni después de los 30 días en caso de los menores de edad, entre otros aspectos.

Sin embargo, son los mismos operadores del sistema, jueces, fiscales y abogados defensores los que conocerán de estas causas. Reiterándose entonces las críticas hechas a propósito del Art. 1 y la remisión al Código penal.

CAPÍTULO III

Análisis crítico de la aplicación de la Ley N° 18.314 Sobre Conductas Terroristas a menores de edad pertenecientes al pueblo mapuche, en el marco de un Estado de Derecho Democrático.

10. Consideraciones previas sobre la aplicación de la Ley Antiterrorista a menores de edad en el marco de la cuestión mapuche

Como se expresara en el capítulo I, el Estado chileno ha respondido a la situación de protesta y movilización social del pueblo mapuche a través de distintos medios, que en su faceta más extrema incluye el sometimiento de personas indígenas a procesos judiciales por violaciones de la ley penal¹⁶⁵.

Así, vimos en el capítulo I cómo la cuestión mapuche tiene un origen cultural, histórico y político, en que se enfrentan diversas formas de ver el mundo o cosmovisiones y cuya resistencia a la imposición estatal de parte de los mapuche ha llevado a este control punitivo de sus reivindicaciones.

Los líderes y miembros del pueblo mapuche perciben esta reacción estatal como una persecución destinada a reprimir sus procesos de movilización y protesta a través de los tribunales¹⁶⁶. Aunque la mayoría de los procesos penales han sido conducidos bajo la ley penal ordinaria, un número significativo de casos desde el año 2001 en adelante, (bajo la presidencia de Ricardo Lagos) se han procesado bajo la Ley N° 18.314 “Ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad”, llamada comúnmente como Ley Antiterrorista¹⁶⁷, resultando en sentencias condenatorias. Con motivo de la aplicación de esta ley y las citadas condenas se presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la cual recurrió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el Caso N° 12.576 el 7 de agosto de 2011¹⁶⁸, fundamentándose en la vulneración del principio de legalidad, del derecho a la igualdad y a la no discriminación, del derecho a la defensa, derecho a la libertad de expresión, el principio de responsabilidad penal individual y a la presunción de inocencia, así como al derecho a recurrir del fallo y a un juez imparcial.

¹⁶⁵ STAVENHAGEN, RODOLFO. *Cit.* Nota N° 30. Párr. 37.

¹⁶⁶ *Ibidem.* Párr. 38.

¹⁶⁷ Entre estos casos podemos nombrar como emblemáticos; el juicio por incendio y amenaza terroristas en contra de los *Lonkos* Mapuche Pascual Pichún Paillalao y Aniceto Norín Catrimán: RUC 0100083503 del TOP de Algol; el caso de incendio terrorista del fundo Poluco-Pidenco: RUC 0100086594 del mismo tribunal; juicio contra Víctor Ancalaf Llaupé del año 2002, ante la Corte de Apelaciones de Concepción, entre otros. Todos con sentencias condenatorias.

¹⁶⁸ [en línea] <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/siddhh/casos-cidh/1515-cidh-chile-mapuche.html>> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

No obstante este hecho, la aplicación de la Ley N° 18.314, que como hemos visto es la ley más gravosa que contempla nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁹, se ha seguido invocando desde el año 2008 en adelante, aún cuando el gobierno de la época se había comprometido¹⁷⁰ a no invocarla en causas en donde se imputara a indígenas. A raíz de que en las regiones VIII y IX se han realizado hechos delictuales que en opinión del ministerio público y la prensa se enmarcarían dentro del llamado “conflicto mapuche”, fueron calificados como delitos terroristas por la fiscalía y el gobierno, que mediante querellas particulares también se hizo parte de los procesos.

De estos hechos, agrupados en 6 causas, 2 ya han tenido sentencias y otras 4 están esperando la realización de la audiencia preparatoria del juicio oral. El primero de los realizados, fue conocido por el TOP de Cañete, terminó con 4 condenados por delitos calificados como comunes y 12 de los acusados fueron absueltos¹⁷¹ y en el siguiente resultaron los imputados absueltos de todos los cargos. Es de importancia resaltar que por haber sido calificados como delitos terroristas por el ministerio público se aplicaron todas las herramientas que esta ley otorga y que fueron nombradas someramente más arriba, no obstante eso el TOP quitó el carácter de terrorista y condenó por delitos comunes.

Los otros 4 procesos restantes, a saber, Tur Bus, peaje Quino, Fundo San Leandro y Fundo Brasil están en espera de audiencia preparatoria y como hemos comentado antes, en los tres últimos tiene dentro de sus imputados a 4 personas que al momento de los hechos configuradores del delito eran menores de edad¹⁷².

La aplicación de esta ley determinó que estos menores pasaran más de un año en prisión preventiva en un centro del SENAME, contraviniendo así la idea de intervención penal mínima

¹⁶⁹ Más gravosa pues consagra penas mayores que aquellas establecidas para los delitos comunes; dispone que la libertad provisional de los detenidos únicamente procede con el voto unánime de los jueces titulares en caso de apelación; quienes sean condenados por las conductas allí sancionadas podrán ser sujetos a restricciones de sus derechos políticos; permite plazos de detención preventiva más largos; admite que se aumente el plazo de secreto de las investigaciones hasta por un término de 6 meses; permite la interceptación de comunicaciones telefónicas y la restricción de visitas, entre otras medidas.

¹⁷⁰ “Gobierno Descarta aplicar Ley antiterrorista a indígenas”. *LA NACIÓN*. Viernes 18 de abril de 2008. [en línea] <http://216.72.168.173/prontus_noticias_v2/site/artic/20080418/pags/20080418134502.html> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

¹⁷¹ CAUSA RIT N° 35-2010. Tribunal Oral en lo Penal de Cañete.

¹⁷² Cabe mencionar que otros jóvenes mapuche han sido procesados por hechos enmarcados dentro de las protestas y manifestaciones reivindicatorias de derechos, pero se ha utilizado la legislación común. Es el caso de Leonardo Quijón, y Vania Queipul (15 años), ambos absueltos. También existe el caso de Rodrigo Huechupán el cual fue procesado por incendio terrorista y cuya causa se encuentra suspendida condicionalmente.

consagrada tanto en la CDN como en la LRPA. Esto no sólo por la decisión del juez de garantía, si no también porque en la revisión en segunda instancia de la medida cautelar se requería del voto unánime de los jueces (requisito propio de la invocación de Ley N° 18.314 en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución), circunstancia que no se dio hasta que había transcurrido más de 1 año de internación y en paralelo a todos los otros imputados, por lo que no fue una consideración especial a su condición de niños.

Relevante es mencionar que el ministerio público para calificar como terroristas los siguientes delitos se basa en lo estipulado en el Art. 1 de la Ley N° 18.314, esto es “*cuando el hecho 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*” y es por eso que en las tres acusaciones que se detallarán mas adelante, luego de relatar los hechos específicos, se procede a enumerar otros tantos sucesos ocurridos en la VIII y IX regiones (entre 13 y 17 por causa), y que a juicio del ministerio público configuran el “contexto” y que junto a los hechos principales generan el ambiente de temor que hace procedente la citada ley¹⁷³.

Así en palabras de la fiscalía: “*Se trata de delitos terroristas, pues las acciones violentistas se ejecutan usando vías de hecho y violencia con el fin de obtener que determinados agricultores y trabajadores abandonen sus predios y buscan posicionar en la sociedad o comunidad, dentro de la cual se encuentran insertas las víctimas, el temor de padecer delitos de las mismas características o especie*”.¹⁷⁴

¹⁷³ Desde el punto de vista de la defensa de los imputados en estas causas, esta enumeración de hechos que forman parte de la acusación es atentatoria del derecho a la defensa y la presunción de inocencia, ya que no pueden ser contrarestandos pues no forman parte de las carpetas investigativas, si no que solamente son enumeradas para la configuración del contexto terrorista, aun cuando no existe proceso ni condenas que demuestren que sean los imputados los responsables de estos hechos. Así entonces, gran parte de las pruebas testimoniales ofrecidas por la fiscalía, de policías, periodistas, etc., apuntan a crear esta sensación de temor.

¹⁷⁴ Acusación proceso RUC N° 0900033605-7, RIT N° 52–2009, por infracciones a la Ley N° 18.314, Ley N° 17.798 y otros. “Fundo San Leandro”, Juzgado de Garantía de Lautaro.

10.1 Breve exposición de hechos que motivan causas penales en que invocada la ley antiterrorista se encuentran acusados menores de edad.

A continuación resumimos los hechos que motivan las diferentes causas, y que se encuentran detallados en las acusaciones presentadas por el ministerio público. Hemos omitido tanto el nombre de las víctimas como de los otros imputados, dejando únicamente lo referente a los menores de edad.

10.1.1 Caso Peaje Quino Rit n° 1134-2009 Juzgado de Garantía de Victoria

En horas de la noche del día 10 y la madrugada del día 11 de octubre de 2009, los imputados provistos de armamento consistente en escopetas hechizas y convencionales, un fusil de guerra, pistola y revólveres, más un bidón con líquido combustible, una motosierra, entre otras especies. Se trasladaron hasta el Km. 4 de la Ruta CH-181 que une las ciudades de Victoria y Curacautín, comuna de Victoria, en un furgón conducido por su dueño e imputado, quien luego de efectuar el traslado se retiró del lugar.

En dicho lugar este grupo de acusados se reunió con otros sujetos que los esperaban, entre otros por **Juan Patricio Queipul Millanao** y **Luis Humberto Marileo Cariqueo**, y procedieron al derribo de árboles de considerable tamaño los que al caer y junto a otros objetos formaron una barricada que bloqueó la ruta, impidiendo el tránsito vehicular y haciéndola intransitable, lo que obligó a diversos conductores a detenerse, quedando atrapados con los obstáculos instalados, prestando en estas actividades el acusado **Juan Patricio Queipul Millanao**, labores de cobertura.

Aproximadamente a las 22:30 horas, llegó al lugar un vehículo menor que impactó la barricada, quedando detenido en dicho lugar. Este era tripulado por un hombre y una mujer, a quienes los acusados referidos hicieron descender bajo insultos y amenazas con las armas de fuego que portaban, manteniéndolos en el suelo apuntados con dichas armas.

Luego tres vehículos, al quedar atrapados frente a la barricada realizaron maniobras para huir del lugar, momento en que los acusados le dispararon recibiendo los móviles numerosos impactos de perdigones.

Ante la huida de algunos de los vehículos atacados por los imputados, el grupo se dirigió a la Ruta 5 Sur. Todos los acusados se dirigieron caminando por diversos predios rurales de la comuna de Victoria, llegando en las primeras horas de la madrugada del día 11 de octubre de 2009, al denominado cruce Quino, ubicado en el Km. 611 aproximadamente de la Ruta 5 Sur, lugar en el que procedieron a hacer una barricada en la pista poniente de la ruta, bloqueándola, impidiendo el tránsito vehicular de norte a sur, lo que obligó a diversos conductores a detenerse, quedando atrapados e impedidos de avanzar por los obstáculos instalados.

En este contexto un grupo de los acusados, entre ellos **Juan Patricio Queipul Millanao**, atacaron la cabina del peaje lateral existente en dicho lugar, de propiedad de la Sociedad Concesionaria Ruta de La Araucanía S.A., disparando contra la misma donde se encontraba la víctima que cumplía labores de cajero, cabina que quedó con varios impactos de perdigones. El ofendido, ante el inminente peligro de su vida, se protegió al interior de las dependencias, mientras los acusados, junto con disparar, le gritaban que le matarían, procediendo a sustraerle en esta acción 2 teléfonos móviles marca Samsung, una cámara digital marca Samsung, y la suma de dinero de \$40.000 que había recaudado y de dominio de la concesionaria señalada.

En esos instantes llegó al lugar un vehículo de Carabineros de Chile que concurrió al lugar ante un llamado de denuncia recibido por los hechos que ocurrían, el cual fue atacado con diversos disparos efectuados por el mismo grupo de sujetos, recibiendo el móvil numerosos impactos balísticos de perdigones, logrando el personal policial huir y ubicar el precitado vehículo policial fuera del alcance de los disparos solicitando refuerzos.

Entre los vehículos que quedaron atrapados por la barricada se encontraba un camión marca Mercedes Benz, de propiedad de Banco Santander Chile, llegando hasta dicho móvil parte del grupo de atacantes, entre ellos **Juan Patricio Queipul Millanao**, los que con amenazas de muerte y apuntándoles con sus armas obligaron a bajar del móvil a sus ocupantes, para proceder a lanzar combustible al interior de la cabina, incendiándolo, quedando completamente destruido

por la acción del fuego. El camión incendiado está avaluado en \$27.000.000, que equivalen a 737 UTM.

Inmediatamente a lo anterior, uno de los imputados junto a otros integrantes del grupo se dirigieron hacia un vehículo marca Nissan y encañonando al conductor y bajo amenaza e intimidación le exigieron la entrega de su billetera.

Durante las últimas acciones, el acusado **Luis Humberto Marileo Cariqueo** y otro cumplían funciones de cobertura.

En esos instantes, personal de Carabineros procedió a intervenir y el grupo completo huyó del lugar en dirección poniente, a través de diversos predios.

10.1.2 Causa Fundo San Leandro Rit n° 52-2009 Juzgado de Garantía de Lautaro

El día 12 de enero de 2009, 9 imputados mas otras personas no identificadas, dentro de ellos los menores **Cristian Alexis Cayupán Morales** y **José Antonio Ñirripil Pérez**, provistos de armas de fuego largas y cortas, derribaron la puerta principal e irrumpieron de manera violenta en el domicilio de una familia compuesta por 8 personas de diversas edades, tres de ellas niños. En el interior del domicilio, los imputados, mediante gritos, insultos, golpes y apuntando con sus armas a los habitantes del inmueble, obligaron a levantarse a la totalidad de los ocupantes ordenándoles que se tendieran en el suelo de la dependencia del inmueble destinado a living. En esos momentos 2 de las víctimas, junto con un menor de un año y 8 meses, se encerraron en su dormitorio trancando con sus cuerpos la puerta, ante lo cual uno de los imputados procedió a disparar el arma que portaba contra la puerta de madera -la que posteriormente fue incautada a uno de los imputados-, para luego patear la misma puerta, fracturándola y logrando entrar a la habitación y hacer salir a la fuerza a los ofendidos. Coetáneamente, una víctima trató de solicitar auxilio vía telefónica, por lo que fue agredida por parte de los imputados con golpes, siendo arrojada al suelo. Simultáneamente a lo anterior, otra víctima era agredida por los demás imputados con golpes de pie y puño, a fin de que revelara dónde mantenía oculta un arma de fuego consistente en una escopeta, la que efectivamente encontraron y sustrajeron después de

registrar el inmueble, apropiándose además de teléfonos celulares, parlantes, un reproductor de DVD, entre otras especies. Luego de todas estas acciones, mientras los imputados mantenían reducidos y aterrorizados al grupo familiar con las armas que portaban, les advirtieron verbalmente de la siguiente forma: *“dile a tu patrón que tiene que entregar la tierra, porque es tierra de indígenas, tienen que irse ahora porque si no vamos a matar a toda tu familia y te vamos a quemar la casa, y ahora vamos a quemar el trigo”*. Cumpliendo su advertencia, los imputados se dirigieron hasta el sector de los galpones ubicados en las inmediaciones de la casa habitación, en el que se guardaban alimentos para animales y otras especies propias de las labores agrícolas pertenecientes al grupo familiar, en donde procedieron a iniciar fuego en dos de ellos, resultando ambas instalaciones de 191 y 616 metros cuadrados, aproximadamente, ambos valorados en la suma de \$52.412.360, totalmente quemados y destruidos por la acción del fuego, al igual que los enceres que en ellas se guardaban.

Del mismo modo, los imputados, quienes en todo momento obraron coordinadamente y de manera conjunta, aplicaron fuego en una siembra de trigo aledaña, plantío que se incendió, destruyéndose por la acción del fuego una parte de ella.

Posteriormente, con fecha 13 de enero del año 2009, aproximadamente a las 15:31 horas, a través de un correo electrónico enviado a los medios de comunicación, la Coordinadora Arauco Malleco, reivindicó como propios los hechos recién relatados.

SEGUNDO HECHO:

El día 03 de mayo del año 2008, aproximadamente a las 6 de la mañana, en circunstancias que la víctima pernoctaba en su domicilio en conjunto con su cónyuge y sus hijos menores de edad, domicilio ubicado en el predio Tres Luces, ubicado en la comuna de Lautaro, un grupo de personas entre los que se encontraba **Cristian Alexis Cayupán Morales**, armados con hachas, machetes y otros elementos cortantes y contundentes, ingresaron violentamente al domicilio quebrando los vidrios de la casa y fracturando la puerta, y procedieron a advertir al dueño de casa de que no debía resistirse de lo contrario lo matarían, para luego forcejear con el mismo, siendo reducido por la fuerza, para posteriormente, una vez obtenido el control del lugar, proceder a realizar diversas acciones al interior de la casa habitación, tales como registros en busca de armas y municiones, como también en el exterior, tales como rayados en

construcciones exigiendo la entrega del predio por parte de su propietario bajo la consigna “*Fuera Herdener de Territorio Mapuche*”, cortes de árboles, cortes de cercos, bloqueos de caminos interiores, enfrentamiento con personal de Carabineros que llegó a prestar auxilio, entre otras acciones, luego de lo cual los imputados abandonaron el citado predio.

10.1.3 Causa Fundo Brasil Rit n° 721-2009 Juzgado de Garantía de Temuco

El día 11 de septiembre de 2009, aproximadamente a las 22:00 horas, el grupo formado por los imputados entre ellos el menor **José Antonio Ñirripil**, y otros que no han podido ser identificados se trasladaron hasta el fundo Brasil, ubicado en la comuna de Vilcún. Una vez que ingresaron al precitado predio, se dividieron realizando diversas funciones, dirigiéndose en un momento determinado un grupo al inmueble del cuidador del predio, cuya puerta fue pateada y todos los imputados premunidos de armas de fuego, largas y cortas, procedieron a ingresar violentamente, exigiendo la entrega de armas y municiones, además de amenazar al cuidador y a su grupo familiar, compuesto por 3 personas más. Uno de los imputados, era quien dirigía la labor de custodia del grupo familiar, mientras que los demás integrantes de este grupo, entre ellos **José Antonio Ñirripil**, quien también portaba un arma de fuego, registraban el inmueble. Luego de diversas búsquedas, el grupo sustrajo desde el interior del inmueble una escopeta, al mismo tiempo que aquello se desarrollaba, en el exterior se ubicó otro imputado, también premunido de un arma de fuego, quien fue luego acompañado por **José Antonio Ñirripil**, efectuaban labores de vigilancia. Esta actividad la realizaban además en compañía de otras personas, con quienes además realizaban guardia a objeto de impedir que las víctimas fueran auxiliadas.

Luego de unos instantes, todos los imputados, entre ellos **José Antonio Ñirripil**, se dirigieron a la casa patronal del fundo Brasil, ubicada a aproximadamente a 78 mts. Del inmueble del cuidador donde mediante la aplicación de antorchas y otros elementos procedieron a iniciar fuego, resultando completamente destruida aquella casa. Luego, el grupo inició fuego en una bodega donde se encontraba un motor de generación eléctrico, el cual fue completamente destruido por el fuego. Dicha edificación y su contenido están evaluados en la suma de \$2.000.000, equivalentes a 54,2 UTM del mes de septiembre de 2009. Además, se aplicó fuego

en 2 tractores, evaluados en \$13.000.000 y \$5.100.000 respectivamente, que equivalen a 493,9 UTM del mes de septiembre de 2009, los cuales no fueron completamente destruidos. Finalmente, el grupo se dirigió hacia 2 bodegas, a las cuales aplicaron fuego, no logrando incendiarlas. Estas 2 últimas edificaciones están evaluadas en \$4.000.000, equivalentes a 108,4 UTM del mes de septiembre de 2009.

Cabe mencionar que en esta causa, a diferencia de las otras dos, el imputado menor de edad, José Antonio Ñirripil, prestó declaración ante el Juzgado de Garantía en la audiencia de formalización, renunciando a su derecho a guardar silencio.

