



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES
MEMORIA DE TÍTULO

**LA APLICACIÓN INDIRECTA DE LA LEY 18.314 SOBRE CONDUCTAS
TERRORISTAS A MENORES DE EDAD Y SU VULNERACIÓN A LA
CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

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

ISIDORA MARDONES MARSHALL

Profesora guía: Myrna Villegas Díaz

Santiago, Chile, 2017

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a los abogados defensores privados del Centro de Investigación y Defensa Sur, Karina Riquelme Viveros y Sebastián Saavedra Cea, por la información entregada para la elaboración de este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LA LEY 18.314 SOBRE CONDUCTAS TERRORISTAS, GARANTÍAS PENALES Y MENORES DE EDAD	5
1.1. La Ley No. 18.314 sobre Conductas Terroristas y las garantías penales de los imputados de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos	5
1.2. Los menores de edad ante la LCT	13
1.3. Contexto político y social de las modificaciones a la LCT a través de las Leyes No. 20.467 de 2010 y No. 20.519 de 2011	16
CAPÍTULO II: CASOS EN LOS CUALES MENORES DE EDAD HAN SIDO JUZGADOS DE CONFORMIDAD A LA LEY 18.314 DESPUÉS DE 2011	20
2.1. Incendio al Fundo San Leandro: Juzgado de Garantía de Lautaro RIT 52-2009.....	20
2.1.1. Hechos	20
2.1.2. Historia judicial.....	22
2.1.3. Menor J.A.Ñ.P	24
2.1.4. Menor C.A.C.M.	25
2.1.5. Corte de Apelaciones de Temuco: sentencia de 6 de febrero de 2014, “v/s J.A.Ñ.P. y C.A.C.M.”	26
2.1.6. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco: sentencia de 2 de abril de 2014, “v/s C.A.C.M.”	27
2.2. Incendio al Fundo Brasil: Juzgado de Garantía de Temuco RIT 7218-2009.....	29
2.2.1. Hechos	29
2.2.2. Historia judicial.....	30
2.2.3. Menor J.A.Ñ.P	31
2.2.4. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco: sentencia de 14 de abril de 2014, “v.s. C.A.C.M.”	32
2.2.5. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco: sentencia de 19 de noviembre de 2013, “v.s. J.A.Ñ.P.”	34
2.2.6. Corte Suprema: sentencia de 9 de enero de 2014, “v/s J.A.Ñ.P.”	39
2.2.7. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco: sentencia de 8 de abril de 2014, “v.s. J.A.Ñ.P.”	42
2.3. Bloqueo del Peaje Quino: Juzgado de Garantía de Victoria RIT 1134-2009	45

2.3.1. Hechos	45
2.3.2. Historia judicial.....	47
2.3.3. Menor L.H.M.C.	48
2.3.4. Menor J.P.Q.M.....	49
2.3.5. Tribunal Oral en lo Penal de Angol: sentencia de 17 de febrero de 2014, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”	49
2.4. Comentario a los casos expuestos	54
2.4.1. Prueba presentada por el Ministerio Público: testimonio directo del coimputado o testimonios de oídas	55
2.4.2. Razonamiento del Tribunal en torno a si se probó la aplicación de la LCT en juicio 56	
2.4.3. Análisis pormenorizado de la causa incendio al Fundo Brasil	60
CAPITULO III: LA APLICACIÓN INDIRECTA DE LA LEY 18.314 EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MENORES DESPUÉS DEL 2011	62
3.1. Identificación de elementos que permiten sostener la aplicación indirecta de la LCT en los procedimientos de adolescentes.....	62
3.2. ¿Prueba ilícita?	65
3.2.1. La prueba ilícita en el CPP.....	65
3.2.2. Teoría de los frutos del árbol envenenado	66
3.2.3. Análisis de los casos en estudio	67
CAPITULO IV: ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS PARA MENORES Y EL ESTADO CHILENO	71
4.1. Deber de adoptar un régimen de justicia penal especial	71
4.2. Derecho al debido proceso	73
4.3. Deber de adoptar medidas especiales de protección para los niños indígenas y derecho a la no discriminación	76
4.4. Derecho a que la privación de libertad de un niño sea utilizada como medida de último recurso	79
CONCLUSIONES	84
BIBLIOGRAFÍA	87

RESUMEN

En esta investigación se busca constatar si se ha aplicado la Ley No. 18.314 Sobre Conductas Terroristas a menores de edad después de su reforma de junio de 2011, en la cual se excluyó expresamente a los niños de su aplicación. A través de la recopilación y análisis de jurisprudencia se concluye que después de 2011 se ha continuado aplicando de manera indirecta la normativa antiterrorista en los procesos de menores. Ésto se ha hecho a través de la aportación de prueba efectuada por el Ministerio Público, obtenida conforme a las normas procesales de la Ley No. 18.314 en la investigación contra los adultos, para probar los hechos de la acusación contra los adolescentes. Así, el Estado está vulnerando los derechos y garantías penales de los menores infractores, a los que se ha obligado al ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales de derechos humanos. En particular, el Estado ha infringido el deber de adoptar un régimen de justicia penal especial para menores.

ABREVIATURAS

APJO	Apertura de Preparación del Juicio Oral
CA	Corte de Apelaciones
CDN	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CS	Corte Suprema
LCT	Ley No. 18.314 sobre Conductas Terroristas
LRPA	Ley No. 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente
TG	Tribunal de Garantía
TOP	Tribunal Oral en lo Penal

INTRODUCCIÓN¹

La Ley No. 18.314 sobre Conductas Terroristas (“LCT”)² conlleva una ampliación de las facultades de investigación del Ministerio Público además de un aumento del quantum de las penas. Este régimen jurídico penal de excepción implica también una reducción de las garantías procesales del imputado, lo que puede vulnerar el derecho al debido proceso garantizado por el derecho internacional de los derechos humanos y la legislación nacional.

En el caso de su aplicación a adolescentes, la Ley No. 18.314 conlleva además una infracción a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (“CDN”),³ en particular de sus artículos 37 y 40. Los niños merecen una mayor protección jurídica de sus derechos, lo cual se fundamenta en que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad por su calidad de sujetos en pleno proceso de desarrollo.⁴

Al ratificar la CDN, el Estado de Chile contrajo la obligación de consagrar una normativa de justicia penal especial para los menores, lo cual cumplió a través de la promulgación de la Ley No. 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente (“LRPA”).⁵ De acuerdo al artículo 27 de la LRPA, en materia procesal es aplicable supletoriamente sólo el Código Procesal Penal (“CPP”).

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N°1140040, titulado: “Terrorismo y democracia. Bases para un concepto jurídico de terrorismo en el derecho penal chileno y examen de núcleos problemáticos en su actual regulación”, bajo la dirección de su investigadora responsable. Varios de los datos obtenidos lo han sido en el marco de este proyecto Fondecyt.

² CHILE. Ministerio del Interior. 1984. Ley 18.314: Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad, 17 de mayo de 1984. En adelante “Ley No. 18.314” o “LCT”.

³ ONU. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Chile el 27 de septiembre de 1990. En adelante “CDN”.

⁴ Ver BERRÍOS, G. 2011. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Política criminal* 11(6): p. 164.

⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley 20.084: Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, 7 de diciembre de 2005. En adelante “Ley No. 20.084”, “LRPA” o “Ley No. 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente”.

Por este motivo, las normas procesales de la LCT nunca fueron aplicables a los menores de edad.⁶ No obstante, el Ministerio Público y los tribunales entendieron lo contrario, por lo que sometieron a adolescentes imputados por ilícitos terroristas a esta normativa excepcional.

En este contexto, y como consecuencia de una huelga de hambre iniciada por un grupo de comuneros mapuche acusados por delitos terroristas, entre ellos adolescentes, el 5 de octubre de 2010 se modificó la LCT mediante la Ley No. 20.467,⁷ la cual dispuso que en virtud del principio de especialidad a los menores debía aplicárseles la LRPA.

Sin embargo, el órgano persecutor y los tribunales continuaron aplicando la Ley No. 18.314 a niños. Dada la presión de la comunidad mapuche y de varios organismos internacionales, el 21 de junio de 2011 se modificó nuevamente la LCT a través de la Ley No. 20.519,⁸ estableciendo expresamente que se excluía de su aplicación a los menores de edad.

Debido a esta última reforma, cuando se ha acusado a un grupo de personas por cometer ilícitos que el Ministerio Público califica de terroristas, después de 2011 el tribunal ha separado los autos de apertura si existen adolescentes implicados en la acusación. De esta manera, existe un auto de apertura para los adultos, que son acusados por delitos terroristas, y otro para los menores, cuyos hechos se subsumen bajo ilícitos comunes.

En este trabajo se analizarán los casos de cuatro menores de edad, todos pertenecientes al pueblo Mapuche, que fueron acusados por incendios terroristas y otros delitos antes de las reformas mencionadas y estuvieron en internación provisoria. Después de junio de 2011, los hechos de la acusación contra los adolescentes fueron recalificados como delitos comunes.

Se sostiene como hipótesis que después de la reforma de junio de 2011 se ha continuado aplicando de manera indirecta la Ley No. 18.314 en los procedimientos de estos menores de

⁶ Revisar BERRÍOS, G. 2012. Los adolescentes mapuche y las reformas a la Ley No. 18.314 sobre Conductas Terroristas. Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile (8): p. 149.

⁷ CHILE. Ministerio del Interior. 2010. Ley 20.467: Modifica Disposiciones de la Ley No. 18.314, que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad, 8 de octubre de 2010.

⁸ CHILE. Ministerio de Justicia. 2011. Ley 20.519: Modifica Disposiciones de la Ley No. 18.314 y otro Cuerpo Legal, Excluyendo de su Aplicación a Conductas Ejecutadas por Menores de Edad, 21 de junio de 2011.

edad. Esto se ha hecho a través de la aportación de prueba efectuada por el Ministerio Público para probar los hechos de la acusación contra los adolescentes, la cual ha sido obtenida conforme a las normas procesales de la LCT en la investigación contra los adultos. Esto vulnera el texto de la Ley No. 20.519, el art. 27 de la LRPA, el deber del Estado de aplicar un régimen especial de justicia penal para los niños (art. 40 n°3 de la CDN) y la igualdad ante la ley de los menores indígenas (arts. 2 y 3 del Convenio N°169).

La prohibición de la aplicación de la LCT a los menores de edad es un tema de fundamental relevancia actual, ya que el 4 de noviembre de 2014 el Gobierno ingresó un proyecto de ley para sustituir la Ley No. 18.314. Su art. 8 señala que se podrán utilizar las medidas de investigación de esta normativa excepcional que no digan relación con la determinación y cuantía de la pena, para probar los hechos de la acusación contra los menores de edad responsables por cometer alguno de los ilícitos que describe el proyecto.

Lo que se sostiene en la presente investigación es que la prohibición de la aplicación de la LCT a los menores de edad no se debe referir sólo a la calificación del delito, sino que a todas las normas procesales que están contempladas en dicha normativa. De esta manera, la prueba que acredite los hechos imputados contra menores de edad debe realizarse conforme a las reglas ordinarias y no a través de la LCT. De lo contrario, se vulneran las obligaciones especiales contraídas por el Estado en virtud de la CDN y el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, el derecho al debido proceso de los menores (art. 40 n°2 de la CDN), el derecho a que la privación de libertad de un niño sea utilizada como medida de última ratio (arts. 37 y 40 n°4 CDN) y el deber de adoptar un régimen de justicia penal especial para adolescentes (art. 40 n°3 de la CDN).

Como objetivos me he propuesto revisar, en el primer capítulo, la posible vulneración de la LCT a las garantías penales de los imputados de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos y estudiar cómo esta vulneración se ve intensificada en el caso de la aplicación de la LCT a menores de edad. También, examinar el contexto político y social de las modificaciones a la LCT a través de las Leyes No. 20.467 de 2010 y No. 20.529 de 2011, las cuales se realizaron con el objeto de excluir a los adolescentes de su aplicación. Luego, en

el segundo capítulo, analizar a partir de fallos si ha habido una aplicación indirecta de la LCT en los procedimientos de menores después de la reforma de junio de 2011. En el tercer capítulo pretendo identificar los elementos que permiten sostener dicha aplicación indirecta de

la LCT y estudiar eventuales infracciones procesales que puedan ser interpuestas por la defensa, en particular una eventual prueba ilícita. Finalmente, en el cuarto capítulo me he propuesto examinar las obligaciones especiales contraídas en virtud de la CDN y el derecho internacional de los derechos humanos que han sido vulneradas por el Estado de Chile. En particular, revisar el deber de adoptar un régimen de justicia penal especial para menores, el derecho al debido proceso, la garantía de no discriminación de los niños indígenas y el derecho a que la privación de libertad de un niño sea utilizada como medida de último recurso.

En vista de lo anterior, la metodología a emplear será la recopilación y análisis de fallos para constatar cómo se ha aplicado la Ley No. 18.314 a menores de edad después de junio de 2011. Por ende, se utilizará un tipo de investigación teórico y documental, con empleo del método exegético de investigación para el estudio normativo. Se estudiarán los criterios jurisprudenciales y doctrinales en contraste con la normativa vigente (legislación interna y tratados internacionales), con empleo de método analítico-deductivo.

CAPÍTULO I: LA LEY 18.314 SOBRE CONDUCTAS TERRORISTAS, GARANTÍAS PENALES Y MENORES DE EDAD

La Ley No. 18.314 sobre Conductas Terroristas y las garantías penales de los imputados de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos

El Estado de Chile tiene la obligación internacional de prevenir y sancionar el terrorismo.⁹ Sin embargo, el ejercicio del *ius puniendi* tiene un límite: el respeto de los derechos humanos. Esto es “condición de eficacia y legitimidad de la acción persecutoria y de vigencia del propio Estado de derecho.”¹⁰

En virtud del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República,¹¹ el Estado chileno debe respetar y promover los tratados internacionales que haya ratificado y se encuentren vigentes. Entre otros, Chile es parte firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De estos tratados emanan obligaciones internacionales de derechos humanos que el Estado debe observar y “si hay algo claro sobre la relación entre derechos humanos y derecho penal, es que

⁹ El Estado de Chile es parte de 14 de los 16 tratados internacionales de Naciones Unidas que combaten el terrorismo y de la Convención Interamericana contra el Terrorismo. La Comisión IDH ha señalado que “Los Estados tienen la obligación internacional de luchar contra el terrorismo en todas sus formas, y las personas tienen el derecho a ser protegidas de los actos de terrorismo. La Comisión ha reiterado que los Estados miembros de la OEA están obligados por el Derecho Internacional a adoptar las medidas necesarias para prevenir, suprimir y erradicar el terrorismo y otras formas de violencia, y garantizar la seguridad de sus ciudadanos y demás personas que se encuentren en sus territorios, lo cual incluye la obligación de investigar, procesar y sancionar los actos de violencia o terrorismo, que a su vez es una manifestación de la obligación internacional de los Estados de investigar los actos que violen los derechos humanos y sancionar a los responsables.” COMISIÓN IDH. 2010. Informe de Fondo No. 176/10, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupé y otros. Párr. 125. Disponible en www.cidh.org (fecha consulta: 26-09-2016).

¹⁰ AGUIRRE, F. y BUSTOS, R. 2014. Terrorismo y Constitución de 1980, con especial referencia a la aplicación de la Ley Antiterrorista en el marco del conflicto del Estado con el pueblo Mapuche. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales: p. 175.

¹¹ Artículo 5º inciso 2 de la Constitución Política de la República: “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.”

los primeros limitan el poder punitivo del Estado, siendo, en cambio, problemática –y, en todo caso, muy acotada, para quienes la sostienen– la afirmación de una relación inversa.”¹²

El cumplimiento de los deberes internacionales impone al Estado la obligación de adecuar su ordenamiento interno. La Corte Interamericana ha señalado que ella queda interrumpida cuando se promulga una norma contraria a las obligaciones que el Estado ha asumido al ratificar la Convención, y en el caso de que dicha infracción afecte derechos protegidos de sujetos particulares se genera responsabilidad internacional del Estado.¹³ A partir de esto, la problemática que surge es si la normativa nacional que combate el terrorismo se adecua al derecho internacional de los derechos humanos.

La Constitución chilena del año 1980 regula el terrorismo en su capítulo primero (bases de la institucionalidad), segundo (normas sobre nacionalidad y ciudadanía) y tercero (derechos y deberes fundamentales).¹⁴ El artículo 9 de la Carta Fundamental¹⁵ mandata al legislador a castigar el fenómeno del terrorismo a través de una ley de quórum calificado. Este “no es un simple mandato de criminalización del terrorismo, sino de tipificación. Esto porque en sintonía con la norma antecesora (art. 8), el art. 9 tuvo por fin confrontar a la disidencia política,

¹² COUSO, J. 2012. Mapuches y Derecho penal. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política): p. 33. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/111 (fecha consulta: 28-09-2016).

¹³ CORTE IDH. 1994. Opinión consultiva OC-14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre derechos humanos). Párr. 50. Disponible en: www.acnur.org

¹⁴ Para analizar si la Carta Fundamental debiese o no regular el terrorismo, en relación al caso chileno, revisar VILLEGAS, M. (en prensa). El terrorismo en la constitución chilena. Revista de Derecho Universidad Austral: 25 pp y AGUIRRE; BUSTOS, Terrorismo..., p. 180.

¹⁵ “Artículo 9º.- 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 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.”

espíritu que desgraciadamente todavía parece resonar en algunas posturas parlamentarias e interpretaciones judiciales.”¹⁶

La Ley No. 18.314 fue dictada el año 1984 en plena dictadura militar. Con la llegada de la democracia esta ley fue modificada varias veces, sin embargo “subsisten serios e importantes problemas dogmáticos y político-criminales que son incompatibles con un Estado de Derecho que se ha organizado democráticamente y que reclama la protección de los Derechos Fundamentales de sus ciudadanos.”¹⁷

Se ha señalado que la LCT contiene una tipificación ambigua de las conductas terroristas, lo que vulnera el principio de legalidad,¹⁸ consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana. Esto genera el riesgo de interpretaciones extensivas en la aplicación de una normativa excepcional. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado “que los riesgos de mantener tipos penales amplios que puedan dar lugar a diversas interpretaciones respecto de la conducta que se considera reprochable penalmente, especialmente en el contexto de persecución y sanción de conductas terroristas, es la aplicación discriminatoria de tales disposiciones, o su utilización para criminalizar contextos generales de protesta social.”¹⁹ En particular, la Comisión ha indicado que la formulación de la LCT, aun después de sus modificaciones, es ambigua e imprecisa, por lo que infringe el principio de legalidad. Este principio es una garantía fundamental del debido proceso, por lo que sugiere al Estado adecuar la normativa interna.²⁰

¹⁶ VILLEGAS, El terrorismo..., p. 7.

¹⁷ VILLEGAS, M. *et al.* 2010. El ejercicio de derechos como acto subversivo y la respuesta estatal: el Derecho penal del enemigo. Santiago, Universidad de Chile, p. 146. Disponible en www.cienciaspenales.net (fecha consulta: 20-09-2016).

¹⁸ Revisar AGUIRRE; BUSTOS, Terrorismo..., p. 178 y VILLEGAS, El ejercicio..., pp. 151-162. La Comisión IDH señaló que la jurisprudencia interamericana ha entendido que el principio de legalidad, “trae como corolario la regla según la cual la legislación penal debe estar formulada sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos y unívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos que no constituyen delitos sancionables o son sancionables bajo otras figuras penales.” COMISIÓN IDH, Informe..., párr. 116.

¹⁹ COMISIÓN IDH, Informe..., párr. 146.

²⁰ COMISIÓN IDH, Informe..., párrs. 128, 143, 146, 152 y 154.

En el marco de las normativas que combaten el terrorismo, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho al debido proceso y a un juicio justo, consagrados en los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana, garantías que son inderogables.²¹ El derecho al debido proceso “constituye una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos. Es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito sine qua non de un Estado de Derecho.”²² Consustancial a este derecho es el principio de igualdad de armas, el cual “implica que cada parte debe ser tratada de tal manera de encontrarse en una posición procesal equivalente para plantear su caso –incluyendo su evidencia- bajo condiciones que no la sitúen en desventaja sustancial frente a su oponente.”²³ En el proceso penal existe desigualdad entre las partes, por lo que se le deben otorgar suficientes garantías procesales al imputado para que tenga una oportunidad efectiva de defensa. El artículo 8 de la Convención Americana y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho al debido proceso, cuyas garantías mínimas conllevan, entre otras, la concesión al acusado del tiempo y medios necesarios para defenderse, el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentados por la contraparte y la publicidad del proceso penal.

A continuación se revisarán brevemente algunas normas sustantivo penales y procesal penales de la Ley No. 18.314 y de la Constitución Política de la República, cuya utilización se observó en los casos objeto de este estudio, y su posible vulneración al derecho internacional de los derechos humanos, en particular, al derecho al debido proceso.

En primer lugar, se encuentra la institución de los testigos anónimos. El artículo 15 de la LCT dispone que si durante la etapa de la investigación el Ministerio Público estimare que existe un riesgo cierto para la vida o integridad física de un testigo o perito, o de sus familiares, podrá impetrar medidas especiales, las cuales apuntan a la protección de su identidad. Por otro lado, el artículo 16 dispone la facultad del tribunal de decretar la prohibición de revelar la identidad de dichos intervinientes. La norma del artículo 18 señala

²¹ COMISIÓN IDH, Informe, párr. 229.

²² MEDINA, C. 2013. Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad. Informe en Derecho I. Santiago, Defensoría Penal Pública, p. 10. Disponible en: www.dpp.cl (fecha consulta: 11-09-2016).

²³ MEDINA, Derechos..., p. 12.

que las declaraciones de estos testigos y peritos podrán realizarse por cualquier medio idóneo que impida su identificación física, si así es dispuesto por el juez de garantía o por el tribunal oral en lo penal. Su inciso final señala que las preguntas realizadas por el defensor no podrán ser dirigidas a revelar la identidad del interviniente.

Esta figura ha sido denunciada por la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que el anonimato de los testigos vulnera el derecho a la defensa de interrogar la prueba de la contraparte, consagrada en el artículo 8.2, letra f, de la Convención Americana²⁴ y la publicidad del proceso penal. En este sentido, “los acusados no saben quiénes los están acusando, por lo cual no están en condiciones de saber si las personas están calificadas para ello, ni pueden realizar un examen efectivo de los testigos de la contraparte, al no poseer información sobre los antecedentes o motivaciones de quienes declaran, las fuentes de la información sobre los hechos que ilustran en su testimonio, y aspectos afines.”²⁵ No poder cuestionar la credibilidad del testigo sitúa al imputado en una desventaja procesal. Este aspecto es de suma relevancia si dicho(s) testimonio(s) resulta(n) determinante(s) para la decisión de culpabilidad del tribunal.

