

## **Análisis de la ley 18.314(ref.20.467) a los menores de edad en Chile y en específico a los menores de la etnia mapuche.**

### **Lorenzo Andrés Morales Cortés**

El presente apartado se ha elaborado a través de la experiencia de defensor de dos casos de Leonardo Quijón Pereira y de Luis Humberto Marileo Cariqueo, además de datos públicos, entrevistas, informes, denuncias y testimonios, el presente documento que focaliza la realidad vivida por la infancia mapuche, con el objeto de establecer circunstancias concretas con respecto a la vulneración al derecho de los menores y en específico de la etnia mapuche. Lo lamentable que este documento se constata una sofisticación de la represión; cientos de publicaciones y denuncias han demostrado como desplazando grandes contingentes de fuerzas policiales – de la policía uniformada, especialmente de su unidad, el Grupo Operativo Especial (GOPE) de Carabineros de Chile y, de la Policía de Investigaciones (PDI), policía no uniformada - junto a implacables fiscales, despliegan la más alta represión para apaciguar toda expresión de reivindicaciones de tierras, luchas de derechos como pueblo originario, práctica de su cultura en todo su espectro y la aplicación de políticas propias para el desarrollo y logro de mejor calidad de vida.

Durante el régimen militar y durante los posteriores 20 años de democracia, estos hechos se han desarrollado de modo grave. En este 2010 hemos llegado al paroxismo a conocer casos concretos de menores de 18 años de edad, con aplicación concreta de la ley antiterrorista del año 1984, lo cual en el decir de un cientista penal, estaríamos frente a la aplicación concreta lo que en la doctrina se llama el derecho penal del enemigo (G. Jacobs-Myrna Villegas).

Es importante comprender que múltiples han sido las denuncias y protestas realizadas por ONG y/o personalidades nacionales e internacionales contra el Estado y Gobiernos de Chile ante el trato cruel y degradante usada por un Estado de Derecho que a pesar de dar un maquillaje de democracia a la Constitución de 1980, aun sigue efectiva. Esto lo demuestra la aplicación de la Ley antiterrorista número 18.314, cuya génesis se inicio en un régimen autocrático, cuya vigencia en su integridad aún sigue vigente, y que opera con rigor con respecto a la permanencia de los menores en su centros de internación de menores, es así que para la revocación de la internaciones provisorias la Corte de Apelaciones de Temuco ocupo siempre el artículo no reformado que esta en la génesis de la constitución de 1980, **es decir la unanimidad** haciendo caso omiso a la reforma y al temor de los diputados y senadores de verse expuesto a los ojos del mundo, pero así y todo fue aplicado con ley de hierro el art. 19 N° 7 letra e) en contra de menores de edad, hecho que fue discutido como colusión de leyes y clivajes del derecho hasta la mismísima Corte Suprema de Justicia, la cual en un fallo inédito anulo lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco sin pronunciarse sobre el fondo.(

[http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE\\_txtnews.php?cod=2871&opc\\_menu&opc\\_item](http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_txtnews.php?cod=2871&opc_menu&opc_item)).

Todo se da en un contexto previo en donde el Relator sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Paulo Sergio Pinheiro que visitó Chile en Noviembre 2009 para promover el Informe de la CIDH "Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes" también se reunió con el Ministro Secretario General de la Presidencia y el Ministro Coordinador de Asuntos Indígenas del Gobierno chileno, a quienes les entregó el Informe sobre Castigo Corporal, al mismo tiempo el

Relator les informó sobre denuncias de violencia que habrían afectado a niños, niñas y adolescentes en la Región de la Araucanía entre junio del 2008 y octubre de 2009. El Relator enfatizó la importancia que el Gobierno de Chile garantice la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes mapuche en esta región, independientemente de las situaciones de tensión que puedan allí existir y se comprometió a realizar seguimiento de la situación por parte de la CIDH.