10.2. Resumen de delitos y penas solicitadas por el Ministerio Público por cada menor en su causa. Exposición comparativa de cómputos de penas aplicando la LRPA

Imputado	Calificación Jurídica, grado de consumación y participación.	Pena solicitada por Ministerio Público	Pena procedente en virtud de la LRPA.
Cristian Cayupán Morales	<p>San Leandro <u>Primer hecho:</u> 1) Autor de los delitos de Homicidio simple en grado de FRUSTRADO, artículo 391 N° 2 del CP, en perjuicio de 2 de las víctimas y el menor de un 1 año y 8 meses de edad, en carácter de terroristas, conforme lo dispone el artículo 2 N° 1 en relación con el artículo 1 N° 1 y artículo 3 de la Ley N° 18.314.</p> <p>2) Incendio en grado CONSUMADO, del artículo 476 N° 3 del CP; en carácter de terrorista, conforme lo dispone el artículo 2 N° 1 en relación con el artículo 1 N° 1 y artículo 3 de la Ley N° 18.314.</p> <p>3) Amenazas terroristas del Art.7° inc. 2° de la Ley N° 18.314.- en relación a los artículos 391 N° 2 y 476 N° 1 del CP respecto de todas las víctimas que se encontraban al interior del inmueble y del propietario; grado</p>	<p>Solicita se imponga la pena única de 10 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. Además, en el caso de ser condenado por los delitos que se le acusan, solicita se ordene, conforme lo dispone el artículo 17 de la Ley 19.970, se tomen muestras biológicas a los acusados menores ya individualizados, con la finalidad de determinar la huella genética de éstos.</p>	<p>1) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p> <p>2) Libertad Asistida especial.</p> <p>3) Prestación de servicios a la comunidad.</p>

	<p>de desarrollo CONSUMADO.</p> <p>4) Robo con violencia en grado de CONSUMADO, conforme al artículo 436 del CP, en perjuicio de las víctimas.</p> <p>5) Incendio común en grado de desarrollo CONSUMADO del artículo 477 N° 1 del CP, en perjuicio de las víctimas.</p> <p><u>Segundo hecho:</u></p> <p>1) Violación de morada violenta, ilícito previsto en el artículo 144 inc. 2° del CP en perjuicio de la víctima.</p> <p>2) Usurpación violenta, prescrito en el artículo 457 del CP, en perjuicio de la víctima</p> <p>3) Amenazas condicionales del Art. 296 N°1 en perjuicio de la víctima y su grupo familiar.</p> <p>*Concurre en ambos hechos la circunstancia atenuante del Art. 11 n° 6 del Código Penal, esto es, irreprochable conducta anterior.</p> <p>Respecto del hecho n° 1 perjudica la circunstancia agravante contemplada en el Art. 456 Bis n° 3 del Código Penal, esto es ser dos o más malhechores y respecto al hecho n° 2 la contemplada en el Art. 12 n° 6 del Código Penal, esto es abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.</p>		<p>4) Libertad asistida especial.</p> <p>5) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p> <p>1) Amonestación.</p> <p>2) 10 UTM</p> <p>3) Prestación de servicios en beneficio de la Comunidad.</p>
--	--	--	--

<p>José Antonio Ñirripil Pérez</p>	<p>San Leandro</p> <p><u>Primer hecho:</u></p> <p>1) autor de los delitos de Homicidio simple en grado de FRUSTRADO, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del CP, en perjuicio de 2 de las víctimas y el menor de un 1 año y 8 meses de edad, en carácter de terroristas, conforme lo dispone el artículo 2 N° 1 en relación con el artículo 1 N° 1 y artículo 3 de la Ley N° 18.314.</p> <p>2) Incendio en grado CONSUMADO, del artículo 476 N°3 del CP; en carácter de terrorista, conforme lo dispone el artículo 2 N°1 en relación con el artículo 1 N°1 y artículo 3 de la Ley N°18.314.</p> <p>3) Amenazas terroristas del Art.7° inc. 2° de la Ley N°18.314.- en relación a los artículos 391 N°2 y 476 N° 1 del CP respecto de todas las víctimas que se encontraban al interior del inmueble y del propietario; grado de desarrollo CONSUMADO.</p> <p>4) Robo con violencia en grado de CONSUMADO, conforme al artículo 436 del CP, en perjuicio de las víctimas.</p> <p>5) Incendio común en grado de desarrollo CONSUMADO del artículo 477 N°1 del CP, en perjuicio de las víctimas.</p> <p>*Concurren en este hecho las circunstancias atenuantes contempladas en el Art. 11 n° 6 y 11 n° 9 del Código Penal, esto es irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos respectivamente, y la circunstancia agravante contemplada en el Art. 456 Bis n°</p>	<p>Solicita se imponga la pena única de 8 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.</p> <p>Además, en el caso de ser condenado por los delitos que se le acusan, solicita se ordene, conforme lo dispone el artículo 17 de la Ley N°19.970, se tomen muestras biológicas a los acusados menores ya individualizados, con la finalidad de determinar la huella genética de éstos.</p>	<p>1) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p> <p>2) Libertad Asistida especial.</p> <p>3) Prestación de servicios a la comunidad.</p> <p>4) Libertad asistida especial.</p> <p>5) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p>
------------------------------------	--	---	---

	<p>3 del Código Penal, esto es ser dos o más malhechores.</p> <p>Fundo Brasil:</p> <p>1) Incendio descrito y sancionado en el artículo 476 n° 1 CP en relación con los artículos 1° y 2° n° 1 de la Ley N° 18.314, en perjuicio de la víctima. CONSUMADO.</p> <p>2) Incendio de cosa mueble FRUSTRADO reiterado, previsto en el Art. 477 n° 1 del CP, respecto de los tractores y también respecto de 2 bodegas ubicadas en el predio. Todo lo anterior debido a su tasación.</p> <p>3) Incendio común previsto en el Art. 477 n° 1 del CP, respecto de la bodega en la cual se encontraba el motor de generación eléctrico, todo lo anterior debido a su tasación. CONSUMADO.</p> <p>4) Robo con intimidación: previsto en el Art. 436 del CP respecto de escopeta. CONSUMADO.</p> <p>*Concurren las circunstancias atenuantes del Art. 11 n° 6 de irreprochable conducta anterior y las agravantes del los Art. 12 n° 20 y 456 bis n° 3 del Código penal, ejecutar el delito portando armas de fuego y ser dos o más los malhechores, respectivamente.</p>	<p>1) 5 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.</p> <p>2) 541 días de Libertad Asistida Simple.</p> <p>3) 3 años 1 día de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.</p> <p>4) 5 años 1 día de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.</p>	<p>1) Libertad asistida especial.</p> <p>2) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p> <p>3) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p> <p>4) Libertad asistida especial</p>
Luis Marileo Cariqueo	<p>Peaje Quino</p> <p>1) Asociación ilícita terrorista, previsto en el artículo 2° N° 5 de la Ley N° 18.314, CONSUMADO.</p>	<p>1) 541 días de internación en régimen semi cerrado.</p>	<p>1) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p>

	<p>2) Cómplice homicidio frustrado reiterado terrorista en perjuicio de las víctimas, Previsto Y Sancionado en el Artículo 391 N° 2 Del CP, En Relación Con Los Artículos 7° Del Mismo Texto Normativo Y Artículos 1° Y 2° N° 1 De La Ley N°18.314.</p> <p>3) Incendio De Cosa Mueble, previsto y sancionado en el artículo 477 N° 1 del CP, respecto del camión. CONSUMADO.</p> <p>* Concurren la circunstancia atenuante del Art. 11 n° 6 del Código Penal, esto es irreprochable conducta anterior y la circunstancia agravante contenida en el Art. 12 n° 20 de Código Penal, esto es ejecutar el delito portando armas de fuego o de aquellas referidas en el Art. 132.</p>	<p>2) 5 años y 1 día de de internación en régimen cerrado.</p> <p>3) 541 días de internación en régimen semi cerrado.</p> <p>Además, se solicita comiso y destrucción de las especies incautadas, accesorias legales y costas</p>	<p>2) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p> <p>3) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p>
<p>José Patricio Queipul Millanao¹⁷⁵</p>	<p>Peaje Quino</p> <p>1) Asociación ilícita, previsto en el artículo 294 del CP, CONSUMADO.</p> <p>2) Homicidio frustrado reiterado en perjuicio de las víctimas, Previsto Y Sancionado En El Artículo 391 N° 2 Del CP, En Relación Con Los Artículos 7° Del Mismo Texto Normativo.</p> <p>3) Incendio De Cosa Mueble, previsto y sancionado en el artículo 477 N° 1 del CP, respecto del camión. CONSUMADO.</p>	<p>1) 61 días de libertad asistida simple.</p> <p>2) 4 años día de de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.</p> <p>3) 3 años de libertad asistida especial.</p>	<p>1) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p> <p>2) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p> <p>3) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.</p>

¹⁷⁵ En el caso de este menor, la acusación se presentó de manera separada y con posterioridad a la modificación legal de la Ley N° 21.519, razón por la cual se excluyó el carácter terrorista de los delitos, no así el ofrecimiento de las probanzas obtenidas a su alero.

	<p>4) Robo con Intimidación reiterado, previsto y sancionado en el Artículo 436 del CP.</p> <p>* Concurren la circunstancia atenuante del Art. 11 n° 6 del Código Penal, esto es irreprochable conducta anterior y las circunstancias agravantes contenida en el Art. 12 N° 20 de Código Penal, esto es ejecutar el delito portando armas de fuego o de aquellas referidas en el Art. 132.</p>	<p>4) 5 años y un día en régimen cerrado con programa de reinserción social.</p>	<p>4) Libertad asistida especial.</p>
--	--	--	---------------------------------------

Antes de explicar la formula mediante la cual se llegó a estas penas, es importante mencionar que por no haberse realizado aún los juicios respectivos y por tanto no haberse fijado jurisdiccionalmente los elementos fácticos que deberán ser encuadrados dentro de los respectivos tipos penales, para la ejecución de este cálculo se adoptará la postura de haberse probado por la parte acusadora los hechos de las causas, así como las circunstancias modificatorias de la responsabilidad. Cabe indicar que la determinación de la pena deberá hacerse en la audiencia contemplada en el artículo 343 del Código Procesal Penal según lo estipula el artículo 40 de la LRPA.

Para la determinación de las penas procedentes en estos casos en virtud de la LRPA, se siguieron diversos pasos en virtud de lo establecido en el Art. 21 de la LRPA, que establece: *“Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”*.

Así lo primero fue determinar la pena general asignada al hecho según el tipo penal aplicable, considerando el grado de ejecución de estos y el grado de participación. Excluyendo, en su caso,

y como derivación de lo que hemos planteado a lo largo de este trabajo, la calificación de terroristas de ellos que según su Art. 3º puede aumentar las penas en uno, dos o tres grados¹⁷⁶.

A continuación en virtud de lo estipulado por el citado Art. 21 y como consecuencia de que la LRPA no establece circunstancias modificatorias de la responsabilidad propias, se atendió a las circunstancias generales del CP¹⁷⁷, en especial lo consagrado en el Art. 67.

Sobre los efectos de estas circunstancias modificatorias y en especial sobre el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes la jurisprudencia ha establecido: *6º Que en la búsqueda del significado de la expresión “compensación racional”, para el Diccionario de la Real Academia Española, compensar es “igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra”.*

Para don Eduardo González Abbott, “la ley ha querido manifestar que la compensación de las circunstancias atenuantes con las agravantes no debe ser de número sino de entidad, esto es, atendiendo a la calidad de las circunstancias que concurran o, en otros términos, pesando y no contando dichas circunstancias”. (En “De Aplicación de las Penas”, Valparaíso. 1935, página 73).

Así, el que la compensación sea racional importa que se rija por criterios valorativos y no aritméticos.

7º Que de lo dicho se desprende que la compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas u otras, cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes, evidentemente implica una operación en que unas y otras van desapareciendo, hasta quedar sin atenuantes ni agravantes o solo con una o más atenuantes, o sólo con una o más circunstancias agravantes.

¹⁷⁶ LEY N° 18.314. Art 3º inc. 1º, primera parte: “Los delitos señalados en los números 1.- y 3.- del artículo 2º serán sancionados con las penas previstas para ellos en el Código Penal, en la Ley N° 12.927 o en la Ley General de Ferrocarriles, en sus respectivos casos, aumentadas en uno, dos o tres grados”.

¹⁷⁷ Sobre la conveniencia de esta aplicación ver: VALENZUELA, JONATAN. *Ob. cit.* Nota N° 163. Quien expresa, entre otras cosas, “En cuanto a las circunstancias agravantes, la singularidad de la situación del agente impone también una revisión cuidadosa de los presupuestos bajo los cuales éstas pueden tener aplicación en el derecho penal de adolescentes. En esta materia debe tenerse muy presente la diferente percepción que respecto de diversas situaciones puede tener un adolescente en comparación con un adulto. Varias de las circunstancias agravantes suponen una determinada percepción y valoración que, tratándose de personas con una socialización deficiente, probablemente no esté presente. En estos casos, que en el ámbito del derecho penal de adolescentes deberían ser especialmente frecuentes, todo indica que la agravante no debe surtir efecto”.

Entonces, la compensación operará siempre que al menos haya una atenuante y una agravante, y habiendo más de una cualquiera de las anteriores debe determinarse si sobreviven atenuantes o agravantes y cuántas, pero considerando siempre que cuando procede esta operación desaparece una o algunas de ellas en cada grupo, porque la ley no admite que hayan atenuantes y agravantes en el momento de determinar la pena, sino que esto debe hacerse cuando en virtud del proceso de compensación desaparecieron todas o quedaron unas u otras.¹⁷⁸

Con esto en el caso de los menores Cristián Cayupán Morales, José Patricio Queipul Millanao y Luis Marileo Cariqueo, en virtud del Art. 67 inciso final del CP¹⁷⁹, las penas no sufrieron cambios, es decir, se procedió a realizar una compensación racional que las dejó sin modificaciones.

En el caso especial de José Antonio Ñirripil, en la Causa San Leandro, al existir dos circunstancias atenuantes y una agravante en virtud del Art. 67 inciso 4 del Código Penal, se procedió a hacer la compensación racional de una agravante con la atenuante que lo favorece, con lo cual éstas se anularon entre sí, pero aun así subsistió una circunstancia atenuante. En el caso del fundo Brasil mediante el mismo ejercicio subsistió una agravante.

Luego y en virtud del Art. 21 de la LRPA, se procedió a rebajar la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente.

A continuación, para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, se atendió a las circunstancias establecidas en el artículo 24 de la LRPA, que fija los criterios para la determinación de la pena.

En este caso, no puede ponerse en duda que el artículo 24 LRPA cumple en el caso del régimen penal de los adolescentes, la misma función que el artículo 69 del Código Penal cumple en el régimen general, esto es, proveer de criterios que permiten fijar la magnitud de la sanción dentro

¹⁷⁸ CAUSA Rol 69-2008. Corte de Apelaciones de Concepción. 31/03/2008. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 22 de noviembre de 2011]

¹⁷⁹ Art. 67 CP.: “En el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras”.

de un marco predeterminado según las reglas legales. Junto a ello, la función del artículo 24 es proveer también de los criterios que orientan en la adopción de la clase de sanción adecuada¹⁸⁰.

Adoptamos así, dentro de las reglas contempladas en el artículo 23 de la LRPA, las sanciones de más baja entidad de cada rango o la que entendimos procedente en atención a los siguientes criterios:

1.- La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción (Art. 24 letra b)

En el caso específico del menor Luis Marileo C., en el caso del Peaje Quino, este realizó principalmente labores de cobertura, y se le califica como CÓMPLICE del delito de homicidio frustrado.

Adicionalmente a ello, uno de los delitos más grave imputado a todos los menores es el de homicidio, el cual se encuentra en todos los casos en el grado de FRUSTRADO.

2.- La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal (Art. 24 letra c)

Como dijimos José Antonio Ñirripil en la Causa San Leandro se ve beneficiado por una atenuante a su favor, la cual puede ser considerada particularmente como muy calificada, pues se refiere a la contemplada en el artículo 11 n° 9, esto es colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y su declaración ha sido decisiva para la evidencia del suceso.

3.- La edad del adolescente infractor (Art. 24 letra d)

Especialmente referido al menor Juan Patricio Queipul Millanao, que a la época de los hechos tenía 15 años de edad. Es evidente que el criterio de la edad da cuenta de un menor reproche de culpabilidad, en la medida en que el menor es menos susceptible de motivación normativa, según su edad decrece¹⁸¹.

¹⁸⁰ MEDINA, GONZALO. “Sobre La Determinación De Pena Y El Recurso De Nulidad En La Ley 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente”. Revista de Estudios de la Justicia, N° 11. 2009. 211p. [en línea] < <http://web.derecho.uchile.cl/cej/docu2/MEDINA%2015.pdf> > [consulta:22 de noviembre de 2011]

¹⁸¹ *Ibíd.*

4.- La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social (Art. 24 letra f)

La propia LRPA se encarga de señalar en su artículo 20 las finalidades de las sanciones de la ley, expresando que deben formar parte de “*una intervención socioeducativa amplia orientada a la plena integración social*”.

Así, entendemos de especial relevancia para la determinación de la pena, la consideración al llamado interés superior del adolescente, consagrado en el artículo 3° de la LRPA y 2° de la CDN. Como vimos este principio representa una máxima general de interpretación que debe ser contemplado siempre y que su campo operativo esta conformado por la satisfacción de los derechos consagrados tanto en la CDN, como de los comunes a todas las personas.

Justamente al tener estos menores además la calidad de indígenas, las normas del Convenio 169 -que como vimos es un tratado internacional de derechos humanos vigente y ratificado por Chile, que se incorpora al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituye como un límite a la soberanía del Estado- deben ser consideradas obligatoriamente por el juez penal. En este sentido adquiere especial relevancia lo contenido en su Art. 10, que consagra el deber de consideración a las “características económicas, sociales y culturales” de los pueblos indígenas a la hora de imponer sanciones penales a sus miembros, y que además especifica en su número 2 que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Así, en estos casos encontrándonos frente a una rango de sanciones, entre las cuales se pueda dar preferencia a una que limite la libertad personal en menor medida que otras, ésta debe prevalecer, pues permite mayormente el respeto a sus necesidades de desarrollo en su comunidad y con su familia, dada su calidad de indígena y por lo mismo su mejor integración social. En este sentido una sanción muy extensa puede producir en el joven un desarraigo familiar o social contraproducente con los fines de la sanción y las normas legales en cuestión, lo que hace conveniente aplicar un castigo por debajo del máximo legal¹⁸².

¹⁸² CAUSA Rol 316-2008. Corte Suprema. 14/07/2008. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 22 de noviembre de 2011]

Confirma esta posibilidad de escoger la sanción la misma jurisprudencia:

“4°.- *Que el artículo 23 N° 2) de la Ley de Responsabilidad Adolescente preceptúa que cuando la extensión de la pena va desde los tres hasta los cinco años de privación de libertad, queda a la discreción del tribunal decretar una de las tres penitencias recién explicitadas, para lo cual deberá guiarse por los criterios que enuncia su artículo 24...*

5°.- *Que como puede apreciarse, la ley no impone a los juzgadores una determinada manera de llegar a un castigo específico y, por el contrario, les entrega un margen dentro del cual emitir el juicio de reproche.*

En caso alguno el hecho de tenerse o no por configurada una circunstancia agravante, sea que se la compense o no con una atenuante –como ocurre en la especie – va a significar, per se, un cambio en la opción que ofrece el citado artículo 23 N° 2), habida cuenta, como viene de anotarse, que en la determinación de la naturaleza de la pena influyen otros criterios”¹⁸³.

Con respecto a la solicitud de toma de muestras biológicas hecha por la fiscalía, con la finalidad de determinar la huella genética de los menores, en virtud del artículo 17¹⁸⁴ de la Ley N°19.970 que Crea el Registro Nacional de ADN, cabe señalar la última jurisprudencia sobre la materia de la Corte de Apelaciones de Temuco que dictaminó: “*Que la incorporación de la huella genética de menores infractores de la ley penal en el registro creado por la ley 19.970 atenta contra el*

¹⁸³CAUSA Rol 568-2009. Corte de Apelaciones de Santiago. 29/04/2009. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 22 de noviembre de 2011]

¹⁸⁴ Artículo 17.- Incorporación de huellas genéticas de imputados al Registro de Condenados. Cuando, por sentencia ejecutoriada, se condenare por alguno de los delitos previstos en el inciso siguiente a un imputado cuya huella genética hubiere sido determinada durante el procedimiento criminal, se procederá a incluir la huella genética en el Registro de Condenados, eliminándola del Registro de Imputados.

Si no se hubiere determinado la huella genética del imputado durante el procedimiento criminal, en la sentencia condenatoria el tribunal ordenará que se determine, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y se incluya en el Registro de Condenados. Lo anterior sólo tendrá lugar cuando se condenare al imputado por alguno de los siguientes delitos:

a) los previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N°s. 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N° 1, 401, 403 bis, 433, 436 inciso primero, 440, 474, 475, 476, y 480 del Código Penal;

b) los previstos en los Párrafos 1°, 5°, 6° y 7° del Título VII y 1° y 2° del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal,

y c) elaboración o tráfico ilícitos de estupeficientes o delito terrorista.

En todo caso, el tribunal competente, de oficio o a petición del fiscal, y en consideración a los antecedentes personales del condenado, así como a la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, podrá ordenar en la sentencia la práctica de las mismas diligencias de toma de muestras biológicas y determinación y registro de huellas genéticas respecto de un condenado a pena de crimen que no se encontrare en las situaciones previstas en el inciso precedente.

principio de reinserción establecido en la Convención sobre Derechos del Niño, la cual forma parte del Derecho nacional.”¹⁸⁵

Con lo cual resulta improcedente tanto su solicitud como una eventual sentencia condenatoria en este sentido.

¹⁸⁵ CAUSA Rol 728-2011. Corte de Apelaciones de Temuco. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 22 de noviembre de 2011]

11. Roces normativos entre la Ley Antiterrorista y el marco jurídico del derecho del niño-adolescente. En especial Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Como expusimos en el capítulo anterior, los menores de edad en su calidad de tales, se encuentran amparados por un marco normativo especial que debe extenderse a cualquier causa en que se impute a menores de edad.

Justamente, la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, fija un estatuto jurídico especial para el tratamiento de infracciones penales que hayan sido cometidas por mayores de catorce y menores de dieciocho años, atendida las particularidades del sujeto a quien se dirige.

De este modo, desde el propio mensaje de la LRPA es claro al plantear como objetivos el de fijar un sistema de responsabilidad adecuado a los adolescentes entre 14 y 18 años, pero considerándolos como sujetos de derecho que deben ser tratados con especial diligencia, requiriendo una *"responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo"*, que busca *"considerar al adolescente como un sujeto de Derecho que debe ser protegido en su desarrollo e inserción social y lograr objetivos de prevención de delito"*¹⁸⁶.

No obstante las críticas hechas a esta ley en el capítulo anterior, se puede decir que bajo su amparo, tanto el procedimiento como las sanciones penales, son respetuosas de los estándares internacionales. Así valoramos la variedad de sanciones que contempla, limitando el uso de la privación de la libertad, el resguardo de las garantías al debido proceso que contiene, y la voluntad resocializadora y reeducadora de sus penas.

Se afirma así, en consecuencia, la autonomía o especialidad del derecho penal del niño-adolescente que con sus características propias conforma un subsistema diferente al sistema del derecho penal de adultos.

Dentro de tal subsistema de justicia criminal destaca por su trascendencia y prioridad el denominado Interés Superior del Niño, principio que como dijimos anteriormente informa y

¹⁸⁶ HISTORIA DE LA LEY N° 20.084. "Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal". 07 de diciembre de 2005. 11p. [en línea] < <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf> > [consulta: 23 de noviembre de 2011]

vincula con particular importancia toda política pública que afecte o regule ámbitos propios del desarrollo del niño-adolescente. Entre ellas, ciertamente, la política criminal, por disposición expresa de la Convención de los derechos del Niño, especialmente lo prescrito en su artículo 3.1. y el artículo 2° de la LRPA, latamente analizados en el capítulo anterior y que nos lleva a concluir que cualquier actuación de la autoridad, incluida la sede judicial, debe realizarse tomando aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible obteniendo su mayor observancia y la menor restricción de los derechos del niño.

Luego, tanto el Mensaje de la LRPA como su texto, destaca la finalidad resocializadora del sistema penal. En efecto, el artículo 20 expresamente señala que: *"Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social."*

No obstante lo anterior, las investigaciones que dieron lugar a las acusaciones arriba expuestas, han sido tramitadas en su integridad conforme a las disposiciones dispuestas en la Ley N°18.314 sobre conductas terroristas. Legislación que se opone de forma radical, tanto en sus principios formativos como en su aplicación, a la Ley N° 20.084 o LRPA.

En los casos expuestos en el punto 10.1 de este trabajo, el medio de prueba más importante ofrecido por el Ministerio Público para valerse en el juicio oral y solicitar la condena de los comuneros indígenas ha sido la declaración de un coimputado, obtenido al alero de la Ley antiterrorista, mediante la figura especial de la delación compensada establecida en el Art. 4 de la Ley N° 18.314, que expresa: *"Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaran a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos"*. Esta herramienta es propia de procedimientos de excepción y sólo encuentra parangón en la Ley N° 20.000 Que Sanciona El

Trafico Ilícito De Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas¹⁸⁷, la Ley N° 19.913 Que Crea La Unidad De Análisis Financiero Y Modifica Diversas Disposiciones En Materia De Lavado Y Blanqueo De Activos¹⁸⁸ y en el DL 211 sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹⁸⁹. Por lo tanto es una figura especialísima que surge como respuesta a graves delitos cometidos por bandas o grupos organizados, tales como narcotraficantes o complejas colusiones monopólicas generadas por dueños de empresas.