Adicionalmente, la LCT no consagra la posibilidad de apelar a la decisión del juez que decreta la reserva de identidad como tampoco excluye la posibilidad de condenar al imputado en base a estas declaraciones.²⁶

El artículo 19 de la LCT señala que *“las medidas de protección antes descritas podrán ir acompañadas, en caso de ser estrictamente necesario, de medidas complementarias, tal como la provisión de los recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio u otra que se*

²⁴ “La Corte Interamericana, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Europea, ha indicado que “dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”. COMISIÓN IDH, Informe..., párr. 236.

²⁵ COMISIÓN IDH, Informe..., párr. 237.

²⁶ MEDINA, Derechos..., p. 31. La Comisión IDH ha expresado que “Como regla general, la Corte Europea ha establecido que estas medidas excepcionales pueden ser admitidas bajo la Convención Europea en hipótesis de riesgo cierto para la vida o integridad de quienes declaran, pero que (a) deben haber sido compensadas con otras medidas dentro del proceso, a ser evaluadas caso por caso, que reparen el desequilibrio en el ejercicio del derecho de defensa del acusado, y (b) las declaraciones de las personas con reserva de identidad no pueden ser las pruebas determinantes para llegar a una condena.” COMISIÓN IDH, Informe..., párr. 241.

estime idónea en función del caso.” La concesión de beneficios económicos puede favorecer tanto la manipulación de testimonios como los fines vengativos o gananciales de los testigos, tales como la rebaja de la pena, lo que reduce las garantías del imputado a ser juzgado conforme a un juicio justo.²⁷

En segundo lugar, está la figura del art. 4 de la LCT, denominada atenuación punitiva por colaboración con la justicia o arrepentimiento eficaz (coloquialmente conocida como “delación compensada”).²⁸ Esta norma señala que *“Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaren 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.”*

Se critica esta institución pues incentiva al sujeto a colaborar con la justicia sin tomar en cuenta su efectiva reinserción social, a lo cual “se agrega el peligro inminente para la verdad procesal, toda vez que el sujeto que encontrándose en una situación de desventaja y accede a la “negociación” con las autoridades no da garantía de la fiabilidad de sus declaraciones.”²⁹

Esta atenuación de la pena tiene lugar después de la comisión del delito, sin limitar sus efectos al ilícito por el cual el sujeto se encuentra procesado, sino a otros delitos que se relacionen con actividades terroristas. En este sentido “se produce una distorsión en la relación delito-pena, pues se presenta un elemento ajeno al delito (comportamiento post delictivo) y que resulta determinante en la atribución de la responsabilidad penal.”³⁰

²⁷ MEDINA, Derechos..., p. 19.

²⁸ A lo largo de esta investigación el lector notará que en las sentencias se utiliza coloquialmente el término “delación compensada” para referirse a esta figura, por lo que se usará esta expresión entre comillas.

²⁹ VILLEGAS, M. 2001. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España. Tesis Doctoral Vol. II. Salamanca, Universidad de Salamanca, Departamento de Derecho Público, p. 942. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl>. (fecha consulta: 01-12-2016).

³⁰ VILLEGAS, Terrorismo..., p. 942.

La utilización de esta figura presenta dificultades probatorias para la defensa. En este sentido, “una de las dificultades complejas en el trabajo de la defensa penal es la representación del imputado que lo ha sido en virtud de la colaboración eficaz entregada por otro imputado, del que regularmente no sólo se ignora su identidad, sino también el contenido de su contribución al no constar el registro de la misma.”³¹ Por regla general, en estos casos no hay registro de la información entregada por el “delator compensado”, por lo que “la misma suele sustituirse durante el juicio oral por el testimonio pre constituido del agente policial que recibió o conoció el contenido de la delación compensada, lo que no satisface las exigencias de la garantía del debido proceso.”³² Si bien el testimonio de oídas del funcionario policial relata lo señalado por el imputado, es una prueba indirecta que vulnera el derecho de la defensa a contrainterrogar al autor de los relatos. Como se señalaba anteriormente, entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra el derecho de la defensa a realizar un contraexamen de la prueba de cargo, consagrado en el artículo 8.2, letra f, de la Convención Americana.

En tercer lugar, el artículo 19 n°7 de la Constitución establece el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, consagrando excepciones para el caso de ilícitos terroristas. La letra c)³³ de este artículo amplía el plazo de detención sin control judicial a 10 días.³⁴ En este sentido, “el mandato constitucional nuevamente obliga al sistema penal a posicionarse en pro de la eficacia de la investigación policial y la efectividad de la investigación, en desmedro de una garantía constitucional. Lo más grave es que esta norma, en la medida que regula una situación que se produce al inicio de una investigación es potencialmente aplicable a cualquier ciudadano que pueda verse involucrado con personas o situaciones que sean calificados como terroristas tanto por la policía como por el órgano

³¹ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Observaciones al Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 18.314 Sobre Conductas Terroristas (Boletín 9.962-07). Santiago, Departamento de Estudios y Proyectos Defensoria Nacional, p. 18. Disponible en: estudios@dpp.cl (fecha consulta: 21-12-2016).

³² *Ibíd.*

³³ Artículo 19 n°7 letra c) inciso segundo: “Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas.” Esta norma se repite en el artículo 11 de la LCT.

³⁴ El artículo 132 del CPP establece la detención ampliada en la legislación ordinaria, la cual es de 72 horas.

persecutor”.³⁵ Además, es cuestionable en qué medida esta ampliación desmedida del plazo de detención pueda servir al progreso de la investigación. Se vulneran los artículos 7 y 8 de la Convención Americana, pues las normas sobre privación de libertad deben ser generales y no excepcionales para determinadas personas o situaciones. Estas reglas no admiten suspensión ni restricción alguna, por lo que se infringe el derecho al debido proceso.³⁶

En relación a la prisión preventiva, el inciso segundo del art. 19 n°7 letra e)³⁷ consagra dos excepciones a la libertad personal ordinaria. La primera es que la sala de la Corte de Apelaciones que debe pronunciarse sobre la resolución de dicha medida cautelar debe ser integrada exclusivamente por miembros titulares, mientras que en los casos ordinarios, por disposición del art. 62 de COT, la sala puede conformarse con abogados integrantes. La segunda es que la aprobación de la libertad del imputado debe adoptarse por unanimidad, mientras la regla general dispone que el acuerdo debe ser adoptado por mayoría (art. 72 del COT). Debe señalarse que esta norma es altamente problemática pues ha sido aplicada en todos los casos de investigaciones bajo la LCT.³⁸

La prisión preventiva puede vulnerar el principio de inocencia si se utiliza sin verificar las condiciones que la autorizan. De acuerdo a la Convención Americana, ésta “solo tiene cabida si es que existen indicios razonables de que la persona ha participado en el delito que se le imputa y si su prisión preventiva resulta indispensable para evitar que obstaculice el desarrollo de las investigaciones o eluda la acción de la justicia.”³⁹ El artículo 140 del CPP señala los requisitos de procedencia de esta medida. Agrega como posibilidad para su concurrencia, no contemplada por el sistema interamericano, el peligro para la seguridad de la sociedad. Este elemento debe analizarse, según el precepto, en relación a determinados factores, entre los cuales se menciona la gravedad de la pena asignada al delito. Debido a las altas penalidades

³⁵ VILLEGAS, El terrorismo..., p. 14.

³⁶ MEDINA, Derechos..., p. 39.

³⁷ Inciso segundo del art. 19 n°7 letra e): “La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9°, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple”.

³⁸ VILLEGAS, El terrorismo..., p. 16.

³⁹ MEDINA, Derechos..., p. 41.

contempladas en la LCT, puede ocurrir que “como efecto de la aplicación combinada del art. 140 del CPP y del art. 19 n°7 letra e) de la Constitución, la prisión preventiva, se [transforme] en una verdadera pena anticipada, pues muchos de los imputados arriesgan esperar la sentencia estando privados de libertad, lo que no se condice con el mandato establecido en el mismo Código procesal penal, que ordena tratar al imputado preso preventivo en todo momento como inocente (art. 150 inciso 3).”⁴⁰ Además, dado que los requisitos para la prisión preventiva están establecidos para todos en el artículo 140 del CPP, no se comprende por qué la integración del tribunal y el quórum deberían ser distintos para los casos de terrorismo.⁴¹

A modo de conclusión, las consecuencias del tratamiento penal de los delitos calificados como terroristas “van más allá del endurecimiento de las penas, alcanzando también una importante reducción de las garantías procesales, como ocurre en la generalidad de los regímenes jurídico-penales de excepción que se ha dado en llamar el “derecho penal del enemigo”⁴² Se utilizan figuras tales como los testigos protegidos, la atenuación punitiva por colaboración con la justicia o arrepentimiento eficaz y la prisión preventiva reforzada, lo que vulnera el derecho del imputado al debido proceso, a la defensa (en igualdad de armas) y a la presunción de inocencia.

Los menores de edad ante la LCT

Si la normativa antiterrorista vulnera garantías del derecho internacional de los derechos humanos, en el caso de su aplicación a adolescentes ésta conlleva también una infracción a la CDN, en particular de sus artículos 37 y 40. Además de las garantías procesales recién mencionadas, que son inherentes a toda persona, a los menores se les debe consagrar mayores derechos, lo cual se fundamenta en los principios de igualdad y protección, “pues la diferente

⁴⁰ VILLEGAS, El terrorismo..., p. 18.

⁴¹ VILLEGAS, El terrorismo..., p. 17. Se observa una clara preferencia de la LCT por esta medida, ya que su artículo 14, que trata las medidas cautelares, sólo menciona a la prisión preventiva.

⁴² COUSO, Mapuches..., pp. 5-6. Para una revisión del concepto de derecho penal del enemigo, ver a favor JAKOBS, G. 2003. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En: JAKOBS, G y CANCIO M. (trad.), Derecho penal del enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, pp. 7-56, y en contra DEMETRIO, E. 2006. El «Derecho penal del enemigo» Darf nicht sein! En: CANCIO, M. y GÓMEZ-JARA, C. (cords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Buenos Aires-Montevideo, Edisofer, pp. 473-509.

situación jurídico-social del adolescente y su calidad de persona en pleno proceso de desarrollo, lo hacen merecedor de una mayor protección jurídica de sus derechos.”⁴³

Chile ratificó la CDN el año 1990, lo que se tradujo en el deber de modificar todo el ordenamiento jurídico interno que fuese incompatible con los derechos consagrados en dicha convención. En virtud del artículo 5 inciso 2 de la Carta Fundamental, la CDN tiene jerarquía normativa, lo cual implica que sus principios deben integrarse en la interpretación de la Constitución y legislación nacional.⁴⁴

De la CDN emana el principio de especialidad, el cual se traduce en garantías reforzadas y en la obligación del Estado de aplicar un régimen diferenciado de justicia penal para adolescentes. Algunas de las garantías penales mínimas son: a) el derecho a una respuesta penal cualitativamente diferenciada a la de los adultos que se oriente a la reintegración del menor (art. 40 CDN) y el derecho a una respuesta penal cuantitativamente menor. En este sentido, la privación de libertad es un recurso de ultima ratio, por lo que debe ser lo más breve posible (art. 37 CDN).⁴⁵

Desde la perspectiva del derecho internacional este principio se traduce, en materia procesal penal, en un derecho al debido proceso intensificado.⁴⁶ En este sentido, “los

⁴³ BERRÍOS, La ley..., p. 164. El art. 40 n°1 de la CDN señala que *“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 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.”*

⁴⁴ BERRÍOS, La ley..., p. 166.

⁴⁵ Para un análisis pormenorizado revisar COUSO, J. 2008. La Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública: p. 8. Disponible en udpj@defensoriapenal.cl (fecha consulta: 19-09-2016). Al respecto, la UNICEF ha señalado que “El principio de especialidad implica que todos los actores del sistema deben especializarse en la administración de justicia de adolescentes. Esto significa la aplicación estricta y rigurosa de los estándares del debido proceso, tales como la celeridad del plazo, el derecho a la defensa especial, la aplicación de la norma más favorable al adolescente, entre otros. Finalmente, este principio obliga al Estado de Chile a evitar la utilización de la privación de libertad, salvo como último recurso y por el menor plazo posible.” UNICEF. 2013b. UNICEF reiteró que los menores de edad no pueden ser sancionados por la ley antiterrorista. Santiago. Disponible en: <http://unicef.cl/> (fecha consulta: 20-09-2016).

⁴⁶ DUCE, M. 2009. 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 (15): pp. 82 y ss.

principales aspectos en donde el principio de especialidad se traduce en diferencias significativas de reforzamiento o ampliación de garantías del debido proceso son cuatro: El fortalecimiento de la libertad y las mayores restricciones a su privación en el proceso; exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso; mayores resguardos al derecho de defensa (en diversas manifestaciones); y, exigencias más estrictas para la renuncia de derechos del debido proceso.”⁴⁷

A modo de ejemplo, el artículo 37 de la CDN y 13 de las Reglas de Beijing consagran mayores exigencias en el uso de la prisión preventiva en el caso de menores.⁴⁸ Esta normativa se debe a que los adolescentes, “por su estado de desarrollo, se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor que los adultos que hacen que los efectos negativos de la privación de libertad sean más profundos y tengan consecuencias que se extiendan por un período más largo en el tiempo.”⁴⁹ De este modo, si bien el principio de excepcionalidad de la privación de la libertad rige para toda persona, en el caso de los menores de edad este principio se ve reforzado por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, los Estados tienen el deber de consagrar y preferir medidas cautelares alternativas a la privación de libertad, lo cual se debería reflejar en que las normas procesales dispongan a esta medida como una de última ratio.⁵⁰

Para adecuar el sistema penal y brindarle mayor protección a los menores, el Estado dictó la Ley No. 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, la cual entró en vigencia el 8 de junio de 2007.⁵¹ El artículo 27 de la LRPA⁵² señala la regla de supletoriedad en materia procesal,

⁴⁷ DUCE, El derecho..., pp. 84-85.

⁴⁸ El artículo 37 letra b) de la CDN señala que la prisión preventiva “...sólo se utilizarán como medida de último recurso...”. Las Reglas de Beijing establecen en la regla n° 13.1 que “Sólo se aplicará prisión preventiva como último recurso...”. Además, revisar ONU. 2007. Observación General N°10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. Disponible en <http://www.ohchr.org/> (fecha consulta: 15-08-2016).

⁴⁹ DUCE, El derecho..., p. 86.

⁵⁰ DUCE, El derecho..., pp. 87-88. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado que como consecuencia natural del principio de especialidad los Estados “...deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva” ONU, Observación General N°10..., párr. 80.

⁵¹ La Corte Suprema expresó que “la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescente, fijó un régimen jurídico para el tratamiento de infracciones a la ley criminal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa, limitada esta última con el trámite del discernimiento, que se aplicaban en nuestro país antes de la dictación del aludido cuerpo normativo, fijando un régimen penal diferenciado en aspectos sustantivos y procesales, relativamente más

siendo aplicable en lo no previsto por ésta solo el CPP. Debido a problemas interpretativos de esta normativa y de la CDN por los operadores del derecho (fiscales y jueces), a pesar de esta disposición, se entendía aplicable la LCT a los menores de edad.⁵³

Al respecto, la Comisión IDH ha señalado que la aplicación de regímenes legales antiterroristas es contrario a la preservación de los derechos de los menores de edad infractores, expresando que la normativa chilena es particularmente severa. Así, indica que los sistemas penales juveniles deben conllevar una respuesta penal menos severa, que se oriente a un bajo nivel de punición y evite la privación de libertad, enfocándose en la reintegración social del menor.⁵⁴

Dada la presión internacional e interna, el Estado se vio en la obligación de adecuar la normativa antiterrorista para impedir que los menores pudieran ser juzgados y condenados conforme a la LCT. Ello se realizó a través de dos reformas sucesivas, que se tratarán seguidamente.

1.3. Contexto político y social de las modificaciones a la LCT a través de las Leyes No. 20.467 de 2010 y No. 20.519 de 2011

Como se señalaba, la supletoriedad del CPP, consagrada en el artículo 27 de la LRPA, trae como consecuencia que las normas procesales de la LCT no son aplicables a menores de edad. No obstante, el Ministerio Público y los tribunales entendieron lo contrario, por lo que sometieron a adolescentes imputados por ilícitos terroristas a esta normativa excepcional. Esto fue objeto incluso de referencias en la Comisión IDH, la cual señaló que “algunos de los

benigno en relación al sistema penal de los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos al celebrar tratados internacionales sobre la materia, y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes infractores, principalmente emanados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No se trata, por ende, de una normativa meramente adjetiva.” SCS de 6 de mayo de 2008, Rol 710-2008, “v/s A.P.U. y otros”.

⁵² “Artículo 27.- 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.”

⁵³ Revisar BERRÍOS, Los adolescentes..., p. 149.

⁵⁴ COMISIÓN IDH, Informe..., p. 43.

jóvenes Mapuche procesados bajo la Ley 18.314 por delitos que cometieron supuestamente siendo menores de edad se encuentran en detención preventiva, y los jueces se han negado a levantar su privación de la libertad, o a sustituirla por otras medidas cautelares tales como la reclusión nocturna domiciliaria.”⁵⁵

Por este motivo, y como consecuencia de una huelga de hambre iniciada por un grupo de comuneros mapuche acusados por delitos terroristas, entre ellos adolescentes,⁵⁶ el 5 de octubre de 2010 se modificó la LCT mediante la Ley No. 20.467, la cual dispuso en el inciso primero de su artículo tercero lo siguiente:

“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 aplicará siempre el procedimiento y las rebajas de penas contempladas en la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente”.

De la historia de la ley quedó claro que el objetivo de la modificación era excluir a los adolescentes de la aplicación de la LCT, en virtud de la consagración de una normativa de justicia penal especial aplicable a los menores, consistente en la LRPA y en la CDN.⁵⁷ Sin embargo, tal como se señaló durante la discusión parlamentaria de la siguiente modificación a la LCT, esta ley se continuó aplicando a menores de edad a pesar de la reforma de 2010. En palabras de un representante de la UNICEF, esta normativa habría “servido a los fiscales del Ministerio Público para sostener exitosamente ante los tribunales que cuando un menor participa de la comisión de un ilícito terrorista se aplican las normas especiales sobre investigación y medidas cautelares de la ley No. 18.314, y que las reglas sobre rebaja de penas

⁵⁵ COMISIÓN IDH, Informe..., p. 42. Voto razonado de Paulo Sergio Pinheiro, miembro de la Comisión IDH entre 2003-2007 y Experto Independiente designado por el Secretario General de Naciones Unidas en 2003 para preparar un informe mundial sobre la violencia contra los niños, niñas y adolescentes.

⁵⁶ Revisar BERRÍOS, Los adolescentes..., p. 149 y AGUIRRE; BUSTOS, Terrorismo..., p. 189.

⁵⁷ Ver mensaje del ejecutivo en Historia de la Ley N° 20.519, que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad. Diario Oficial, 21 de junio de 2011. P. 4.

y régimen carcelario especial que contempla la ley No. 20.084 se harían efectivas sólo al momento de dictar sentencia contra el menor.⁵⁸

Esta interpretación del Ministerio Público, que fue aceptada por los tribunales, se alejó excesivamente de la intención y finalidad de la reforma. Así, en el mensaje presidencial de la reforma posterior, se señaló que su realización se proponía pues aun cuando no existiesen condenas contra menores por conductas terroristas, “en la investigación y el procedimiento penal seguido contra adolescentes, se ha invocado y utilizado el citado cuerpo normativo (...) Con ello, se ha permitido en la práctica hacer uso de las especiales atribuciones investigativas y las particulares medidas cautelares en contra de menores de edad que la calificación de un delito como terrorista permite decretar.”⁵⁹ A modo ejemplar, se indicó la mantención de la prisión preventiva en contra de un menor por no contarse con la unanimidad que establece el art. 19 n°7 letra e) de la Constitución para su revocación en casos terroristas, lo cual demuestra “que el uso procesal del tipo penal terrorista no resulta inocuo contra adolescentes, aun cuando la sentencia definitiva no se condene al menor por dicho ilícito, al abrir un abanico 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.”⁶⁰

Entonces, tanto el Ministerio Público como los tribunales interpretaron que si bien no podían condenar a menores por delitos terroristas, se les podían aplicar las normas especiales de investigación y medidas cautelares de la LCT.⁶¹ En relación a esto, la UNICEF señaló que

⁵⁸ Opinión del Sr. Nicolás Espejo, encargado de la Protección Legal de UNICEF en Chile. Extraído de Historia de la Ley N° 20.519..., pp. 15-16. Nicolás Espejo explicó que el órgano persecutor había interpretado el artículo 3° de la ley N° 20.467 concluyendo que “podía imputar, formalizar, aplicar medidas cautelares, procesar y condenar de acuerdo con la ley N° 18.314, quedando reservada la aplicación de la ley N° 20.084 únicamente a la determinación de la pena.”

⁵⁹ Historia de la Ley N° 20.519..., pp. 5-6.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ En este sentido, revisar VILLEGAS, El terrorismo..., p. 18 y BERRÍOS, Los adolescentes..., p. 150. Paulo Sergio Pinheiro expresó que posterior a la Ley 20.467, “los Tribunales, en los casos de algunos de los jóvenes Mapuche, han acogido una interpretación de la reforma a la Ley 18.314 en virtud de la cual se siguen aplicando los procedimientos establecidos en la ley antiterrorista, tales como la recepción de declaraciones de testigos

“la aplicación directa o indirecta de la legislación antiterrorista, sea por la imputación de delitos de naturaleza terrorista, o por la utilización de prueba obtenida conforme a la Ley N° 18.314, significa un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el Estado de Chile en esta materia.”⁶²

Dada la presión de la comunidad mapuche y de varios organismos internacionales, entre ellos UNICEF, el Relator Especial de la Niñez de la OEA y el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas,⁶³ en junio de 2011 se modificó nuevamente la LCT a través de la Ley No. 20.519, para establecer expresamente que se excluía de su aplicación a los menores de edad. El inciso segundo del artículo primero quedó del siguiente tenor:

“La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años.”

Pese a lo anterior, a mi entender se ha continuado aplicando la LCT posterior a esta reforma, de manera indirecta, en los casos de cuatro menores de edad, lo que será examinado en el siguiente capítulo.

protegidos o la aplicación de mayorías especiales para el levantamiento de medidas como la prisión preventiva.” COMISIÓN IDH, Informe..., p. 43.

⁶² Palabras del Sr. Nicolás Espejo. UNICEF. 2013b. UNICEF reiteró que los menores de edad no pueden ser sancionados por la ley antiterrorista. Santiago. Disponible en: <http://unicef.cl/> (fecha consulta: 20-09-2016).