### **Hechos Y contexto del inicio de la aplicación del "derecho penal del enemigo" y normas excepcionales en contra de niños mapuches.**

Los casos más graves se inician cuando el 30 de octubre de 2008: es detenido **Rodrigo Huechipan**, de 17 años, procesado por la Ley Antierrorista. El joven, de la comuna de Freire, es acusado de incendio terrorista frustrado, por un supuesto ataque incendiario el 30 de octubre de 2008, en el bypass de Temuco. En un comienzo le dieron arresto domiciliario parcial, pero fue modificado por firma periódica, para facilitar su asistencia a clases. La actividad Policial se intensificaría y habría un quiebre significativo cuando el 20 de octubre de 2009: Leonardo Quijón P., de 17 años de edad, es herido por perdigones por Carabineros, resultando con una lesión de ocho centímetros en su pantorrilla izquierda. Según refiere la publicaciones de prensa oficiales que hicieron risa de la versión del joven el cual manifestaba que andaba cazando conejos, cerca del lugar donde se había producido un atentado incendiario contra dos camiones, en la zona de Angol. El joven se mantuvo seis días oculto y herido, por "temor a la justicia", ya que se supuso su participación en el atentado referido. No obstante, L.Q.P. ha reiterado su versión de los hechos, reportando: "...íbamos por un sendero, vimos las luces (de la camioneta); no sabíamos si eran carabineros o guardias del predio (en el que estaban)..." (Emol.cl). El 09 de diciembre de 2009, Leonardo Quijón P. es detenido por Policía de Investigaciones en Santiago, donde se había trasladado para recibir ayuda médica por las heridas de perdigones, con grave riesgo para su salud. Fue de imputado por los delitos de homicidio frustrado contra carabineros, incendio intencional, robo con intimidación y porte ilegal de armas. Posteriormente, fue trasladado hasta un centro cerrado del Servicio Nacional de Menores, ubicado en la comuna de Cholchol, donde estuvo recluido con medida de (Internación Provisoria)prisión preventiva, por alrededor de seis meses, siendo finalmente absuelto en dos Juicios orales el día 14-18 de junio de 2010 y el 13-16 de Septiembre de 2010. Es necesario señalar que Leonardo Quijón, luego de ser herido en una pierna, y a pesar de encontrarse en un centro de menores, no ha recibido hasta la fecha atención médica adecuada a su condición, siendo posible constatar que mientras se encontraba detenido debía desplazarse en silla de ruedas. En informe médico de visita realizada a Leonardo por el Médico Sr. José Venturelli (CECT), se señala la permanencia de 176 perdigones en la pierna del joven, los que hasta la fecha del presente informe no han sido extraídos. Además, Leonardo refiere situaciones de malos tratos por parte de funcionarios de gendarmería en allanamientos a las piezas de los adolescentes, reportando haber sido obligado a trotar en el interior del recinto de reclusión, aún en sus actuales condiciones de salud (Fuente <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=3612>)

**28 de Noviembre de 2009:** Es detenido **Cristián Alexis Cayupan Morales**, de 18 años, acusado de incendio y robo en un fundo en la comuna de Lautaro. El joven,

de 17 años al momento de ocurridos los hechos que se le imputan, se encuentra con medida de prisión preventiva recluido en el Centro Privativo de Libertad del Servicio Nacional de Menores (con perímetro de Gendarmería) de Cholchol. El joven se encuentra formalizado por los delitos de incendio, robo con intimidación, hurto simple, lesiones menos graves, incendio terrorista y

homicidio frustrado, aplicándose también la Ley Antiterrorista. El juzgado determinó seis meses de plazo para el cierre de la investigación. Cristián hace sólo días que dejó el centro de Cholchol esperando su juicio oral que puede ser a principios de Abril. Respecto **CRISTIAN CAYUPAN MORALES**, su Libertad sufrió un periplo en donde se interpretó erróneamente la Constitución del 1980 revocando su primera libertad en donde el joven incluso ya se encontraba en su hogar.