En efecto, la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas ha tenido como objeto la persecución criminal de sujetos o grupos de sujetos, atendida su peligrosidad social, pudiendo reconocer en la magnitud de sus penas (las más altas de nuestro ordenamiento jurídico) una finalidad que excede la mera resocialización del delincuente. Su fin es derechamente la inocuización¹⁹⁰ del sujeto quien pasa a ser considerado un enemigo social merecedor del mayor reproche jurídico-criminal.

Ejemplo de aquello son primeramente, el aumento en uno, dos o tres grados en las penas contempladas para los mismos delitos en el Código Penal de modo de mantener mucho más tiempo al sujeto aislado de la sociedad, luego las consecuencias accesorias que acarrea su condena: la suspensión del derecho a sufragio desde la acusación hasta después de la condena (Art. 16 CPR)¹⁹¹, la pérdida de la ciudadanía (Art. 17 CPR)¹⁹² y la inhabilitación para una serie de derechos, funciones y cargos (Art. 9 CPR)¹⁹³ que determinan la marginación política y social del delincuente terrorista.

¹⁸⁷ LEY N° 20.000. Que Sanciona El Tráfico Ilícito De Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. 16 de febrero de 2005. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235507&buscar=20000>> [consulta: 17 de noviembre de 2011]

¹⁸⁸ LEY N° 19.913. Que Crea La Unidad De Análisis Financiero Y Modifica Diversas Disposiciones En Materia De Lavado Y Blanqueo De Activos. 18 de diciembre de 2003. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&buscar=19.913>> [consulta: 17 de noviembre de 2011],

¹⁸⁹ Decreto Ley 211. Fija Normas Para La Defensa De La Libre Competencia. 22 De Diciembre De 1973. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236106&idVersion=2005-03-07>> [consulta: 17 De Noviembre De 2011]

¹⁹⁰ VILLEGAS, MYRNA. *Ob.cit* Nota n° 23, 13p.

¹⁹¹ Artículo 16.- El derecho de sufragio se suspende: 2°.- Por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta Terrorista.

¹⁹² Artículo 17.- La calidad de ciudadano se pierde: 3°.- Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva.

¹⁹³ Art. 9 Constitución Política de la Republica. “Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados 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

Finalmente, la aplicación de la normativa antiterrorista implica la sujeción de la investigación a un procedimiento extraordinario propio de una ley de excepción, otorgando mayores facultades al Ministerio Público en desmedro de garantías constitucionales de los imputados en particular y de los ciudadanos en general. Por ejemplo, se reducen los estándares para la procedencia de intervenciones telefónicas, reclusiones en establecimientos penitenciarios especiales, restricciones al régimen de visitas, ampliación del plazo de detención, procedencia de testigos con reserva de identidad, figura de la delación compensada, entre otras. Todas figuras contrarias a la idea de intervención penal mínima, que como vimos debe primar en el sistema penal adolescente.

Estas facultades, sólo proceden una vez que el ministerio público discrecionalmente haya invocado la Ley N°18.314, persiguiendo así la mayor efectividad de las investigaciones aun en perjuicio de los derechos fundamentales de los acusados, como su intimidad, presunción de inocencia, derecho a contra examinar la prueba de cargo en iguales condiciones que el ente persecutor, etc., derechos todos consagrados en la Constitución y que no se ha autorizado a vulnerar por el Art. 9 de la misma, si no por una norma de rango inferior.

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. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.”

12. Conclusiones Preliminares.

Como ya hemos dicho, la legislación antiterrorista es la más gravosa de nuestro sistema, tanto por las instituciones procesales excepcionales en materia de investigación y prueba que contempla como por la magnitud de sus sanciones. Por lo tanto va en contra de los principios que informan la LRPA y que ya han sido analizados anteriormente, y que apuntan a la resocialización y la excepcionalidad de las sanciones privativas de libertad, entre otros.

La aplicación de la citada ley a una persona menor de 18 años presupone aceptar que un niño pueda ser considerado terrorista, circunstancia que a la luz de lo expuesto anteriormente, en especial a lo dicho sobre el estado de evolución o autonomía progresiva del menor de edad, no es procedente. El menor de edad se encuentra en un proceso incompleto de desarrollo y de integración social, que hace muy difícil, sino imposible, la presencia de los elementos subjetivos exigidos para la configuración de la conducta considerada terrorista por el legislador. Así en el caso de que un menor de edad realizase algunas de los delitos contemplados en la Ley N°18.314, debido a su nivel de madurez lo apropiado sería suponer que fue una víctima de manipulaciones de adultos, pues la connotación política y la estructura del tipo penal del terrorismo, exige la concurrencia además del hecho concreto de un elemento subjetivo del injusto, es decir una finalidad o móvil que guíe al sujeto activo a la comisión del delito¹⁹⁴, elementos de motivación y predeterminación que, en nuestra opinión, no se pueden presentar en un niño o adolescente.

Por esta consideración de sujeto en desarrollo, que es capaz de responsabilidad, pero en una forma distinta a la del adulto, es que hemos planteado en el capítulo anterior, la necesidad de separar el tratamiento de adultos y menores y razón por la cual se creó en nuestro país la LRPA; para fijar una legislación especializada y única para la persecución penal de delitos que se imputen a menores de edad. En este sentido la invocación de la Ley N° 18.314 y el sometimiento de jóvenes a sus disposiciones, nos parece ilegítima.

¹⁹⁴ Art. 1.- Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando el hecho 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, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

Luego, corresponde señalar que la aplicación de la Ley N°18.314 a menores de edad, cualesquiera sea su origen, representa un desconocimiento abierto a los principios consagrados en la CDN y La Convención Americana de derechos Humanos entre otros tratados, así como de la propia LRPA. En especial se hace patente la vulneración al principio de preservación del interés superior del niño, que tal como se planteó en el capítulo anterior debe dirigir cualquier actuación tanto estatal como privada concerniente a los menores de edad. Por tanto, su inobservancia representa una trasgresión a los derechos de los adolescentes mapuche.

En atención a la calidad de indígenas de estos menores, este principio adquiere un contenido especial. Justamente, sobre esto el Comité de los Derechos del Niño ha expresado: *“el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos. (...) Al determinar cuál es el interés superior de un niño indígena, las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo.”*¹⁹⁵

Consideración, que tanto en la investigación de determinados ilícitos que se enmarcan dentro de reivindicaciones territoriales indígenas, como en los juicios mismos, se ha transgredido. Ya se ha llamado la atención sobre este punto por diversos organismos tanto nacionales como internacionales, así entre otros, el ex relator especial sobre asuntos indígenas de la OIT, R. Stavengahen¹⁹⁶ y el actual Relator James Anaya¹⁹⁷.

Sobre esta misma materia es relevante recordar que según lo dispuesto en el Convenio 169 y que analizáramos en el capítulo anterior, en estos casos en que los imputados son personas indígenas pertenecientes al pueblo mapuche, los Tribunales de justicia deberían abstenerse de aplicar la

¹⁹⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 11. *Cit.* Nota N° 125. Párr. 30-31.

¹⁹⁶ *“Bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas”, y 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”.* STAVENHAGEN. ONU. *Cit.* Nota N° 30. Párr. 37.

¹⁹⁷ *“El Relator Especial tiene presente el compromiso hecho en años anteriores por el Gobierno e informado a los órganos de derechos humanos, de no aplicar la Ley antiterrorista para procesar a individuos en casos vinculados con movimientos sociales mapuches y hace un llamado a las autoridades competentes para que cumplan con dicho compromiso”.* ANAYA. ONU. *Cit.* Nota N° 33.

legislación antiterrorista, pues como hemos dicho, si llegara a comprobarse la culpabilidad de ellos y se les condenara, las penas asignadas serían necesariamente altísimas, las mas altas de nuestro ordenamiento, ya que elevan hasta en 3 grados las penas previstas en el Código Penal, lo que a la luz de lo expuesto en el capítulo II va en contradicción a lo contemplado por el Convenio, en especial a su Art. 10.2. Así al aplicar esta ley a los mapuche, los Tribunales de justicia (y el poder judicial en sentido amplio incluyendo a los órganos auxiliares de justicia) estarían incumpliendo las obligaciones contenidas en este Convenio Internacional, que según viéramos en su oportunidad, tiene plena vigencia desde septiembre de 2009.

Por lo tanto la invocación de la ley sobre conductas terroristas en causas en que se imputa a menores de edad de la etnia mapuche, a nuestro juicio configura un acto de discriminación evidente, en circunstancias en que muchos de los delitos por lo que se les acusa se han presentado en otros menores a lo largo de Chile y se les ha aplicado correctamente la LRPA¹⁹⁸.

Uno de los principios que inspiran a la CDN (Art. 2) y que también se encuentra contemplado en la LRPA y la propia Constitución Política¹⁹⁹, es el de la no discriminación o el principio de igualdad, que como lo ha expresado el Comité de los Derechos del Niño implica para los Estados parte la obligación de: *“adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflictos con la justicia. Debe prestarse atención especial a la discriminación y las disparidades existentes de hecho, que pueden deberse a la falta de una política coherente y afectar a grupos vulnerables de niños, en particular (...) los niños indígenas (...). A este respecto, es importante, por una parte, impartir formación a todo el personal profesional de la administración de justicia de menores”*²⁰⁰.

¹⁹⁸ Ver BERRIOS, GONZALO y VIAL, LUIS. “3 Años De Vigencia Ley De Responsabilidad Penal Del Adolescente”. Informe Estadístico. Unidad de Defensa Penal Juvenil con la cooperación técnica de UNICEF. 2010. [en línea] <<http://www.dpp.cl/Documentos/estadisticas/2011/DctodeTrabajo222011InformeEstadistico.pdf>> [consulta: 23 de noviembre de 2011]

¹⁹⁹ Art. 19 N° 2 Constitución Política de la República de Chile establece: *“La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”*

²⁰⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 10. *Cit.* Nota N° 124. Párr.6.

Por último, es relevante en nuestra opinión, destacar que muchos de los actos ilegales por los cuales se acusa a los menores de edad mapuche son delitos contra la propiedad, y aquí la crítica apunta a la Ley N°18.314 en general, por lo tanto no revisten graves violaciones contra las personas tanto en relación a su integridad física y psíquica como a sus derechos humanos fundamentales, lo cual a la luz de los tratados internacionales²⁰¹, en especial la Convención Interamericana contra el terrorismo ratificado y vigente en Chile desde el 2005²⁰², a la doctrina sobre terrorismo e incluso a alguna jurisprudencia nacional²⁰³ e internacional²⁰⁴, es un exceso.

²⁰¹ Convenios, convenciones y protocolos globales relacionados con la represión del terrorismo:

- 1.- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Convenio sobre las aeronaves)1963
- 2.- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio sobre el apoderamiento ilícito).1970
- 3.- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio sobre la aviación civil).1971
- 4.- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Convención sobre los agentes diplomáticos)1973
- 5.- Convención Internacional contra la toma de rehenes (Convención sobre la toma de rehenes)1979
- 6.- Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Convención sobre los materiales nucleares).1980
- 7.- Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971 (Convención sobre los aeropuertos).1988
- 8.- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convención sobre la navegación marítima).1988
- 9.- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Protocolo sobre las plataformas fijas).1988
- 10.- Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (Convenio sobre los explosivos plásticos).1991
- 11.- Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (Convención sobre los atentados terroristas cometidos con bombas).1997
- 12.- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Convención sobre la financiación del terrorismo).1999
- 13.- Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Convención sobre el terrorismo nuclear).2005
- 14.- El Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional, 2010 (Nuevo Convenio de Aviación Civil).

²⁰² Su Art. 15.1 establece que: “las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al Estado de Derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

²⁰³ CAUSA RUC 0200142499-0. Considerando duodécimo. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. 27 de julio de 2005: “cabe tener presente que cualquier definición de terrorismo que se quiera enunciar debe necesariamente contener el concepto de desprecio a la vida humana, propia o ajena.” [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 22 de noviembre de 2011].

²⁰⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. INFORME No. 176/10. 5 de noviembre de 2010. “la Comisión recuerda que existe un consenso internacional en el sentido de que el repudio y la obligación de prevenir, suprimir y erradicar la violencia terrorista, parten de la premisa de que dicha violencia atenta principalmente contra la vida humana. En ese sentido, la normativa antiterrorista chilena, al permitir una interpretación que incluye bajo la rúbrica de terrorismo conductas que atenten exclusivamente contra la propiedad, da lugar a ambigüedad y confusión sobre lo que el Estado reprocha penalmente como delito terrorista”.

Puesto que se sostiene que un elemento esencial para calificar un acto como terrorista, es la probabilidad cierta de peligro grave o daño a las personas. Hablamos de un “núcleo esencial” de derechos absolutos y personalísimos caracterizados por la universalidad de su imputación (así, la vida, la integridad física, la salud y la libertad), el carácter general y abstracto de su estatuto normativo así como su carácter indispensable e inalienable. Características todas que no encuentran espacio frente a un derecho de propiedad eminentemente singular y exclusivo, por esencia disponible y enajenable, que recuerda su sentido patrimonial.²⁰⁵

²⁰⁵ CAYUQUEO, ALVARO; MONTESINOS, PABLO; SAAVEDRA, SEBASTIÁN y SOLER GRETHEL. *Ob.cit.* Nota N° 46.

13. Modificaciones legales como reacción del Ejecutivo a la invocación por parte del Ministerio Público de la Ley N° 18.314, en casos de mapuche menores de edad procesados en el marco de la cuestión mapuche. Prevalencia del principio de Especialidad.

La aplicación de la Ley sobre Conductas Terroristas a menores, no había sido cuestionada, si no hasta la discusión que se produjo, en vista de la extensa huelga de hambre llevada a cabo por los imputados mapuche a mediados del año 2010, quienes dentro del pliego de exigencias, solicitaban la no aplicación de la citada ley. En este contexto el Ejecutivo, luego de un acuerdo con los huelguistas, lleva la discusión al Congreso donde se realiza una reforma a la ley que se promulga en Octubre 2010, Ley N° 20.467.

Fluye de la discusión de los parlamentarios,²⁰⁶ la imperiosa necesidad de adecuar esta ley a la luz de los Convenios Internacionales relativos a los niños. Así Alberto Espina, Senador de la República por la IX Región, miembro de la Alianza por Chile, y del partido político Renovación Nacional, partidario de la aplicación de la ley Antiterrorista a comuneros Mapuche, expresó en la discusión parlamentaria de esta ley: *“en el fondo lo que se hace aquí es reiterar una norma que a nuestro juicio es clara en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando un menor participa en un delito considerado terrorista, el cuerpo legal que se aplicará será la referida ley de responsabilidad penal juvenil, quedando sujeto a sus normas.”*²⁰⁷

Es por esto que el artículo 3 de esta ley estableció: *“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.”*

No obstante ello, el Ministerio Público continuó adelante con la invocación de la Ley N° 18.314, haciendo caso omiso no sólo de este mandato, si no también del llamado principio de especialidad, que junto con otros, tales como la subsidiaridad, la consunción y la alternatividad,

²⁰⁶ HISTORIA DE LA LEY N° 20.467. “Modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad”. 8 de Octubre de 2010. [en línea] <www.bcn.cl> [consulta: 23 de noviembre de 2011]

²⁰⁷ *Ibíd.* 359p.

son reglas que ha formulado la doctrina²⁰⁸ para la solución del concurso aparente de leyes penales.

Según el Profesor Cury, este principio es de carácter lógico y de acuerdo con él, *“hay un concurso ideal de delitos cuando el hecho parece ser captado por dos normas, pero estas se encuentran en relación de género a especie y es la ley especial la que lo aprehende de manera más perfecta en todas sus particularidades. En tal caso la norma general será desplazada y el hecho será regulado sólo por la especial”*²⁰⁹.

Si bien este principio no se encuentra expresamente contemplado en el Código Penal, si parece claro al tenor del Art. 1 de la LRPA, así como de lo estipulado en los Arts. 4º, 13º y 20º del Código Civil, aplicables al ordenamiento jurídico en general.

Del mismo modo se ha manifestado la Corte Suprema, la cual conociendo sobre contiendas de competencia entre Juzgados militares y ordinarios ha declarado:

2º.- Que en el presente caso, el hecho fue cometido por un joven de dieciséis años, encontrándose vigente la Ley N° 20.084 que fue dictada en cumplimiento de lo ordenado en la Convención de los Derechos del Niño, por la cual los Estados Partes se obligaron a tomar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para que los niños a quienes se impute una infracción de ley penal, sean sometidos a ellos.

*4º.- Que, finalmente, la Ley N° 20.084, con carácter especialísimo, establece el procedimiento, la autoridad, las instituciones, las penas y las medidas cautelares a que deben ser sometidos los adolescentes infractores, que son aplicados y conocidos por el Juez de Garantía y el Tribunal de Juicio Oral respectivo.*²¹⁰

No obstante la intención de excluir a los menores de edad de la aplicación de la ley antiterrorista, y -en nuestra opinión- la obligatoria consideración al principio de especialidad,

²⁰⁸ FONTECILLA. “Concurso De Delincuentes, De Delitos Y De Leyes Penales”. 97pp. PAVON VASCONCELOS.

“Concurso aparente de normas”. En: CURY, ENRIQUE. *Ob.cit.* Nota N° 137. 668p.

²⁰⁹ *Ibíd.* 669p.

²¹⁰ CAUSAS Rol 5440-2007 y 5441-2007. Corte Suprema. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 22 de noviembre de 2011]

bajo esta enmienda el Ministerio Público regional siguió considerando, que un niño-adolescente podía seguir siendo imputado, formalizado, aplicadas medidas cautelares, procesados y condenado por la ley antiterrorista, pero se le aplicaría la rebaja de penas de la ley penal adolescente, por tanto la definición de los delitos y de las penas seguiría siendo la que se establece en la Ley N° 18.314 para adultos. Así, tanto jueces como fiscales interpretaron esta norma de modo de seguir aplicando la citada ley e incluso se efectuaron nuevas detenciones a menores bajo su alero, haciendo prevalecer por sobre los fines resocializadores y socioeducativos de la LRPA, los fines o estrategias de control y defensa social que sustentan la Ley de Conductas Terroristas, con la consecuente estigmatización, daño psicológico y moral que conlleva tratar a niños como terroristas, como enemigos del estado y de la sociedad en su conjunto²¹¹.

Bajo esta circunstancia el Ejecutivo ingresó con fecha 15 de marzo 2011 una reforma destinada a solucionar definitivamente este punto, y de esta manera los niños y adolescentes fueran juzgados sólo por la Ley N° 20.084.

En su mensaje se pone énfasis a la necesidad de adecuar la legislación interna a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y en especial por la CDN, así como a la existencia de una ley especial, la LRPA que consagra un sistema especializado.

Así expresa, *“el uso procesal del tipo penal terrorista no resulta inocuo contra adolescentes, aún cuando la sentencia definitiva no se condene al menor por dicho ilícito, al abrir un abanico*

²¹¹ Así, por ejemplo, fue rechazada la acción de amparo interpuesta por el abogado Lorenzo Morales C. y Sebastián Saavedra C. a favor del menor Luis Marileo Cariqueo, con fecha 29.12.2010 ante la Corte de Apelaciones de Temuco. Esta tenía como objeto que se otorgara la sustitución de la prisión preventiva al menor ya individualizado, en atención a que en la apelación de esta solicitud, se había ganado dos votos contra uno, pero se mantuvo la medida cautelar por considerarse como delito terrorista y por tanto, exigirse la unanimidad, por aplicación del Art. 19 letra e de la Constitución Política.

La interposición de esta acción fue fundamentada tanto en la trasgresión de las leyes 20.467 y 20.084, como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que ya hemos examinado. Este fue rechazado por la Corte que fundamentó: *“en la Segunda Sala de este Tribunal se dio estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 19 N 7 letra e) de la Constitución Política de la República, Ley 18.314 y lo dispuesto en la Ley 20.084 en relación al artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal, actuando de esta forma dentro de sus atribuciones. Forzoso será rechazar el presente recurso...”*

Apelada esta resolución con fecha 03.01.2011, ante la Exma. Corte Suprema, basada en los mismos antecedentes de hecho y derecho, esta falló, anulando la vista de oficio, bajo el argumento de no estar integrado el Tribunal por ministros titulares según lo dispone la Constitución, pero no se refirió al fondo del Recurso de Amparo deducido. Es decir, esta consideró que correspondía la aplicación de la referida Ley N° 18314.

Inhabilitada la Corte de Apelaciones para conocer de la apelación que dio origen al recurso, la causa fue conocida por la Corte de Apelaciones de Valdivia, quien nuevamente rechazó la sustitución de la prisión preventiva del menor Luis Marileo. Aplicando nuevamente la normativa antiterrorista.

de herramientas ajenas a un sistema penal especial que tienda a proteger y reeducar a los adolescentes, llegando a permitir la aplicación de restricciones que rompen el principio de proporcionalidad de las medidas cautelares, consagrado expresamente en el artículo 33 de la Ley N° 20.084”²¹²

Así mismo durante su discusión el Ministro reconoce que, *“el texto del Art. 3 de la ley N° 20.467 era absolutamente claro en cuanto excluir a los menores de la ley N° 18.314, sin necesidad de interpretación o aclaración alguna, pero dado el sentido que el Ministerio Público atribuyó a esta norma, en cuanto a que dejaría abierta la posibilidad de aplicar a los menores la ley antiterrorista en lo referente al procedimiento y la ley N° 20.084 únicamente en lo que dice relación con la determinación de la pena y los beneficios, se optó por explicitarlo más claramente por medio de esta iniciativa”²¹³.*

Finalmente la Ley N° 18.314 fue nuevamente reformada y publicada el 21 de junio de 2011, mediante la Ley N° 20.519²¹⁴ que modificó el artículo 1° de la ley, quedando sus incisos segundo y tercero de esta manera:

“La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años. La exclusión contenida en el inciso anterior no será aplicable a los mayores de edad que sean autores, cómplices o encubridores del mismo hecho punible. En dicho caso la determinación de la pena se realizará en relación al delito cometido de conformidad a esta ley.”

Hasta la fecha de este trabajo²¹⁵ no se ha realizado ninguna audiencia preparatoria, por lo que aún no son observables los efectos de esta modificación. No obstante ello el Fiscal Nacional ha indicado a la prensa que se dictarán los oficios correspondientes para ejecutarla²¹⁶.

²¹² HISTORIA DE LA LEY N° 20.519. “Modifica disposiciones de la ley N° 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad”. 21 de Junio de 2011. 6p. [en línea] <www.bcn.cl> [consulta: 23 de noviembre de 2011].

²¹³ *Ibíd.* 64p.

²¹⁴ LEY N° 20.519, “Modifica Disposiciones De La Ley N° 18.314 Y Otro Cuerpo Legal, Excluyendo De Su Aplicación A Conductas Ejecutadas Por Menores De Edad”, 21 de junio de 2011, [en línea] <<http://www.leychile.cl/navegar?idnorma=1026712&buscar=20.519>> [consulta: 21 de noviembre de 2011]

²¹⁵ Noviembre de 2011.