⁶³ Paulo Sergio Pinheiro señaló en su voto razonado en el caso de Los Lonkos que “Distintos organismos internacionales de protección de los derechos humanos han denunciado que varios niños y jóvenes indígenas estarían siendo actualmente procesados por los jueces penales chilenos -bajo la Ley 18.314 u otros regímenes jurídicos especiales- por conductas aludidamente cometidas en el contexto de las distintas manifestaciones públicas que ha realizado el pueblo Mapuche en los últimos años. Entre otras, se tiene información sobre los casos de José Antonio Ñirripil, Cristian Alexis Cayupan, Luis Humberto Marileo, Patricio Queipul, Leonardo Quijón, Rodrigo Huechupan y Jacinto Marín. A estos niños y jóvenes Mapuche se les estaría aplicando un régimen de procesamiento, investigación, sanción y juzgamiento especial, contenido en la legislación antiterrorista, y algunos de ellos se encontrarían privados de la libertad bajo detención preventiva u otras figuras afines; otros estarían en la clandestinidad. Estos niños y jóvenes estarían siendo procesados por hechos tales como: asociación ilícita terrorista, homicidio frustrado de carácter terrorista, robo con intimidación de carácter terrorista o incendio terrorista.” COMISIÓN IDH, Informe..., p. 42. Además, revisar ONU. 2007. Observación General N°10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores y ONU. 2009. Observación General N°11 sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Ambos disponibles en <http://www.ohchr.org/> (fecha consulta: 15-08-2016).

CAPÍTULO II: CASOS EN LOS CUALES MENORES DE EDAD HAN SIDO JUZGADOS DE CONFORMIDAD A LA LEY 18.314 DESPUÉS DE 2011

A continuación se examinarán tres causas en las cuales participaron menores de edad. Estos casos son complejos pues cada hecho tiene varios imputados, entre ellos adultos y adolescentes. Para mayor claridad del lector se comenzará enunciando los hechos del caso. Luego se expondrá un resumen de la historia judicial. A continuación se señalarán las fechas y delitos imputados en la formalización y acusación en contra de cada menor involucrado en los hechos. También se indicarán las medidas cautelares personales decretadas. Finalmente, se realizará un desarrollo breve de la historia judicial para luego revisar las sentencias dictadas por los tribunales orales en lo penal.

2.1. Incendio al Fundo San Leandro: Juzgado de Garantía de Lautaro RIT 52-2009⁶⁴

2.1.1. Hechos

Esta causa se compone de cuatro hechos. En dos de ellos habrían intervenido menores de edad.

El primer hecho corresponde al incendio al Fundo San Leandro. El 12 de enero de 2009 varios sujetos, con los rostros cubiertos y con armas de fuego, ingresaron de forma violenta a la vivienda de José Caniupan Morales, quien era cuidador del Fundo San Leandro. Los sujetos amenazaron y agredieron a la familia y golpearon a la mujer del cuidador, Flor Ortiz Linco. Luego efectuaron un disparo y sustrajeron la escopeta de Caniupan Morales, tres celulares y otras especies. Finalmente procedieron a quemar dos galpones y una siembra de trigo.⁶⁵

El segundo hecho es el ataque al Predio Tres Luces. A horas de la madrugada del 3 de mayo de 2008, mientras la víctima Enrique Salvador Caniupán Cayupán dormía en su

⁶⁴ STG de Lautaro de 13 de enero de 2009, RIT 52-2009, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”

⁶⁵ STOP Temuco de 17 de junio de 2014, considerando décimo séptimo, RIT 25-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

domicilio con su cónyuge y sus hijos menores de edad, ubicado en el Predio Tres Luces, comuna de Lautaro, un grupo de personas ingresaron de forma violenta, fracturando los vidrios y puerta de la casa. Amenazaron al dueño de casa y forcejearon con él, para luego reducirlo a la fuerza. Los sujetos realizaron diversas acciones al interior y exterior del domicilio, incluyendo rayados en construcciones bajo la consigna “Fuera Herdener de Territorio Mapuche”, corte de árboles y cercos, bloqueo de caminos, entre otros. Luego abandonaron el predio.⁶⁶

Estos hechos ocurrieron el 12 de enero de 2009 y 3 de mayo de 2008, por lo que son anteriores a las reformas a la LCT a través de la leyes Nos. 20.467 y 20.519 de 2010 y 2011 respectivamente.

⁶⁶ STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, considerando noveno, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

2.1.2. Historia judicial

Tribunal	Rol / Rit / Ruc	Fecha y naturaleza decisión	Sujeto(s)	Calificación de los delitos	Resultado
TG Lautaro	RIT 52-2009	Resolución de 13/01/2009	Menores J.A.Ñ.P. y C.A.C.M. junto con adultos	Incendio terrorista, homicidio frustrado terrorista, amenazas terroristas, violación de morada violenta, usurpación violenta y amenazas condicionales.	Separación de los autos de apertura respecto de cada hecho.

Fuente: www.pjud.cl e información entregada por abogados defensores privados del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC y KRV.

a) Historia judicial del hecho 1: Incendio al Fundo San Leandro

Tribunal	Rol / Rit / Ruc	Fecha y naturaleza decisión	Sujeto(s)	Calificación de los delitos	Resultado
CA Temuco	Rol 96- 2014	Sentencia de 06/02/2014	Menores J.A.Ñ.P. y L.H.M.C.	Incendio terrorista, homicidio frustrado terrorista, amenazas terroristas, robo con violencia consumado e incendio consumado.	Confirma exclusión de prueba.
TG Lautaro	RIT 52- 2009	Resolución de 24/02/2014	Menores J.A.Ñ.P. y C.A.C.M.	Idem.	Sobreseimiento definitivo por falta de prueba.
TOP Temuco	RIT 25- 2014	Sentencia de 17/06/2014	Adultos	Incendio terrorista, amenazas terroristas, robo con violencia, incendio común y homicidio simple frustrado.	Absuelve.

Fuente: www.pjud.cl e información entregada por abogados defensores privados del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC y KRV.

b) Historia judicial del hecho 2: Ataque al Predio Tres Luces

Tribunal	Rol / Rit / Ruc	Fecha y naturaleza decisión	Sujeto(s)	Calificación de los delitos	Resultado
TOP Temuco	RIT 23- 2014	Sentencia de 02/04/2014	Menor C.A.C.M. y adultos	Violación de morada violenta, usurpación violenta y amenazas condicionales.	Absuelve

Fuente: www.pjud.cl e información entregada por abogados defensores privados del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC y KRV.

2.1.3. Menor J.A.Ñ.P.

J.A.Ñ.P., menor de edad al momento de los hechos, fue formalizado y acusado por el primer hecho de esta causa (incendio al Fundo San Leandro). El 11 de diciembre de 2009 el Ministerio Público lo formalizó por los delitos de homicidio simple frustrado terrorista, incendio consumado terrorista, amenazas terroristas, robo con violencia consumado e incendio consumado. El 5 de julio de 2010 el órgano persecutor dedujo acusación por los delitos señalados. El 19 de julio de 2010 se interpuso acusación particular por el Ministerio del Interior.

Respecto a medidas cautelares, el 19 de diciembre de 2009 se decretó para J.A.Ñ.P. internación provisoria en régimen cerrado. El 1 de septiembre de 2010, el Servicio Nacional de Menores informó al tribunal el inicio de huelga de hambre por parte de este menor dentro del recinto. El 4 de octubre de 2010 se revisó la medida cautelar, la cual se mantuvo. El 12 de octubre de 2010 se presentó un recurso de apelación respecto a esta última resolución. La

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco declaró abandonado el recurso el 13 de octubre de 2010, pues la defensa no compareció.⁶⁷

2.1.4. Menor C.A.C.M.

C.A.C.M., menor de edad al momento de estos sucesos, fue formalizado y acusado por el primer y segundo hecho de esta causa (incendio al Fundo San Leandro y ataque al Predio Tres Luces). El 1 de diciembre de 2009 se realizó la audiencia de formalización de la investigación en su contra por los delitos de incendio sólo con daños, hurto simple, homicidio frustrado, lesiones menos graves e incendio con peligro para las personas. El 4 de mayo de 2010 se reformalizó la investigación por los delitos de homicidio simple frustrado terrorista, incendio consumado terrorista, amenazas terroristas, robo con violencia consumado, incendio consumado, violación de morada violenta, usurpación violenta y amenazas condicionales. El 7 de septiembre de 2010 el órgano persecutor dedujo acusación por los delitos señalados. El Ministerio del Interior dedujo acusación particular el 12 de septiembre de 2010 por los ilícitos de homicidio simple frustrado terrorista, incendio consumado terrorista, amenazas terroristas, robo con violencia consumado e incendio común consumado.

Respecto a medidas cautelares, el 1 de diciembre de 2009 se decretó para C.A.C.M. internación provisoria en régimen cerrado. El 12 de mayo y 20 de agosto de 2010 se realizaron audiencias de revisión de dicha medida cautelar y en ambas se mantuvo. El 30 de agosto de 2010 se revocó la internación provisoria y se decretó arresto domiciliario total.⁶⁸

Luego de la audiencia de preparación de juicio oral, el tribunal dictó distintos autos de apertura para cada hecho de esta causa en virtud del art. 274 del CPP.

⁶⁷ Documento de UNICEF contenido en la Historia de la Ley N° 20.519..., pp. 31-36.

⁶⁸ Documento de UNICEF contenido en la Historia de la Ley N° 20.519..., pp. 24-31.

En el caso incendio al Fundo San Leandro, ambos menores fueron sobreseidos definitivamente por falta de prueba (art. 277 CPP) luego de la exclusión de prueba que fue confirmada por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Temuco, la cual se revisará a continuación.⁶⁹

2.1.5. Corte de Apelaciones de Temuco: sentencia de 6 de febrero de 2014, “v/s J.A.Ñ.P. y C.A.C.M.”

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo de un recurso de apelación por exclusión de prueba, expresó que “respecto de la petición del Ministerio Público en orden a incluir la prueba de testigos y prueba pericial de las declaraciones de los menores de edad [J.A.Ñ.P] y [C.A.C.M], al amparo del artículo 4 de la ley 18.314, esta Corte confirmará la sentencia, teniendo en cuenta que no hay constancia de que esta declaración se ha hecho a la luz del artículo 4 de la ley 18.314, además, no ha sido solicitada como una herramienta de defensa, unido a lo expuesto en el artículo 1 Ley 18.314 que impide la aplicación de la ley antiterrorista a los adolescentes por lo tanto no puede ser utilizada la declaración de éstos.”⁷⁰

Los adultos fueron acusados por el caso incendio al Fundo San Leandro por delitos terroristas y fueron absueltos por el tribunal oral en lo penal de Temuco. Esta causa no será revisada pues no es de utilidad para contrastar las resoluciones del tribunal, ya que no hubo juicio contra los menores.

Por otro lado, el menor C.A.C.M., que también había sido acusado por el caso ataque al Predio Tres Luces por delitos comunes, fue a juicio oral junto a los adultos, lo que se analizará a continuación.⁷¹

⁶⁹ Entrevista a abogados defensores privados del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC y KRV, de fecha 11/11/2016.

⁷⁰ SCA de Temuco de 6 de febrero de 2014, Rol 96-2014, “v/s J.A.Ñ.P., C.A.C.M. y otros”

⁷¹ Entrevista a abogado defensor privado del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC, de fecha 11/11/2016.

2.1.6. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco: sentencia de 2 de abril de 2014, “v/s C.A.C.M.”⁷²

El Tribunal dio por acreditados los siguientes hechos: “el día 03 de mayo del año 2008, aproximadamente a las 6 de la mañana, en circunstancias que la víctima Enrique Salvador Caniupán Cayupán pernoctaba en su domicilio en conjunto con su cónyuge doña Flor Delia del Carmen Rubilar Coilla y sus hijos menores de edad, domicilio ubicado en el predio Tres Luces ubicado en la comuna de Lautaro, un grupo de personas, ingresaron violentamente al domicilio quebrando los vidrios de la casa y fracturando la puerta, y amenazando al dueño de casa, 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, 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, entre otras acciones, luego los individuos abandonaron el citado predio.”⁷³

El Ministerio Público formuló acusación contra el menor C.A.C.M. y los adultos por los delitos de violación de morada violenta, amenazas condicionales y usurpación violenta. En su alegato de apertura, el acusador fiscal recalificó la acusación, señalando que los hechos expuestos sólo eran constitutivos del ilícito de violación de morada.⁷⁴ Para acreditar los hechos de la acusación, el órgano persecutor rindió prueba testimonial y documental. La prueba sustancial presentada fueron los testimonios de los funcionarios de la Policía de Investigaciones Lorena Paola Muñoz Vidal, Claudio Enrique Escobar Corbalán y Juan Carlos Bustos Méndez, quienes declararon en juicio la versión de los hechos de dos coimputados en la causa, Job Morales y José Ortiz.

⁷² STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

⁷³ STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, considerando noveno, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

⁷⁴ STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, considerando segundo y tercero, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

La defensa señaló que el órgano persecutor no presentó testigos presenciales de los hechos relatados.⁷⁵

El Tribunal indicó que “no se logró acreditar más allá toda de toda duda razonable la participación de los acusados en el delito que se imputa. Ya que, la única prueba rendida para tales efectos es la declaración de los testigos de oídas Juan Carlos Bustos Méndez, Lorena Muñoz Vidal, Claudio Escobar Corbalán, Flor Rubilar Coilla e Iván Vásquez Salinas. Que, dichos testimonios de oídas, por si solo no es un medio de prueba idóneo para desvirtuar la presunción de inocencia de los imputados, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto, lo que en caso sub-lite no existe. Ya que la entidad de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino de la existencia de otros medios que avalen lo dichos de los testigos de oídas. Cabe indicar, por lo demás que el testimonio de oídas, es excepcional, pues limita el derecho a la defensa, en atención a que esta no le es posible interrogar al autor del relato. Ya que, ninguno de los testigos citados por los funcionarios policiales concurrió a estrados a ratificar su declaración.”⁷⁶

Los sentenciadores continuaron expresando que “el acusador fiscal fundamenta su acusación en lo expuesto a los funcionarios policiales por Job Morales y José Ortiz, quienes tuvieron la calidad de imputados y que no declararon en el juicio oral, aparte que respecto de ellos cabe la interrogante no resuelta de no saber cuál es su situación procesal de estos testigos en esta causa, de modo que para su aceptación como medio cierto de prueba, deben ser justificadas por los acusadores a través de argumentaciones serias y claras. Ya que, la declaración de un sujeto directamente vinculado con el delito plantea una serie de problemas que el testigo no da. Resulta bien conocido que el testimonio del coimputado es un medio probatorio evidentemente peligroso. Se ha dicho que es un medio “impropio, extraño” y especial. En esta clase de testimonios los factores que pueden obstaculizar su credibilidad son

⁷⁵ STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, considerando cuarto, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

⁷⁶ STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, considerando décimo primero, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

la venganza, resentimiento, ventaja propia, trato procesal más favorable, ánimo exculpatorio u otro similar inconfesable.”⁷⁷ Por estos motivos, el Tribunal absolvió a los imputados.

2.2. Incendio al Fundo Brasil: Juzgado de Garantía de Temuco RIT 7218-2009⁷⁸

2.2.1. Hechos

Durante la noche del 11 de septiembre de 2009, un grupo de aproximadamente cinco sujetos se trasladó al Fundo Brasil, comuna de Vilcún, de propiedad de la Sra. Elsa Fernández Díez. Los sujetos se dirigieron al inmueble del cuidador del predio, al cual ingresaron violentamente con armas de fuego. Exigieron la entrega de armas, amenazaron al cuidador, su cónyuge y sus dos hijos menores de edad y sustrajeron una escopeta. Luego, se trasladaron a la casa patronal del fundo y procedieron a iniciar fuego con antorchas y otros elementos. La casa resultó totalmente destruida. También incendiaron un motor de generación eléctrico, el cual quedó completamente destruido, y unos tractores.⁷⁹

Los hechos de esta causa ocurrieron el 11 de septiembre de 2009, es decir, antes de las reformas a la LCT a través de las leyes Nos. 20.467 y 20.519 de 2010 y 2011 respectivamente.

⁷⁷ El subrayado es mío. STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, considerando décimo primero, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

⁷⁸ STG de Temuco de 14 de septiembre de 2009, RIT 7218-2009, “v/s C.A.C.M. y otros”.

⁷⁹ STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, considerando décimo, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

2.2.2. Historia judicial

Tribunal	Rol / Rit / Ruc	Fecha y naturaleza decisión	Sujeto(s)	Calificación de los delitos	Resultado
TG Temuco	RIT 7218-2009	Resolución de 14/09/2009	Menor J.A.Ñ.P. y adultos	Incendio terrorista, incendio de cosa mueble, robo con intimidación.	Después de la reforma de 2011: separación de los autos de apertura de los menores y adultos
TOP Temuco	RIT 188-2013	Sentencia de 19/11/2013	Menor J.A.Ñ.P.	Incendio común de lugar destinado a la habitación, incendio de cosa mueble y robo con intimidación.	Condena
CS	Rol 15.187-13	Sentencia de 09/01/2014	Menor J.A.Ñ.P.	Idem	Acoge recurso de nulidad
TOP Temuco	RIT 188-2013	Sentencia de 08/04/2014	Menor J.A.Ñ.P.	Idem (no se realizó nueva APJO)	Absuelve
TOP Temuco	RIT 195-2013	Sentencia de 14/04/2014	Adultos	Incendio terrorista, incendio de cosa mueble, incendio común y robo con intimidación.	Absuelve

Fuente: www.pjud.cl e información entregada por abogados defensores privados del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC y KRV.

2.2.3. Menor J.A.Ñ.P.

J.A.Ñ.P. era menor de edad al momento de estos hechos. El 5 de agosto de 2010 se realizó la audiencia de formalización de la investigación en su contra por los delitos de incendio terrorista, incendio de cosa mueble frustrado reiterado y robo con intimidación. El 7 de septiembre de 2010 el Ministerio Público dedujo acusación por los ilícitos señalados. El 12 de septiembre del mismo año el Ministerio del Interior interpuso acusación por los delitos de homicidio simple frustrado terrorista, incendio consumado terrorista, amenazas terroristas, robo con violencia consumado e incendio común consumado. El 27 de septiembre dedujo acusación particular la Intendencia de la Región de la Araucanía, prescindiendo de la calificación terrorista de los delitos.

Respecto a medidas cautelares, el 5 de agosto de 2010 se decretó para J.A.Ñ.P. internación provisoria, pero su cumplimiento quedó en suspenso ya que se encontraba vigente la medida cautelar de la causa anterior (incendio al Fundo San Leandro). El 6 de enero de 2011 la defensora particular Karina Riquelme solicitó al tribunal de garantía de Temuco la sustitución de la internación provisoria por una medida menos grave. El tribunal rechazó dicha solicitud, manteniendo la medida cautelar. La defensa apeló ante la Corte de Apelaciones de Temuco. El 14 de enero de 2011 se vio el recurso por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, la cual por unanimidad determinó sustituir la medida de internación provisoria, en base al art. 19 n°7 letra e) de la Constitución, norma que consagra dicha exigencia para los ilícitos terroristas. La Corte decretó para J.A.Ñ.P. las medidas de arresto domiciliario parcial, firma semanal y arraigo nacional, ordenando la inmediata libertad del menor.⁸⁰

C.A.C.M. era mayor de edad al momento de los hechos de esta causa.⁸¹

Luego de la reforma de junio de 2011 a la LCT, el tribunal dictó separación de los autos de apertura de los menores de edad respecto de los adultos. Se acusó a los mayores de edad por

⁸⁰ Documento de UNICEF contenido en la Historia de la Ley N° 20.519..., pp. 31-36.

⁸¹ Entrevista a abogado defensor privado del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC, de fecha 21/11/2016.

delitos terroristas y a J.A.Ñ.P. por delitos comunes. Se revisará, en primer lugar, el juicio contra los adultos, pues es de utilidad para contrastarlo con el juicio contra J.A.Ñ.P.

2.2.4. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco: sentencia de 14 de abril de 2014, “v.s. C.A.C.M.”⁸²

El Tribunal dio por acreditados los siguientes hechos: “que el día 11 de septiembre de 2009, cerca de las 23:00 horas, un grupo de individuos no identificados y armados ingresaron al fundo Brasil de propiedad de la Sra. Elsa Fernández Díez, ubicado en la comuna de Vilcún, donde luego de entrar violentamente a la vivienda del cuidador quién descansaba con su mujer iniciales M.E.L.M y dos hijos menores, se dirigieron a la casa patronal situada en las cercanías y procedieron a aplicarle fuego, inmueble que resultó completamente destruido, acciones que además, afectaron una bodega donde se hallaba un motor de generación eléctrico. Los sujetos antes de huir, también aplicaron fuego a dos tractores que se encontraban en el lugar, uno marca Case y otro John Deere, avaluados 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.”⁸³

El Ministerio Público formuló acusación contra C.A.C.M. y otros adultos por los delitos de incendio terrorista, incendio de cosa mueble frustrado reiterado, incendio común y robo con intimidación. El órgano persecutor sostuvo que “los hechos realizados el día 11 de septiembre [tuvieron] por finalidad producir en una parte de la población el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, dada la naturaleza y efectos de los medios empleados en la ejecución de los delitos, en donde vía un mismo modus operandi, esto es, obrando en grupo, aprovechando las condiciones naturales de la nocturnidad, dotados y haciendo uso de armas de fuego, empleando artefactos y medios incendiarios con poder destructivo y aptitud de lesionar personas y dañar cosas, [atacaron] selectiva pero indiscriminadamente a diversas personas, ya [fueran] agricultores, transportistas, comerciantes, todo ello en una misma y única

⁸² STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

⁸³ STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando décimo, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

zona del país, esto es, en sectores importantes de la región.”⁸⁴ La prueba sustancial presentada por el Ministerio Público consistió en el testimonio de M.E.L.M. (única testigo presencial de los hechos) y los testimonios de dos funcionarios de la Policía de Investigaciones, Lorena Paola Muñoz Vidal y Eduardo Muñoz Igor, quienes declararon en juicio la versión de los hechos de un coimputado en la causa, Job Abraham Morales Ñirripil. **En relación a las modificatorias de responsabilidad penal, el órgano persecutor indicó que respecto a Job Abraham Morales Ñirripil concurrió la circunstancia especial consagrada en el artículo 4 de la LCT.**⁸⁵

Por su parte, la querellante particular, Intendencia Regional IX Región, calificó los hechos de la acusación como constitutivos de los delitos de incendio común, incendio común de cosa mueble reiterado frustrado e incendió común de cosa mueble, prescindiendo de la legislación especial terrorista.⁸⁶

La defensa expresó que el juicio se sostuvo únicamente “y de manera casi artificial en los dichos de uno de los mismos acusados, quien fuere detenido ya pasado varios meses, dando lugar a una suerte de delación compensada, y a un muy particular relato de oídas, resultando naturalmente en esas circunstancias, poco creíble, con ánimo ganancial y evidente falta de idoneidad respecto a la exigencia legal de la inmediación probatoria, única forma racional, para el establecimiento de los hechos de la manera propuesta por los acusadores dentro del debido proceso.”⁸⁷

A juicio del Tribunal, los hechos acreditados no fueron constitutivos de ilícitos terroristas, pues “no se observa de manera alguna, como de una suerte de simple coordinación de acciones se pueda deducir que ello obedezca a un plan determinado para afectar a un grupo definido de personas y con la idea sustancial de poner en peligro o perturbar el ordenamiento constitucional democrático, todo ello en una supuesta vinculación a la naturaleza o efectos de

⁸⁴ STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando tercero, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando cuarto y quinto, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

⁸⁷ STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando quinto, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

los medios empleados, o a un singular propósito premeditado, para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerles exigencias.”⁸⁸

Respecto a la participación de los imputados, el Tribunal no logró acreditarla, ya que por un lado se obtuvo en sede judicial “lo dicho por la testigo directa de los hechos, iniciales M.E.L.M. que en día hora y lugar definido, no reconoce a ninguna persona, y nada señala al respecto en su testimonio el que fue prestado ante los intervinientes, incluso de manera bastante protegida (...) tampoco resulta del todo convincente, una declaración que se habría prestado en un cuartel policial por JOB MORALES en circunstancias a lo menos no aclaradas del todo y quién además -como lo subrayan la defensas- dicho testigo es precisamente imputado en esta misma acusación (...)”⁸⁹ Los sentenciadores señalaron que la posibilidad de permitir prueba anticipada es excepcional, más aun cuando se trata de la declaración de un coimputado “**con ciertos beneficios en el contexto de una ley muy especial.**”⁹⁰ Además, no hubo certeza en la credibilidad de su testimonio, “máxime que se le presenta una carga punitiva menor respecto de los otros acusados”,⁹¹ por lo que los sentenciadores declararon la inocencia de los imputados.