²¹⁶ “Fiscal Nacional Promete excluir a menores de edad mapuche en juicios por ley antiterrorista”. Diario electrónico SOYCHILE. [en línea] <<http://www.soychile.cl/Temuco/Sociedad/2011/07/08/25715/Fiscal-Nacional-promete-excluir-a-menores-de-edad-mapuche-en-juicios-por-Ley-Antiterrorista.aspx>> [consulta: 21 de noviembre de 2011]

CAPÍTULO IV

**Propuesta de soluciones jurídicas al problema de la
inadecuada aplicación de la Ley Sobre Conductas Terroristas
a los menores de edad**

Como dijimos anteriormente, luego de la modificación hecha por la Ley N° 20.519 en junio de este año, el actual artículo 1° de la Ley N°18.314 en su inciso 2° excluye expresamente a los menores de 18 años de su aplicación, y por lo tanto debe ser utilizada la correspondiente LRPA o Ley N° 20.084.

Como fue necesaria una modificación legal de urgencia para excluir a los menores de esta invocación y así dar cumplimiento a los derechos consagrados en la CDN, es que hemos querido analizar algunas alternativas procesales que otorguen salida a un eventual sometimiento y aplicación de la legislación antiterrorista a los menores de edad, pues consideramos que en un Estado de Derecho Democrático respetuoso de los Derechos Humanos la utilización de esta ley, es improcedente, según lo vimos en el capítulo II sobre el marco normativo aplicable a los menores de 18 años.

Cabe recordar que, como señalamos en el capítulo II, la LRPA entrega la calificación de los delitos al Código Penal y no contempla ninguna exclusión a algún tipo de delito específico, ni alguna ley especial, así la Ley Sobre Conductas Terroristas (N° 18.314), Sobre Drogas y estupeficientes (N° 20.000), Ley de Control de Armas (N° 17.798) o la Ley Sobre la Libre Competencia, entre otras, podrían ser eventualmente invocadas para la persecución de hechos ilícitos y por los cuales se impute a niños-adolescentes.

14. Análisis del efecto de la modificación de la Ley N° 18.314. Aplicación retroactiva de la ley procesal penal más favorable en virtud del Art. 11 CPC y Art. 19 n° 3 de CPR

Como señalamos antes²¹⁷, la reforma legislativa de fecha 21 de junio de 2011 (Ley N° 20.519) modificó el Art. 1 de la Ley N° 18.314, excluyendo expresamente a los menores de 18 años de la aplicación de la ley sobre conductas terroristas²¹⁸, por lo que es preciso determinar cual es el alcance de esta modificación en los procesos vigentes.

La norma general en materia de ley penal en el tiempo es la *irretroactividad* de ésta, es decir, que la ley penal dispone sólo para lo futuro y no puede tener efecto retroactivo. Así lo dispone nuestro ordenamiento tanto con rango Constitucional como legal, en los artículos 19 n° 3, inciso 7° de la Constitución Política y el Código Civil en su Art. 9 aplicable a las leyes en general²¹⁹.

Así el Art. 19 n° 3 inciso 7° establece:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

Este principio es una expresión del principio de reserva o legalidad según el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).²²⁰

No obstante el carácter absoluto que pareciere tener este principio, la irretroactividad tiene su excepción en otro principio fundamental cual es la *retroactividad benigna de la ley* o *retroactividad de la ley penal más favorable*, según la cual se da efecto a una nueva norma jurídica, sobre hechos, actos o situaciones jurídicas que se han producido con anterioridad a la fecha en que entra en vigencia esta nueva ley.

²¹⁷ *Infra*.

²¹⁸ Art. 1°, inciso segundo: La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años.

²¹⁹ Art. 9. La ley sólo puede disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.

Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en estas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de la sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

²²⁰ CURY, ENRIQUE. *Ob.cit.* Nota N° 137.165p.

Así lo establecen el mismo Artículo 19 n° 3 inciso 7° de la Constitución cuando dice, “*a menos que una nueva ley favorezca al afectado*” y más latamente el Artículo 18 inc. 2° del Código Penal que establece:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”²²¹.

Es claro el texto en el sentido de que la aplicación de la ley posterior más favorable es una obligación, y no una facultad, del tribunal. Y como dispone que debe arreglarse a dicha ley el juzgamiento, sin añadir normas especiales sobre el particular, la determinación de cuál sea la ley más favorable al reo corresponderá hacerla exclusivamente a quien la ley encomienda su juzgamiento: el tribunal respectivo²²².

Como examinamos antes, la invocación de la ley antiterrorista lleva consigo una serie de limitaciones de derechos fundamentales y figuras especialísimas, que van en perjuicio de los imputados pues limitan su capacidad de defensa, libertad y principio de inocencia, entre otras garantías. Por lo que entendemos que la correcta aplicación de la LRPA, necesariamente favorece a los imputados ya que establece un régimen absolutamente diverso, en cuanto a la determinación de la pena (que como vimos anteriormente son considerablemente más beneficiosas), el cumplimiento y ejecución de condena, todas ellas amparadas en los principios de interés superior del niño y por tanto, más favorables a los adolescentes en comparación a la Ley Sobre Conductas Terroristas.

²²¹ Así también lo consagran los Art. 9 y 15.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

²²² ETCHEVERRY, ALFREDO. “Derecho Penal, Parte General”. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. 1998. 144p.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que acogiendo un recurso de nulidad fundado en lo dispuesto en el Art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por una sentencia que condenó a un menor de edad a una pena determinada mediante normas comunes del Código Penal y no según lo establecido en la LRPA, resolvió así : ²²³

“OCTAVO: Que, así las cosas, el problema a resolver se origina por el concurso momentáneo de dos leyes penales, frente a un juicio penal que se encuentra en una etapa determinada intermedia o pendiente en cuanto a su tramitación, una vigente con anterioridad al hecho en que recae el juicio, y la otra, menos rigurosa, promulgada antes de la sentencia de término. En este caso excepcional y transitorio, tal como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el principio de la legalidad de los delitos y las penas, debe quedar supeditado por el de la retroactividad benigna si existiera contraposición entre ambos.

NOVENO: Que, suponiendo que fuera dudosa la aplicación del inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, debe primar la interpretación pro imputado, tanto más cuanto habría bastado, en la especie, demorar algunos días el pronunciamiento del fallo recurrido para que éste se dictara durante el pleno vigor de la Ley N° 20.084 y sus posteriores modificaciones. Es más, a la data en que se revisa el fallo impugnado por estos sentenciadores, el cuerpo legal tantas veces citado, ha sido promulgado, publicado y se encuentra, actualmente tutelando los procedimientos y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal”.

Es importante puntualizar que la Ley N°18.314, es una ley que contiene normas de carácter tanto materiales como formales. Así contiene normas de naturaleza procesal como plazos especiales de detención, formalización e investigación, entre otras, y contiene disposiciones de naturaleza penal, como la calificación de los delitos, las etapas de desarrollo del delito, etc., por lo tanto es preciso analizar los alcances de la retroactividad de la ley más favorable dependiendo de la naturaleza de la norma.

²²³ CAUSA Rol N° 709-2007. Corte de Apelaciones de Valparaíso. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 23 de noviembre de 2011]

Con respecto a la llamada ley penal parece no haber controversias en cuanto a que si se determina que es más favorable para el imputado debe retrotraerse su aplicación, así mismo lo declaran los artículos ya citados, la doctrina²²⁴ y la jurisprudencia²²⁵.

Con respecto a la retroactividad de la ley procesal corresponde realizar un pequeño análisis. La doctrina en general sostiene que no es aplicable el principio. Para Cury, la retroactividad de la ley penal vale sólo respecto del derecho penal sustantivo, así las disposiciones del derecho procesal penal rigen *in actum*.²²⁶ Igualmente y luego de esta afirmación, el mismo autor expresa su deseo de limitar esta aseveración sobretudo frente a circunstancias que puedan favorecer al procesado y a la estrecha vinculación entre derecho penal y derecho procesal.

Así también lo ha expresado Bustos, al decir que en materia procesal rige el principio general establecido en el Art. 2.3. del Código Civil, conforme al cual: “*las leyes no tendrán efecto retroactivo salvo que dispongan lo contrario*”. Por tanto, esto significa que cualquiera que haya sido la fecha de la comisión del delito, el proceso se regirá por la ley vigente en el momento en que este tenga lugar.²²⁷

No obstante esto, posteriormente plantea la discusión sobre el tema, llamando la atención en especial cuando se trata de instituciones procesales que estén vinculadas a los derechos individuales, estableciendo que la determinación de la retroactividad de la ley procesal deberá determinarse en relación a este parámetro, es decir, la irretroactividad de ley procesal regirá plenamente si de conformidad con lo dispuesto en el Art. 19 n° 3 de la Constitución, la nueva ley procesal es restrictiva de derechos individuales. Si así fuere, la nueva ley no podría regir hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor y por el contrario si no lo hicieren seguirían rigiéndose por la ley vigente en el momento del proceso.

²²⁴ Así CURY, E. *Ob. Cit.* Nota N° 137. 228p. BUSTOS, J. *Ob. Cit.* Nota N° 77. 398p. ETCHEVERRY. *Ob. Cit.* Nota N° 222. 143p. y OLIVER, GUILLERMO. “Retroactividad e irretroactividad de las leyes Penales”. Ed. Jurídica de Chile. 2008. 477p.

²²⁵ No entraremos aquí por no ser pertinente, a discutir como lo ha hecho la doctrina sobre el alcance de este principio en las leyes penales en blanco, ley intermedia y leyes temporales.

²²⁶ CURY, ENRIQUE. *Ob.cit.* Nota N° 137. 227p.

²²⁷ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 77. 397p.

Así las cosas, no podrán tener jamás efecto retroactivo aquellas modificaciones que mantengan la misma situación o perjudiquen la posición de los imputados, en el sentido de aumentar las posibilidades de que terminen siendo castigados o de afectar sus derechos, por lo que en tal evento sólo podrían aplicarse al juzgamiento de hechos posteriores a su entrada en vigor²²⁸.

Por el contrario, una vez que el proceso se ha iniciado y la modificación procesal es más benigna, la retroactividad resulta obligatoria por aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, en cuanto este representa un límite no sólo para la imposición de consecuencias jurídico-penales sino también para el inicio y desarrollo del proceso.

Esta concepción doctrinal de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso²²⁹ está a su vez conformada por tres sub-principios, a saber, el de idoneidad o adecuación al fin de la intervención penal, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

El primero de ellos, la idoneidad se refiere en general, a que los medios de que se vale el Estado deben ser eficaces para el logro del resultado deseado, lo que en materia penal se traduce en la exigencia de que la intervención penal sirva para la protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos.²³⁰ Luego el de necesidad, también llamado intervención mínima, consiste en que la intervención penal no debe ir más allá de lo indispensable para alcanzar el fin que se persigue, causando el menor daño posible, y por último el de proporcionalidad en sentido estricto que consiste en la exigencia de que exista una armónica relación entre la gravedad del delito y la gravedad de la sanción penal²³¹.

En este sentido y según lo planteado, la no aplicación de la ley procesal más favorable resulta vulneratoria del principio de la proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso,

²²⁸ OLIVER, GUILLERMO. *Ob.cit.* Nota N° 224. 379p.

²²⁹ Es preciso distinguir entre lo que suele denominarse una concepción *estricta* del principio de proporcionalidad, referida sólo a la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y del delito, y una concepción *amplia* que, bajo la influencia de la formulación germana difundida por la jurisprudencia constitucional, entiende el principio de proporcionalidad como un examen mas global de los costos y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad. En: LOPERA, GLORIA. “Principio de proporcionalidad y ley penal”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006. 171p.

²³⁰ *Ibidem.* 387p.

²³¹ *Ibidem.* 303p.

específicamente en cuanto al sub-principio de la necesidad, pues no obstante la ley anterior sigue siendo idónea para garantizar la eficacia de las eventuales sanciones no es ya *necesaria* en aquella medida que sobrepasa los límites dados por la nueva ley.

En el mismo sentido se manifiesta Etcheverry²³², al plantear que mediante la nueva ley el legislador ha declarado públicamente que el tratamiento penal anterior era *innecesariamente* riguroso o inadecuado a las necesidades sociales, y que por lo tanto no resulta jurídicamente procedente imponerle a un ciudadano esa pena declarada inútil y excesiva. Aplicable igualmente en el caso de las leyes procesales.

Por tanto, el principio de la retroactividad de la ley penal favorable (Art. 19 n° 3 inc. 7°), es una garantía o derecho establecido en favor del ciudadano para defenderse frente a la autoridad y por eso, no puede ser recortado o disminuido sino en los casos a que específicamente se refiere la propia norma constitucional. Incluso cuando se autoriza su limitación, ésta no puede llegar a afectar la esencia del derecho (cuestión que además constituye autónomamente un derecho asegurado por la Constitución, Art. 19 N° 26 CPR).

En este orden de ideas no parece razonable ni proporcionado limitarlos mediante una interpretación que le pretende otorgar a la seguridad jurídica una valoración preponderante²³³.

En nuestro país la ley sobre efectos retroactivo de las leyes (del 7 de Octubre de 1861) estipula en su Art. 24:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalece sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones i diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”

²³² ETCHEVERRY. *Ob.cit.* Nota N° 222. 142p.

²³³ CABALLERO, FELIPE. “Derecho Penal Sustantivo Y Efectos En El Tiempo De La Sentencia Del Tribunal Constitucional Que Declara La Inconstitucionalidad De Un Precepto Legal”. *Revista de Derecho*. Valdivia. v.19. N° 2. 2006. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000200008&script=sci_arttext> [consulta: 21 de noviembre de 2011]

No obstante su tenor y lo dicho sobre la discusión de la retroactividad de las leyes procesales, más favorables, pareciere que el problema de su aplicación estricta ha quedado solucionado, con la consagración legal de este principio, mediante la dictación del Código Procesal Penal el año 2000, que reza en su Art. 11:

“Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”

Así durante su discusión en el congreso se afirmó: *“ella está directamente relacionada con el principio pro reo consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política y en el artículo 18 del Código Penal. Dado que en la ley sustantiva se aplica la pena más favorable al reo, la lógica lleva a admitir que similar cosa ocurra con las normas procesales, que pueden estar referidas a los medios de prueba, la prisión preventiva, etc., haciendo excepción a la vigencia in actum de las leyes procesales contemplada en el artículo 24 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.”*²³⁴

Sobre lo mismo Bustos: *“lo cierto es que por principio no puede hacerse una separación entre normas materiales (penales) y formales (procesales) ya que ambas están indisolublemente unidas. Son dos aspectos de la misma realidad, dentro de la cual las normas formales sirven para la realización o efectividad de las normas materiales.”*²³⁵

Es por esto que consideramos que en virtud en primer lugar de la modificación legal de junio de 2011²³⁶, que excluyó expresamente a los menores de edad de la aplicación de la ley antiterrorista, y que por tanto es más favorable a estos imputados, luego los artículos 19 n° 3 inciso 7° de la Constitución, Art. 18 del Código Penal ya citados y en especial el Art. 11 del Código Procesal Penal, que consagran la retroactividad de la ley tanto penal como procesal mas favorable, tanto el Ministerio Público como los Tribunales deben tomar todas las medidas necesarias para excluir todos los elementos de la Ley N°18.314 sobre conductas terroristas que se hayan utilizado desde que comenzaron a investigarse estos hechos, así desde la etapa de

²³⁴ HISTORIA DE LA LEY N° 19.696, artículo 11, 13p. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&buscar=19.696>> [consulta: 2 de noviembre de 2011]

²³⁵ BUSTOS, JUAN. *Ob.cit.* Nota N° 77. 398p.

²³⁶ LEY N° 20.519. *Cit.* Nota N° 214.

investigación desformalizada en adelante, pues no obstante esta modificación de urgencia, la correcta interpretación de las normas vigentes, y en particular por consideración al principio de especialidad, siempre debió ser la legislación aplicada a los menores, la correspondiente Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA).

14.1 Solicitud de separación de la acusación en virtud del Art. 274 Código Procesal Penal.

Otra de las vías por la cual puede salvaguardarse el derecho de los imputados menores de edad a ser juzgados por el sistema especializado contemplado en la Ley N°20.084, es mediante la solicitud, en la fase intermedia o de preparación al juicio, de la separación de acusaciones. De modo de diferenciar entre imputados adultos y adolescentes y así respetar la garantía del derecho a la defensa, según lo permite el inciso segundo del Art. 274 del Código Procesal Penal que establece:

“El Juez de Garantía podrá dictar autos de apertura del juicio oral separados, para distintos hechos o diferentes imputados que estuvieren comprendidos en una misma acusación, cuando, de ser conocida en un solo juicio oral, pudiere provocar graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio o detrimento al derecho de defensa, y siempre que ello no implicare el riesgo de provocar decisiones contradictorias”.

Esta garantía del derecho a la defensa se encuentra consagrada con rango constitucional en el Art. 19 n° 3 de la Constitución Política que establece: *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.*

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.”

Luego y en virtud de que los Tratados Internacionales ratificados por Chile y según el Art. 5 inciso 2, debe complementarse esta definición con lo estipulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que lo contempla en su Art.8.2.e) que dispone, “*que es un derecho irrenunciable el ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado*”, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14.3.d) establece “*el derecho de ser asistido por un defensor de su elección*”.

En lo que se refiere a los menores de edad, este derecho se encuentra consagrado en los Art. 40.2.b.III y Art. 37.d de la CDN, el primero de ellos establece: *ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;*

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

El Art. 37 d consagra: “*Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada*”.

A nivel legal este derecho se encuentra consagrado en el CPP y en la LRPA, en el primer caso, entre otros, en sus artículos 8, 98, 102 y sgtes., 155 letra f y en la Ley de Responsabilidad penal adolescente entre otros en los Art. 29 y 31.

Según Horvitz²³⁷, el contenido de esta garantía consiste “en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe”.

Esta misma autora considera que el derecho a la defensa comprende tanto la defensa material como la defensa técnica, entendiendo a la primera de ellas como el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado²³⁸, en el mismo sentido también el Código Procesal Penal, que en su artículo 8 inciso segundo expresa: “*el imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código*”.

Por su parte, la defensa técnica según la primera parte del Art. 8 consiste en el derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, desde los actos iniciales de la investigación (Art. 93 letra b) y hasta la completa ejecución de la sentencia. (Art. 102).

Por ende, esta defensa técnica es una derivación del derecho de defensa material en cuanto se consagra en la Constitución y las leyes, que surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego²³⁹.

Así entonces esta incorrecta aplicación de la Ley N° 18.314 a menores de edad, involucraría una vulneración del aspecto material de la garantía en cuanto los imputados adolescentes tienen la facultad de ejercer los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen y en virtud de estos, ser tratados como menores de edad cuya responsabilidad en los hechos que revisten el carácter de delito sea determinada mediante un estatuto normativo especial, que como ya hemos dicho

²³⁷ VASQUEZ ROSSI, J., “El proceso penal. Teoría y práctica”. Ed. Universidad, Buenos Aires. 1986. p.49. En: HORVITZ y LOPEZ. “Derecho Procesal Chileno”. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. 226p.

²³⁸ Ibíd. 228p.

²³⁹ Ibíd.

esta formado tanto por la ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente como por la CDN.

Igualmente lo entiende Chahuán²⁴⁰, quien expresa que de acuerdo a la doctrina constitucional chilena la intervención del letrado debe ser la “debida”, caracterizando esta como una actuación pertinente y respetuosa, conforme al procedimiento que la ley señale para el asunto.

Como expresamente lo establece el Art. 1 de la LRPA: “*La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de estas*”. Y en su inciso 2° establece la supletoriedad de las disposiciones del Código Procesal Penal, evidenciando la primacía del principio de especialidad que rige en la materia.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte suprema:²⁴¹

2°.- Que en el presente caso, el hecho fue cometido por un joven de dieciséis años, encontrándose vigente la Ley N° 20.084 que fue dictada en cumplimiento de lo ordenado en la Convención de los Derechos del Niño, por la cual los Estados Partes se obligaron a tomar las medidas apropiadas para promover el establecimiento de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para que los niños a quienes se impute una infracción de ley penal, sean sometidos a ellos.

4°.- Que, finalmente, la Ley N° 20.084, con carácter especialísimo, establece el procedimiento, la autoridad, las instituciones, las penas y las medidas cautelares a que deben ser sometidos los adolescentes infractores, que son aplicados y conocidos por el Juez de Garantía y el Tribunal de Juicio Oral respectivo.

Así entonces, la intervención debida del letrado en estos casos, corresponde a la establecida por las normas transcritas, es decir, bajo el procedimiento establecido en la LRPA.

²⁴⁰ CHAHUAN S., SABAS. “Manual del Nuevo Procedimiento Penal”. Segunda Edición. Editorial Lexis Nexis. 26p.

²⁴¹ CAUSA ROL 5440-2007. Corte Suprema. [en línea] < www.poderjudicial.cl > [consulta: 28 de noviembre de 2011]

Luego, el Art. 28 de la LRPA se pone en la situación descrita, esto es que existan en una misma causa imputados mayores y menores de edad, señalando en su inciso segundo:

“Por su parte, si en un mismo procedimiento se investiga la participación punible de personas mayores y menores de edad, tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 185 y 274 del Código Procesal Penal. En todo caso, si se hubiere determinado la sustanciación conjunta de los procesos, se dará cumplimiento, respecto del menor, de las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes”.

A mayor abundamiento, luego de la modificación de la Ley N° 20.519, es la misma Ley N° 18.314 la que excluye expresamente a los menores de edad de su aplicación, por lo que consideramos que los juzgados de garantía correspondientes deben aceptar esta solicitud y resolver la separación de acusaciones, dictando, como consecuencia, dos autos de apertura de juicio oral distintos.

Cabe mencionar que la decisión de separar acusaciones es una facultad del juez de garantía, atendida la concurrencia de los requisitos establecidos en el Art. 274 inciso segundo del CPC, esto es, cuando existiendo distintos hechos ó distintos imputados, de ser conocidos en un sólo juicio oral:

- 1) pudiere provocar graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio o,
- 2) detrimento al derecho de defensa.

El límite a ambas hipótesis es que ello no implicare el riesgo de provocar decisiones contradictorias.

En contra de la resolución que acoja o rechace esta solicitud, no se contemplan recursos en el CPP, y sólo se está sujeto al criterio del juez²⁴². Resultando en caso de negativa, la aplicación de lo estipulado en la parte final del Art. 28 de la LRPA, esto es: *“En todo caso, si se hubiere*

²⁴² No obstante, siempre debe sujetar su intervención a la salvaguarda de los derechos de los imputados. En este sentido toma nuevamente relevancia el principio de interés superior del niño, que como dijimos antes, debe ser una consideración primordial en cualquier decisión que se adopte en el contexto de la administración de justicia, cuando hay menores involucrados.

determinado la sustanciación conjunta de los procesos, se dará cumplimiento, respecto del menor, de las normas que conforme a esta ley son aplicables al juzgamiento de los adolescentes”.

14.2 Exclusión de pruebas para el Juicio Oral. Prueba ilícita obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Vulneración al Debido Proceso aplicable a menores de edad (Art. 276 inc.3º Código Procesal Penal en relación con Art.19 n° 3 de la Constitución Política).

El Art. 276 sobre exclusión de pruebas para el juicio oral en su inciso 3º establece:

“Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

De este artículo, puede definirse a la prueba ilícita como *aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*²⁴³. Esta inobservancia representa más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar con la infracción de ley en la obtención de prueba, si no que se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal con una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como una afectación de la misma²⁴⁴. Así se intenta condicionar la búsqueda de la verdad procesal al estricto apego del respeto a un debido proceso.

Con esto el Estado debe estabilizar no sólo las normas jurídico-penales a través de una persecución penal efectiva, sino también, en el mismo plano, los derechos fundamentales de los

²⁴³ HORVITZ L., MARÍA y LOPEZ M., JULIÁN. “Derecho Procesal Chileno”. Tomo II. Ed. Jurídica de Chile. 50p.

²⁴⁴ CAROCCA, ALEX. “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”. Ius et Praxis. 1998. N° 2. 306p. En: HERNANDEZ, B. “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”. Colección Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado. N° 2. 2005. 51p.

imputados por medio del reconocimiento y ante todo la aplicación de prohibiciones de utilización de prueba en caso de violaciones de los derechos del individuo²⁴⁵.

Esta prohibición probatoria tiene en su resultado un componente individual y un componente colectivo: por un lado, sirven para la *garantía de los derechos fundamentales*, en tanto protegen al inculpado ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas en su contra -en el sentido amplio de prohibiciones de cargo- por otro lado preservan - componente colectivo - la integridad constitucional, en particular a través de la realización de un proceso justo (*fair trial*)²⁴⁶.

Para la primera de las situaciones descritas en el artículo 276, esto es, que se trate de pruebas que *provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas*, es necesario que haya existido una resolución que las haya declarado así según el Art. 159 del CPP²⁴⁷.

No es igual para la segunda hipótesis, *aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*, pues incluso cuando no se haya alegado oportunamente la diligencia defectuosa o esta se haya rechazado, queda a salvo siempre el derecho a solicitar la exclusión de la prueba obtenida ilegítimamente en la audiencia de preparación del juicio oral, por la vía del Art. 276 inc. 3º²⁴⁸, produciendo que la evidencia no pueda ser admitida como prueba apta de ser rendida en el juicio.

Como garantías fundamentales deben entenderse al menos a las garantías consagradas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile.

²⁴⁵ AMBOS, KAI. "Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán -fundamentación teórica y sistematización" [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S07183992009000100001&script=sci_arttext> [consulta: 18 de noviembre de 2011].

²⁴⁶ *Ibíd.*

²⁴⁷ Artículo 159.- Procedencia de las nulidades procesales. Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.

²⁴⁸ HORVITZ L., MARÍA y LOPEZ M., JULÍAN. *Ob.cit.* Nota N° 243. 169p.

Todo esto en concordancia con lo estipulado en Código Procesal Penal en los Art. 9 sobre autorización judicial previa²⁴⁹, Art. 10²⁵⁰ sobre cautela de garantías, de la presunción de perjuicio para los efectos de la nulidad procesal del Art. 160²⁵¹ y de acuerdo a la procedencia del la nulidad según el Art. 373 letra a).^{252 253}

Así entre otras podemos enumerar el derecho a la integridad física y síquica de la persona (Art. 19 n° 1 CPR), el derecho a la defensa jurídica (Art. 19 N° 3, inciso segundo CPR), el derecho al respeto y protección de la vida privada (Art. 19 n° 4 inciso primero CPR), el derecho al debido proceso (Art. 19 n° 3, inciso 5°), el derecho a la libertad personal (Art. 19 n° 7 CPR), prohibición de obligar al imputado en causa criminal a declarar bajo juramento por hecho propio o a los parientes a declarar en su contra (Art. 19 n° 7 inciso segundo letra f) CPR), y el derecho a la propiedad (Art. 19N° 24 CPR).

²⁴⁹ Artículo 9°.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquella, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió.

²⁵⁰ Artículo 10.- Cautela de garantías. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobrestamiento temporal del mismo.

²⁵¹ Artículo 160.- Presunción de derecho del perjuicio. Se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República.

²⁵² Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

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

²⁵³ HERNANDEZ, B. *Ob.cit.* Nota N° 244. 52p.

Mención especial merece en este caso, a nuestro entender, la garantía fundamental llamada del “*debido proceso*”, que como dijimos, en el ordenamiento interno estaría establecida en el Art. 19 n° 3 inciso 5° de la CPR, que expresa:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El contenido esencial de este derecho no fue definido por el legislador, bajo el argumento de que podría fácilmente incurrirse en errores de extensión o de omisión, y que sería fuente de grandes conflictos el determinar qué garantías incluir y cuales no²⁵⁴, por lo que se ha postulado que debe ser la jurisprudencia quien lo delimite, luego el componente esencial no podría ser atribuido al conjunto de la legalidad procesal penal, sino sólo a aquellos principios o reglas que puedan considerarse requisito esencial de legitimidad del proceso penal, al punto de merecer dignidad de garantía fundamental²⁵⁵.

Para Colombo,²⁵⁶ el debido proceso es aquel “que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y en definitiva la plena eficacia del derecho”.

Por su parte Bandres Sánchez, lo entiende como “el derecho que garantiza al ciudadano la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías procesales constitucionalizadas.”²⁵⁷

En este contexto y sobre los alcances de este concepto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado:

²⁵⁴ TORO, CONSTANZA. *Ob.cit.* Nota N° 134. 50p

²⁵⁵ HERNANDEZ, B. *Ob.cit.* Nota N° 244. 55p.

²⁵⁶ COLOMBO, JUAN. “El Debido Proceso Constitucional, Tribunal Constitucional”. 2003. 2p. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/documentos/downloadpdf/589>> [consulta: 25 de noviembre de 2011]

²⁵⁷ BANDRES, SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. *En*: HORVITZ, MARÍA y LÓPEZ, JULIÁN. *Ob. Cit.* Nota N° 243. 69p.

*“Por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. A este respecto, el debido proceso cumple una función dentro del sistema, en cuanto garantía del orden jurídico, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución le asegura a las personas. Desde esta perspectiva el imperio del derecho y la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes, y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento”.*²⁵⁸

Por su parte la Corte Suprema ha resuelto:

*NOVENO: ... “En torno a los tópicos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la **Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes** le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, **que se respeten los procedimientos fijados en la ley**, veredictos motivados o fundados, etc.; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, imparcial y natural...”*²⁵⁹

Según estas sentencias, esta garantía incluiría entonces, el derecho a la acción y el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria (emplazamiento), la bilateralidad de la audiencia, el derecho a interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores, la legalidad, la imparcialidad del tribunal, que este sea predeterminado por ley y la prohibición de

²⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ROL 986. considerando 17°. 30 de enero de 2008. [en línea]

< http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=35353 > [consulta: 22 de noviembre de 2011]

²⁵⁹ CAUSA Rol N° 9.596–2010. Corte Suprema. 25 de enero de 2011. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl>> [consulta: 22 de noviembre de 2011].

comisiones especiales, el derecho a la prueba, la adecuada asesoría y defensa con abogados, y la publicidad de los actos jurisdiccionales.

Cabe hacer presente que en el contexto actual, debe agregarse también a las garantías establecidas en el ordenamiento interno, otras garantías mínimas que estén establecidas en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes²⁶⁰, en virtud a que estos instrumentos internacionales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional en virtud del Art. 5 inciso 2º de la CPR.

De este modo el debido proceso se encontraría consagrado en el Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual utiliza el término “Garantías Judiciales”, y en el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos²⁶¹, que dada su extensión no reproduciremos aquí, pero que agrega a las garantías recién expuestas, el derecho a la verdad, el derecho al plazo razonable, la presunción de inocencia, prohibición de autoincriminación, la garantía del *non bis in ídem* y, el derecho a la igualdad en el proceso²⁶².

Es evidente que los menores de edad al ser personas gozan de todos estos derechos, pero además por su condición de personas en desarrollo, estas garantías se ven reforzadas por otras propias del llamado derecho del niño/a- adolescente²⁶³.

²⁶⁰ En este sentido cabe mencionar una reciente jurisprudencia del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle de fecha 28/01/2011, Rol 96-2010, que concedió la atenuante de irreprochable conducta anterior a un condenado pese a tener anotaciones penales pretéritas, ya que correspondían a hechos ocurridos cuando era menor de edad, situación expresamente contemplada en el artículo 21 de las Reglas de Beijing, a las cuales el tribunal ha dado aplicación, pues se relacionan con el artículo 41 de la Convención de los Derechos del Niño, que consagra la primacía de las disposiciones más favorables para el niño. Esto en aplicación del artículo 5º de la Constitución Política (en lo relativo al respeto y promoción de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes) y a través de este se llega al artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de : d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

²⁶¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Adoptado Por La Asamblea General De La Organización De Las Naciones Unidas. Por Resolución N° 2.200. El 16 De Diciembre De 1966 Y Promulgado En Chile Mediante Decreto Ley N° 247 De 17 De Enero De 1974. [En Línea] <[Http://www.leychile.cl/Navegar?Idnorma=15551&Idversion=1989-04-29](http://www.leychile.cl/Navegar?Idnorma=15551&Idversion=1989-04-29)> [Consulta: 26 De Noviembre De 2011].

²⁶² TORO, CONSTANZA. *Ob.cit.* Nota N° 134. 67pp.

²⁶³ Sobre esto se trató en los puntos 5 y 7.1 de este trabajo.

Sobre este mismo punto y relacionándolo con la materia que nos atinge, cabe mencionar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece explícitamente en su artículo 14.4, referido a las garantías del debido proceso, que:

"4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social".

A partir de esta norma el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional (órgano que interpreta y aplica las disposiciones del Pacto) ha reconocido la necesidad que los procesos para el establecimiento de responsabilidad penal de los jóvenes sean conducidos de manera diferente a la de los adultos tomando en consideración sus características especiales, lo que ha llevado a que se sostenga que el Pacto impone en ciertas circunstancias garantías extras en favor de los jóvenes en comparación con los adultos en los procesos juveniles.²⁶⁴

Así mismo en nuestro ámbito regional, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos²⁶⁵, en su artículo 5.5 establece: *"Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento"*.

Junto con este reconocimiento normativo explícito, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la materia, tanto como parte de su competencia consultiva como en uso de sus facultades jurisdiccionales. La Corte elaboró la Opinión Consultiva n° 17 del año 2002 (OC-17/2002) cuyo tema central fue "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"²⁶⁶. En ella señaló que los niños: *"En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado."*²⁶⁷ Agregando además que: *"Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un*

²⁶⁴ DUCE, MAURICIO. "El derecho a un juzgamiento especializado de Los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil". Revista Ius Et Praxis. Año 15. N° 1.79p. [en línea] < http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122009000100004&script=sci_arttext > [consulta: 26 de noviembre de 2011].

²⁶⁵ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Denominada "Pacto De San José De Costa Rica". Aprobada por Decreto 873 y promulgada el 23 de agosto de 1990. [en línea] <<http://www.leychile.cl/navegar?idnorma=16022&idversion=1991-01-05>> [consulta: 26 de noviembre de 2011].

²⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° 17 (OC-17/2002). Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de agosto de 2002. párrafos 1 y 2.

²⁶⁷ *Ibidem*. párrafo 93.

*adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”.*²⁶⁸²⁶⁹

Este estatuto diferenciado, como hemos sostenido reiteradamente, está además conformado por las garantías establecidas en la CDN, que al igual que el Pacto y la Convención, en virtud del Art. 5 inciso 2º de la CPR ya citado, tienen rango constitucional y por tanto forman parte del catálogo de derechos que integran el debido proceso aplicable a menores de edad.

Este instrumento consagra en su Art. 40.3 que: “*los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes*”, y a continuación enumera algunas garantías mínimas aplicables a los menores que se enfrenten con la justicia.

Asimismo, en nuestra legislación nacional y como respuesta a este mandato de la CDN, la LRPA, establece en su Art. 1º: “*La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas*”.

Como consecuencia de estas disposiciones puede afirmarse que la observancia de las garantías del debido proceso en estos casos, necesariamente debe estar complementada con los derechos propios que emanan de su condición de niños.

Para Duce, los alcances de la consideración a esta necesaria especialidad se traducen en el reforzamiento o ampliación de cuatro garantías del debido proceso, a saber: fortalecimiento de la libertad y las mayores restricciones a su privación en el proceso; exigencias más estrictas

²⁶⁸ *Ibíd.* párrafo 96.

²⁶⁹ DUCE, MAURICIO. *Ob. Cit.* Nota N° 264. 80p.

respecto a la extensión temporal del proceso; mayores resguardos al derecho de defensa; y exigencias más estrictas para la renuncia de derechos del debido proceso.²⁷⁰

En los casos específicos que analiza este trabajo, durante todo el proceso (que hasta hoy incluye investigación y acusación) se ha invocado por parte del ministerio público la Ley N° 18.314, por lo que toda la evidencia adquirida se ha obtenido amparada en sus disposiciones.

Como lo expusimos en el capítulo I, la llamada Ley sobre conductas terroristas ha sido aplicada en varios casos antes, siempre a personas pertenecientes al pueblo mapuche. Sus disposiciones, al tratarse de una ley que busca determinar los responsables de delitos de la más grave entidad, han sido consideradas como restrictivas de algunas garantías que contiene el debido proceso²⁷¹.

Así por ejemplo la utilización de los llamados “testigos sin rostro” o testigos con identidad reservada, debilita la garantía de defensa, en cuanto no permite refutar las pruebas presentadas por la acusación, ya que la identidad y la conducta de los testigos tienen una relevancia directa para su credibilidad²⁷², además la Ley N°18.314 permite decretar el secreto de la investigación para todos los intervinientes hasta por 6 meses.

Por otra parte, se ha vulnerado la garantía del *non bis in ídem* o prohibición de doble enjuiciamiento penal, pues en casos en que se han visto involucrados funcionarios de Carabineros y civiles se ha procesado por los mismos hechos en sede penal y en justicia militar, resultando en sentencias contradictorias²⁷³.

²⁷⁰ *Ibíd.*

²⁷¹ AYLWIN, JOSÉ. “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”. Septiembre 2010. 14p. Material inédito.

²⁷² *Ibíd.*

²⁷³ Interesante es en este punto el caso en causa sobre los hechos del 15 de octubre de 2008, llevado a cabo durante este año 2011 en el TOP de Angol, que conocido por la justicia militar terminó con la absolución de los comuneros procesados, al contrario, conocido los mismos hechos por la Justicia ordinaria, esta termino en condenas para 4 de ellos. “Justicia Militar absuelve a Héctor Llaitul y otros 4 comuneros mapuche”. [Biobiochile.cl](http://www.biobiochile.cl). [en línea] <<http://www.biobiochile.cl/2010/12/16/justicia-militar-absuelve-a-hector-llaitul-y-otros-4-comuneros-mapuche.shtml>> [consulta: 28 de noviembre de 2011]

Por otro lado se atentaría en contra de la garantía de *igualdad y no discriminación*, pues como hemos dicho antes, los imputados de todas las causas en que se ha invocado la Ley N°18.314 han sido personas pertenecientes al pueblo mapuche que además en su mayoría son autoridades ancestrales o dirigentes de sus respectivas comunidades.

Por último cabe recordar que la sola invocación de la legislación antiterrorista permite que se restrinjan las visitas, los fiscales puedan solicitar al juez permiso para intervenir teléfonos, interceptar correspondencia, correos electrónicos y otras comunicaciones con cualquier persona, salvo el abogado, durante un periodo indefinido.²⁷⁴

Ahora bien con respecto a los menores y según lo expuesto, la aplicación de esta legislación especial también es vulneratoria del debido proceso, en especial respecto al derecho a defensa. Sobre las disposiciones que lo consagran y su definición, nos remitiremos a lo señalado en el acápite anterior sobre separación de acusaciones. No obstante ello, cabe señalar que lo que entendemos vulnerado en este caso es la llamada *defensa material*, es decir, aquella que consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado²⁷⁵.

Sobre este punto la jurisprudencia ha resuelto: *DÉCIMO: Que la garantía del derecho a defensa que se dice amagada consiste en que toda persona cuente con una asistencia jurídica material y técnica, sin que autoridad o individuo alguno pueda impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido impetrada con el fin de hacer valer sus pretensiones y excepciones. Así, “el derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe” (citando a Julio Maier)²⁷⁶. Se trata, en definitiva, de la garantía de la participación de los interesados en la formación de la decisión jurisdiccional.*

²⁷⁴ *Ibíd.*

²⁷⁵ HORVITZ, MARIA Y LOPEZ, JULIAN. *Ob.cit.* Nota N° 243. 227p.

²⁷⁶ MAIER, JULIO. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Editores del Puerto. 2ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Año 1999. 547p. En: CAUSA Rol N° 1.964 07. Corte Suprema. 28/12/2007. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 22 de noviembre de 2011]

En este sentido y como ya se ha señalado, existe en nuestro país, desde hace mas de 4 años una LRPA, que establece un sistema especializado para la determinación de la responsabilidad de los menores de edad, mediante la cual los adolescentes imputados de cometer algún delito pueden hacer valer sus pretensiones y excepciones. Especialización que como vimos está consagrada en diferentes instrumentos internacionales, en cuyo marco fue dictada la LRPA. Esta es la legislación que siempre debió ocuparse en el caso de los menores de edad.

Al mismo tiempo, y luego de la dictación de la Ley N° 20.519 que modificó la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas, se excluyó expresamente a los menores de edad de su aplicación en el Art. 1. Esta ley se dictó precisamente para no permitir al Ministerio Público una interpretación que incluyera a los menores en su invocación como lo ha hecho hasta la fecha, pues por aplicación del principio de especialidad y del interés superior del niño, ellos siempre debieron estar amparados por citada LRPA.

Luego, las probanzas que se ofrecen en las acusaciones donde se encuentran los imputados menores de edad (misma acusación para imputados mayores y menores), fueron adquiridas mediante la utilización de la citada Ley N° 18.314, ley especial y que como dijimos excluye a los menores de su aplicación.

Estas evidencias, bajo estos argumentos son ilícitas, pues en su producción el ente persecutor no se ha acotado a los límites dados por las leyes citadas, con lo que la recopilación del material probatorio carece de legalidad.

En el mismo sentido Hernández, “el debate sobre una eventual segregación de prueba debe preceder -como cuestión primordial indispensable- a una determinación acerca de la ilicitud de la recopilación del material probatorio, la que en el caso singular sub lite, implica discernir si la intervención policial se ha ceñido o no al régimen jurídico que lo gobierna”²⁷⁷, pues no obstante los artículos 295 y 297 del Código Procesal Penal, consagran la libertad de prueba y establece la

²⁷⁷ HERNANDEZ, H. *Ob.cit.* Nota N° 244. 43pp.

sana crítica en su valoración, siempre deben ser producidos e incorporados en conformidad a la ley.

El denominador común para la noción de prueba ilícita en todos los sistemas, radica en la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la fase de instrucción, con ocasión de la actividad de pesquisas llevadas a cabo por los órganos de persecución penal²⁷⁸.

Todo esto además debe ser interpretado por el principio de primacía del interés superior del niño, que como dijimos en el capítulo II, debe ser una consideración fundamental y basal en cualquier decisión de alguna autoridad. Así tanto el Art. 3.1 de la CDN y luego en virtud de su mandato, el Art. 2 de la LRPA consagran este principio, estableciendo el primero de ellos: “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

Por su parte el Art. 2º LRPA consagra: “*Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos*”.

Con esto la exclusión de la prueba obtenida bajo la Ley N°18.314 y en especial, lo que se refiere a sus figuras propias, como por ejemplo el testimonio de un coimputado que declara en virtud del Art. 4 y que se configura como la principal prueba de cargo de estos casos²⁷⁹, deben ser

²⁷⁸ HORVITZ, MARIA y LOPEZ, JULIAN. *Ob.cit.* Nota N° 243. 168p.

²⁷⁹ Cabe hacer presente que de rechazarse esta solicitud, y en virtud del Art. 277 inciso segundo, no procede el recurso de apelación para la defensa, sólo para el Ministerio Público, no obstante la procedencia del recurso de nulidad conforme a las reglas generales.

Así sin esta declaración no existiría la prueba esencial que sustenta estos casos, y por tanto el fiscal debe proceder a solicitar el sobreseimiento definitivo sobre los imputados menores de edad en virtud de lo establecido en el Art. 276 inciso final que establece:

“*Si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la declarará en audiencia convocada al efecto*”.

La figura del sobreseimiento definitivo se contempla además en el Art. 248 y siguientes del Código Procesal Penal, a propósito de las opciones que puede tomar el fiscal una vez cerrada la investigación y cuya aceptación por parte del

excluidos en términos del Art. 276 inciso 3º, pues se obtuvieron vulnerando garantías del debido proceso en especial el derecho a defensa aplicable a los menores de edad, cuyo interés debe primar en cualquier consideración o medida que les afecte.

Con esto es el mismo Estado el llamado a respetar y hacer respetar el derecho de defensa del imputado, y ello a nuestro juicio se plasma, en una regla que efectivamente contribuya al necesario equilibrio dialéctico a través de la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, en la medida en que ésta, junto con la inobservancia de una determinada norma reflejo del derecho de defensa, afecte de forma esencial y no marginal, el derecho tutelado. Un camino distinto, sólo nos conducirá a una total deslegitimación del *ius puniendi* que como bien sabemos cumple sus fines en sí mismo, mediante un irrestricto respeto al debido proceso²⁸⁰. En la especie, una eventual incorporación de esta evidencia en el auto de apertura podría concluir en una sentencia condenatoria a adolescentes, basada en evidencia recolectada mediante una figura propia de la Ley Sobre Conductas Terroristas en abierta vulneración a la garantía de un justo y racional procedimiento con atención especial a su carácter de niños.

Un punto que no queremos dejar de mencionar y que conforma otra cara relevante del derecho a defensa de los adolescentes imputados en estas causas, es la situación especial del menor José Antonio Ñirripil, el cual en los dos casos por las cuales se le acusa, prestó declaración ante la Policía de Investigaciones de Chile sin presencia de un abogado defensor. En el caso del “Fundo San Leandro”, declaró encontrándose detenido previo al control de detención y por la causa “Brasil”, encontrándose bajo la medida cautelar de arresto domiciliario total (Art. 155 a CPP) en virtud de la causa antedicha y no existiendo orden ni autorización del juez de garantía.

Esta declaración es vulneratoria de su derecho a defensa técnica de acuerdo a diversas disposiciones, tanto nacionales como internacionales. Esta defensa es aquella que consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del

juez en la audiencia respectiva tiene como efecto producir el término del procedimiento con la consiguiente autoridad de cosa juzgada. (Art. 251 CPP).