A continuación se revisará el juicio por los hechos de esta causa contra el menor J.A.Ñ.P.

2.2.5. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco: sentencia de 19 de noviembre de 2013, “v.s. J.A.Ñ.P.”⁹²

Los hechos que el Tribunal dio por acreditados son los siguientes: “En horas de la noche del día 11 de septiembre del año 2009, un grupo de a lo menos cinco personas, entre los cuales se encontraban Job Morales Ñirripil y el acusado [J.A.Ñ.P], vestidas con ropas negras y cubriendo sus rostros, se dirigieron al Fundo Brasil de propiedad de doña Elsa Fernández

⁸⁸ STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando undécimo, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

⁸⁹ STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando duodécimo, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

⁹⁰ El subrayado es mío. STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando décimo tercero, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

⁹¹ El subrayado es mío. STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando décimo cuarto, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

⁹² STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.”

Diez, sector Vega Redonda, de la comuna de Vilcún, por caminos interiores y potreros. Al ingresar al Fundo Brasil en el cual se encontraban la casa patronal, bodegas, maquinaria y casa del cuidador de iniciales M.A.A.S., se dirigen a esta última en la cual irrumpen forzando la puerta con golpes de pie, lugar en el cual reducen a sus ocupantes MAAS, MELM, y sus hijos menores de edad, registrando la casa, para luego retirarse de ésta y proceder a encender fuego sobre dos tractores, la casa patronal, una bodega con un generador eléctrico, una máquina sembradora, una fumigadora y otras bodegas del lugar, utilizando para ello cuerpos portadores de llamas. A consecuencia de lo cual resultaron completamente destruidas por la acción del fuego la casa patronal y la bodega con el generador eléctrico, y parcialmente destruidos los demás objetos, todos de propiedad de doña Elsa Fernández Diez.”⁹³

El Ministerio Público formuló acusación contra J.A.Ñ.P. por los delitos de incendio común de lugar destinado a la habitación, incendio de cosa mueble frustrado reiterado, incendio de cosa mueble y robo con intimidación. La prueba sustancial presentada por el órgano persecutor consistió en la declaración de la testigo M.E.L.M., los testimonios de los funcionarios de la Policía de Investigaciones, Lorena Paola Muñoz Vidal y Claudio Enrique Escobar Corvalán, sobre la versión de los hechos del coimputado Job Abraham Morales Ñirripil y la declaración de Francisco Andrés Vásquez Fuster, perito audiovisual de la Policía de Investigaciones, sobre el video de reconstitución de escena en el cual participó un testigo con identidad protegida (que corresponde a Job Abraham Morales Ñirripil).⁹⁴

La Intendencia Regional de la Araucanía se querelló en contra del adolescente por los mismos delitos señalados anteriormente, sin incluir el robo con intimidación.⁹⁵

En su alegato de clausura, el Ministerio Público señaló que con la prueba rendida se logró superar la presunción de inocencia que amparaba al imputado. Respecto a su participación, señaló que se presentó prueba directa e indirecta. Mencionó como prueba directa los antecedentes aportados por Job Morales Ñirripil previo al juicio oral, relatados por los

⁹³ STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, considerando décimo tercero, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.”

⁹⁴ STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, considerando octavo, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.”

⁹⁵ STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, considerando segundo, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.”

funcionarios policiales. También indicó que Job Morales participó, con fecha 29 de marzo de 2010, en la reconstitución de escena, en la cual señaló que J.A.Ñ.P. participó en la comisión de los hechos. El órgano persecutor concluyó que la prueba rendida fue coherente, extrayéndose la prueba indiciaria de hechos objetivos, como “la ubicación de los cortes de alambres, la huella de pie descalzo, declaración de Job Morales, rastreo en el lugar...”⁹⁶

La defensa señaló que el menor fue acusado y formalizado por la LCT, normativa que, debido a la huelga de hambre realizada por la comunidad mapuche, se reformó excluyendo expresamente a los adolescentes de su aplicación. Indicó que “hay diferencia entre la ley que califica conductas terroristas y la formalización de su representado, que fue investigado y acusado por esa ley. Ello, porque existen dos leyes con principios muy distintos, la ley de responsabilidad penal adolescente y la ley que califica conductas terroristas. Los principios de la ley de responsabilidad adolescente, tienen por finalidad la resocialización íntegra al menor de edad, aplicar la convención de los derechos del niño, el interés superior de los derechos del niño, es decir los principios internacionales respecto de los menores de edad. En cambio, las consecuencias que tiene la ley que califica conductas terroristas, tiene por finalidad sacar a la persona de todo ámbito social (...) Lo anterior, se señala al Tribunal porque se deberá apreciar prueba que se obtuvo en virtud de esta ley, es decir una prueba que por ley se encuentra prohibida. Existe norma expresa, hubo dos reformas legales, una porque no quedó claro, luego en la segunda, en la reforma del año 2011, se reconoció que instituciones como el Ministerio Público no toman ni aplican el verdadero espíritu de la legislación en cuanto a no aplicar bajo ningún aspecto la legislación que califica conductas terroristas respecto de los menores de edad. Lo anterior, hace que el día de hoy a más de dos años de la reforma de dicha ley, se tenga un juicio efectivo respecto de un menor de edad, en el cual el Tribunal deberá apreciar prueba que se obtuvo en virtud de la mencionada ley.”⁹⁷

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, considerando quinto, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.” La defensa expresó “Que el adolescente acusado en este juicio, fue formalizado por ley que califica conductas terroristas, luego fue acusado en virtud de la ley que califica conductas terroristas. Estuvo 83 días en huelga de hambre, lo que tiene incidencia jurídica en virtud de la historia del juicio, porque por esta huelga los legisladores tuvieron conocimiento que en la Araucanía existían cuatro menores de edad que estaban siendo investigados y acusados en virtud de la ley que califica conductas terroristas. La historia del establecimiento de la reforma de esta ley, en el año dos mil diez, es clara en señalar y recordar, por parte de los legisladores, de la sorpresa, incluso para la opinión pública, que existían menores de edad que estaban siendo juzgados en virtud de esta ley.”

La defensa explicó que existió un debate acerca de cómo se haría para la no aplicación de la LCT en la audiencia de preparación de juicio oral. Por este motivo, se separaron los autos de apertura, existiendo uno respecto de los adultos y otro para los adolescentes, “ello por la no aplicación de la ley que sanciona conductas terroristas respecto del menor de edad, pero aun así existe prueba que se obtuvo en virtud de esa ley y que se verá en este juicio.”⁹⁸ Explicaron que J.A.Ñ.P siguió acusado por la LCT durante dos años después de la reforma y que en este proceso se apreciaría prueba que fue obtenida a través de dicha normativa, consistente “en un delator compensado, que no declarará, sino que lo harán los policías quienes hablarán respecto a que escucharon de un delator compensado, que se acogió al artículo cuarto de la ley que califica conductas terroristas.”⁹⁹

En su alegato de clausura, la defensa indicó que el único medio probatorio para acreditar la participación del acusado era “el testimonio de oídas o inducido de don Job Morales Ñirripil, a quien se le reconoció como circunstancia atenuante de responsabilidad, la contenida en el artículo 4 de la ley 18.314, prueba que resulta absolutamente insuficiente para derribar la presunción de inocencia que ampara a su representado, aun cuando esta ley fuera aplicable en este caso.”¹⁰⁰ Además, el testigo es un coimputado en la causa y “en tal condición es parcial porque tiene un interés evidente en el juicio...más cuando el funcionario policial Claudio Escobar reconoció que Job Morales tenía móviles espurios respecto del resto de los imputados, los culpaba de la muerte de su madre.”¹⁰¹

⁹⁸ *Ibíd.* La defensa señaló que “a los menores de edad: Se aplica la ley de conductas terroristas o no se aplica, pero no puede haber un término medio al respecto de eso. No se puede realizar un juicio a parte a un menor de edad, pero se le aplica prueba que se obtuvo en virtud de esa ley. Recuerdan que cuando se separan los autos de apertura el Ministerio Público, de mutuo propio excluyó toda la prueba que considera que tiene relación con la ley anti terrorista, en forma voluntaria, y por ello se llega a este juicio con un auto de apertura acotado, pero excluye lo que según su principio de objetividad tiene relación con la ley antiterrorista, pero no toda la prueba obtenida en virtud de esa ley fue excluida, un ejemplo de ello es que el querellante, el Ministerio del Interior, luego de la reforma en el año dos mil diez, en un escrito de téngase presente, al Juzgado de Garantía, cambia la calificación jurídica de los hechos para hacerla más acorde a la reforma legal y respecto del menor de edad. Señalan que el querellante no tiene principio de objetividad, pero el Ministerio Público si tiene principio de objetividad y no realiza ningún cambio a la acusación hasta la preparación del juicio oral, y hasta que las defensas solicitan la separación de las acusaciones, a lo que se opuso el órgano persecutor hasta que el juez se lo ordena.” (El subrayado es mío).

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, considerando décimo, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.”.

¹⁰¹ *Ibíd.*

Para finalizar, la defensa explicó que tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional señalan que las declaraciones de arrepentidos deben ser comprobadas con otros medios probatorios, “porque pueden ser hechas por las ventajas que ofrecen a cambio o por la venganza personal. Se requiere prueba distinta de corroboración, lo que en este caso no ha ocurrido.”¹⁰² Más importante aún, el testimonio de un delator compensado debe ser desestimado por expresa disposición legal, “porque con ella se infringe el debido proceso del acusado a quien desde un comienzo se le debió haber tratado en calidad de adolescente y debió por tanto, estar sujeta la investigación a lo menos a la ley 20.084, no siendo necesario modificación legal alguna para que ello fuera efectivo. Conforme a esta ley, en materia de delitos es aplicable el Código Penal y otras leyes, pero en materia procesal, es aplicable la ley penal adolescente y supletoriamente solo el Código Procesal Penal, por expresa disposición del artículo 27 de la ley.”¹⁰³

Luego de la apreciación de la prueba y de las réplicas de las partes, el Tribunal concluyó que en el juicio no hubo aportación de prueba que infringiera las garantías constitucionales del menor.¹⁰⁴

Respecto a la autoría del acusado, el Tribunal señaló que “la prueba directa de participación está dada por la declaración del coacusado Job Morales Ñirripil, quien tanto en declaraciones prestadas ante la Policía de Investigaciones, el Fiscal instructor, como en la diligencia de reconstitución de escena, síndico a [J.A.Ñ.P] como uno de los miembros del grupo armado que acometió en contra del fundo Brasil (...) Por otro lado, los testigos Lorena Paola Muñoz Vidal y Claudio Escobar Corvalán, efectuaron una detallada narración de los acontecimientos que percibieron por sus propios sentidos y de lo que escucharon decir de Job Abraham Morales Ñirripil, dando plena razón de sus dichos (...)”¹⁰⁵

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, considerando duodécimo, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.”.

¹⁰⁵ STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, considerando décimo séptimo, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.”
Revisar considerando décimo octavo.

Finalmente, los sentenciadores expresaron que “los cuestionamientos de la defensa en contra de Job Abraham Morales Ñirripil, se fundan en que su testimonio no es válido porque su declaración ante el fiscal del Ministerio Público se produce en contexto de aplicación de la Ley 18.314 y que se habría acogido a lo dispuesto en el artículo 4 de dicha ley. Sobre este punto, el auto de apertura de este juicio lo único que indica es que Job Morales Ñirripil fue acusado por los mismos ilícitos, no hay referencia alguna a la Ley 18.314, ninguna prueba ha presentado la defensa que avale sus alegaciones sobre la aplicación de la Ley 18.314 en este caso y que exista la delación compensada que dice. Por lo demás, para la aplicación de la norma debe existir un juicio, en el cual se invoque y el Tribunal la aplique y no en la etapa de investigación, por lo que no existiendo una sentencia que haga tal declaración, este argumento de la defensa con el cual pretende restar credibilidad a la prueba del Ministerio Público no es aceptable. A mayor abundamiento, aún en el evento que se trate efectivamente de un delator de ese tipo ello no implica que durante el presente juicio se esté dando aplicación a la ley 18.314.”¹⁰⁶ Por estos motivos el Tribunal decidió unánimamente condenar a J.A.Ñ.P.¹⁰⁷

La defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de esta sentencia, lo cual será revisado a continuación.

2.2.6. Corte Suprema: sentencia de 9 de enero de 2014, “v/s J.A.Ñ.P.”¹⁰⁸

Los recurrentes fundaron el recurso de nulidad¹⁰⁹ en lo principal en el art. 373 letra a) del CPP, señalando que existió una infracción sustancial a las garantías constitucionales del acusado durante la substanciación del proceso, ya que se valoró positivamente la prueba producida a través de la delación compensada, basada en el art. 4 de la LCT. En este sentido, afirmaron “que la normativa internacional, citando al efecto el artículo 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de

¹⁰⁶ El subrayado es mío. *Ibíd.*

¹⁰⁷ STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, considerando décimo tercero, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.”

¹⁰⁸ SCS de 9 de enero de 2014, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P.”

¹⁰⁹ Se debe señalar que se revisarán sólo algunas de las causales invocadas por la defensa, las cuales a juicio de quien escribe son pertinentes para el tema tratado en esta investigación.

Derechos Humanos, y el artículo 40.3 de la Convención de los Derechos del Niño, reconoce las garantías del debido proceso reforzadas en los menores de 18 años, particularmente el respeto a los procedimientos fijados en la ley, agregando que en el ámbito interno resulta aplicable la Ley N° 20.084, que estableció un sistema de responsabilidad adecuado a los adolescentes entre 14 y 18 años. Dentro de ese marco, la investigación, juzgamiento y ejecución se regulan por dicha ley y por el Código Procesal Penal, por lo que no es aplicable la Ley N°18.314 a adolescentes, lo que se evidencia en el artículo 1 inciso segundo de esta ley, incorporado por la Ley N° 20.467.”¹¹⁰ Por estos motivos, la condena del menor mediante la valoración de prueba obtenida conforme al artículo 4 de la LCT constituye una infracción al debido proceso.¹¹¹

En forma subsidiaria, los recurrentes invocaron la causal del artículo 374 letra c) del CPP. Esto debido a que se vulneró el ejercicio de la defensa técnica y el derecho de contravenir la prueba de cargo, ya que “no se cumplió la finalidad de someterla al test de calidad a través del conainterrogatorio del interviniente que no presentó esa prueba para demostrar su falta de credibilidad, imparcialidad o idoneidad.”¹¹² **La única prueba directa de participación del menor fue el testimonio del coimputado Job Morales Ñirripil, cuya versión de los hechos se introdujo a través de testimonio de oídas y la exhibición de un vídeo sobre la reconstitución de escena.** Adicionalmente, la defensa expresó que en dicha reconstitución de escena los funcionarios policiales utilizaron una técnica inductiva en la formulación de las preguntas.¹¹³

Subsidiariamente, se invocó la causal del art. 374 letra e) del CPP. Los recurrentes cuestionaron que la única prueba de cargo fuese la declaración de un coimputado, que se introdujo a través de testimonios de oídas. Señalaron que esto infringe la garantía de

¹¹⁰ SCS de 9 de enero de 2014, considerando primero, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P.”

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² SCS de 9 de enero de 2014, considerando tercero, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P.”

¹¹³ *Ibíd.*

contradicción y que es probable que existiera un ánimo ganancial en la rebaja de la condena, por lo que el Tribunal debe corroborar dicha prueba con otros medios.¹¹⁴

La Corte, en relación a la primera causal, indicó que no procede aplicar prueba obtenida en el procedimiento de adultos mediante el testimonio de un delator compensado amparado en el artículo 4 de la LCT al procedimiento de un menor. Sin embargo, rechazó esta causal pues a su parecer en el juicio “no se rindió prueba de la existencia de una declaración de alguna persona que haya sido acogida al artículo 4° de la ley 18.314 y que no hubo debate sobre la ilicitud de la prueba rendida, por infracción de garantías constitucionales”.¹¹⁵

Respecto a la causal del artículo 374 letra c), la Corte lo denegó señalando que la declaración del testigo de oídas no está prohibida por ley, y que la contraparte tiene la facultad de conainterrogar al testigo presente en juicio. En este sentido, afirmó que el acusado ejerció su derecho de defensa, lo que desprende del considerando octavo de la sentencia recurrida.¹¹⁶

Finalmente, la Corte expresó que la sentencia recurrida comenzó de la afirmación absoluta de que los dichos de Job Morales constituyeron prueba directa de la participación punible del menor, “pero nada se dice respecto de por qué se llega a esta determinación tan certera si es un hecho que ese deponente, según la sentencia, es coautor de los mismos hechos que se atribuyen al acusado Ñirripil y que no declaró en el juicio oral, aparte que respecto de él cabe la interrogante no resuelta de saber cuál es su situación procesal en la causa en que los mayores implicados y también Job Morales se encuentran formalizados por los mismos ilícitos de los que fue acusado Ñirripil.”¹¹⁷ El Tribunal de instancia no fundamentó la situación procesal de Job Morales en la decisión de condena,¹¹⁸ por lo que la Corte Suprema declaró la

¹¹⁴ SCS de 9 de enero de 2014, considerando quinto, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P.” En la parte final de este considerando, los recurrentes cuestionan “la reconstitución de escena, en cuanto no puede ser calificada como una declaración espontánea del acusado, al no haber concurrido con su defensor.”

¹¹⁵ SCS de 9 de enero de 2014, considerando noveno, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P.”

¹¹⁶ SCS de 9 de enero de 2014, considerando undécimo, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P.”

¹¹⁷ El subrayado es mío. SCS de 9 de enero de 2014, considerando décimo séptimo, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P.”

¹¹⁸ Revisar SCS de 9 de enero de 2014, considerando décimo séptimo y décimo octavo, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P.”

nulidad del juicio y de la sentencia recurrida en base a la infracción de la causal prevista en la letra e) del artículo 374 del CPP.

2.2.7. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco: sentencia de 8 de abril de 2014, “v.s. J.A.Ñ.P.”¹¹⁹

En el nuevo juicio oral realizado contra J.A.Ñ.P., los hechos acreditados por el Tribunal fueron los siguientes: “El día 11 de septiembre de 2009, en horas de la noche, un grupo de al menos cinco sujetos se trasladaron hasta el fundo Brasil, de propiedad de la Sra. Elsa Fernández Díez, ubicado en la comuna de Vilcún. Una vez que ingresaron al precitado predio, cinco de los sujetos se dirigieron al inmueble del cuidador del predio de iniciales M.A.A.S., donde los imputados premunidos de armas de fuego, procedieron a ingresar violentamente, exigiendo la entrega de armas y amenazando al cuidador y a su grupo familiar, compuesto de su cónyuge y 2 hijos menores de edad. Luego de registrar el inmueble el grupo sustrajo desde el interior del inmueble de M.A.A.S. una escopeta. Luego de unos instantes, los imputados, se dirigieron a la casa patronal del fundo Brasil, ubicada a aproximadamente a 78 metros del inmueble del cuidador de iniciales M.A.A.S, 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. Además, se aplicó fuego en los tractores marca Case patente UP-6459 y John Deere patente GU-6621, 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. Los daños causados en la casa patronal y las bodegas fueron evaluados en la suma aproximada de \$40.000.000.”¹²⁰

El Ministerio Público señaló en su alegato de clausura que con la prueba rendida en juicio se acreditaron los hechos de la acusación. En particular, mencionó la declaración de la testigo

¹¹⁹ STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

¹²⁰ STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, considerando décimo, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

M.E.L.M., quien narró lo que presenció el 11 de septiembre de 2009. Además, indicó que “el Ministerio Público acreditó la participación del acusado a través de prueba indiciaria, que requiere la existencia de un hecho y los indicios que permitan al Tribunal llegar a esa solución. Se acreditó la existencia del delito y la participación a través de la declaración del testigo protegido Job Morales, quien era imputado por los hechos, y el cual declaró ante la policía y en una reconstitución de escena.”¹²¹ El Fiscal expresó que la prueba no se obtuvo en virtud de la LCT. En su réplica señaló que la prueba aportada por el órgano persecutor no se basó sólo en la declaración de un testigo protegido, sino que también en evidencia científica, que concuerda con el relato de Job Morales.¹²²

La defensa argumentó que el artículo 1 de la Ley No. 18.314 excluye a los menores de su aplicación, lo que ha sido reafirmado por la Corte Suprema en sentencia Rol 15.187-2013 y por la Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia Rol 96-2014. Señaló que en este juicio la única prueba existente son testigos de oídas de la declaración de un coimputado acogido al art. 4 de la LCT, lo que “afecta el principio de inmediación, el derecho de la defensa a contrainterrogar y la igualdad de armas, ya que nunca tuvieron acceso al testigo.”¹²³ Además, no hubo corroboración con otros medios probatorios.