²⁸⁰ CASTILLO V., FRANCISCO. “Prueba Ilícita Por Violación Del Derecho De Defensa En Cuanto Garantía Del Debido Proceso”. [En Línea] < [Http://Www.Bcbabogados.Cl/Images/Pruebailicita.Pdf](http://Www.Bcbabogados.Cl/Images/Pruebailicita.Pdf)> [Consulta: 29 De Noviembre De 2011]

procedimiento²⁸¹. Y se entenderá por primera actuación de procedimiento, cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible y en la que se señale a una persona como partícipe en aquel. (Art.7 NCPP).

Primeramente el Art. 31 de la LRPA, sobre la detención en caso de flagrancia dispone: “*Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas*”; y según la cual “*el adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en **presencia de un defensor**, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad*”, estableciendo así que no podrá realizarse ninguna diligencia en la que se requiera a un adolescente sin presencia de un abogado defensor.

Luego el Art. 8 del CPP expresa: “*el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la **primera actuación del procedimiento dirigido en su contra***”. El Art. 93 consagra los derechos y garantías del imputado, señalando que “*todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes*” y en especial su letra b) consigna que “*deberá ser asistido por un abogado **desde los actos iniciales de la investigación***”. Igualmente y en el mismo sentido, el Art. 102 inciso 1 consagra el derecho a designar libremente **un defensor desde la primera actuación del procedimiento** y hasta la completa ejecución de la sentencia, y su ausencia tiene como efecto la nulidad de la misma (Art.103 del CPP).

A mayor abundamiento, el Art. 40.2 letra b) numero ii) de la CDN dispone que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes, se le garantice que “*dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa*”, y que todo niño privado de su libertad tenga derecho a un **pronto acceso a la asistencia jurídica u otra asistencia adecuada** (Art. 37 d).

²⁸¹ HORVITZ, MARIA y LOPEZ, JULIAN. *Ob.cit.* Nota N° 243. 228p

Así las cosas, el derecho a defensa no sólo debe ser apropiado, esto es otorgado por un profesional preparado y especializado en la justicia de menores, si no que además esta asesoría debe ser oportuna. La idea de oportunidad esta asociada a que la intervención del asesor debiera producirse en forma temprana en el proceso y no necesariamente desde que éste se haya judicializado.²⁸²

En la misma línea se ha pronunciado la jurisprudencia: *“la correcta interpretación de la normativa en comento es aquella que importa considerar que el artículo 31 de la Ley 20.084, es una norma de protección de garantías de carácter y ámbito general respecto de la protección de los derechos de los jóvenes infractores de ley que no se reduce al ámbito de la detención por flagrancia(...) el artículo 31 en referencia es una norma de aplicación general que no se restringe al ámbito de la detención por flagrancia, sino que es una norma que debe ampliar las garantías establecidas a favor de los jóvenes y ha señalado que un joven infractor de ley **cada vez que es citado a una diligencia de investigación que exceda la mera comprobación de la identidad del joven**, requiere la presencia de un abogado defensor. Asimismo establece, que el Ministerio Público en un instructivo del Fiscal Nacional, respecto de este tema señala: “De cualquier modo, cuando la declaración del adolescente resulte relevante para sus propios intereses, **corresponde informar este hecho al defensor y coordinar lo necesario para asegurar su concurrencia**”.*²⁸³

Por su parte, la Corte Suprema, conociendo sobre un recurso de nulidad resolvió:

DÉCIMO OCTAVO: Que de los antecedentes acompañados en el presente cuaderno, de los audios escuchados, así como de lo alegado por las partes presentes en la audiencia, se puede concluir que tal como lo indica el recurrente, la declaración que se obtuvo del co-imputado J.P.P., menor sometido al estatuto de la Ley N° 20.084 al momento del acaecimiento de los hechos investigados, misma calidad que tenía al momento de prestar sus dichos ante los funcionarios policiales fue irregular. Estos últimos reconocen en el juicio oral que concurrieron hasta su domicilio para entrevistarlo, y se le conminó a ser trasladado hasta la ciudad de

²⁸² DUCE, MAURICIO. *Ob.cit.* Nota N° 264. 100p

²⁸³ CAUSA Rol 211-2009. considerando cuarto. Corte de Apelaciones de Arica. [en línea] <<http://justiciapenaladolescente3.blogspot.com/>> [consulta: 26 de Octubre de 2011]

*Concepción para que declarara como testigo en los términos del artículo 83 letra d) del Código Procesal Penal, en relación a un reconocimiento, **oportunidad en que no estaba su abogado defensor, privándosele de la debida asistencia jurídica a que tenía derecho como imputado, así como al de guardar silencio. Si bien es efectivo que posteriormente fue absuelto de los cargos formulados, esas declaraciones obtenidas ilegalmente fueron utilizadas para sostener ahora la participación culpable del sentenciado V.A..***

VIGÉSIMO: Que, como consecuencia de lo que se viene analizando, resalta como una inferencia evidente el que a quienes se interrogó no eran simples testigos, sino que se trataba ni más ni menos que de sospechosos de la investigación. En cuanto a la explicación entregada respecto de la supuesta legitimidad con que la policía estimó su intervención, no resulta convincente pues, tal como se ha indicado en otros fallos ante situaciones como la de autos, no parece del todo procedente que pudiera dejarse entregada a una autoridad administrativa la determinación del atributo legal que se tiene en un momento determinado, definiendo por si y ante si, sin mayor control, si se le toma la declaración a una persona en calidad de testigo o imputado, con las diferencias jurídicas considerables que supone cada estatuto, lo que llevaría al extremo que bastaría una simple estimación de quien realiza un procedimiento investigativo para definir si se declara en una u otra calidad, lo que permitiría vulnerar los derechos constitucionales del imputado, pues de esa forma se podría ilegalmente obtener información valiosa en contra del declarante para luego ser utilizada en su contra sin mayor advertencia, lo cual parece un despropósito y va contra el texto expreso de normas constitucionales y legales que inspiran el nuevo sistema procesal penal, que bajo ningún respecto o circunstancia ampara.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que por ello es que toda persona que sea detenida o sindicada de cualquier forma como partícipe de un delito, tiene derecho a designar un abogado desde ese mismo momento, lo que debe efectuarse de manera efectiva, sin que pueda practicarse ningún acto procesal de la instrucción en el que el imputado deba intervenir personalmente.

La garantía de la defensa en juicio sólo queda satisfecha cuando la persona imputada cuenta con la debida y suficiente defensa técnica, la que existe desde el inicio mismo de la persecución penal, como ocurre en nuestro sistema procesal penal, lo cual conlleva el derecho a contar con el profesional, por lo que cualquier acto o diligencia en la que deba realizar alguna clase de manifestación, como lo es una declaración o actos o diligencias que por su

*naturaleza sean inmodificables o irrepetibles, deben realizarse con la presencia personal del abogado defensor. Sólo de esa forma el acto será válido*²⁸⁴.

Ahora bajo la consideración, de que estas declaraciones hayan sido prestadas renunciando voluntariamente a la defensa, cabe considerar que no obstante el estar abierta esta posibilidad en el caso de los adultos, cuando se trata de menores de edad, hay que estar atentos a los riesgos que se abren frente a renunciaciones que sólo son formalmente voluntarias e informadas, como por ejemplo cuando el niño no comprende con claridad el significado y consecuencias jurídicas de la renuncia o cuando la decide producto de presiones psicológicas de parte de las autoridades de persecución penal, que un adulto normalmente está en condiciones de resistir²⁸⁵, pero que habida consideración del estado de madurez y desarrollo de los niños, no puede ser homologada.

A raíz de esto es que la renuncia de derechos que integran la garantía del debido proceso debe ser reforzada, estableciendo como obligación para el Estado que a los interrogatorios a los que se somete un niño deben tener siempre acceso los representantes legales²⁸⁶.

Esta declaración entonces fue obtenida con infracción a la garantía fundamental del debido proceso, infringiendo el derecho a defensa técnica del menor, y por tanto debe ser excluida del correspondiente juicio oral por adolecer de ilicitud. No obstante ello, su eventual incorporación al correspondiente juicio oral configuraría una causal de nulidad según lo establecido en el Art. 373 letra a).

²⁸⁴ CAUSA Rol N° 4001-10. Corte Suprema. 24/08/2010. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [consulta: 26 de Octubre de 2011]

²⁸⁵ DUCE, MAURICIO. *Ob.cit.* Nota N° 264. 102p.

²⁸⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Cit.* Nota N° 124. Párr. 58.

14.3 Necesidad de protección e integridad del Debido Proceso en la valoración de la prueba rendida por el Tribunal durante el Juicio Oral. Art. 297 CPP en relación con Art.19 n° 3 de la Constitución Política

Nos hemos puesto anteriormente en el caso que las pruebas obtenidas bajo el alero de la Ley N° 18.314 se excluyan del respectivo juicio oral, por la vía de exclusión de la prueba de cargo por su ilicitud.

Precisamente, la exclusión de la prueba ilícita se reservó por el legislador a la audiencia preparatoria para así evitar el riesgo de contaminar con prueba improcedente a los jueces del tribunal oral, siendo el juez de garantía quien debe determinar la procedencia o no de la prueba de cargo y por tanto sin que llegue ésta a ser conocida por los jueces del fondo.

Así, “se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos”.²⁸⁷

Pero existen casos en que esta prueba pasa los controles anteriores y se incorpora al respectivo auto de apertura, por lo que ahora corresponde analizar lo que ocurre si en estos casos, el juez de garantía no excluyera, como creemos que debe hacerlo, toda esta prueba ilícita y se incorporara efectivamente en el respectivo juicio oral.

Hay varias posiciones ante esta circunstancia, una de ellas postula que el Tribunal Oral no se encuentra obligado por el auto de apertura, pues con prescindencia de su ubicación sistémica y su alcance directo, es indudable que el Art. 276 CPP cumple en nuestro ordenamiento procesal penal la función de una *prohibición general de valoración* de la prueba obtenida con infracción a garantías fundamentales²⁸⁸, pues es precisamente en la etapa de juicio oral y específicamente al momento de dictar sentencia que el tribunal debe ponderar el valor probatorio de las pruebas rendidas en él, ejercicio en el cual debe excluirse la valoración de la prueba ilícita.

Por otro lado se encuentran quienes piensan que el Tribunal Oral se encuentra absolutamente ligado por el auto de apertura, en términos tales que no sólo esta obligado a recibir la prueba

²⁸⁷ PFEFFER, EMILIO. “Código Procesal penal anotado y Concordado”. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 2001. 285p. En: HERNANDEZ, B., HÉCTOR. *Ob. Cit.* Nota N° 244. 87p.

²⁸⁸ HERNANDEZ, B., HÉCTOR. *Ob.cit.* Nota N° 244. 90p.

ilícita si no que también a valorarla y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en ella²⁸⁹. Esto entre otras razones, porque la ley ha previsto expresamente una oportunidad procesal para solicitar la exclusión de prueba (audiencia preparatoria, Art. 276 CPP), ha regulado el régimen de recursos a que están sometidas estas resoluciones y además ha previsto explícitamente una solución para ese caso, cual es la impugnación de la sentencia mediante el Recurso de Nulidad²⁹⁰.

Así entonces al momento de valorar la prueba, el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la que fue producida en juicio, incluso aquella que hubiere desestimado por no ser suficientemente persuasiva como fundamento de su convicción (Art. 297 CPP)²⁹¹.

Eso sí, estos cuestionamientos a su convencimiento podrían fundamentarse a nuestro parecer, en la infracción de garantías fundamentales, es decir en la propia ilicitud, pues el cumplimiento de la ley y *el respeto a los derechos fundamentales no forman parte de aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran condiciones de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración*²⁹².

La decisión judicial contraria al interés del portador de la garantía, no puede ser fundada en elementos de prueba obtenidos mediante su inobservancia o con violación de las formas previstas en resguardo de la garantía²⁹³.

Sólo las probanzas aportadas legalmente, con acatamiento absoluto a las normas jurídicas deben aceptarse y valorarse en el proceso, de suerte que la prueba obtenida en la observancia de la ley es la única que el juez puede tomar en cuenta para formar su convicción en el proceso²⁹⁴. Puesto

²⁸⁹ *Ibíd.*

²⁹⁰ HORVITZ L., MARÍA y LOPEZ M., JULIÁN. *Ob.cit.* Nota N°243. 197p.

²⁹¹ Artículo 297.- Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere 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 la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

²⁹² CAUSA Rol 3666-05. Corte Suprema. considerando 8°. [en línea] < www.poderjudicial.cl > [consulta: 24 de noviembre de 2011]

²⁹³ MAIER, JULIO. *Ob.cit.* Nota N°276. 696p.

²⁹⁴ CAUSA Rol 9171-2010. Corte Suprema. 24/01/2011. considerando 6°. [en línea] < www.poderjudicial.cl > [consulta: 24 de noviembre de 2011]

que la obtención de la verdad no es un valor absoluto sino que debe enmarcarse dentro de las formas de un debido proceso, protegiendo siempre la buena fe procesal.

Así también se infiere de lo estipulado en el inciso primero del Art. 6 de la CPR que estipula:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.”

Por el contrario si se aceptara que para fundar una sentencia condenatoria, puedan valorarse positivamente pruebas que se funden en actuaciones que han vulnerado normas que el propio Estado ha considerado previamente, como constitutivas de un mecanismo racional y justo para resolver los conflictos sociales, se estaría convirtiendo a las garantías constitucionales en simples enunciados sin contenido.

Por lo tanto la prueba que ha sido obtenida con una infracción legal de especial gravedad, en el sentido de los estándares de derechos humanos, que ya hemos enunciado en acápite anteriores, y/o si la infracción se manifiesta como un bien calculado o consciente menosprecio de las disposiciones procesales, debe prohibirse su utilización²⁹⁵.

También parece ser esta postura la que ha acogido nuestra jurisprudencia, así por ejemplo el TOP de Temuco:

16) Que, en cuanto a los declaraciones de los testigos de oídas, mediante las cuales se incorporó al juicio la declaración del imputado Roberto Painemil Parra, la cual habría sido prestada ante la fiscal Vania Arancibia, sin la presencia de su abogado defensor, a quien no se le comunicó oportunamente la realización de dicha diligencia, carece de todo valor probatorio, ya que, si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico autoriza la incorporación al juicio de la declaración del imputado mediante la prueba testimonial, esta confesión debe haberse prestado cumpliendo con todos los requisitos que establece la ley para asegurar al imputado un real derecho a defensa, lo cual dentro de las garantías, en un Estado Democrático de Derecho, es un

²⁹⁵ AMBOS, KAI. *Ob.cit.* Nota N° 245. 12p.

*pilar fundamental del proceso penal actual, inmerso en el concepto global del **debido proceso**, del carácter adversarial del mismo y de la imprescindible igualdad de armas jurídicas, para legitimar, también, ante la sociedad el veredicto que se emita por los tribunales de la República conociendo de hechos que pueden configurar tipos penales, que afecten bienes jurídicos relevantes, protegidos.*

(...) Que, dar valor a una declaración de testigos de oídas sobre una confesión realizada por el imputado sin contar con la presencia de un letrado inflinge gravemente uno de los elementos básicos de un debido proceso como lo es el derecho a una defensa técnica, con lo que se vulnera, lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y lo establecido en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

*(...) Que, a más de que la única prueba aportada por los acusadores para acreditar la participación de los imputados en el incendio y la participación de Llaitul Carrillanca en los delitos de porte ilegal y de receptación, es la declaración de Painemil Parra, la que debe ser **desestimada** por no haberse rendido de acuerdo a todas las normas de un debido proceso²⁹⁶.*

Lo ha estimado así también la Excelentísima Corte Suprema al señalar que:

*9º “en todo caso, lo sostenido es sin perjuicio de la valoración que de los antecedentes de prueba aportados al juicio en cuestión y en su caso, pudieron hacer los jueces del tribunal de Juicio Oral, ya **para dar mérito a las pruebas aportadas, o bien para desmerecerlas en razón de su génesis contraria a las normas legales o constitucionales** que reglan la labor del Ministerio Público, única fórmula que resulta procedente en dicho estadio procesal y que se comprenden en las facultades de los Jueces de este último Tribunal”.*²⁹⁷

También en la Causa RIT N° 7.918–10 de la misma Corte que resolvió:

²⁹⁶ CAUSA RIT 074-2008. Tribunal Oral de Temuco. [en línea] < www.poderjudicial.cl > [consulta: 24 de noviembre de 2011]

²⁹⁷ CAUSA Rol 6112-2006. Corte Suprema. [en línea] < www.poderjudicial.cl > [consulta: 24 de noviembre de 2011]

*“sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser– **los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos**. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su “verdad resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”.*²⁹⁸

Por lo tanto como expusimos a propósito de la exclusión de prueba, entendemos que en todos aquellos casos en que habiendo procesados menores de edad y que no se haya logrado la exclusión de la evidencia obtenida por medio de mecanismos específicos de investigación, propios de la Ley N°18.314, el Tribunal Oral correspondiente debe necesariamente desestimar toda aquella prueba que infringe el debido proceso aplicable a adolescentes.

14.4 Recurso de Nulidad

Por último, en caso de que ninguna de las alternativas antes analizadas prosperase, y alguno de los menores resultare condenado teniendo como fundamento de la sentencia tanto el procedimiento como las pruebas obtenidas al alero de la ley que determina conductas terroristas, examinamos aquí la opción de interponer un recurso de nulidad.

El recurrir o “derecho al recurso”, es una garantía general del debido proceso, que consiste en el derecho del condenado a obtener una revisión de la sentencia en su contra con el fin de corregir los errores que se pudieren haber cometido y que pudieren conducir a una condena injusta²⁹⁹.

Esta garantía se encuentra recogida por el Art. 8 n° 2 letra h) de la CADH, el cual señala que: *“toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal*

²⁹⁸ CAUSA RIT 7918-2010. Corte Suprema. [en línea] < www.poderjudicial.cl > [consulta:24 de noviembre de 2011]

²⁹⁹ DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIÁN. “Proceso Penal”. Ed. Jurídica de Chile. 2007. 508p

superior”. Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica en su Art. 14 n° 5: “*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*”.

En la CDN, este derecho se encuentra consagrado en el artículo 40.2.v que establece: “*Los Estados Partes garantizarán, en particular: si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley*”.

La nulidad es una expresión de este derecho a recurrir, y se configura como el único medio de impugnación establecido respecto de la sentencia emanada en un juicio oral³⁰⁰.

Este medio de impugnación apunta a dos objetivos perfectamente diferenciados: la cautela del racional y justo procedimiento (mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto a las garantías básicas en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia dictada en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule) y el respeto a la correcta aplicación de la ley³⁰¹. Se contemplan expresamente las causales de su procedencia en el Art. 373³⁰² y 374³⁰³ del Código Procesal Penal.

³⁰⁰ Íbid.

³⁰¹ CHAHUAN S. SABAS. *Ob.cit.* Nota N° 240. 368p.

³⁰² Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

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

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

³⁰³ Artículo 374.- Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:

a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio;

b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286;

c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga;

d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio;

e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c),d) o e);

f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, y

Este recurso constituye la vía principal de impugnación de las sentencias definitivas dictadas en un procedimiento ordinario o simplificado, sin perjuicio que pueda considerarse que el recurso de apelación en el caso del procedimiento abreviado en caso alguno obsta para la revisión judicial de los criterios de aplicación sobre normas de determinación de pena.³⁰⁴

Esta acción de nulidad tiene por finalidad la anulación de la sentencia definitiva o del juicio oral completo, dependiendo de la causal invocada³⁰⁵. Así según los Arts. 385 y 386 del CPP, sólo se invalidará la sentencia y se dictará una de reemplazo cuando la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se dieron por probados si no que se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no lo considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere³⁰⁶, y por el contrario corresponderá anular tanto el juicio oral como la sentencia siempre que se acoja el recurso, salvo en aquellos casos mencionados en el Art. 385, determinando la Corte el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado para que se realice un nuevo juicio oral³⁰⁷.

g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.

³⁰⁴ MEDINA, GONZALO. *Ob.cit.* Nota N° 180. 226p.

³⁰⁵ Artículo 372.- 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.

³⁰⁶ Artículo 385.- Nulidad de la sentencia. La Corte podrá invalidar sólo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

La sentencia de reemplazo reproducirá las consideraciones de hecho, los fundamentos de derecho y las decisiones de la resolución anulada, que no se refieran a los puntos que hubieren sido objeto del recurso o que fueren incompatibles con la resolución recaída en él, tal como se hubieren dado por establecidos en el fallo recurrido.

³⁰⁷ Artículo 386.- Nulidad del juicio oral y de la sentencia. Salvo los casos mencionados en el artículo 385, si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

No será obstáculo para que se ordene efectuar un nuevo juicio oral la circunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia.

El conocimiento del recurso dependerá de la causal que se invocará, así tratándose de lo estipulado en el Art. 373 letra a), el conocimiento corresponderá siempre a la Corte Suprema, lo mismo cuando tratándose de causales de la letra b) (propias del conocimiento de la respectiva Corte de Apelaciones) respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los Tribunales Superiores³⁰⁸ y por último cuando el recurso se fundare en distintas causales y de acuerdo a las dos hipótesis anteriores correspondiera el conocimiento de al menos una de ellas a la Corte Suprema, mediante la llamada competencia atractiva³⁰⁹. Todos los motivos establecidos en el Art. 374 serán de conocimiento de la Corte de Apelaciones.

Del análisis de los casos expuestos, hemos concluido que se presentan causales para impugnar hipotéticas sentencias condenatorias, que cabrían tanto en las letras a) como la b) del Art. 373. A continuación procederemos a analizar cada una.

14.4.1 Causal del Art. 373 letra a)

Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

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

³⁰⁸ Art. 376 CPP; Tribunal competente para conocer del recurso. El conocimiento del recurso que se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), corresponderá a la Corte Suprema.

La respectiva Corte de Apelaciones conocerá de los recursos que se fundaren en las causales señaladas en el artículo 373, letra b), y en el artículo 374.

No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, cuando el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra b), y respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, corresponderá pronunciarse a la Corte Suprema.

³⁰⁹ Art. 376 inciso final. Del mismo modo, si un recurso se fundare en distintas causales y por aplicación de las reglas contempladas en los incisos precedentes correspondiere el conocimiento de al menos una de ellas a la Corte Suprema, ésta se pronunciará sobre todas. Lo mismo sucederá si se dedujeren distintos recursos de nulidad contra la sentencia y entre las causales que los fundaren hubiere una respecto de la cual correspondiere pronunciarse a la Corte Suprema.

Esta regla tuvo como sentido principal el de resaltar las garantías del debido proceso, como criterio fundamental de validez del proceso, lo que por otra parte constituye la columna vertebral del nuevo Código, que se expresa en otras instituciones como son el mandato general de control de garantías dirigido a los jueces por medio del artículo 10, la regulación de las nulidades contenidas en los artículos 159 y siguientes y la regla de exclusión probatoria del artículo 276³¹⁰.

Así se reitera como principal parámetro de control del procedimiento y del fallo el respeto por las garantías básicas contenidas en la Constitución y en los Tratados Internacionales³¹¹.

Como dijimos a propósito de la exclusión de la prueba obtenida al alero de la Ley N°18.314 y sus figuras especiales, la prueba de cargo en la que se basan las acusaciones del Ministerio Público en todos los casos expuestos, adolecería de ilicitud por haber sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, en especial la garantía al debido proceso aplicable a menores de edad mapuche³¹².

Una vez que esta prueba no pudo ser excluida por infringir la garantía fundamental y fue presentada en juicio y valorada positivamente por el Tribunal Oral para fundamentar una sentencia condenatoria corresponde su impugnación mediante el recurso de nulidad ya que ha *infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes*.

Así mismo lo consagra el Art. 277 inciso 2° del CPP:

“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.

³¹⁰ DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIAN. *Ob.cit.* Nota n° 299. 517p.

³¹¹ *Ibíd.*

³¹² Así, según hemos venido sosteniendo, en virtud del principio de especialidad, las normas de la CDN, la LRPA y la propia Ley N°18.314 luego de la modificación de junio de 2011 que excluye de su aplicación a los menores de edad, y confirman que el estatuto aplicable en un Estado de Derecho Democrático a los jóvenes mapuche es el que planteamos en el Capítulo II.

En este caso como la causal del recurso afecta la prueba, como consecuencia de lo dispuesto por el Art. 385 y 386, la nulidad corresponde tanto a la sentencia como al juicio oral pues se refiere a *hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados*.

Así, al revisar la Corte la vigencia de las garantías, puede revisar el modo en que el tribunal del juicio ha apreciado la prueba y determinado los hechos que se han tenido por ciertos en la sentencia, y si estima que esa apreciación vulnera los estándares exigidos, puede anular la decisión ordenando siempre en ese caso un nuevo juicio³¹³.

Con respecto al carácter sustancial de la transgresión, vale decir primero que no toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia³¹⁴. Así para Horvitz y López la exigencia de “infracción sustancial” pretende sustituir para efectos de esta causal (Art.373 letra a) la exigencia de “*influencia en la parte dispositiva de la sentencia*” que el Art. 375 contempla con respecto a “los errores de la sentencia recurrida” expresión que no entienden aplicable exclusivamente al Art. 373 letra b) CPP. Además, sostienen, el recurso de nulidad supone la exigencia general del agravio aplicable a todo recurso, y la exigencia general del perjuicio aplicable a toda nulidad.³¹⁵

Por su parte Maturana, indica que reviste el carácter de sustancial cuando la inobservancia de las formas procesales ha importado una violación de un derecho o garantía que ha atentado contra las posibilidades de actuación del interviniente del procedimiento que deduce el recurso³¹⁶, en relación a lo dispuesto en el Art. 159 del CPP³¹⁷.

³¹³ DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIAN. *Ob.cit.* Nota N° 299. 517p.

³¹⁴ HORVITZ, L., MARÍA y LOPEZ M., JULIAN. *Ob.cit.* Nota N° 243. 414p.

³¹⁵ Ídem.

³¹⁶ MATURANA M., CRISTIAN. Apuntes de clase. “Los Recursos”. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2003. 245p.

³¹⁷ Artículo 159.- Procedencia de las nulidades procesales. Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.

La Corte Suprema en tanto, ha considerado que la infracción reclamada debe ser “*trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional al debido proceso*”³¹⁸.

Del mismo modo la infracción debe “*constituir un atentado de tal entidad que importe un perjuicio al litigante afectado que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de esta, privándola de eficacia. En otras palabras, se requiere que el vicio sea sustancial, trascendente, de mucha importancia y gravedad, de suerte que el efecto entrase, limite o elimine el derecho preterido*”³¹⁹.

En este caso, como hemos sostenido, la utilización de las figuras de la Ley N°18.314 impide que los menores sean procesados por el estatuto que los ampara y por tanto al tratarse de una ley de excepción excesivamente gravosa y limitativa de derechos fundamentales, que entrega diversas facultades especiales al Ministerio Público, atenta contra las posibilidades de actuación de los adolescentes.

Por tanto en virtud de la valoración positiva que dio mérito probatorio a la declaración de un coimputado que se desarrolló fuera del marco constitucional y legal que regula los principios, la responsabilidad penal, los delitos, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de la responsabilidad, cuando se trate de menores de edad, se vulneró sustancialmente la garantía al debido proceso.

En efecto, la Constitución Política de la República asegura a todas las personas que toda sentencia de un órgano jurisdiccional debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, que en caso de tratarse de la justicia aplicada a los menores de edad, debe contener resguardos adicionales, al tratarse de individuos en formación que deberían comparecer a los Tribunales de Justicia al menos en igualdad de condiciones que un adulto y tener la posibilidad incluso de

³¹⁸ CAUSA Rol 3.319-02. Revista Procesal Penal. N° 4. diciembre de 2002. Ed. Lexis Nexis. 37pp. En: MATORANA M., CRISTIAN. *Ob.cit.* Nota N° 316. 245p.

³¹⁹ CAUSA Rol 897-2006. considerando 3°. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 22 de noviembre de 2011]

obtener circunstancias más ventajosas³²⁰ y así contar con las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos³²¹.

14.4.2 Recurso de Nulidad, Art. 373 letra b)

Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

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

Según la discusión legislativa de la norma en el senado, el objetivo al que apunta sería “el respeto de la correcta aplicación de la ley, pero ampliando en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico”³²².

En estos casos, como ya lo hemos dicho, mediante la modificación al Art. 1 de la Ley N° 18.314 la legislación aplicable a los menores excluye expresamente la invocación de esta normativa de excepción.

Como vimos a propósito de la historia de la Ley N° 20.519, la intención de esta modificación fue excluir de todo el haz procesal y penal las instituciones de esta ley³²³. Por lo que cualquier consideración a ella que se haga en el pronunciamiento de la sentencia y que le otorgue valor probatorio a alguna de las evidencias adquiridas a su alero, concluiría en una errónea aplicación del derecho.

³²⁰ Ídem.

³²¹ Art. 19 N° 3.

³²² PFEFFER U., EMILIO. “Código Procesal penal anotado y Concordado”. Ed. Jurídica de Chile. Santiago. 2001. 369p. En: HORVITZ L. MARÍA y LOPEZ M. JULIAN. *Ob.cit.* Nota N° 243. 427p.

³²³ Durante el debate mismo, el Diputado señor Burgos sostuvo que la necesidad de legislar sobre esta materia se originaba únicamente en la “tozudez” de los fiscales del Ministerio Público, toda vez que el texto como el espíritu del Art. 3° de la Ley N° 20.467, eran claros en excluir a los menores de la aplicación de la Ley N° 18.314, considerando, incluso, que los procesos en que se había encausado a adolescentes por aplicación de la ley antiterrorista, adolecerían de nulidad. HISTORIA DE LA LEY N° 20.519. *Cit.* Nota N° 212. 63p.

Así entonces se vulnerarían los Art. 1 de la Ley N° 18.314, que establece en su inciso segundo: *“La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años”*, en concordancia con lo establecido en el Art. 1 de la Ley N° 20.084 que al disponer en su inciso primero: *“la presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas”*, junto a su Art. 27 sobre reglas de procedimiento que establece: *“la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal”*, consagra el estatuto aplicable a los menores.

Además la sentencia condenatoria transgrede lo consagrado en el Art. 2 de la misma ley que dispone: *“Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.”*

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Así mediante la exclusión expresa de los menores de edad de la ley antiterrorista se ha garantizado a ellos el reconocimiento de la autonomía de su estatuto normativo y consideración al estado en desarrollo de su voluntad.

Dentro de los derechos consagrados por la Convención y que a su vez se ven transgredidos por la aplicación de la Ley N° 18.314 se encuentra lo establecido en el Art. 3.1: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

Así si se consideraran las probanzas obtenidas al alero de la ley antiterrorista para realizar la calificación jurídica y llegaran así a la aplicación de una sanción o esta fuera mayor a la que

legalmente corresponde, esta infracción de ley sólo puede ser enmendada por la vía de acoger esta causal.

Por otro lado, es posible impugnar una sentencia por esta misma causal, es decir, errónea aplicación del derecho, por la incorrecta aplicación de los criterios de determinación de la pena contemplado en el Art. 24 de la LRPA de parte del Tribunal Oral.

Como dijéramos en el capítulo II a propósito de la comparación de penas, el Art. 24 cumple en el caso del régimen penal de los adolescentes, la misma función que el artículo 69 del Código Penal cumple en el régimen general; esto es, proveer de criterios que permitan fijar la magnitud de la sanción dentro de un marco predeterminado según las reglas legales y junto con ello, proveer los criterios para establecer la naturaleza y entidad concreta de la sanción.

Aun cuando se ha dicho que estos criterios de determinación de la pena caen en el terreno de la discrecionalidad judicial, y por tanto se impide su revisión por vía de recurso de derecho estricto³²⁴, en el caso de la LRPA, existe una norma expresa que establece el mismo Art. 24 y que consagra el deber del tribunal de atender a los criterios “dejando constancia de ello en su fallo”.

A raíz de esto, la determinación de la pena puede ser controlada mediante la necesaria fundamentación de los criterios utilizados, volviéndose este deber especialmente exigible y despejando toda duda sobre el hecho que, en la fundamentación de la sentencia, la parte referida a la fundamentación del fallo debe hacer expresa consideración a los criterios³²⁵.

Así, la norma del artículo 24 LRPA no sólo constituye una directiva de orientación para el juez al momento de optar por una clase de sanción determinada y fijar su extensión, sino también cumple una función de garantía y control de racionalidad de la decisión judicial sobre la pena aplicable.³²⁶

³²⁴ Sobre la discusión de este punto ver: MEDINA, GONZALO. *Ob.cit.* Nota N° 180. 226p.

³²⁵ *Ibíd.* 214p.

³²⁶ ZIFFER, PATRICIA. “Lineamientos de la determinación de la pena”. 96 pp. En: MEDINA, GONZALO, *Ob.cit.* Nota N° 180. 214p.

Atendidas estos fundamentos si en la dictación de la sentencia, se considerare que el tribunal hizo una errónea aplicación de los criterios establecidos en el Art. 24, ya sea contraviniéndolos, interpretándolos erróneamente, no aplicándolos o aplicando algún criterio no contemplado en el citado artículo, podría impugnarse la sentencia mediante esta causal del Recurso de Nulidad.

Así también lo ha entendido una reciente jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó:

TERCERO: Que, como también esta Corte ha señalado, es posible impugnar una sentencia por adolecer error de derecho en la apreciación de los criterios de determinación de la pena contemplados en el artículo 24 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Así, se ha indicado que, aplicadas las reglas objetivas de determinación de la pena, vr. gr. 14 inciso final, 18, 21, 22 y 23 de la Ley N° 20.084 y el párrafo cuarto del Libro Tercero del Código Penal, las que por ser precisamente objetivas permiten determinar su quebrantamiento, los parámetros del artículo 24 de la Ley, aplicables a la hora de fijar la naturaleza y magnitud de la sanción impuesta, tienen un fin y presentan características que hacen discutible y difícil el control de su aplicación desde un punto de vista material.

*Por lo mismo, la norma en cuestión entrega al sentenciador parámetros que, aún contrarios a la pretensión de certeza y uniformidad judicial, caen en el terreno de la discrecionalidad judicial, controlables sí formalmente por vía de **la exigencia incrementada** por la Ley de responsabilidad penal juvenil, de argumentación al efecto.*

No obstante ello, se ha señalado que debe convenirse que tal discrecionalidad no puede ni debe entenderse absoluta y, con ello, puede ser objeto de control material, primero, sobre la base de los principios que rigen la responsabilidad penal adolescente, por ejemplo, el carácter de último recurso de la privación de libertad y el interés superior del adolescente; en segundo término, por los objetivos de las sanciones de la ley, retribución y prevención especial positiva, las exigencias de las mismas, proporcionalidad y necesidad, y, por último, por el contenido de los baremos del artículo 24 de la Ley N°20.084.

Así, siempre sobre la base de aquellos hechos que se hayan determinado como del juicio,

pudiera, por ejemplo, válidamente discreparse, sobre si un ilícito determinado reviste caracteres de gravedad que se le atribuye, o sobre una mayor o menor extensión del mal causado e, incluso, de la idoneidad de la sanción para los efectos previstos en la letra f) del artículo 24 de la Ley, en la medida que el establecimiento fáctico lleve, por lo menos de modo claro, sino evidente, a determinar que la calificación efectuada por los jueces de instancia en estas materias, que ciertamente revestiría el carácter de jurídica, resulta equivocada y, teniendo influencia en lo dispositivo del fallo, la sentencia podría ser anulada por error de derecho”.

Luego, si la falta del juez consiste en no pronunciarse sobre los factores que ha considerado para utilizar tal o cual criterio, como los ha interpretado o simplemente ha ignorando alguno de los criterios alegados por las partes, del juego de los artículos 24 LRPA, 374 e) y 342 d) del Código Procesal Penal se deduce un motivo absoluto de nulidad de la sentencia. Ello, considerando de esta forma que la norma del artículo 24 LRPA complementa, o explicita, el contenido del literal d) del artículo 342 del Código Procesal Penal³²⁷.

³²⁷ MEDINA, GONZALO. *Ob.cit.* Nota N° 180. 228p.

CONCLUSIONES

1.- Al comienzo de este trabajo, entendimos que para poder referirnos al mal llamado “conflicto mapuche³²⁸”, necesariamente como cuestión previa era obligatorio examinar los orígenes del problema y la situación en que se encuentran los mapuche en la sociedad chilena actual. Así en primer término se nos revela que la sociedad mapuche ha sufrido un cambio drástico, comenzando como un pueblo con territorio y organización política propia que parlamentaba con los españoles en un plano de igualdad, hasta llegar a la actualidad, en que estando sus tierras muy reducidas o en algunos casos derechamente carentes de ella, se han transformado en uno de los grupos más desfavorecidos de la sociedad chilena.

Esta situación de desventaja es en gran parte responsabilidad del Estado de Chile, y por tanto este debe hacerse responsable de ello con medidas que tiendan al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la restitución de parte de su territorio ancestral y el respeto a su autonomía³²⁹.

Así también lo reconoció la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato creada el 2003, la cual concluyó: “...*el Estado chileno ha sido el principal actor y responsable de las políticas que se han desarrollado en torno de la sociedad mapuche.*

*Todas las consecuencias que implicó la ocupación militar de La Araucanía, constituyen el origen de la situación actual del pueblo mapuche...el Estado chileno, al optar por esta integración forzada y violenta...origina buena parte de los actuales conflictos territoriales mapuche: una doble pérdida, tierras y autonomía que tiene un eje común: el no reconocerlos como pueblo”.*³³⁰

³²⁸ Mal llamado en el sentido que los conflictos por tierras en el sur de Chile, involucran, al igual que todo conflicto y según su definición RAE; “oposición entre personas o cosas”, a más de una parte, en este caso a las comunidades mapuche, a los empresarios forestales, ganaderos y agrícolas que se asentaron en su territorio ancestral, y al Estado chileno, que con sus leyes y políticas avaló y avala la apropiación de tierras y recursos naturales de los mapuche, y no ha ofrecido soluciones definitivas al problema.

³²⁹ La demanda por el derecho a la autonomía, ni ayer ni hoy día, implica secesión territorial, sino que por el contrario, la demanda por autonomía se inserta en el marco del derecho internacional, específicamente lo que se conoce por autodeterminación interna. Es decir, se trata de la promoción de niveles de autonomía al interior de un mismo Estado. En: *Ibíd*em, 421p.

³³⁰ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Primera Edición. Santiago. Octubre de 2008, 532p.

2.- En este mismo sentido la ratificación del Convenio 169 de la OIT, marca un antes y un después en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, incluyendo ciertamente al mapuche. Este Convenio goza de rango constitucional y ha comenzado a ser invocado en distintas áreas, especialmente en relación al derecho de consulta establecido en su Art. 6³³¹. En materia penal y como vimos en el Capítulo II, es posible observar un incipiente reconocimiento³³². Entendemos que, según lo expuesto en el mismo acápite, en el futuro la *calidad de indígena* de un imputado o condenado y sus condiciones económicas, sociales y culturales deberán ser consideradas por los tribunales de Justicia desde los primeros actos del procedimiento.

3.- No obstante el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en este problema, la respuesta a las acciones de protesta social y reivindicación de los mapuche ha sido paradójico. Por un lado con la dictación de la Ley N° 19.253 y la ratificación de Convenio 169 se reconoce el deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, protegiendo sus tierras y velando por su adecuada explotación, su equilibrio ecológico y ampliación (Art.1 ley indígena) y por otro lado la respuesta estatal a los hechos que revistiendo caracteres de delito, se enmarcan dentro de estas protestas indígenas, no ha sido la legislación común, sino que muy por el contrario, se ha invocado desde los primeros actos del proceso la legislación más gravosa que contempla nuestro ordenamiento jurídico, esto es la Ley N° 18.314 Sobre Conductas Terroristas.

4.- En este contexto las investigaciones de estos hechos efectuadas por el ministerio público en la VIII y IX regiones han sido realizadas invocando la referida ley, resultando ellas en la

³³¹ Artículo 6: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

³³² Nota N° 112.

formalización de más de 30 comuneros mapuche. Estas investigaciones y formalizaciones han alcanzado incluso a indígenas que a la época de los hechos delictuales, eran menores de edad.

Esta situación no fue reconocida por el ministerio público o advertida por los jueces de garantía, sino hasta la realización de una huelga de hambre que se extendió por más de 80 días y en la como parte del pliego de peticiones, estaba la consideración a esta circunstancia.

Lo anterior ciertamente constituye una *vulneración* tanto a la legislación nacional como internacional que regula la determinación de la responsabilidad penal de jóvenes a los que se les impute participación culpable en algún delito.

5.- En efecto, luego de la ratificación el año 1990 de la CDN, se consagraron variados derechos especiales a estos, que al mismo tiempo reforzaron las garantías comunes a todas las personas. Con esto se superó la antigua concepción de niño en situación irregular y con ello la exclusión de los jóvenes de la aplicación de las normas del derecho penal, incluidas las que consagran las garantías, imperando ahora la idea de los menores de edad como *sujetos de derecho* y con esto una teoría jurídica no excluyente, integradora e igualitaria en que se respeta su igual dignidad como personas y sus diferencias.

Por ello, y como resultado de la ratificación de este instrumento, en cualquier medida concerniente a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, que en los casos de estudio involucran a los tribunales, el ente persecutor y las defensas, una consideración primordial a la que deben atender es al interés superior del niño, consagrada en el Art. 3 de la Convencion. Este principio es útil y vinculante para interpretar y comprender las disposiciones de la CDN de manera sistemática y armónica, así como las disposiciones de derecho interno que regulen materias referentes a menores de edad, debiendo ser asegurada a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna.

5.- En Chile, la promulgación de la LRPA el año 2005, dictada en mandato de la CDN, consagró una normativa *especial* para establecer las responsabilidades de los adolescentes entre 14 y 18 años.

A pesar de ello, la remisión supletoria hecha al Código Penal y el Código Procesal penal, vulnera algunos de los principios consagrados en la CDN. Por ejemplo la idea de derecho penal mínimo, y la especialización del sistema penal de adolescentes se ven menoscabados al contemplar los mismos delitos para adolescentes y adultos, y no obstante pequeñas excepciones, el mismo procedimiento aplicable.

No obstante estas críticas, es posible concluir que bajo su amparo, tanto el proceso como las sanciones penales, cumplen con los mínimos estándares internacionales. Así valoramos la variedad de sanciones que contempla, limitando el uso de la privación de la libertad, el resguardo de las garantías al debido proceso que contiene, y la voluntad resocializadora y reeducadora de sus penas.

Sobre esto mismo y en relación al Art. 4, 13 y 20 del Código Civil, es dable inferir que la LRPA debe *siempre* utilizarse cuando los imputados sean menores de edad, con preferencia sobre cualquier otra ley más general.

6.- La aplicación de una ley especial como es la Ley N° 18.314 vulnera entonces el debido proceso. En primer término, transgrediendo el derecho a defensa en su aspecto material, consagrado tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución y las leyes chilenas.

Los imputados adolescentes indígenas tienen la facultad de ejercer los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen y en virtud de estos ser tratados como menores de edad cuya responsabilidad en los hechos que revisten el carácter de delito sea determinada mediante un estatuto normativo especial, que esta formado tanto por la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente como por la CDN y el Convenio 169, en estos casos.

Por otro lado en el caso del menor José Antonio Ñirripil, se vulnera el derecho a defensa en su esfera técnica, pues todo menor de edad tiene derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento y éste menor prestó declaración sin la presencia de su abogado. En este sentido se vulnera el derecho a defensa reforzado de los adolescentes consagrado en el Art. 31 de la LRPA.

De este modo, siendo el derecho de defensa uno de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas en un Estado de Derecho Democrático, podemos afirmar que su falta de reconocimiento a los niños indígenas, anula las posibilidades de ejercicio real de sus derechos, vulnerando así el debido proceso y limitando su integración y desarrollo en la sociedad.

7.- Bajo estas consideraciones, luego de que se formalizara a los menores de edad mapuche por la legislación antiterrorista, y habiéndose tornado evidente la vulneración a sus derechos, el ejecutivo tuvo que enviar dos proyectos sucesivos al Congreso con la finalidad de excluir a los adolescentes de su aplicación y garantizar la observancia del debido proceso.

Así, finalmente se modificó de manera categórica la referida Ley N° 18.314, mediante la Ley N° 20.519, agregando un inciso que excluye expresamente a los menores de 18 años de su aplicación.

No obstante ello el ministerio público continúa invocando la citada ley, haciendo caso omiso no sólo de este mandato, si no también del llamado principio de especialidad.

8.- En este escenario, habiéndose presentado ya las acusaciones por parte del ministerio público invocando la Ley N° 18.314 y por ende, ofrecidas las pruebas obtenidas en una investigación realizada a su alero, será necesario para preservar el pleno respeto del debido proceso, que el juez de garantía separe las acusaciones en los términos del Art. 274 inciso 2° del CPP, distinguiendo entre adultos y menores de edad. De no hacerlo, se estaría vulnerando el derecho a la defensa y la observancia del interés superior del niño.

Luego, debiendo dictarse autos de apertura distintos, corresponderá excluir en el caso de los imputados adolescentes, la prueba conseguida mediante figuras propias de la Ley N° 18.314, pues su obtención viola la garantía fundamental del debido proceso, según lo prescribe el Art. 276 inciso 3° del CPP. Del mismo modo, y en respeto de idéntica garantía y en especial por el derecho a defensa reforzado del niño-adolescente, deberá excluirse toda aquella evidencia derivada de la infracción a las disposiciones especiales contenidas en la LRPA.

Una consideración distinta implica que jóvenes mapuche podrían ser condenados por evidencias obtenidas gracias a la aplicación de la Ley N° 18.314, en circunstancias que para ellos existe un

sistema especializado para la determinación de su responsabilidad y la propia ley sobre conductas terroristas excluye a los jóvenes de su aplicación.