El Tribunal expresó que “la prueba rendida por el Ministerio Público consistió en la declaración de testigos y peritos que dieron cuenta en la audiencia de la versión de los hechos entregada por Job Morales Ñirripil.”¹²⁴ Para probar que Morales Ñirripil se acogió al art. 4 de la LCT, la defensa incorporó partes del audio de la audiencia de formalización del 12 de febrero de 2010. El Tribunal dio por acreditado que el imputado de dicha prueba correspondía a Morales Ñirripil. Sin embargo señaló que “en el audio referido es posible apreciar que el Fiscal en dos ocasiones hace mención a la delación compensada (...) No obstante lo señalado precedentemente la sola mención del artículo que contempla la delación compensada no permite acreditar que el imputado se haya acogido finalmente a dicho beneficio. En efecto, en los fragmentos del audio incorporado no existe mención alguna por parte de la Jueza de

¹²¹ STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, considerando tercero, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

¹²² *Ibíd.*

¹²³ STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, considerando quinto, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

¹²⁴ STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, considerando décimo cuarto, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

Garantía acerca de la delación compensada, se ignora si posteriormente fue condenado por algún delito calificado como terrorista y si el Tribunal, en dicha eventualidad, consideró al momento de la aplicación de pena la rebaja contemplada en la ley N°18.314. No existe certeza de cual era la situación procesal de Morales Ñirripil al momento de realizar la diligencia de reconstitución de escena de la cual deriva la prueba rendida por el Ministerio Público, considerando además que en los hechos contenidos en el auto de apertura de fecha 14 de octubre de 2013 se le señala como uno de los autores de los delitos, sin hacer mención alguna a una eventual condena dictada en su contra. Por todos los fundamentos señalados precedentemente el Tribunal estima que se acreditó la calidad de coimputado de Job Morales Ñirripil pero no la circunstancia de haberse acogido al beneficio de la delación compensada, razón por la cual se rechaza la solicitud de la defensa de no valorar la prueba que deriva de su declaración.”¹²⁵

Los sentenciadores indicaron que la prueba pericial y testimonial presentada por el Ministerio Público se basó “exclusivamente en la versión de los hechos del coimputado Job Morales Ñirripil, entregada a personal policial en dos ocasiones diversas, en la declaración que prestó ante la policía en calidad de detenido, el día 12 de febrero de 2010, y en la diligencia de reconstitución de escena del mes de marzo de 2010.”¹²⁶ En relación al peritaje audiovisual, el Tribunal señaló que “en dicho vídeo, es posible apreciar que **un funcionario policial efectúa preguntas mayoritariamente inductivas al coimputado** el que al parecer entrega respuestas, ya que no es posible apreciar el contenido de las mismas, luego la información aportada es repetida por el mismo funcionario para que quede registro en el audio. Casi la totalidad de la información que aporta el video, en aquellas escasas partes en que es entendible el audio provienen del funcionario policial, no apreciándose casi ninguna respuesta emanada directamente del imputado, cuya imagen, además, se encuentra borrada ya que según los funcionarios tenía la calidad de testigo protegido.”¹²⁷ Dicha prueba fue desestimada por el Tribunal pues el audio del vídeo era ininteligible.

¹²⁵ Ibíd.

¹²⁶ STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, considerando décimo quinto, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

¹²⁷ El subrayado es mío. Ibíd.

Los sentenciadores razonaron que “lo relevante entonces es determinar cuál es el valor probatorio que es posible otorgar a prueba indirecta, consistente en la declaración de testigos de oídas que dan cuenta de la versión de los hechos realizada por un coimputado en esta causa.”¹²⁸ Al efecto, el Tribunal concluyó que el testimonio de oídas por sí solo no es un medio probatorio apto para derrumbar el principio de inocencia que ampara al imputado. Explicó que el escaso valor probatorio otorgado a esta clase de testimonios “se funda, en primer término, en la coerción del derecho a defensa, al verse imposibilitada de conainterrogar al autor directo de la narración, y en segundo lugar, porque al Tribunal se le dificulta la labor de reflexionar adecuadamente acerca de la credibilidad del testimonio indirecto, ya que no es posible confrontarlo con la fuente directa del relato.”¹²⁹ En el caso, Job Morales Ñirripil fue la única persona que situó a J.A.Ñ.P en el sitio del suceso, quien además era un coimputado en la causa, “quien tiene por ende un interés directo en el resultado del proceso, lo que reafirma la necesidad de contar con otro medio de prueba que corrobore sus dichos, incorporados al juicio a través de prueba indirecta.”¹³⁰ El Tribunal expresó las dudas que surgieron en torno a la credibilidad del testimonio, por lo que decidió absolver al imputado.¹³¹

2.3. Bloqueo del Peaje Quino: Juzgado de Garantía de Victoria RIT 1134-2009¹³²

2.3.1. Hechos

Durante la noche del 10 y madrugada del 11 de octubre del año 2009, un grupo de sujetos con armas de fuego se trasladó hasta el kilómetro 4 de la ruta que une las ciudades de Curaucatín y Victoria. En este lugar los sujetos procedieron a derribar árboles para formar una barricada que bloqueó la ruta e impidió el tránsito vehicular. Por lo menos dos automóviles debieron detenerse, los que sufrieron impactos por perdigones. Posteriormente, el grupo se trasladó al cruce Quino de la ruta 5 sur, lugar donde los sujetos dispararon a una cabina de

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² STG de Victoria de 15 de octubre de 2009, RIT 1134-2009, “v/s R.A.C.A. y otros”

peaje lateral. Quien cumplía labores de cajero se encontraba al interior de la cabina. Al recibir los impactos de perdigones se escondió al interior de ésta, mientras los sujetos seguían disparando y amenazaban con matarlo. Paralelamente, parte del grupo logró detener un camión Mercedes Benz. Obligarón al conductor y pasajeros a descender de éste y procedieron a incendiarlo.¹³³

Los hechos de esta causa ocurrieron el 10 y 11 de octubre de 2009, por lo que tuvieron lugar antes de las reformas a la LCT a través de las leyes Nos. 20.467 y 20.519 de 2010 y 2011 respectivamente.

¹³³ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando décimo, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

2.3.2. Historia judicial

Tribunal	Rol / Rit / Ruc	Fecha y naturaleza decisión	Sujeto(s)	Calificación de los delitos	Resultado
TG Victoria	RIT 1134-2009	Resolución de 15/10/2009	Menores L.H.M.C. y J.P.Q.M. y adultos	Asociación ilícita terrorista, homicidio reiterado frustrado e incendio.	Después de la reforma de 2011: separación de los autos de apertura de los menores y adultos
TG Victoria	RIT 1134-2009	Sentencia de 22/10/2010	Adulto R.A.C.A.	Asociación ilícita terrorista, homicidio frustrado reiterado terrorista e incendio de cosa mueble.	Condena
TOP Angol	RIT 91- 2013	Sentencia de 17/02/2012	Menores L.H.M.C. y J.P.Q.M	Asociación ilícita, homicidio frustrado, incendio de cosa mueble y robo con intimidación reiterado.	Absuelve
TOP Angol	RIT 58- 2012	Sentencia de 29/08/2012	Adultos	Homicidio reiterado, incendio, robo con intimidación y asociación ilícita.	Absuelve

Fuente: www.pjud.cl e información entregada por abogados defensores privados del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC y KR.

2.3.3. Menor L.H.M.C.

L.H.M.C. era menor de edad al momento de estos hechos. El 13 de abril de 2010 se realizó la audiencia de formalización de la investigación en su contra por los delitos de asociación ilícita terrorista, homicidio reiterado frustrado, incendio y robo con intimidación. El 17 de septiembre de 2010 el órgano persecutor dedujo acusación fiscal por los delitos mencionados, excluyendo el robo con intimidación. El Ministerio del Interior presentó acusación particular el 12 de octubre de 2010 por los delitos de homicidio frustrado reiterado e incendio de cosa mueble, sin calificar los ilícitos de terroristas. El mismo día se adhirió a la acusación particular la Ruta de la Araucanía S.A. por los delitos de homicidio frustrado reiterado, incendio de cosa mueble y asociación ilícita terrorista.

Respecto a medidas cautelares, el 13 de abril de 2010 se decretó para L.H.M.C. la medida de internación provisoria en régimen cerrado. El 1 de septiembre de 2010 el Servicio Nacional de Menores informó que el menor había iniciado una huelga de hambre interior del recinto. El 19 de octubre de 2010 se realizó audiencia de revisión de la medida cautelar, la cual se mantuvo. El 26 de octubre se presentó recurso de apelación en contra de la resolución anterior. El 27 de octubre la Ilustrísima Corte de Apelaciones decretó dejar sin efecto la medida cautelar de internación provisoria. Sin embargo, con fecha 28 de octubre, al analizar que se trataba de un delito tipificado en la LCT y que de acuerdo al art. 19 n°7 letra e) de la Constitución se exige la unanimidad de los Ministros de la Sala para tomar dicha decisión, la Corte confirmó la resolución apelada, manteniendo la medida cautelar de internación provisoria.

El 31 de diciembre de 2010 el defensor particular del menor interpuso un recurso de amparo para revocar la medida cautelar, ya que la aplicación de la LCT resultaba contraria a los objetivos de la reforma de 2010. La Corte rechazó el recurso, expresando que no existían infracciones al artículo 21 de la Constitución, por lo que mantuvo la internación provisoria. La defensa recurrió a la Corte Suprema. La Corte anuló la decisión de la Corte de Apelaciones de Temuco, pues los integrantes del Tribunal no eran titulares como lo exige el art. 19 n°7 letra e) de la Constitución para el caso de ilícitos terroristas, sin pronunciarse sobre el fondo del

asunto. El 4 de febrero de 2011 el Juzgado de Garantía de Victoria rechazó la solicitud de sustitución de medida cautelar. La defensa apeló a dicha decisión. El 10 de febrero de 2011 la Corte de Apelaciones de Temuco revocó dicha resolución, acogiendo la apelación y disponiendo la libertad del menor, quién quedó sujeto a la medida cautelar de arresto domiciliario.¹³⁴

2.3.4. Menor J.P.Q.M.

J.P.Q.M., menor de edad al momento de estos sucesos, fue acusado por el Ministerio Público por los delitos de asociación ilícita terrorista, homicidio frustrado reiterado terrorista, incendio de cosa mueble y robo con intimidación reiterado. Este menor estuvo en rebeldía en esta causa.¹³⁵

Después de la reforma a la LCT de junio de 2011, el tribunal dictó separación de los autos de apertura de los menores y los adultos.¹³⁶ En esta causa no es procedente revisar el juicio contra los adultos, pues en el juicio contra los menores el TOP de Angol dio por acreditado que se aplicó la LCT en el procedimiento, lo que será revisado a continuación.

2.3.5. Tribunal Oral en lo Penal de Angol: sentencia de 17 de febrero de 2014, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”¹³⁷

El Tribunal dio por acreditados los siguientes hechos: “que en horas de la noche del día 10 y madrugada del 11 de octubre de 2009 un grupo de personas no determinadas, algunas de las cuales portaban armas de fuego, se trasladó hasta el kilómetro 4 de la ruta CH-181 que une las ciudades de Victoria y Curacautín, lugar donde derribaron árboles de considerable tamaño los que al caer formaron una barricada que bloqueó la ruta antes mencionada, impidiendo el

¹³⁴ Documento de UNICEF contenido en la Historia de la Ley N° 20.519..., pp. 36-41.

¹³⁵ Documento de UNICEF contenido en la Historia de la Ley N° 20.519..., p. 41. Se encontró menos información de los antecedentes judiciales de este menor, lo que se debe a que fue formalizado alrededor de 1 año después que el resto de los menores y luego permaneció en la clandestinidad. Entrevista a abogado defensor privado del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC, de 12/12/2016.

¹³⁶ Entrevista a abogado defensor privado del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC, de 11/11/2016.

¹³⁷ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

tránsito vehicular. A consecuencia de dicho bloqueo, al menos dos vehículos se vieron obligados a detenerse, momento en que algunos sujetos del grupo dispararon las armas que portaban, sufriendo los automóviles impactos y daños por perdigones. Posteriormente, el grupo se dirigió a la ruta 5 sur a través de diversos predios rurales, llegando al cruce Quino ubicado en el kilómetro 611 aproximadamente de dicha ruta, donde atacaron la cabina del peaje lateral existente en el lugar, disparando contra la misma, donde se encontraba la víctima de iniciales R.I.S.A. que cumplía labores de cajero, cabina que resultó con varios impactos de perdigones. La víctima antes mencionada se ocultó en el interior del baño, mientras los sujetos disparaban y uno de ellos le gritaba “donde está para matarlo”. Parte del grupo de atacantes logró detener el camión marca Mercedes Benz placa patente única WW-6147 de propiedad del Banco Santander Chile, que transitaba por la ruta 5 sur y en el cual viajaban dos personas, quienes fueron obligados a descender del camión, para proceder a prenderle fuego incendiando la cabina, la cual quedó completamente destruida por la acción del fuego.”¹³⁸

El Ministerio Público formuló acusación contra L.H.M.C. por los delitos de asociación ilícita, homicidio frustrado e incendio de cosa mueble y contra J.P.Q.M. por estos mismos ilícitos sumado al de robo con intimidación reiterado.¹³⁹ El órgano persecutor señaló que los acusados formaron parte de un grupo que se organizó estableciendo el objetivo de cometer ilícitos. Como prueba para acreditar la participación de los imputados, se presentó la declaración del testigo Raúl Castro Antipán, “quien formó parte de este grupo y posteriormente concurrió a carabineros para entregar información.”¹⁴⁰ Afirmó que dicha prueba fue obtenida conforme a la LCT y que Castro Antipán fue condenado “y se le concedieron atenuantes contempladas en la legislación antiterrorista.”¹⁴¹ Señaló expresamente que se trata de un informante que tiene contacto con sujetos que cometen ilícitos.

La defensa de J.P.Q.M. señaló que éste “es parte de los cuatro menores de edad que fueron investigados bajo la vigencia de la Ley Antiterrorista, a pesar de la existencia de la Ley

¹³⁸ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando décimo, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

¹³⁹ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando segundo, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

¹⁴⁰ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando tercero, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

¹⁴¹ *Ibíd.* Véase sentencia en que condenaron a Raúl Castro Antipán: STG de Victoria de 22 de octubre de 2010, RIT 1134-2009, “v/s R.A.C.A.”

N°20.084. El Ministerio Público ha actuado por sobre los fines de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, producto de esto, el Congreso excluyó a los menores de las aplicación de la Ley Antiterrorista a través de la Ley N°20.467, pero ante la nula aplicación de la misma se dictó la Ley N°20.519 que incorporó expresamente que no se aplica a conductas realizadas por menores de 18 años. El Ministerio Público pretende condenar basándose únicamente en la declaración de un delator compensado, argumento que ya ha sido desestimado por la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Temuco.”¹⁴² Señaló que este testigo fue condenado por estos mismos hechos con fecha 22 de octubre de 2010, otorgándosele el beneficio de la libertad vigilada. Finalmente, explicó que el testimonio del coimputado Castro Antipán es la única prueba de participación de su defendido, quien “demostró ánimo ganancial, ya que señaló que se quería blanquear.”¹⁴³ Reiteró que “ningún otro medio de prueba ratificó lo señalado por Castro Antipán, esto es importante porque la figura del delator compensado, requiere prueba independiente.”¹⁴⁴ Por ende, su declaración debe desestimarse pues infringe el debido proceso, ya que por el principio de especialidad se deben aplicar las normas de la Ley 20.084, lo que es concordante con el artículo 10 n°2 del Código Penal.

Asimismo, la defensa de L.H.M.C. señaló que el único medio probatorio que acreditó la participación del menor fue el testimonio de Raúl Castro Antipán. Invocó la CDN y el Convenio N°169, solicitando que no se valore esta prueba. Respecto a su ánimo ganancial, indicó que Castro Antipán “dio varias versiones, limpieza de su imagen asociada a un delito cometido durante el servicio militar que podría haber sido eliminado por su colaboración, también señaló que le arriendan un departamento y que quería conseguir justicia por lo ocurrido. La contradicción se produce porque en la limpieza de imagen siguió cometiendo delitos.”¹⁴⁵

En la declaración presentada en juicio, Raúl Castro Antipán señaló expresamente que “en esta causa se acogió al beneficio de delación compensada”.¹⁴⁶ Indicó que cuando “declaró el

¹⁴² STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando cuarto, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando quinto, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

¹⁴⁶ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando séptimo, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

13 de octubre fue sin abogado, lo hizo como **testigo protegido**...En abril hizo una reconstitución de escena, no tenía abogado defensor en dicha diligencia.”¹⁴⁷ Expresó que “la Fiscalía le presta protección y medidas de seguridad pero no recibe dinero, le dan un lugar para vivir...”¹⁴⁸

Respecto a la declaración de Castro Antipán, el Tribunal señaló que “se acreditó en el juicio que este testigo tiene la calidad de coimputado en la misma causa, lo que queda en evidencia al leer la acusación fiscal. Esta persona fue acusada y condenada por estos hechos, por delitos calificados como terroristas, acogándose a la figura de la delación compensada, contemplada en el artículo 4° de la Ley N°18.314, con el objeto de obtener un beneficio procesal consistente en la rebaja de la pena (...) La figura de la delación compensada o arrepentimiento eficaz, presenta ciertos problemas aun en el evento de tratarse de imputados mayores de edad. En efecto, comúnmente los antecedentes son aportados con el único incentivo de obtener una rebaja en la pena, no se trata de un testigo imparcial, sino de un coimputado en la misma causa que persigue un beneficio procesal, con claro ánimo ganancial, lo que exige necesariamente que la información aportada por éste debe ser corroborada en el juicio a través de otros medios de prueba. No se trata entonces de cualquier condenado declarando en el juicio de sus coimputados, se trata de una persona que sólo obtuvo el beneficio por delatar a los demás (...) En la delación compensada [...] el imputado requiere aportar antecedentes para detener o individualizar a responsables de delitos calificados como terroristas, sólo entonces podrá obtener la rebaja hasta en dos grados que contempla la ley N°18.314, beneficio muy superior al que surge de aceptar un abreviado. Estas diferencias permiten concluir que dicha figura constituye una hipótesis distinta a la de aquel condenado por delitos comunes que decide declarar en un juicio en contra de sus copartícipes.”¹⁴⁹

Es fundamental el siguiente razonamiento del Tribunal, en el cual expresó que “la delación compensada o arrepentimiento eficaz es una figura especial y exclusiva de la llamada Ley Antiterrorista, texto que no es aplicable en procedimientos seguidos contra adolescentes. En

¹⁴⁷ El subrayado es mío. *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando undécimo, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

efecto, la Ley N°18.314 fue objeto de modificaciones a través de las leyes N°20.467 y N°20.519, las que fijaron su actual texto, en el cual se prohíbe expresamente la aplicación de la misma a los menores de edad. En efecto, en su artículo 1° inciso segundo prescribe que “La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años”. La declaración de Castro Antipan, y por ende los antecedentes aportados en la misma, fueron obtenidos a través de la figura del artículo 4° de la Ley 18.314 o delación compensada, él aportó antecedentes para detener o individualizar a los responsables de delitos calificados como terroristas obteniendo como beneficio una rebaja de la pena. Según se desprende del auto de apertura, en esa causa, existían imputados adultos y adolescentes, separándose investigación respecto de estos últimos los que fueron objeto de un juicio distinto. No obstante, la investigación fue una sola y es en ese procedimiento seguido también en contra de adultos, por delitos calificados como terroristas, que Castro Antipan aporta antecedentes relativos a la individualización de diversos imputados, entre los que se encontraban los dos acusados de este juicio.”¹⁵⁰ El Tribunal citó el artículo 10 n°2 del Código Penal y la Ley 20.084, señalando que de dichas normas “es posible concluir que el procedimiento penal a través del cual se imputa un hecho punible a un adolescente debe adecuarse por completo a la Ley N°20.084. [Si] La existencia de estas normas ya hacía discutible en el pasado la aplicación de la Ley N°18.314 en procedimientos con imputados adolescentes, las modificaciones introducidas a su texto disiparon las dudas acerca de la improcedencia de su aplicación en estos casos, ya que actualmente existe prohibición expresa (...) Si el Tribunal valora positivamente el testimonio de Castro Antipan estaría considerando una prueba obtenida a través de una figura propia de la Ley N°18.314, en un juicio contra adolescentes, y por ende, infringiendo una prohibición expresa de la ley y vulnerando la garantía del debido proceso, razón por la cual dicho testimonio será desestimado para fundar esta sentencia (...) Por los mismos argumentos, será desestimada la declaración de Patricio Alejandro Marín Lazo, en aquella parte en la que da cuenta de lo que escuchó decir a Castro Antipán en la etapa de investigación, ya que en caso contrario se estarían incorporando sus dichos de manera

¹⁵⁰ El subrayado es mío. *Ibíd.*

indirecta, a través de un testigo de oídas, lo que también se encuentra vedado por el legislador.”¹⁵¹

2.4. Comentario a los casos expuestos

Los casos analizados presentan varias similitudes:

En primer lugar, todos los hechos ocurrieron antes de las reformas a la LCT a través de las leyes No. 20.467 de 2010 y No. 20.519 de 2011.

Luego, en todos los casos, con excepción del ataque al Predio Tres Luces, hubo incendios. En el caso incendio al Fundo San Leandro se incendiaron dos galpones y una siembra de trigo. En el caso incendio al Fundo Brasil se quemó la casa patronal y un motor de generación eléctrico. En el caso bloqueo del Peaje Quino se incendió un camión. Además, las causas incendio al Fundo San Leandro, ataque al Predio Tres Luces e incendio al Fundo Brasil se asemejan pues en todas los sujetos ingresaron violentamente a las viviendas de los dueños del fundo. Se debe señalar también que en todos los hechos se describen amenazas de los sujetos.

En tercer lugar, en todas las sentencias analizadas el Ministerio Público introdujo prueba consistente en el testimonio de un coimputado en la causa. Esta fue la única prueba en la que se basó el órgano persecutor para acreditar la participación de los imputados en los delitos acusados.

¹⁵¹ El subrayado es mío. *Ibíd.* En el mismo sentido, la Excelentísima Corte Suprema señaló en el caso Fundo Brasil contra J.A.Ñ.P. que “tratándose de un inculpado menor de edad a la fecha de los ilícitos que se le atribuyen, no es admisible considerar directa e indirectamente evidencias obtenidas en un juicio distinto, dado que no hay discusión que de los hechos investigados se separaron las investigaciones respecto de los adultos y el menor concernido en esta causa; ni menos que se utilice aunque sea de manera oblicua, una situación excepcional que permite la Ley 18.314, en su artículo 4°, en cuanto faculta otorgar una disminución de la pena, tratándose de conductas terroristas, a los que llevaren acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho inculcado, 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, (esto último es la situación denunciada), ya que lo impide claramente la norma contenida en el actual texto del inciso segundo del artículo 1° de la ley 18.314 antes aludida, que excluye la aplicación de la normativa antiterrorista a los menores de 18 años, según se desprende con claridad de las modificaciones introducidas por las leyes 20.467 y 20.519.” SCS de 9 de enero de 2014, considerando octavo, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P.”

Además, en todos los fallos expuestos los hechos de las acusaciones contra los menores se subsumieron bajo ilícitos comunes después de la reforma a la LCT de junio de 2011. En la sentencia analizada en el caso incendio al Fundo San Leandro, el órgano persecutor acusó a C.A.C.M. junto a otros adultos por delitos comunes. En el caso incendio al Fundo Brasil, el tribunal separó el auto de apertura del menor J.A.Ñ.P. respecto al de los adultos y el Ministerio Público lo acusó por ilícitos comunes. En el fallo expuesto del caso bloqueo del Peaje Quino, hubo separación del auto de apertura de los menores respecto a los adultos y el órgano persecutor acusó a L.H.M.C. y J.P.Q.M. por delitos comunes.

Finalmente, se debe señalar que todos los acusados menores de edad en estos casos son pertenecientes al pueblo Mapuche, lo cual genera una doble situación de vulnerabilidad, lo que será revisado en el capítulo 4 de este trabajo.