Una sentencia condenatoria en este sentido y de acuerdo a lo expuesto en este trabajo, adolecería de vicios de nulidad, tanto por haberse infringido garantías fundamentales en el procedimiento y la dictación de la sentencia, como por haberse pronunciado la sentencia con errónea aplicación del derecho, en términos del Art. 373 letra a y letra b, respectivamente.

Al mismo tiempo en caso de resultar los menores condenados, trascendental importancia adquirirán las normas de la LRPA sobre determinación de la pena (Art. 20 y sgtes.), las cuales en consideración a la calidad de indígenas de los condenados, especialmente por lo estipulado en el Art. 10.2 del Convenio 169 y la letra f del artículo 24 encontrados frente a un rango de sanciones, entre las cuales se pueda dar preferencia a una que limite la libertad personal en menor medida que otras, ésta debe prevalecer, pues permite mayormente el respeto a las necesidades de desarrollo de los jóvenes mapuche en sus respectivas comunidades y con su familia, dada su calidad de indígena- y por lo mismo su mejor integración social.

9.- No queremos terminar este trabajo sin señalar, que en el curso de la respuesta policial y judicial a las movilizaciones sociales del pueblo mapuche, se ha denunciado reiteradamente ante diversas instancias tanto nacionales como internacionales, que niños y jóvenes indígenas han resultado afectados en su vida y en su integridad física o psicológica.

Distintas organizaciones protectoras de derechos humanos, nacionales e internacionales han denunciado que las autoridades chilenas violan los derechos de los niños y jóvenes mapuche. Entre estas organizaciones se encuentra ANIDE, la cual ha establecido que “existen más de 100 casos documentados entre el año 2001 y 2011 que denuncian violaciones graves a los derechos de la niñez mapuche, como consecuencia de violencia innecesaria o desmedida ejercida por Carabineros de Chile, y por la Policía de Investigaciones (PDI), casos de detenciones arbitrarias a niños, niñas y adolescentes mapuche en sus comunidades, interrogatorios a menudo violentos y que ocurren durante los horarios escolares o cuando los niños y jóvenes se desplazan de sus viviendas a la escuela, niños y adolescentes heridos por proyectiles de la fuerza pública o afectados por gases lacrimógenos; y generación de miedo y traumas entre los niños y

adolescentes por los operativos de allanamiento policial a viviendas, escuelas o comunidades”³³³.

En este sentido el Comité de los Derechos del Niño expresó en 2007 su preocupación por informes de sometimiento de niños y jóvenes indígenas a actos de brutalidad policial, por lo cual recomendó al Estado de Chile que asegurara que estos hechos no se presenten, y que adoptara medidas preventivas y correctivas cuando se sospeche que han ocurrido.³³⁴

Hasta la fecha de la entrega de este trabajo aún no se han realizado audiencias preparatorias, y nada se ha dicho sobre una posible recalificación de los delitos, en lo que nos parece una falta de rigurosidad y respeto por los derechos de los niños injustificable. Considerando sobretudo que los jóvenes estuvieron más de un año en prisión preventiva y llevan actualmente casi 10 meses de arresto domiciliario nocturno. Transgrediendo ciertamente, el interés superior del niño, el principio de inocencia y el principio de extrema ratio de las penas privativas de libertad, que ciertamente incluyen a las medidas cautelares.

En este mismo sentido, es de conocimiento público que los mismos delitos (hurto, incendio, homicidio frustrado) se presentan en otras zonas de Chile teniendo igualmente como imputados de ellos a adolescentes, incluso bandas organizadas, pero correctamente y respetando los derechos de los niños adolescentes, jamás se ha invocado por algún fiscal la Ley N° 18.314. Por lo que su utilización únicamente a niños mapuche se presenta como un acto abiertamente discriminatorio.

³³³ “Violencia Institucional Contra la Niñez Mapuche en Chile llegará a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” [en línea]<
http://www.anide.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=83%3Acomunicaciones-anide&catid=35%3Amenu-principal&limitstart=3>[consulta: 5 de diciembre de 2011]

³³⁴ ONU – Comité de los Derechos del Niño – 44 período de sesiones – Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile. Documento ONU CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 30.

BIBLIOGRAFIA

1.- Libros.

- ACCATINO, DANIELA, (coord.) “Formación y Valoración de la prueba en el proceso Penal”. Editorial Legal Publishing, Abeledo Perrot. 2010.
- BENGEOA, JOSÉ. “Historia de un conflicto. El Estado y los Mapuches en el siglo XX”. Editorial Planeta/Ariel. Santiago, 1999.
- BENGEOA, JOSÉ. “Historia del pueblo mapuche, siglos XIX y XX”. Editorial Lom, 2000.
- BUSTOS, JUAN. “El Derecho Penal del Niño-Adolescente”. Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007.
- BUSTOS, JUAN. “Obras Completas”. Tomo I, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007.
- BUSTOS R., JUAN. “Obras Completas”. Tomo II, Ediciones Jurídicas de Santiago. 2007.
- CHAHUAN, SABAS. “Manual del Nuevo Procedimiento Penal”. 2º Edición, Editorial Lexis Nexis.
- INFORME de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, Primera Edición, Santiago, Octubre de 2008.
- CURY, ENRIQUE. “Derecho Penal, Parte General”. Novena Edición, 2009.
- DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIÁN. “Proceso Penal”. Editorial Jurídica de Chile. 2007.
- DWORKIN, R. “Los Derechos en Serio”. Ediciones Ariel Derecho. 1989.
- ETCHEVERRY, ALFREDO. “Derecho Penal, Parte General”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1998.
- GARRIDO MONTT, MARIO. “Derecho Penal, Parte General”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2001.
- HERNANDEZ BASUALTO, HECTOR. “La Exclusión De La Prueba Ilícita En El Nuevo Proceso Penal Chileno”. Colección Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado, N° 2. 2005.

- HORVITZ, M. y LOPEZ, J. “Derecho Procesal Chileno”. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Año 2004.
- HORVITZ, M. y LOPEZ, J. “Derecho Procesal Chileno”. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile. Año 2004.
- TORO J., CONSTANZA. “El Debido Proceso Penal”. Ediciones Jurídicas De Santiago. Año 2009.
- MAC FALL, SARA. “Territorio y expansión forestal, Instituto de Estudios Indígenas”. Universidad de la Frontera. Ediciones Escapate. Chile. 2001.
- MAIER, JULIO. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Editores del Puerto. 2ª edición, 3ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Año 2004.
- MARIMAN QUEMANADO, PABLO. “Elementos de historia Mapuche”. Centro de Documentación Mapuche Liwen. Temuco .1999.
- MORALES, ROBERTO, (Compilador), “Mapu Territorialidad. La Territorialidad mapuche en el siglo XX”. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera. Ediciones Escapate. Octubre del 2002.
- OLIVER, GUILLERMO. “Retroactividad e irretroactividad de las leyes Penales”. Editorial Jurídica de Chile. 2008.
- PFEFFER, EMILIO. “Código Procesal penal anotado y Concordado”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2001.
- YAÑEZ, NANCY y AYLWIN, JOSÉ. “El gobierno de Ricardo Lagos, los pueblos indígenas y el nuevo trato. Las paradojas de la democracia chilena”. Editorial LOM. Stgo. 2007.

2.- Artículos

- ANAYA, JAMES, “La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior”. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Onu. Consejo Económico Y Social. Comisión De Derechos Humanos James. 5 de octubre de 2009
- AYLWIN, JOSÉ. “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”. Septiembre 2010. Material inédito.

- AYLWIN, JOSÉ. “Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una mirada histórico jurídico”. publicado en Mapu Territorialidad. La Territorialidad mapuche en el siglo XX, (Compilador, Roberto Morales Urrea) Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Ediciones Escaparate, Octubre del 2002.
- BELLOF, MARY. “Los Adolescentes y El Sistema Penal, Elementos para una discusión necesaria en la Argentina Actual”. publicada en Pastor, Daniel, Tensiones ¿Derechos Fundamentales O Persecución Penal Sin Limites?. Buenos Aires, del Puerto, 2004.
- BELOFF, MARY. “Modelo De La Protección Integral De Los Derechos Del Niño Y De La Situación Irregular: Un Modelo Para Armar Y Otro Para Desarmar”. Revista "Justicia Y Derechos Del Niño", UNICEF. Volumen I, 1999.
- CILLERO B., MIGUEL. “Leyes De Menores, Sistema Penal E Instrumentos Internacionales De Derechos Humanos”. En: Sistema Jurídico y derechos humanos. El derecho Nacional y la obligación internacional de Chile en materia de derechos humanos. Ediciones Universidad Diego Portales, Chile, 1996.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. “El interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional Sobre Derechos del Niño”. En: Justicia y Derechos del Niño N° 9, UNICEF, 2007.
- CILLERO B., MIGUEL. “Garantías, Dogmática Jurídica y Minoría de edad Penal: Actualidad del pensamiento Penal Ilustrado”. En: Justicia y Derechos Del Niño N° 5, UNICEF, 2003.
- COUSO, JAIME. “Más acá del interés superior del niño: ¿complemento o contradicción?”. En: “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”. Compiladores García Méndez y Mary Beloff. Editorial Temis-De Palma, Bogotá. 1999.
- DEFENSORÍAS REGIONALES. Minuta Regional “El Convenio 169 De La OIT y La Defensa Penal De Indígenas”, N° 1. Defensoría Penal Pública. 2010
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. “Pueblo Mapuche: Entre el olvido y la exclusión”. Informe Misión Internacional de Investigación. Chile. N° 358/3. Marzo de 2003.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. “Infancia, Ley Y Democracia”. En: Justicia y Derechos del Niño, N° 1, UNICEF. 1999.
- LOPERA, GLORIA. “Principio de proporcionalidad y ley penal”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2006.

- MALDONADO, FRANCISCO. “La especialidad del sistema de Responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado”. En: Justicia y Derechos del Niño, n° 6. UNICEF. Santiago de Chile.
- MATURANA, CRISTIAN. Apuntes de clase. “Los Recursos”. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2003.
- MEDINA, CECILIA. Material de Estudio para el curso Optativo de Derecho internacional de los Derechos Humanos. Universidad de Chile. 2004.
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. “Un Manual”. OIT. Perú. 2007. 27p
- STAVENHAGEN, RODOLFO. “Los Derechos Indígenas: Algunos problemas conceptuales”. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En: Material de Estudio para el curso Optativo de Derecho internacional de los Derechos Humanos. Universidad de Chile. Año académico 2004.
- VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. “El derecho Penal del Enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”. Foro N-OR Working Paper 01/2007.
- VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. “Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche”. Universidad de Chile. 2008.

3.- Legislación nacional o internacional

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. 2007. [en línea] <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 11 sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. 2009. [en línea] <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.GC.C.11_sp.pdf> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 12, Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas. 2009. [en línea] <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>> [Consulta: 14 noviembre de 2011]
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO – 44 período de sesiones – Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 44 de la

Convención. Observaciones finales: Chile. Documento ONU CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 30

- DECRETO 100. Fija El Texto Refundido, Coordinado Y Sistematizado De La Constitución Política De La República De Chile, 22-09-2005, [En Línea] <<http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2011-07-11&p>> [Consulta: 17 de Noviembre de 2011]
- DECRETO 211. Fija Normas Para La Defensa De La Libre Competencia. [En Línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236106&idVersion=2005-03-07>> [Consulta: 17 de Noviembre de 2011]
- DECRETO 236. Promulga El Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas Y Tribales En Países Independientes De La Organización Internacional Del Trabajo. [en línea] <<http://www.leychile.cl/navegar?idnorma=279441&buscar=convenio+169>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- DECRETO 830. Promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Ministerio de Relaciones Exteriores. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824&idVersion=1990-09-27>> [Consulta: 01 de diciembre de 2011]
- DFL N° 1 del Ministerio de Salud de 24 de abril de 2006 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, del 23 de septiembre de 2005. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=249177&idParte=8654065>> [Consulta: 01 de diciembre de 2011]
- HISTORIA de la ley N° 20.084. “Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”. 07 de diciembre de 2005. [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>> [Consulta: 23 de noviembre de 2011]
- HISTORIA de la ley N° 20.467. “Modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad”. 8 de Octubre de 2010. [en línea] <www.bcn.cl> [Consulta: 23 de noviembre de 2011]
- LEY N° 12.927. CHILE. Seguridad interior del Estado. 1958. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16080&idVersion=>> [Consulta: 18 de noviembre de 2011]
- LEY N° 18.216. CHILE. Establece Medidas Que Indica Como Alternativas A Las Penas Privativas O Restrictivas De Libertad Y Deroga Disposiciones Que Señala. 1983. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29636&buscar=18216>> [Consulta: 15 de noviembre de 2011]

- LEY N° 18.314. CHILE. Determina Conductas Terroristas Y Fija Su Penalidad. 1984. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731&buscar=18314>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- LEY N° 19.253. CHILE. Establece Normas Sobre Protección, Fomento Y Desarrollo De Los Indígenas, y Crea La Corporación Nacional De Desarrollo Indígena. 1993. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620&buscar=19253>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- LEY N° 19.585. CHILE. Modifica el código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. 1998. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366&buscar=19585>> [Consulta: 01 de diciembre de 2011]
- LEY N° 19.913. CHILE. Que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos. 2003. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&buscar=19.913>> [Consulta: 17 de noviembre de 2011]
- LEY N° 19.968. CHILE. Que crea los tribunales de familia. 2004. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>> [Consulta: 01 de diciembre de 2011]
- LEY N° 20.066. CHILE. Que establece ley de violencia intrafamiliar. 2005. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648>> [Consulta: 01 de diciembre de 2011]
- LEY N° 20.084. CHILE. Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. 2005. [en línea] <<http://www.leychile.cl/navegar?idnorma=244803&buscar=20084>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- Ley N° 20.519, “Modifica Disposiciones De La Ley N° 18.314 Y Otro Cuerpo Legal, Excluyendo De Su Aplicación A Conductas Ejecutadas Por Menores De Edad”, 21 de junio de 2011. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1026712&buscar=20.519>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- MINISTERIO PÚBLICO. Instructivo, Oficio N ° 719. “Comentarios sobre la ley n° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”. 2005. Reforma Procesal Penal, Oficios del Fiscal Nacional. Editorial Jurídica de Chile. 2007.
- OIT. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Santiago. Oficina Internacional del Trabajo. 2006. [en línea] <<http://www.oitchile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]

- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Adoptado Por La Asamblea General De La Organización De Las Naciones Unidas. Por Resolución N° 2.200. El 16 De Diciembre De 1966. Y Promulgado En Chile Mediante Decreto Ley N° 247, De 17 De Enero De 1974. [En Línea] <[Http://Www.Leychile.Cl/Navegar?Idnorma=15551&Idversion=1989-04-29](http://www.leychile.cl/Navegar?Idnorma=15551&Idversion=1989-04-29)> [Consulta: 26 De Noviembre De 2011].
- REPUBLICA DE CHILE. Código Civil. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003
- REPÚBLICA DE CHILE. Código Penal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003

4.- Tesis de licenciatura y doctorales

- ACUÑA, O., BARRAZA, G., HEYER, H. “Ley de Responsabilidad penal adolescente, Juventud, Marginalidad y control Social”. Prof. Guía Myrna Villegas D. Tesis de Licenciatura, Universidad De Chile, Facultad de derecho, 2008.
- CAYUQUEO, A., MONTESINOS, P., SAAVEDRA, S. y SOLER, G. “Conflicto Mapuche Y Legislación Antiterrorista: Análisis Crítico Para Un Estado De Derecho Democrático”. Profesor Guía Myrna Villegas D. Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2007.

5.- Documentos Digitales

- AMBOS, KAI. “Las Prohibiciones de Utilización de Pruebas en el Proceso Penal Alemán -Fundamentación Teórica y Sistematización”. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S07183992009000100001&script=sci_arttext> [consulta: 18 de noviembre de 2011]
- BERRIOS, GONZALO y VIAL, LUIS. “3 Años De Vigencia Ley De Responsabilidad Penal Del Adolescente”. Informe Estadístico, Unidad de Defensa Penal Juvenil con la cooperación técnica de UNICEF.2010. [en línea] <<http://www.dpp.cl/Documentos/estadisticas/2011/DctodeTrabajo222011InformeEstadistico.pdf>>[Consulta: 23 de noviembre de 2011]
- CASTILLO V., FRANCISCO. “Prueba Ilícita Por Violación Del Derecho De Defensa En Cuanto Garantía Del Debido Proceso”. [en línea] <[Http://Www.Bcbabogados.Cl/Images/Pruebailicita.Pdf](http://www.bcbabogados.cl/Images/Pruebailicita.Pdf)> [Consulta: 29 De Noviembre De 2011]

- CAYUKEO, PEDRO. Gobierno aplicará ley antiterrorista a mapuche detenido en Santiago. [en línea] AZkintuwe.org. Agencia mapuche de noticias. <http://www.azkintuwe.org/feb13_01.htm> [Consulta: 18 de noviembre de 2011]
- CILLERO B., MIGUEL. “Infancia, Autonomía Y Derechos: Una Cuestión De Principios”. [en línea] <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- COLOMBO, JUAN. “El Debido Proceso Constitucional, Tribunal Constitucional”. 2003.2p.[en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/documentos/downloadpdf/589>> [consulta: 25 de noviembre de 2011]
- CRONOLOGÍA del caso bombas. La Tercera, 6 de mayo de 2011. [En línea] <<http://latercera.com/noticia/nacional/2011/05/680-363827-9-cronologia-del-caso-bombas.shtml>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- DEFENSORÍA PENAL. “Modelo de Defensa Penal para imputados Indígenas”. 2011. [en línea] <<http://www.pnud.cl/servicios/adquisiciones-en-proceso/2011/200-2011-anexoI.pdf>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- DUCE, MAURICIO. “El derecho a un juzgamiento especializado de Los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”. Revista Ius Et Praxis - Año 15 - N° 1. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122009000100004&script=sci_arttext> [Consulta: 26 de noviembre de 2011].
- EQUIPO DE PRO 169. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. 2009. [en línea] <http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/lang--es/docName--WCMS_113014/index.htm> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- GOBIERNO Descarta aplicar Ley antiterrorista a indígenas. LA NACIÓN. Viernes 18 de abril de 2008. [en línea] <http://216.72.168.173/prontus_noticias_v2/site/artic/20080418/pags/20080418134502.html> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- GOMIZ, MARÍA Y SALGADO, JUAN. “Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas, Su aplicación en el derecho interno argentino”. 2010. [En Línea] <http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/ILO_argentina_text.pdf> [Consulta: 15 de noviembre de 2011]
- HERNÁNDEZ B., HÉCTOR. “El nuevo derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito”. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Volumen XX, N° 2. 2007. [en línea]

< <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v20n2/art09.pdf>> [Consulta: 14 de noviembre de 2011]

- JUSTICIA y Derechos del Niño. n° 8. UNICEF. [en Línea] <<http://www.unicef.org/argentina/spanish/JusticiayDerechos08.pdf>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- MEDINA, GONZALO. “Sobre la Determinación de Pena y el Recurso de Nulidad en la Ley 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente”. Revista de Estudios de la Justicia. N° 11. 2009. [en línea] <<http://web.derecho.uchile.cl/cej/docu2/MEDINA%2015.pdf>> [Consulta: 22 de noviembre de 2011]
- PRESOS mapuche imputados por ley antiterrorista inician huelga de hambre. LA TERCERA. 12 de julio de 2010. [en línea] <http://www.latercera.com/contenido/680_275816_9.shtml> [Consulta: 18 de noviembre de 2011]
- STAVENHAGEN, RODOLFO, Cuestiones Indígenas – Derechos Humanos y cuestiones indígenas – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr., presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión. Adición – Mision A Chile. Onu. Consejo Económico Y Social. Comisión De Derechos Humanos Doc. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003 [en línea] <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/222-informe-chile-re-stavenhagen-2003.html>> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- UNICEF. “A 15 Años De La Ratificación De La Convención Sobre Los Derechos Del Niño 1990-2005. Situación De Los Niños Y Niñas En Chile”. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Situacion-de-los-ninos-y-ninas-en-Chile>> [Consulta: 01 de diciembre de 2011].
- VALENZUELA, JONATAN. “La Ley De Responsabilidad Penal Adolescente Chilena Frente A La Consolidación De Un Modelo Político De Ley Y Orden: La Culpabilidad Como Criterio Limitador”. Material de apoyo para los alumnos del curso “Seguridad Ciudadana: Aspectos Penales”. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. [en línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D125D0748/6/material_alumnos/previsualizar?id_material=5127> [Consulta: 14 de noviembre de 2011]
- VILLEGAS D., MYRNA. “Juventud, pobreza y Marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su “inadecuación” a los Tratados Internacionales”. Instituto De Derecho Penal Europeo E Internacional. 2008. [en línea] <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/juventud%20pobreza%20y%20marginalidad.pdf> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]

- “Violencia Institucional Contra la Niñez Mapuche en Chile llegará a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” [en línea] <http://www.anide.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=83%3Acomunicaciones-anide&catid=35%3Amenu-principal&limitstart=3> [consulta: 5 de diciembre de 2011]

6.- Jurisprudencia

- CAUSA Ruc 0200142499-0, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco. 27/06/2005. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 22 de noviembre de 2011]
- CAUSA Rol N° 3666-05, Corte Suprema. considerando 8°, [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 24 de noviembre de 2011]
- CAUSA Rol 897-2006. considerando 3°. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 22 de noviembre de 2011]
- CAUSA Rol N° 3452-2006, Corte Suprema. c/ Zapata y Romo, [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 22 de noviembre de 2011]
- CAUSA Rol N° 6112-2006, Corte Suprema. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 24 de noviembre de 2011]
- CAUSA Rol 709-2007, Corte de Apelaciones de Valparaíso. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 23 de noviembre de 2011]
- CAUSA Rol N° 1.964 07, Corte Suprema. 28/12/2007. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 22 de noviembre de 2011]
- CAUSA Rit 074-2008, Tribunal Oral de Temuco. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 24 de noviembre de 2011]
- CAUSA Rol 316-2008, de la Corte Suprema. [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/23794914/Corte-Suprema-Rechaza-Recurso-de-Queja>> [Consulta: 26 octubre de 2011]
- CAUSA Rol 69-2008, Corte de Apelaciones de Concepción. 31/03/2008. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 22 de noviembre de 2011]
- CAUSA Rol 568-2009, Corte de Apelaciones de Santiago. 29/04/2009. [en línea] <www.poderjudicial.cl> [Consulta: 22 de noviembre de 2011]

- CAUSA Rol 1705-2009, Corte de Apelaciones de Temuco. Puelman con COREMA de la Araucanía (Caso Lof Palguin).
- CAUSA Rol N° 9171-2010, Corte Suprema. 24/01/2011, considerando 6° [en línea] www.poderjudicial.cl> [Consulta: 24 de noviembre de 2011]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ROL 309. 2000. considerandos 50° a 61°. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863> [Consulta: 2 de noviembre de 2011]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ROL 986. 2008. considerando 17°. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=35353> [Consulta: 22 de noviembre de 2011]