No obstante estas similitudes, existen algunas diferencias entre los casos:

2.4.1. Prueba presentada por el Ministerio Público: testimonio directo del coimputado o testimonios de oídas

En la sentencia analizada en la causa incendio al Fundo San Leandro, la prueba presentada por el Ministerio Público para acreditar la participación de C.A.C.M. en los hechos imputados consistió en los testimonios de oídas revelados en juicio por funcionarios policiales respecto a la versión de los hechos de dos coimputados en la causa (Job Morales Ñirripil y José Ortiz).¹⁵²

Asimismo, en el caso incendio al Fundo Brasil, la prueba presentada por el órgano persecutor para acreditar la participación de J.A.Ñ.P. en los hechos consistió en los testimonios de oídas realizados por funcionarios policiales sobre la versión de los hechos revelada anticipadamente por Job Morales Ñirripil.¹⁵³

¹⁵² Revisar STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, considerando décimo primero, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

¹⁵³ Ver STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, considerando décimo cuarto, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

Por el otro lado, en la sentencia expuesta del caso bloqueo del Peaje Quino, la prueba presentada por el Ministerio Público para acreditar la participación de los menores imputados L.H.M.C. y J.P.Q.M. consistió en la declaración hecha en juicio por el testigo y coimputado Raúl Castro Antipán.¹⁵⁴

2.4.2. Razonamiento del Tribunal en torno a si se probó la aplicación de la LCT en juicio

En la sentencia analizada en la causa incendio al Fundo San Leandro, el TOP de Temuco concluyó que “el acusador fiscal fundamenta su acusación en lo expuesto a los funcionarios policiales por Job Morales y José Ortiz, quienes tuvieron la calidad de imputados y que no declararon en el juicio oral, aparte que respecto de ellos cabe la interrogante no resuelta de no saber cuál es su situación procesal de estos testigos en esta causa, de modo que para su aceptación como medio cierto de prueba, deben ser justificadas por los acusadores a través de argumentaciones serias y claras. Ya que, la declaración de un sujeto directamente vinculado con el delito plantea una serie de problemas que el testigo no da. Resulta bien conocido que el testimonio del coimputado es un medio probatorio evidentemente peligroso. Se ha dicho que es un medio “impropio, extraño” y especial. En esta clase de testimonios los factores que pueden obstaculizar su credibilidad son la venganza, resentimiento, ventaja propia, trato procesal más favorable, ánimo exculpatorio u otro similar inconfesable.”¹⁵⁵ El Tribunal no se pronunció directamente acerca de la aplicación de la LCT en el juicio. Sin embargo, indicó que el Ministerio Público no clarificó la situación procesal de los coimputados en la causa. Se puede concluir que dicha fundamentación es necesaria para concluir si dichos testigos se acogieron o no a figuras de la LCT y, en caso afirmativo, descartar dicha prueba para acreditar los hechos contra menores.

¹⁵⁴ Revisar STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando undécimo, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

¹⁵⁵ STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, considerando décimo primero, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

En los fallos expuestos del caso incendio al Fundo Brasil, el TOP de Temuco razonó de forma diversa respecto a si se probó o no la aplicación de la LCT en juicio. Mientras en la sentencia contra los adultos el Tribunal señaló que el coimputado, cuya versión fue presentada como prueba por el órgano persecutor, se acogió a “beneficios en el contexto de una ley muy especial...”,¹⁵⁶ en la sentencia contra el menor J.A.Ñ.P. los sentenciadores concluyeron que no se probó en juicio que dicho coimputado se hubiere acogido a alguna figura de la LCT.¹⁵⁷ Esto será analizado con mayor profundidad en el apartado siguiente, en el cual se compararán los juicios del caso incendio al Fundo Brasil.

Sin embargo, se debe realizar aquí una referencia al razonamiento efectuado por el TOP de Temuco en el caso incendio al Fundo Brasil, en particular en el primer juicio oral contra J.A.Ñ.P., en relación a si se probó la aplicación de la LCT en juicio. Los sentenciadores indicaron que para la aplicación de la LCT “debe existir un juicio, en el cual se invoque y el Tribunal la aplique y no en la etapa de investigación, por lo que no existiendo una sentencia que haga tal declaración, este argumento de la defensa con el cual pretende restar credibilidad a la prueba del Ministerio Público no es aceptable. A mayor abundamiento, aún en el evento que se trate efectivamente de un delator de ese tipo ello no implica que durante el presente juicio se esté dando aplicación a la ley 18.314.”¹⁵⁸

El tribunal indicó que la LCT solo puede ser aplicada en una sentencia en que se condene a menores de edad por ilícitos terroristas. De esta forma desconoce que en la etapa de investigación esta norma abre un abanico de posibilidades procesales penales para probar los hechos que se acusan. La obtención de prueba conforme a la LCT otorga mayores facultades investigativas al órgano persecutor y conlleva una restricción a las garantías procesales del imputado. La aplicación de esta normativa excepcional a los menores de edad está prohibida por expresa disposición del art. 1 de la LCT, el art. 10 N°2 del Código Penal, el art. 27 de la LRPA y el principio de especialidad consagrado en el art. 40 N°3 de la CDN. Esta prohibición

¹⁵⁶ STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando décimo tercero, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

¹⁵⁷ Revisar STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, considerando décimo cuarto, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

¹⁵⁸ El subrayado es mío. STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, considerando décimo séptimo, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P.”

se refiere a todas las normas procesales de la Ley No. 18.314 y no sólo a la calificación de los delitos como terroristas. Por ende, si la prueba presentada por el Ministerio Público en el proceso de los menores se obtuvo mediante el beneficio de la “delación compensada”¹⁵⁹ del art. 4 de la LCT, esto implica que durante el juicio se aplicó indirectamente esta normativa excepcional. En este sentido razona el TOP de Angol en la sentencia expuesta en el caso Peaje Quino, lo que se revisará a continuación.

En el fallo analizado del caso bloqueo del Peaje Quino, el Ministerio Público señaló expresamente que la prueba en que se basó para acreditar la participación de los imputados en los hechos fue la declaración del testigo y coimputado Raul Castro Antipán, la que fue obtenida conforme a la LCT.¹⁶⁰ Asimismo, la defensa señaló que la única prueba presentada por el órgano persecutor consistió en la declaración de un coimputado en la causa, quien se acogió al beneficio de la “delación compensada” del art. 4 de la LCT.¹⁶¹ En el mismo sentido, Raúl Castro Antipán señaló expresamente en su declaración que se acogió a la figura de la “delación compensada” de la LCT.¹⁶²

Como se señalaba, es fundamental el razonamiento del TOP de Angol en este fallo, en el cual indicó que “la delación compensada o arrepentimiento eficaz es una figura especial y exclusiva de la llamada Ley Antiterrorista, texto que no es aplicable en procedimientos seguidos contra adolescentes (...) La declaración de Castro Antipan, y por ende los antecedentes aportados en la misma, fueron obtenidos a través de la figura del artículo 4° de la Ley 18.314 o delación compensada, él aportó antecedentes para detener o individualizar a los responsables de delitos calificados como terroristas obteniendo como beneficio una rebaja de la pena. Según se desprende del auto de apertura, en esa causa, existían imputados adultos y adolescentes, separándose investigación respecto de estos últimos los que fueron objeto de un juicio distinto. No obstante, la investigación fue una sola y es en ese procedimiento seguido también en contra de adultos, por delitos calificados como terroristas, que Castro Antipan

¹⁵⁹ Se recuerda que se utilizará el término “delación compensada” ya que es el empleado en las sentencias expuestas. Sin embargo, el término formal es atenuación punitiva por colaboración con la justicia. Extraído de VILLEGAS, Terrorismo..., p. 941.

¹⁶⁰ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando tercero, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

¹⁶¹ STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando cuarto, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

¹⁶² STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando séptimo, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

aporta antecedentes relativos a la individualización de diversos imputados, entre los que se encontraban los dos acusados de este juicio.”¹⁶³

Los sentenciadores expresaron la hipótesis que se viene sosteniendo en este trabajo. Es decir, si bien en el caso se separaron los autos de apertura, existió una aplicación indirecta de la LCT en los procedimientos de los menores a través de la aportación de prueba efectuada por el Ministerio Público para probar los hechos de la acusación. Esta aplicación indirecta se debe a que la investigación para los adultos y los menores fue la misma. Raúl Castro Antipán se acogió a la figura de la “delación compensada” del art. 4 de la LCT, y es en el marco de este beneficio que individualizó a los menores L.H.M.C. y J.P.Q.M. como responsables de los hechos de la causa. El Ministerio Público pretendió que la decisión de culpabilidad del tribunal se basara en dicha declaración, la cual se obtuvo conforme a una normativa excepcional cuya aplicación está prohibida a los menores de edad por expresa disposición del art. 1 de la LCT, el art. 27 de la LRPA, el art. 10 n°2 del Código Penal y el principio de especialidad consagrando en el art. 40 N°3 de la CDN.

En este sentido, el Tribunal citó el artículo 10 n°2 del Código Penal y la Ley No. 20.084, señalando que de dichas normas “es posible concluir que el procedimiento penal a través del cual se imputa un hecho punible a un adolescente debe adecuarse por completo a la Ley N°20.084. [Si] La existencia de estas normas ya hacía discutible en el pasado la aplicación de la Ley N°18.314 en procedimientos con imputados adolescentes, las modificaciones introducidas a su texto disiparon las dudas acerca de la improcedencia de su aplicación en estos casos, ya que actualmente existe prohibición expresa (...) Si el Tribunal valora positivamente el testimonio de Castro Antipán estaría considerando una prueba obtenida a través de una figura propia de la Ley N°18.314, en un juicio contra adolescentes, y por ende, infringiendo una prohibición expresa de la ley y vulnerando la garantía del debido proceso, razón por la cual dicho testimonio será desestimado para fundar esta sentencia.”¹⁶⁴

¹⁶³ El subrayado es mío. STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, considerando undécimo, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C.”

¹⁶⁴ El subrayado es mío. Ibíd.

2.4.3. Análisis pormenorizado de la causa incendio al Fundo Brasil

En este caso, la causa contra los adultos por ilícitos terroristas, por un lado, y contra el menor J.A.Ñ.P. por delitos comunes, por el otro, son idénticas en cuanto a los hechos imputados, la prueba en que se basó el Ministerio Público para acreditar la participación de los acusados (los testimonios de oídas de funcionarios policiales sobre la versión de los hechos de un coimputado en la causa, Job Morales Ñirripil) y el tribunal que resolvió (TOP de Temuco). La sentencia contra C.A.C.M. es de 14 de abril de 2014 y el fallo del segundo juicio oral contra J.A.Ñ.P. es de 8 de abril de 2014. Es decir, las sentencias tienen 6 días de diferencia.

No obstante, se observa una inconsistencia entre las acusaciones del Ministerio Público en estos procesos, ya que en la causa contra los adultos éste señaló expresamente que el testimonio del coimputado Job Morales Ñirripil, prueba en que se basó para acreditar la participación de los imputados, se obtuvo conforme al beneficio de la “delación compensada” del art. 4 de la LCT. Por el otro lado, en la causa contra el menor J.A.Ñ.P., el órgano persecutor presentó la misma prueba para acreditar su participación en los hechos, sin embargo no aclaró la situación procesal del coimputado.

A la vez, el TOP de Temuco concluyó en la causa contra los adultos que no se logró acreditar la participación de los imputados, pues permitir prueba anticipada es muy excepcional, especialmente cuando la presta un coimputado “con ciertos beneficios en el contexto de una ley muy especial...”,¹⁶⁵ en particular si “se le presenta una carga punitiva menor respecto de los otros acusados”.¹⁶⁶ Por el otro lado, en la causa contra el menor J.A.Ñ.P., si bien la defensa señaló expresamente que la prueba presentada por el órgano persecutor consistió en el testimonio de un coimputado que se acogió a la figura de la “delación compensada” del art. 4 de la LCT, el TOP de Temuco indicó que este fue un hecho que no se logró acreditar en juicio.¹⁶⁷

¹⁶⁵ STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando décimo tercero, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

¹⁶⁶ El subrayado es mío. STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, considerando décimo cuarto, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.

¹⁶⁷ Revisar STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, considerando décimo cuarto, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”

En mi opinión, el argumento de la defensa para sostener que la prueba presentada por el Ministerio Público en la causa contra J.A.Ñ.P. se obtuvo conforme al art. 4 de la LCT, si bien el TOP de Temuco concluyó que no era un hecho acreditado en la causa, se fundamentó en que en la causa paralela contra los adultos este fue un hecho que se dio por probado.

Como fundamento adicional a esta afirmación de la defensa, se debe señalar que en el segundo juicio oral contra J.A.Ñ.P., el TOP de Temuco indicó que la imagen de Job Morales Ñirripil estaba borrada del video de reconstitución de escena, prueba presentada por el Ministerio Público, pues los funcionarios policiales habían expresado que este coimputado tenía la calidad de testigo protegido, figura contemplada en la LCT.¹⁶⁸ Es decir, se señaló en juicio que este testigo se acogió a dicha normativa excepcional.

Así, se puede concluir que el coimputado Job Morales Ñirripil se acogió a la figura de la “delación compensada” del art. 4 de la LCT. Por ende, la prueba aportada por el Ministerio Público en el juicio contra J.A.Ñ.P., consistente en los testimonios de oídas sobre la versión de los hechos de dicho coimputado, conlleva una aplicación indirecta de la LCT en un procedimiento contra un menor.

¹⁶⁸ En relación a la exhibición del video de reconstitución de escena, prueba presentada por el Ministerio Público, el Tribunal señaló que: “La prueba pericial, por su parte, consistente en la declaración de Franz Beissinger Bart, Cristian Silva Barra y Francisco Fuster Vásquez se refiere a la fijación fotográfica, planimétrica y a la filmación de la versión de los hechos que Morales Ñirripil entregó en la reconstitución de escena. El peritaje audiovisual que da cuenta de la diligencia mencionada fue reproducido íntegramente en la audiencia, no obstante, el sonido era de mala calidad, lo que hizo que casi la totalidad del mismo fuera ininteligible para el Tribunal. En efecto, el propio perito Fuster Vásquez en su declaración reconoció dicha circunstancia e indicó que el audio de la palabra del testigo es ininteligible en la audiencia ya que el sistema de reproducción de la sala le agrega otros elementos que hacen que sea más complejo escucharlo, sumado a la dificultad de que el testigo daba respuestas con monosílabos y con una dicción que no era clara. En dicho video, es posible apreciar que un funcionario policial efectúa preguntas mayoritariamente inductivas al coimputado el que al parecer entrega respuestas, ya que no es posible apreciar el contenido de las mismas, luego la información aportada es repetida por el mismo funcionario para que quede registro en el audio. Casi la totalidad de la información que aporta el video, en aquellas escasas partes en que es entendible el audio provienen del funcionario policial, no apreciándose casi ninguna respuesta emanada directamente del imputado, cuya imagen, además, se encuentra borrada ya que según los funcionarios tenía la calidad de testigo protegido.” El subrayado es mío. STOP Temuco, 8 abril 2014, considerando décimo quinto, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.”:

CAPÍTULO III: LA APLICACIÓN INDIRECTA DE LA LEY 18.314 EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MENORES DESPUÉS DEL 2011

3.1. Identificación de elementos que permiten sostener la aplicación indirecta de la LCT en los procedimientos de adolescentes

Recapitulando, el tratamiento procesal penal de los delitos de terrorismo implica un aumento de las facultades de investigación del Ministerio Público, en virtud de lo cual puede obtener prueba para acreditar los hechos de la acusación a través de instituciones como la “delación compensada” (art. 4 LCT) y los testigos anónimos (arts. 15, 16 y 18 de la LCT). Además, este régimen jurídico penal de excepción conlleva una reducción de las garantías procesales del imputado, por lo que la obtención de pruebas durante la etapa de investigación puede vulnerar el derecho al debido proceso garantizado por el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁶⁹

Esto es aún más grave en el caso de los adolescentes, cuyos procesos penales deben llevarse conforme a la CDN y la LRPA.¹⁷⁰ La LCT, antes de las modificaciones de 2010 y 2011, no era aplicable a menores de edad por expresa disposición del artículo 27 de la LRPA. Sin embargo, debido a la interpretación a contrario sensu efectuada tanto por el Ministerio Público como por los jueces, esta normativa excepcional se continuó aplicando a los niños. Por este motivo, la LCT fue modificada el año 2010 a través de la Ley No. 20.467 para disponer que en virtud del principio de especialidad a los menores debía aplicárseles la LRPA. Sin embargo, esto no solucionó el problema señalado, por lo que la LCT fue nuevamente modificada el año 2011 a través de la Ley No. 20.519, la cual dispuso expresamente que se excluía de su aplicación a los menores de edad.¹⁷¹

¹⁶⁹ Ver Supra 1.1.

¹⁷⁰ Ver Supra 1.2.

¹⁷¹ Ver Supra 1.3.

Debido a esta última reforma, en la mayoría de los casos posteriores a 2011 en que se ha acusado a un grupo de personas por cometer ilícitos que el Ministerio Público califica de terroristas, el Tribunal ha separado los autos de apertura si existen adolescentes implicados en la acusación. De esta manera, existe un auto de apertura para los adultos, que son acusados por delitos de terrorismo, y otro para los menores, cuyos hechos se subsumen bajo ilícitos comunes.

La prohibición de la aplicación de la LCT a los menores de edad es un tema de fundamental importancia actual, ya que el Gobierno ingresó con fecha 4 de noviembre de 2014 un proyecto de ley para sustituir la Ley No. 18.314, el cual está en la etapa de primer trámite constitucional ante el Senado.¹⁷² Su artículo 8 señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 8°. - En ningún caso, adolescentes podrán ser juzgados por los delitos señalados en los artículos 1°, 3°, 5° y 6°.

La exclusión contenida en el inciso anterior no se extenderá a las medidas de investigación y demás disposiciones que no digan relación con la determinación y cuantía de la sanción a imponer a los adolescentes responsables de algunos de los delitos a que se refieren los artículos anteriores.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de las penas que, por los delitos a que hace mención el artículo 1°, se apliquen de conformidad a la Ley N° 20.084 y de las que deban imponerse a los mayores de edad que participen en esos delitos o sean coautores de los mismos o tengan intervención de conformidad al artículo 2° de la presente Ley.”¹⁷³

El artículo 8 del proyecto de ley contradice la hipótesis de este trabajo, ya que señala que se podrán utilizar las medidas de investigación de la normativa antiterrorista para probar los hechos de la acusación en los procedimientos de menores de edad, sólo excluyendo las normas

¹⁷² CHILE. Mensaje de Proyecto de Ley. 2014. Boletín 9692-07: Determina conductas terroristas y su penalidad y modifica los Códigos Penal y Procesal Penal, ingresado el 4 de noviembre de 2014.

¹⁷³ El subrayado es mío.

de determinación y cuantía de la pena que se imponga a los adolescentes responsables de algunos de los delitos que señala el proyecto.

Lo que se sostiene en la presente investigación es que la prohibición de la aplicación de la LCT a los menores de edad no se debe referir sólo a la calificación del delito, sino que a todas las normas procesales que están contempladas en dicha normativa. De esta manera, la prueba que acredite los hechos imputados contra menores de edad debe realizarse conforme a las reglas ordinarias y no a través de la LCT.

Lo que viene a permitir el proyecto de ley, y lo que ha ocurrido en los casos expuestos en este trabajo, es que en la investigación contra los adultos el Ministerio Público obtiene prueba para acreditar los hechos de la acusación a través de las normas procesales de la LCT. Luego, esa misma prueba es presentada por el órgano persecutor en los procedimientos de los menores para acreditar su participación en los hechos. En la mayoría de las causas analizadas se puede sostener que el Ministerio Público presentó como prueba en los procedimientos de los adolescentes, directa o indirectamente, la versión de los hechos de un coimputado en la causa que se acogió a la figura de la “delación compensada” del art. 4 de la LCT. Además, en el caso bloqueo del Peaje Quino, el testigo presentado por el órgano persecutor (Raúl Castro Antipán) se acogió a la figura de los testigos anónimos de los arts. 15, 16 y 18 de la LCT.

Esta aportación de prueba efectuada por el Ministerio Público conlleva una aplicación indirecta de la LCT en los procedimientos de los menores, lo cual está prohibido por expresa disposición del art. 1 de la LCT, el art. 10 N°2 del Código Penal, el art. 27 de la LRPA y el principio de especialidad consagrado en el art. 40 N°3 de la CDN.

A continuación se analizará si esto constituye alguna infracción que pueda ser alegada por la defensa de los adolescentes.

3.2. ¿Prueba ilícita?

3.2.1. La prueba ilícita en el CPP

El artículo 276 del CPP, que establece la exclusión de pruebas para el juicio oral, consagra en su inciso tercero que el juez de garantía “*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.*” Esta norma consagra la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico chileno, institución que fue incluida con la reforma procesal penal.

Se examinará la segunda hipótesis de este artículo, es decir, la exclusión de pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Por éstas deben entenderse los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes.¹⁷⁴ Se debe recordar que en virtud del art. 5 inciso 2 de la Constitución, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución y los tratados internacionales.

El común denominador de la prueba ilícita en todos los sistemas jurídicos es “la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal.”¹⁷⁵ Al derecho no le es irrelevante la forma en que se obtiene la prueba, ya que el *ius puniendi* dirigido a este fin es el que crea mayores riesgos para la salvaguarda de los derechos fundamentales, existiendo una tensión entre éstos y la eficacia de la persecución penal. De este modo existe

¹⁷⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2005. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno. 2ª ed., Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado, p. 52. En el mismo sentido revisar ZAPATA GARCÍA, M. 2004. Preguntas-respuestas introductorias para el estudio de la Teoría de la Prueba Ilícita. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo 11: p. 164.

¹⁷⁵ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. II, p. 168.

una renuncia a la verdad material en el proceso, precio que las sociedades democráticas deben soportar para proteger estas garantías.

Esta renuncia trae aparejada límites a las normas probatorias. De este modo, la consecuencia de una prueba que fue ilícitamente obtenida por vulnerar derechos fundamentales es la regla de exclusión, la cual es previa al desarrollo del juicio oral. En otras palabras, la ley ha asignado al juez de garantía la función primordial en la exclusión de prueba ilícita, lo que demuestra que nuestro sistema optó por establecer el control de esta prueba en la etapa de admisibilidad, “a objeto de evitar que el tribunal de juicio oral llegue siquiera a tomar conocimiento del elemento probatorio ilícitamente obtenido.”¹⁷⁶

Se debe mencionar que para que esta inobservancia de garantías fundamentales se sancione con la regla de exclusión de la prueba obtenida, “debe tratarse del incumplimiento de una norma legal que contiene un mandato que en sí mismo constituye una garantía de un derecho fundamental y cuya transgresión implica o traduce la vulneración de este derecho.”¹⁷⁷

3.2.2. Teoría de los frutos del árbol envenenado

El efecto principal de la declaración de la prueba ilícita es su exclusión del auto de apertura del juicio oral. Además, en virtud de la teoría de los frutos del árbol envenenado, la cual tiene su origen en Estados Unidos, un efecto secundario sería la exclusión de las pruebas derivadas de la que fue ilícitamente obtenida. Así, esta teoría supone que “la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente produce también la exclusión de toda la prueba de ella derivada, es decir, de toda la prueba respecto de la cual pueda establecerse una conexión causal con la información obtenida a través de la prueba ilícita originaria.”¹⁷⁸

¹⁷⁶ HORVITZ; LÓPEZ, Derecho..., p. 193.

¹⁷⁷ ZAPATA, Preguntas..., p. 165. En este sentido Castillo Vera señala que “requisito indispensable para que se excluya la prueba obtenida, es en primer lugar que ella se haya recopilado a través de una ilegalidad que además, se encuentra revestida de una entidad mayor, la que se manifiesta en el hecho de devenir en consecuencias graves de afectación de las garantías fundamentales del sujeto pasivo de la actuación o diligencia.” CASTILLO VERA, F. 2008. Prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso. Boletín N° MJD199: p. 4. Disponible en <http://cl.microjuris.com/home.jsp> (fecha consulta: 24-10-2016).

¹⁷⁸ HORVITZ; LÓPEZ, Derecho..., p. 220.

No obstante, se podría decir que esta teoría presenta un falso dilema, pues todo dependerá de si se acoge o no como principio general la exclusión de la prueba que ha sido ilícitamente obtenida. Si la respuesta es afirmativa, la exclusión sólo sirve para sus fines si comprende todo los elementos probatorios que se derivan del acto transgresor original. Sólo de este modo nos aseguramos que la sentencia condenatoria no se base, en forma alguna, en la infracción de derechos fundamentales, sin ser relevante si estamos frente a prueba directa o indirectamente obtenida de la ilegalidad.¹⁷⁹

3.2.3. Análisis de los casos en estudio

En la mayoría de las causas analizadas se constató que el Ministerio Público aportó prueba en los procedimientos de los menores que había sido previamente obtenida a través de la figura de la “delación compensada” del art. 4 LCT. Esto se realizó de dos formas: a través de los testimonios de oídas de funcionarios policiales que declararon en juicio lo relatado por un coimputado en la causa que se acogió a la figura del art. 4 de la LCT o a través del testimonio directo de dicho coimputado.

La prueba así obtenida vulnera los derechos fundamentales de los adolescentes, ya que se les está aplicando una normativa excepcional que está prohibida por las disposiciones del art. 1 de la LCT, el art. 10 N°2 del Código Penal, el art. 27 de la LRPA y el principio de especialidad consagrado en el art. 40 N°3 de la CDN.

Esta prohibición se fundamenta en que los menores, por su estado de personas en proceso de desarrollo, requieren mayor protección jurídica que los adultos. En virtud de esto, el art. 40 N°3 CDN consagra el principio de especialidad, el cual conlleva garantías reforzadas para los adolescentes y la aplicación de un régimen penal diferenciado al de los adultos. El Estado

¹⁷⁹ HERNÁNDEZ, La Exclusión..., p. 76. Asimismo, Francisca Zapata señala que la regla de exclusión “se extiende naturalmente a aquellos casos en que a consecuencias de una violación de derechos constitucionales se obtiene prueba a partir de la cual surge otra nueva como su consecuencia necesaria, es decir, se extiende a la prueba derivada de una ilícita, con tal que tal derivación sea directa y necesaria de la original.” ZAPATA, Preguntas..., p. 162.

cumple esta obligación dictando la LRPA, que establece un sistema de justicia penal especial para los niños.¹⁸⁰

Respecto a los menores se ha consagrado un derecho al debido proceso intensificado. Esta garantía se encuentra en el art. 40 n°2 de la CDN, que dispone una lista de derechos cuyo fin es que todo adolescente que esté en conflicto con la justicia reciba un trato justo y sea sujeto a un juicio imparcial.

En virtud de estas normas, el procedimiento aplicable a los menores es el contenido en la LRPA y supletoriamente en el CPP (art. 27 de la LRPA y art. 10 N°2 del CP). La aplicación de la LCT a los menores de edad vulnera el art. 1 de la LCT, el art. 10 N°2 del Código Penal, el art. 27 de la LRPA y los arts. 40 N°2 y N°3 de la CDN, normas que prohíben la aplicación de esta normativa excepcional a los niños.

El Estado ha incumplido normas legales que contienen un mandato que en sí mismo constituyen garantías de derechos fundamentales (principio de especialidad y derecho al debido proceso). La transgresión a estas normas implica la vulneración de estos derechos fundamentales, por lo que se debe excluir la prueba así obtenida de los procedimientos de los menores.

En los procesos contra J.A.Ñ.P. y C.A.C.M. la prueba presentada por el Ministerio Público se basó en testimonios de oídas.¹⁸¹ Esta es una prueba indirecta ya que los funcionarios

¹⁸⁰ Ver Supra 1.2.

¹⁸¹ El TOP de Temuco señaló en el juicio contra J.A.Ñ.P. que “La única prueba rendida con el objeto de acreditar que el acusado [J.A.Ñ.P.] participó en los hechos, es la declaración de Job Morales Ñirripil, quien no depuso en estrados sino que su versión de los hechos fue introducida en la audiencia a través de los funcionarios policiales que escucharon sus declaraciones en la etapa de investigación. Lo relevante entonces es determinar cual es el valor probatorio que es posible otorgar a prueba indirecta, consistente en la declaración de testigos de oídas que dan cuenta de la versión de los hechos realizada por un coimputado en esta causa” STOP de Temuco, 8 de abril de 2014, considerando décimo quinto, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P.” El mismo Tribunal indicó en el juicio contra C.A.C.M “Que, no se logró acreditar más allá toda de toda duda razonable la participación de los acusados en el delito que se imputa. Ya que, la única prueba rendida para tales efectos es la declaración de los testigos de oídas Juan Carlos Bustos Méndez, Lorena Muñoz Vidal, Claudio Escobar Corbalán, Flor Rubilar Coilla e Iván Vásquez Salinas. Que, dichos testimonios de oídas, por sí solo no es un medio de prueba idóneo para desvirtuar la presunción de inocencia de los imputados, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto, lo que en caso sublite no existe. Ya que,

policiales relataron en juicio la versión de los hechos de un coimputado en la causa. Se constató que en el caso incendio al Fundo Brasil dicho coimputado se acogió a la figura de la “delación compensada” del art. 4 de la LCT. De este modo, se puede concluir que en esta causa el órgano persecutor pretendió evitar la introducción directa de la prueba obtenida a través de la LCT al procedimiento del menor. No obstante, esta prueba también es ilícita, ya que se deriva de la prueba obtenida con inobservancia de los derechos fundamentales del adolescente, aplicando la teoría de los frutos del árbol envenenado. En este sentido, la FIDH señaló que el juicio contra el menor J.A.Ñ.P. en la causa Fundo Brasil “prosiguió de manera separada [al de los adultos] y aparentemente sin la aplicación de la Ley Antiterrorista. Sin embargo a la lectura de la decisión judicial del diecinueve de noviembre de 2013, [...] considera que parece existir una estrategia de la Fiscalía para evadir el marco legal que establece la prohibición de aplicar la ley antiterrorista a menores de edad. Pues la principal prueba contra [J.A.Ñ.P] fue el relato de una policía acerca del interrogatorio, en el que ella participó, de Job Morales Ñirripil donde él habría acusado a [J.A.Ñ.P]. Este interrogatorio se hizo en el contexto de la aplicación de la Ley antiterrorista en particular del artículo 4 de esta ley. Es probablemente por esto que la Fiscalía no interrogó directamente al testigo Job Morales Ñirripil manteniéndole al margen del juicio del menor [J.A.Ñ.P].”¹⁸²

Finalmente, se debe mencionar que la exclusión de la prueba ilícita es una función primordial del juez de garantía, basado en el art. 276 del CPP. En contra de estas decisiones, el

que la entidad de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino de la existencia de otros medios que avalen lo dichos de los testigos de oídas.” STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, considerando décimo primero, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

¹⁸² FIDH. 2013. Chile: La FIDH denuncia utilización de la ley antiterrorista contra menor mapuche. Disponible en <https://www.fidh.org/es/region/americas/chile/14330-chile-la-fidh-denuncia-aplicacion-de-la-ley-antiterrorista-a-menor-mapuche> (fecha consulta: 27-10-2016). En el mismo sentido, La Sra. María del Rosario Salamanca, Defensora Penal Mapuche, señaló en el debate “La defensa penal de los adolescentes mapuche”, realizada por UNICEF, “que frente a adolescentes con acusación ya presentada, conforme al artículo 274 del Código Procesal Penal, habría que solicitar al Tribunal de Garantía, la separación de acusaciones, dado que, por los mismos hechos, se encontrarían acusados adultos y adolescentes, sin que sea posible celebrar un juicio coherente con la normativa vigente. Puntualizó que, en estos casos, habría que mantener la acusación de delitos no terroristas, dando cabal cumplimiento a la última reforma legal, a la vez de dar plena vigencia a la Ley 20.084. Por último, señaló que en estos casos, además, habría que solicitar al juez de garantía la exclusión de toda la prueba obtenida por el Ministerio Público en base a la Ley 18.314, dado que, por su aplicación, en la realización de diligencias se habrían visto vulneradas garantías tales como el derecho a la asesoría de un defensor debido a la ampliación de la detención y la afectación del debido proceso producto de la existencia de testigos sin identidad. UNICEF. 2013a. Estrategias de defensa y protección jurídica de niños, niñas y adolescentes mapuche. Santiago, UNICEF, pp. 13-14.

Ministerio Público puede interponer un recurso de apelación en virtud del art. 277 del CPP. Por el otro lado, si la prueba producida ilícitamente se produjera frente al tribunal oral en lo penal, la respuesta de éste, que ya está “contaminado por el conocimiento de la existencia del elemento probatorio”,¹⁸³ debería ser declarar de oficio la nulidad de la audiencia de juicio oral (arts. 163 y 160 del CPP). Además, la defensa puede solicitar al tribunal oral en lo penal que se valore negativamente la prueba que fue obtenida ilícitamente. Si el tribunal no lo hace, la defensa puede interponer posteriormente un recurso de nulidad en contra del juicio y de la sentencia en virtud del art. 373 letra a) del CPP. En subsidio, se podría interponer la errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia en base al art. 373 letra b) del CPP.

¹⁸³ HORVITZ; LÓPEZ, Derecho..., p. 218.

CAPÍTULO IV: ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS PARA MENORES Y EL ESTADO CHILENO

A la luz de los fallos expuestos se analizarán cuatro derechos fundamentales consagrados a favor de los niños, en la CDN y el derecho internacional de los derechos humanos, que han sido violados por el Estado.

4.1. Deber de adoptar un régimen de justicia penal especial

Los Estados asumen la obligación de establecer un régimen de justicia penal especial para los adolescentes, diferenciado al de los adultos, que respete los derechos consagrados en la CDN. Este principio de especialidad lo dispone el art. 40 n°3 de la Convención, el cual establece lo siguiente:

“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 culpable de haber infringido esas leyes...”

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que en la administración de justicia de menores todas las medidas que se adopten deben seguir como criterio fundamental el principio del interés superior del niño. Los menores “se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños”.¹⁸⁴ Así, este principio conlleva que el

¹⁸⁴ ONU, Observación General N°10..., párr. 10. El art. 40 n°1 de la CDN establece un conjunto de principios en relación al trato que debe darse a los menores que tienen conflicto con la justicia, al señalar que *“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*

objetivo tradicional de castigo del sistema penal debe sustituirse por el de rehabilitación y reintegración en el caso de los menores.

El Estado cumple esta obligación dictando la LRPA, que establece un sistema de justicia penal especial para adolescentes. Esta legislación se diferencia a la de los adultos ya que debe contener “una respuesta penal menos intensa, más cuidadosa en la determinación de las sanciones, orientada por un bajo nivel punitivo, que evita la privación de la libertad, sea orientada por la reinserción social, y por lo mismo permita un máximo contacto del supuesto menor infractor con la familia, la comunidad y la escuela.”¹⁸⁵

Como se señalaba anteriormente, el procedimiento de los menores debe estar regido en su totalidad por las normas establecidas en la LRPA y supletoriamente en el CPP (art. 27 de la LRPA y art. 10 N°2 del CP). En este sentido, a los adolescentes no les son aplicables las normas procesales de la LCT (art. 1 de la LCT).¹⁸⁶ En la reforma a la LCT a través de la Ley No. 20.519 de junio de 2011, la cual se realizó con el objeto de excluir definitivamente a los menores de edad de la aplicación de esta normativa excepcional, se señaló expresamente que en el caso de hechos cometidos por adultos y menores de edad no habría problemas en la etapa de investigación, pues nada impide “el uso de las herramientas generales del Código Procesal Penal para indagar la participación de adultos en conjunto con adolescentes, reforzándose el principio de que ninguna de las disposiciones de la LCT será aplicable a hechos cometidos por adolescentes.”¹⁸⁷

Desde la mirada de los derechos fundamentales del niño, “la exclusión del ámbito de la LCT es una mejora sustancial en la protección legal de las garantías especiales del juzgamiento de adolescentes: uso limitado de la privación de libertad, debido proceso

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 la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”

¹⁸⁵ Voto razonado de Paulo Sergio Pinheiro en el caso de Los Lonkos. COMISIÓN IDH, Informe..., p. 43.

¹⁸⁶ Gonzalo Berríos señala respecto a la reforma a la Ley No. 18.314 de junio de 2011 a través de la Ley 20.519 que “resulta indiscutible que la nueva norma es simple y clara y no deja margen alguno para equívocos en la determinación de su alcance: la Ley No. 18.314, en sus aspectos penales y procesales, no se aplica a los delitos cometidos por adolescentes.” BERRÍOS, Los adolescentes..., p. 153. El subrayado es mío.

¹⁸⁷ BERRÍOS, Los adolescentes..., p.153.

intensificado y promoción de la integración social; todas ellas fuertemente afectadas por la LCT.”¹⁸⁸ Si bien en las causas analizadas se separaron los autos de apertura de los adultos y los menores, hubo una aplicación indirecta de la LCT en los procedimientos de los adolescentes a través de la aportación de prueba efectuada por el Ministerio Público, la cual había sido obtenida conforme a dicha normativa excepcional. Esto infringe el principio de especialidad, por lo que se incumple este deber internacional contraído por el Estado.

4.2. Derecho al debido proceso

Tal como se enunciaba en el primer capítulo de esta investigación, la aplicación de la normativa antiterrorista conlleva, además del endurecimiento de las penas, una reducción sustantiva de las garantías procesales del imputado y un aumento de las facultades de investigación del órgano persecutor. Así, este régimen jurídico-penal de excepción infringe el derecho al debido proceso, consagrado en el art. 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana.¹⁸⁹

Si la normativa antiterrorista vulnera el derecho al debido proceso inherente a toda persona, en el caso de su aplicación a adolescentes ésta conlleva también una infracción a la CDN. Los niños merecen mayor protección jurídica de sus derechos, lo cual se fundamenta en que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad por su calidad de sujetos en proceso de desarrollo.¹⁹⁰ Por este motivo, respecto a los adolescentes se ha consagrado un derecho al debido proceso intensificado. Esta garantía se encuentra en el art. 40 n°2 de la CDN,¹⁹¹ que dispone una lista de derechos cuyo fin es que todo niño que esté en conflicto con la justicia reciba un trato justo y sea sujeto a un juicio imparcial.¹⁹²

¹⁸⁸ BERRÍOS, Los adolescentes..., p. 154.

¹⁸⁹ Ver Supra 1.1.

¹⁹⁰ Ver Supra 1.2.

¹⁹¹ Se debe señalar que también hay normas sobre el debido proceso en los artículos 12, 37 y 40 de la CDN.

¹⁹² El Comité sobre los Derechos del Niño ha señalado que todos los derechos que se reconocen en el art. 40 n°2 de la CDN son normas mínimas, por lo que los Estados deben intentar establecer normas más exigentes. ONU, Observación General N°10..., párr. 40.

Como se señalaba anteriormente, en la mayoría de las causas analizadas hubo una aplicación indirecta de la Ley No. 18.314 en los procedimientos de los adolescentes, lo cual está prohibido por expresa disposición del art. 1 de la LCT, el art. 10 N°2 del Código Penal, el art. 27 de la LRPA y el art. 40 N°3 de la CDN.¹⁹³ Esta aplicación de la LCT a través de la prueba aportada por el órgano persecutor conlleva una infracción al debido proceso de los menores, consagrado en el art. 40 N°2 de la CDN y en el derecho internacional de los derechos humanos.

En la mayoría de las sentencias expuestas, el Ministerio Público aportó prueba en los procedimientos de los menores que había sido obtenida mediante la figura de la “delación compensada” del art. 4 de la LCT. Esta prueba fue introducida mediante los testimonios de oídas de funcionarios policiales en la causa incendio al Fundo Brasil.

Al respecto, el art. 40 n°2 letra b) número iv) de la CDN dispone que:

“...los Estados Partes garantizarán, en particular:

b) Que 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:

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.”¹⁹⁴

Esta garantía dispone el principio de igualdad entre la parte acusadora y la defensa en el sistema de justicia penal de los niños.¹⁹⁵ La aportación de prueba obtenida a través de la “delación compensada” del art. 4 de la LCT presenta una dificultad a la defensa, ya que

¹⁹³ Ver Supra 3.1. y 3.3.

¹⁹⁴ El subrayado es mío.

¹⁹⁵ ONU, Observación General N°10..., párr. 59. En relación a este principio, el art. 40 N°2 letra b) número iii) de la CDN señala que “*b) Que 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: 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 subrayado es mío.

generalmente se ignora la identidad del imputado que se acogió a dicha figura. Adicionalmente, suele desconocerse el contenido de la declaración, ya que generalmente no consta un registro de la misma.¹⁹⁶ Tal cómo se constató en la causa incendio al Fundo Brasil, al no haber registro de la información entregada por el coimputado que se acogió a la figura del art. 4 de la LCT, ésta suele sustituirse por los testimonios de oídas de funcionarios policiales que conocieron o escucharon los relatos. En estos casos la defensa no puede interrogar al autor de la declaración. Además, muchas veces el imputado no posee información sobre la identificación de quien lo acusa y tampoco conoce los antecedentes o motivaciones para declarar. En este sentido, no puede impugnar la credibilidad del testigo, lo cual lo sitúa en una desventaja procesal. Entre las garantías mínimas del debido proceso se encuentra el derecho de la defensa a realizar un contraexamen de la prueba de cargo, consagrado en el artículo 8.2, letra f, de la Convención Americana y en el art. 40 n°2 de la CDN. Este derecho se ha visto vulnerado en este caso, por lo que el Estado ha infringido el derecho al debido proceso de los adolescentes.

Además, se debe señalar que en la causa bloqueo del Peaje Quino, el coimputado R.A.C.A. se acogió a la figura de los testigos anónimos de los arts. 15, 16 y 18 de la LCT. Nuevamente, esto vulnera la garantía de la defensa de interrogar la prueba de la contraparte, ya que el imputado ignora quien lo acusa y/o no conoce las motivaciones de su declaración. De este modo, se concluye que el Estado ha vulnerado el derecho al debido proceso de los menores consagrado en el art. 19 N°3 de la Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos, en particular, el derecho de la defensa a controvertir la prueba presentada por la parte acusadora.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Ver Supra 1.1.

¹⁹⁷ Ver Supra 1.1. y 3.2.3.

4.3. Deber de adoptar medidas especiales de protección para los niños indígenas y derecho a la no discriminación

En las causas analizadas los imputados son niños, quienes requieren mayor protección jurídica de sus derechos pues debido a su estado de desarrollo se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad que los adultos.¹⁹⁸

Además, en todas estas causas los menores son indígenas, pertenecientes al pueblo Mapuche, lo que genera una doble situación de vulnerabilidad. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que “los niños indígenas están comprendidos entre los que necesitan que se adopten medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación y para que puedan gozar de los derechos dimanantes de la Convención en pie de igualdad con otros niños.”¹⁹⁹ Por este motivo, ha instado a los Estados a que apliquen medidas especiales para que los niños indígenas puedan acceder a servicios apropiados en varios ámbitos, entre ellos la justicia juvenil.²⁰⁰

En contra de lo dispuesto por el art. 2 de la CDN,²⁰¹ los menores indígenas siguen siendo objeto de graves discriminaciones.²⁰² El Comité ha señalado su preocupación ante el índice de encarcelamiento de niños indígenas, el cual “suele ser desproporcionadamente alto y [...] en algunos casos puede atribuirse a discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad.”²⁰³

¹⁹⁸ Ver Supra 1.2.

¹⁹⁹ ONU. 2009. Observación General N°11 sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Disponible en <http://www.ohchr.org/> (fecha consulta: 15-08-2016), párr. 25.

²⁰⁰ ONU, Observación General N°11..., párr. 25.

²⁰¹ “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

²⁰² ONU, Observación General N°11..., párr. 5.

²⁰³ ONU, Observación General N°11..., párr. 74.

La obligación del Estado de respetar los derechos de los niños indígenas exige que se proteja el ejercicio de estos contra cualquier acto estatal, ya sea legislativo, judicial, administrativo o de cualquier entidad.²⁰⁴ Para esto se debe promulgar una normativa interna acorde a la CDN que refleje el principio de no discriminación, la que debe ser aplicada y supervisada por los órganos judiciales y administrativos.²⁰⁵ De este modo, se requieren adoptar medidas en distintos ámbitos para lograr que los niños indígenas efectivamente gocen de sus derechos en iguales condiciones que los niños no indígenas.²⁰⁶

La obtención de este objetivo depende de la formación de las personas que intervienen en el sistema penal, por lo que se debe “impartir formación sistemática y continua al personal profesional, en particular los agentes de policía, fiscales, representantes legales y otros representantes del niño, jueces, agentes de libertad vigilada, asistentes sociales, etc. Estas personas deben estar bien informadas acerca del desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, y en particular del adolescente, así como de las necesidades especiales de los niños más vulnerables, a saber, (...) los niños que pertenecen a minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas y de otro tipo (...)”²⁰⁷

Distintos organismos internacionales han señalado que los niños del pueblo Mapuche expresan ser víctimas de discriminación social por su pertenencia étnica.²⁰⁸ Sobre esta base “es indudable que el sometimiento de niños y adolescentes indígenas a un patrón de procesamiento penal bajo legislaciones restrictivas de sus derechos, en condiciones contrarias al principio de igualdad, sólo contribuirá a fortalecer esta percepción de discriminación sistémica y estructural, con los impactos individuales y colectivos que ello puede conllevar.”²⁰⁹

El Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, el cual fue ratificado por Chile entrando en vigencia

²⁰⁴ ONU, Observación General N°11..., párr. 78.

²⁰⁵ ONU, Observación General N°11..., párr. 23.

²⁰⁶ ONU, Observación General N°11..., párr. 80.

²⁰⁷ ONU, Observación General N°10..., párr. 40.

²⁰⁸ Voto razonado de Paulo Sergio Pinheiro en el caso de Los Lonkos. COMISIÓN IDH, Informe..., p. 46.

²⁰⁹ *Ibíd.*

el 15 de septiembre de 2009, dispone normas que establecen medidas de protección para los pueblos indígenas y consagra la no discriminación. En este sentido, su art. 2 señala que:

“1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

*a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.*²¹⁰

Asimismo, el artículo 3 dispone que:

*“1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.”*²¹¹

Entonces, el Estado chileno debe respetar, promover y garantizar a los niños indígenas los derechos internacionales mínimos que se comprometió a cumplir respecto a los menores de edad al ratificar la CDN y a los pueblos indígenas al ratificar el Convenio N°169. Los niños Mapuche poseen un catálogo de derechos fundamentales por ser sujetos vulnerables especialmente protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos. El desconocimiento de estas garantías conlleva la responsabilidad internacional del Estado.²¹² En este sentido se debe señalar que respecto de los menores indígenas el principio del interés superior del niño tiene un contenido cualificado pues para determinarlo se debe tener en cuenta el ejercicio colectivo de los derechos culturales del menor.²¹³ La aplicación de la LCT a

²¹⁰ El subrayado es mío.

²¹¹ El subrayado es mío. Asimismo, el artículo 10 señala que: *“1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”*

²¹² Voto razonado de Paulo Sergio Pinheiro en el caso de Los Lonkos. COMISIÓN IDH, Informe..., p. 46.

²¹³ ONU, Observación General N°11..., párrs. 30-33.

un menor indígena es incompatible con este principio.²¹⁴ Además, la CDN establece la adopción de medidas especiales para los menores que tiendan a evitar el enjuiciamiento penal para prevenir la estigmatización de los jóvenes. Así, “el sometimiento de niños y adolescentes Mapuche a procesos penales judiciales, en tanto primer recurso de las autoridades, constituye un desconocimiento de esta obligación internacional del Estado de Chile.”²¹⁵

4.4. Derecho a que la privación de libertad de un niño sea utilizada como medida de último recurso

Esta obligación del Estado está consagrada en el art. 37 letra b) de la CDN, que dispone que:

“Los Estados Partes velarán porque:

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”²¹⁶

Asimismo, el art. 40 n°4 de la Convención señala:

“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.”²¹⁷

²¹⁴ Voto razonado de Paulo Sergio Pinheiro en el caso de Los Lonkos. COMISIÓN IDH, Informe..., p. 43.

²¹⁵ Voto razonado de Paulo Sergio Pinheiro en el caso de Los Lonkos. COMISIÓN IDH, Informe..., p. 44.

²¹⁶ El subrayado es mío.

²¹⁷ El subrayado es mío. En relación a esta normativa, Berríos señala que si se declara la responsabilidad penal de un menor, “como regla general se deben aplicar sanciones que no institucionalicen en centros cerrados a los jóvenes pues (...) la privación de libertad siempre ha de ser una reacción de carácter excepcional.” BERRÍOS, La ley..., pp. 170-171.

En este sentido, el sistema de justicia penal de menores debe tener la posibilidad de tratar a los niños con medidas sociales y educativas, limitando estrictamente el recurso a la privación de libertad y en particular a la detención preventiva. Estas deben ser utilizadas como medidas de último recurso (principio de excepcionalidad) y durante el período más breve posible.²¹⁸

De acuerdo al art. 40 n°1 de la CDN, “la reintegración requiere que no se adopten medidas que puedan dificultar la plena participación del niño en su comunidad, por ejemplo la estigmatización, el aislamiento social o una publicidad negativa. Para que el trato de un niño que tenga conflictos con la justicia promueva su reintegración se requiere que todas las medidas propicien que el niño se convierta en un miembro de pleno derecho de la sociedad a la que pertenece y desempeñe una función constructiva en ella.”²¹⁹

En relación a la prisión preventiva, la normativa de la CDN y el art. 13 de las Reglas de Beijing consagran mayores exigencias en su uso en el caso de menores.²²⁰ Esta normativa se debe a que los adolescentes, “por su estado de desarrollo, se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor que los adultos que hacen que los efectos negativos de la privación de libertad sean más profundos y tengan consecuencias que se extiendan por un período más largo en el tiempo.”²²¹ De este modo, si bien el principio de excepcionalidad de la privación de la libertad rige para toda persona, en el caso de los menores de edad este principio se ve reforzado por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, los Estados tienen el deber de consagrar y preferir medidas cautelares alternativas a la privación de libertad, lo cual

²¹⁸ ONU, Observación General N°10..., párr. 70.

²¹⁹ ONU, Observación General N°10..., párrs. 28, 29 y 64. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado que “En este contexto, el objetivo es evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación causen daño. No se publicará ninguna información que permita identificar a un niño delincuente, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Por tanto, las autoridades públicas deben ser muy reacias a emitir comunicados de prensa sobre los delitos presuntamente cometidos por niños y limitar esos comunicados a casos muy excepcionales.”

²²⁰ Las Reglas de Beijing establecen en la regla n° 13.1 que “*Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso...*”.

²²¹ DUCE, El derecho..., p. 86.

se debería reflejar en que las normas procesales dispongan a esta medida como una de ultima ratio.²²²

La prisión preventiva se traduce en la internación provisoria (internación en régimen cerrado) en el sistema de justicia penal juvenil chileno. Esta es la medida cautelar personal más intensiva que prevé el sistema para los adolescentes, consagrado en el art. 17 de la LRPA. Se debe señalar que en relación a las medidas cautelares personales la LRPA establece límites insuficientes en sus arts. 31 y siguientes.

El art. 32 de la LRPA señala que la internación provisoria en un centro cerrado sólo deberá aplicarse *“cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales.”* El inciso primero del art. 155 del CPP señala que *“Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas...”*²²³ y procede a enumerar otras medidas cautelares personales.

La LRPA no regula completamente el procedimiento penal de los menores y, en virtud de su art. 27, en lo que no dispone esta normativa se aplica supletoriamente el CPP.

El art. 40 inc. 3 del CPP señala que *“Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.”*²²⁴

²²² DUCE, El derecho..., pp. 87-88.

²²³ El subrayado es mío.

²²⁴ El subrayado es mío.

Entonces, los arts. 140 y 155 del CPP señalan entre los requisitos de procedencia de la prisión preventiva e internación provisoria, respectivamente, no contemplado por el sistema interamericano, la seguridad de la sociedad. Este elemento debe analizarse según el art. 140 en relación a determinados factores, entre los cuales se menciona la gravedad de la pena asignada al delito.

J.A.Ñ.P., C.A.C.M. y L.H.M.C., menores Mapuche procesados por la LCT, estuvieron en internación provisoria.²²⁵ J.A.Ñ.P. estuvo aproximadamente 1 año y 1 mes sujeto a esta medida cautelar personal²²⁶ y 4 años y 4 meses sujeto a procesos judiciales por las causas incendio al Fundo San Leandro e incendio al Fundo Brasil.²²⁷ C.A.C.M. estuvo alrededor de 1 año y 9 meses sujeto a internación provisoria²²⁸ y 4 años y 4 meses en proceso judicial por las causas incendio al Fundo San Leandro e incendio al Fundo Brasil.²²⁹ L.H.M.C. estuvo aproximadamente 10 meses en internación provisoria²³⁰ y 1 año y 10 meses sujeto a proceso judicial por la causa bloqueo del Peaje Quino.²³¹

La internación provisoria de los tres menores duró hasta el año 2011, de lo que se concluye que por regla general estuvieron sujetos a esta medida cautelar personal mientras los delitos fueron calificados de terroristas.²³² El motivo principal esgrimido por los tribunales para

²²⁵ Revisar la historia de los menores en el capítulo 2.

²²⁶ Desde el 19/12/2009 hasta el 14/01/2011.

²²⁷ El proceso completo de la causa incendio al Fundo San Leandro contra J.A.Ñ.P. duró aproximadamente 4 años y 2 meses: desde el 11/12/2009, fecha en que lo formalizaron, hasta el 24/02/2014, fecha en que el TG de Lautaro lo sobreseyó por falta de prueba. El proceso completo de la causa incendio al Fundo Brasil contra J.A.Ñ.P. duró aproximadamente 3 años y 8 meses: desde el 05/08/2010, fecha en que lo formalizaron, hasta el 08/04/2014, fecha en el TOP de Temuco lo absolvió.

²²⁸ Desde el 01/12/2009 hasta el 30/08/2011.

²²⁹ El proceso completo de la causa incendio al Fundo San Leandro contra C.A.C.M. duró aproximadamente 4 años y 2 meses: desde el 11/12/2009, fecha en que lo formalizaron, hasta el 24/02/2014, fecha en que el TG de Lautaro lo sobreseyó por falta de prueba. El proceso completo de la causa incendio al Fundo Brasil, en la cual C.A.C.M. era mayor de edad al momento de los hechos, duró aproximadamente 4 años y 3 meses: desde el 28/01/2010, fecha en que lo formalizaron, hasta el 14/04/2014, fecha en el TOP de Temuco lo absolvió.

²³⁰ Desde el 13/04/2010 hasta el 10/02/2011.

²³¹ Desde el 13/04/2010, fecha en que formalizaron a L.H.M.C., hasta el 17/02/2012, fecha en que el TOP de Angol lo absolvió. Se debe señalar que J.P.Q.M. no estuvo en prisión preventiva, pues fue formalizado alrededor de 1 año después que el resto de los menores, cuando todos ya estaban libres, y luego permaneció en la clandestinidad. Estuvo con arresto domiciliario. Entrevistas a abogado defensor privado del Centro de Investigación y Defensa Sur, SSC, de 27/10/2016 y 12/12/2016.

²³² Se recuerda que después de la reforma a la LCT de junio de 2011, los tribunales separaron los autos de apertura de los adultos y los menores y a éstos últimos se los acusó por delitos comunes.

decretar la internación provisoria de los menores fue la gravedad de las penas asignada a los delitos.

Estas medidas cautelares luego se mantuvieron en virtud del inciso segundo del art. 19 n°7 letra e) de la CPR. Esta norma consagra dos excepciones a la libertad personal ordinaria en el casos de ilícitos terroristas. La primera es que la sala de la Corte de Apelaciones que debe pronunciarse sobre la resolución de dicha medida cautelar debe ser integrada exclusivamente por miembros titulares, mientras que en los casos ordinarios, por disposición del art. 62 de COT, la sala puede conformarse con abogados integrantes. La segunda es que la aprobación de la libertad del imputado debe adoptarse por unanimidad, mientras la regla general dispone que el acuerdo debe ser adoptado por mayoría (art. 72 del COT).

Así, debido a las altas penalidades contempladas en la LCT, puede ocurrir que al aplicar el art. 140 del CPP en conjunto con el art. 19 n°7 letra e) de la Constitución, esta medida se transforme en una pena anticipada.²³³ Esto contraviene las obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha suscrito, ya que el imperativo de la utilización de la privación de libertad como medida de último recurso responde a la necesidad de proteger el derecho al desarrollo de los menores infractores de ley.

²³³ VILLEGAS, El terrorismo..., pp. 17-18.

CONCLUSIONES

La Ley No. 18.314 sobre Conductas Terroristas aumenta las facultades de investigación del Ministerio Público y limita las garantías procesales de los imputados, lo que vulnera derechos consagrados por el sistema internacional de derechos humanos. En el caso de su aplicación a menores de edad, esta normativa excepcional conlleva también una infracción a la CDN. Por este motivo, la LCT fue modificada a través de las Leyes No. 20.467 de octubre de 2010 y No. 20.519 de junio de 2011, con el objeto de excluir a los adolescentes de su aplicación.

En este trabajo se analizaron los casos de cuatro menores de edad, todos pertenecientes al pueblo Mapuche, que fueron acusados por incendios terroristas y otros delitos antes de las reformas mencionadas y estuvieron en internación provisoria. Después de junio de 2011, fecha en que se realizó la reforma a la LCT a través de la Ley No. 20.519 con el objeto de excluir definitivamente a los adolescentes de su aplicación, el órgano persecutor recalificó los hechos de la acusación contra los menores como delitos comunes.

No obstante, en este trabajo se constató que después de 2011 se continuó aplicando la LCT en los procedimientos de menores de manera indirecta. Esto a través de la aportación de prueba efectuada por el Ministerio Público para acreditar la participación de los adolescentes, la cual había sido obtenida mediante normas de la LCT en la investigación contra los adultos.

La prueba presentada por el órgano persecutor para acreditar los hechos de la acusación contra los menores consistió únicamente, en todos los fallos analizados, en el testimonio de un coimputado en la causa. Mientras en un caso el coimputado reveló su testimonio en el juicio oral, en los otros la prueba consistió en los testimonios de oídas de funcionarios policiales que revelaron en juicio la versión de los hechos de este sujeto.

En la mayoría de las sentencias expuestas se puede sostener que dicho coimputado, que fue la única prueba presentada por el Ministerio Público, se acogió a la figura de atenuación

punitiva por colaboración con la justicia del art. 4 de la LCT, coloquialmente conocida como “delación compensada”.

Los razonamientos de los tribunales en torno a si se probó o no en juicio la aplicación de la LCT fueron discordantes. En un extremo, el tribunal oral en lo penal de Temuco señaló que la aplicación de la LCT sólo puede realizarse en una sentencia y no en la etapa de investigación, lo cual fue refutado en este trabajo. Esto debido a que las normas de la LCT abren un abanico de posibilidades para obtener pruebas con el objeto de acreditar los hechos de la acusación, ya que esta normativa otorga mayores facultades al órgano persecutor y limita las garantías de los imputados.

Por el otro lado, el TOP de Angol recogió la misma hipótesis que se sostiene en esta investigación, señalando que la individualización de los menores como responsables de los hechos obtenida de la declaración de un testigo en el marco del beneficio del art. 4 de la LCT conlleva una aplicación de esta normativa a los adolescentes, lo cual está prohibido por expresa disposición del art. 1 de la LCT.

Así, el Ministerio Público, al aportar prueba que había sido obtenida conforme a la LCT, aplicó indirectamente esta ley en los procedimientos de los menores, lo que se encuentra prohibido por expresa disposición del art. 1 de la LCT, el art. 10 N°2 del Código Penal, el art. 27 de la LRPA y el principio de especialidad consagrado en el art. 40 N°3 de la CDN. Esto sugiere el uso por parte del órgano persecutor de una prueba ilícita, por lo que la defensa de los menores debe alegar esta figura ante el Juez de Garantía en base a la segunda hipótesis del art. 276 del CPP. Es decir, la exclusión de pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, por vulnerar la normativa señalada.

Para finalizar, se debe señalar que en todos los fallos expuestos en esta investigación los acusados son niños, lo cual genera una situación de vulnerabilidad por su especial estado jurídico-social y su calidad de sujetos en pleno proceso de desarrollo. Además, los menores son indígenas, pertenecientes al pueblo Mapuche, lo cual genera una doble situación de vulnerabilidad por el estado de desigualdad y discriminación en que se encuentra este sector

de la población en Chile. En este trabajo se ha constatado una aplicación selectiva de la LCT al pueblo Mapuche, lo que hace al Estado responsable internacionalmente por vulnerar el derecho a la no discriminación de los pueblos indígenas, consagrado en los arts. 2 y 3 del Convenio N°169.

En definitiva, en los casos analizados en esta investigación se constató que el Estado vulneró obligaciones especiales contraídas en virtud de la CDN y el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, el deber de adoptar un régimen de justicia penal especial para los menores, el derecho al debido proceso, la garantía de no discriminación de los niños indígenas y el derecho a que la privación de libertad de un niño sea utilizada como medida de última ratio.

BIBLIOGRAFÍA

I. AUTORES

1. AGUIRRE, F. y BUSTOS, R. 2014. Terrorismo y Constitución de 1980, con especial referencia a la aplicación de la Ley Antiterrorista en el marco del conflicto del Estado con el pueblo Mapuche. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales: 173-201.
2. BERRÍOS, G. 2011. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Política criminal 11(6): 163-191.
3. BERRÍOS, G. 2012. Los adolescentes mapuche y las reformas a la Ley No. 18.314 sobre Conductas Terroristas. Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile (8): 147-154.
4. CASTILLO VERA, F. 2008. Prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso. Boletín N° MJD199, 12p. Disponible en <http://cl.microjuris.com/home.jsp>.
5. COUSO, J. 2008. La Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, 35p. Disponible en udpj@defensoriapenal.cl.
6. COUSO, J. 2012. Mapuches y Derecho penal. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política): 1-56. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/111.
7. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. 2014. Observaciones al Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 18.314 Sobre Conductas Terroristas (Boletín 9.962-07). Santiago, Departamento de Estudios y Proyectos Defensoria Nacional, 85p. Disponible en: estudios@dpp.cl.
8. DEMETRIO, E. 2006. El «Derecho penal del enemigo» Darf nicht sein! En: CANCIO, M. y GÓMEZ-JARA, C. (cords.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Buenos Aires-Montevideo, Edisofo, pp. 473-509.
9. DUCE, M. 2009. 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(15): 73-120.
10. HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2005. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el

Nuevo Proceso Penal Chileno. 2ª ed., Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado, 102p.

11. HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. 2004. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. II, 659p.

12. JAKOBS, G. 2003. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En: JAKOBS, G y CANCIO M. (trad.), Derecho penal del enemigo. Madrid, Civitas Ediciones, pp. 7-56.

13. LILLO VERA, R. 2006. Pueblos Indígenas, Terrorismo y Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile(2): 227-234.

14. MEDINA, C. 2013. Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad. Informe en Derecho I. Santiago, Defensoría Penal Pública, pp. 7-60. Disponible en: www.dpp.cl.

15. UNICEF. 2013a. Estrategias de defensa y protección jurídica de niños, niñas y adolescentes mapuche. Santiago, UNICEF, 85p.

16. UNICEF. 2013b. UNICEF reiteró que los menores de edad no pueden ser sancionados por la ley antiterrorista. Santiago. Disponible en: <http://unicef.cl>.

17. VILLEGAS, M. 2001. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo en las legislaciones de Chile y España. Tesis Doctoral Vol. II. Salamanca, Universidad de Salamanca, Departamento de Derecho Público. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl>.

18. VILLEGAS, M., *et al.* 2010. El ejercicio de derechos como acto subversivo y la respuesta estatal: el Derecho penal del enemigo. Santiago, Universidad de Chile, 299p. Disponible en: www.cienciaspenales.net.

19. VILLEGAS, M. (en prensa). El terrorismo en la constitución chilena. Revista de Derecho Universidad Austral: 25 pp.

20. ZAPATA GARCÍA, M. 2004. Preguntas-respuestas introductorias para el estudio de la Teoría de la Prueba Ilícita. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo 11: 161-180.

II. DOCUMENTOS DE INTERNET

1. FIDH. 2013. Chile: La FIDH denuncia utilización de la ley antiterrorista contra menor mapuche. Disponible en <https://www.fidh.org/es/region/americas/chile/14330-chile-la-fidh-denuncia-aplicacion-de-la-ley-antiterrorista-a-menor-mapuche>.

III. LEYES Y DOCUMENTOS LEGALES NACIONALES

1. CHILE. Ministerio del Interior. 1984. Ley 18.314: Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad, 17 de mayo de 1984.
2. CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley 20.084: Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, 7 de diciembre de 2005.
3. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.
4. CHILE. Ministerio del Interior. 2010. Ley 20.467: Modifica Disposiciones de la Ley No. 18.314, que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad, 8 de octubre de 2010.
5. CHILE. Ministerio de Justicia. 2011. Ley 20.519: Modifica Disposiciones de la Ley No. 18.314 y otro Cuerpo Legal, Excluyendo de su Aplicación a Conductas Ejecutadas por Menores de Edad, 21 de junio de 2011.
6. CHILE. Mensaje de Proyecto de Ley. 2014. Boletín 9692-07: Determina conductas terroristas y su penalidad y modifica los Códigos Penal y Procesal Penal, ingresado el 4 de noviembre de 2014.
7. Historia de la Ley N° 20.647, que modifica disposiciones de la Ley N°18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Diario Oficial, 8 de octubre de 2010.
8. Historia de la Ley N° 20.519, que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad. Diario Oficial, 21 de junio de 2011.

IV. LEYES Y DOCUMENTOS OFICIALES INTERNACIONALES

1. COMISIÓN IDH. 2010. Informe de Fondo No. 176/10, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaue y otros. Disponible en: www.cidh.org.
2. OEA. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 al 22 de

noviembre de 1969.

3. OIT. 2008. Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 14 de octubre de 2008.
4. ONU. 1976. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976.
5. ONU. 1985. Reglas de Beijing, reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, 29 de noviembre de 1985.
6. ONU. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Chile el 27 de septiembre de 1990.
7. ONU. 2000. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, 28 de junio de 2000. Disponible en <http://www.ohchr.org/>.
8. ONU. 2001. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, 15 de noviembre de 2001. Disponible en <http://www.ohchr.org/>.
9. ONU. 2007. Observación General N°10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. Disponible en <http://www.ohchr.org/>.
10. ONU. 2009. Observación General N°11 sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Disponible en <http://www.ohchr.org/>.
11. ONU. 2012. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, 28 de febrero de 2012. Disponible en <http://www.ohchr.org/>.
12. ONU. 2014. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Disponible en: <http://www.ohchr.org/>.

V. JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. SCA de Temuco de 6 de febrero de 2014, Rol 96-2014, “v/s J.A.Ñ.P., C.A.C.M. y otros”.
2. SCS de 6 de mayo de 2008, Rol N° 710-2008, “v/s A.P.U. y otros”.
3. SCS de 9 de enero de 2014, Rol 15.187-13, “v/s J.A.Ñ.P”.
4. STG de Lautaro de 13 de enero de 2009, RIT 52-2009, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

5. STG de Temuco de 14 de septiembre de 2009, RIT 7218-2009, “v/s C.A.C.M. y otros”.
6. STG de Victoria de 15 de octubre de 2009, RIT 1134-2009, “v/s R.A.C.A. y otros”.
7. STG de Victoria de 22 de octubre de 2010, RIT 1134-2009, “v/s R.A.C.A”.
8. STOP de Angol de 29 de agosto de 2012, RIT 58-2012, “v/s V.H.Q.M. y otros”.
9. STOP de Angol de 17 de febrero de 2014, RIT 91-2013, “v/s J.P.Q.M. y L.H.M.C”.
10. STOP de Temuco de 19 de noviembre de 2013, RIT 188-2013, “v/s J.A.Ñ.P”.
11. STOP de Temuco de 2 de abril de 2014, RIT 23-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.
12. STOP de Temuco de 8 de abril de 2014, RIT 188-2013, “vs. J.A.Ñ.P”.
13. STOP de Temuco de 14 de abril de 2014, RIT 195-2013, “v/s C.A.C.M. y otros”.
14. STOP Temuco de 17 de junio de 2014, RIT 25-2014, “v/s E.E.C.Ñ. y otros”.

VI. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. CORTE IDH. 1994. Opinión consultiva OC-14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 Y 2 Convención Americana sobre derechos humanos). Disponible en: www.acnur.org.
2. CORTE IDH de 29 de mayo de 2014, “Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) v/s Chile”.