**04 de enero de 2010:** Aparece en medios digitales la noticia que Patricio Queipul, de 15 años de edad, sería intensamente buscado por aparatos policiales, pudiendo ser formalizado por la Ley Antiterrorista. Se debe señalar que Patricio ha sido víctima de agresiones físicas y psicológicas reiteradas por parte de carabineros, detenciones, secuestro por parte de la Policía de Investigaciones, interrogatorios y persecución, siendo referido por el joven en entrevista realizada el día 05 de diciembre de 2009, por la psicóloga que suscribe: "...no me gusta acordarme de lo que he vivido, yo creo que esto me lo hacen por mi familia, por lo que ellos reclaman, a veces llegan los pacos allá donde estoy cuidando animales y me amarran por harto rato a los arbustos, dicen que andan buscando animales que se robaron, pero nunca me han encontrado nada...a veces me cuesta mucho dormir, me despierto en la noche y ya no me puedo quedar dormido..."(Fuente Radio Bío-Bío). Patricio evidencia síntomas asociados a un trastorno de estrés postraumático complejizado por la vivencia de sucesivas experiencias traumáticas, sin tratamiento, siendo sólo acogido emocionalmente por la familia de su tío Víctor Queipul. Evidencia recuerdos intrusivos, bloqueo emocional, disociación de las experiencias traumáticas, interferencia cognitiva, retraimiento emocional y social. A raíz de lo anterior, se gestionó la posibilidad de apoyo psicológico para el joven, lo que no pudo concretarse dada su situación judicial. Actualmente, Patricio se encuentra en situación de clandestinidad, imputado por el delito de Incendio y Homicidio Frustrado terrorista), en causa RUC 0900969218-2 3.

**07 de abril de 2010:** es detenida por policía de investigaciones, Vania Queipul Millanao, de 15 años de edad, hija del Lonko de la Comunidad Autónoma de

Temucuicui, Víctor Queipul, y prima de Patricio Queipul. La joven fue detenida mientras desayunaba juntos a sus compañeros en el internado escolar Complejo Educacional de Collipulli, refiriendo posteriormente que la situación fue "humillante". La acusación que motivó la detención es la de haber quebrado vidrios de la Fiscalía de Collipulli, en momentos en que formaba parte de una caravana funeraria tras la muerte del comunero mapuche Jaime Mendoza Collío, ocurrida en agosto de 2009. El único testigo presencial de la supuesta actuación de Vania era el Fiscal César Schibar. El día 11 de junio de 2010, se realizó un juicio oral por las imputaciones

realizadas, siendo absuelta de los cargos. No obstante, el padre de la joven refiere que Vania se encuentra psicológicamente afectada por todo el proceso de (Ver entrevista al adolescente en: [http://www.youtube.com/watch?v=Qb0sTUsI5YU&feature=player\\_embedded](http://www.youtube.com/watch?v=Qb0sTUsI5YU&feature=player_embedded)) persecución que ha debido vivenciar, el que incluye también actitudes de discriminación en el ámbito escolar tras su detención.

**13 de abril de 2010:** es detenido Luis Marileo Cariqueo, 17 años, de la comunidad Cacique José Guiñón. Se encuentra actualmente en prisión preventiva en el Centro Privativo de Libertad del Servicio Nacional de Menores de Cholchol, imputado por Homicidio Frustrado Terrorista, Incendio y Robo con intimidación, hechos que habrían ocurrido en la Ruta 5 Sur el 11 de octubre de 2009 40. El joven fue detenido cuando se encontraba en la sala de clases del Liceo Técnico Profesional Pailahueque.

**27 de abril de 2010:** es detenida la joven Cristina Millacheo, de 15 años de edad, hija del Lonko de Lof Newen Mapu Ciriaco Millacheo, actualmente en clandestinidad, y hermana de Luis y José Millacheo, ambos recluidos en la cárcel de Angol. Cristina, quien también fue detenida mientras se encontraba junto a sus compañeros en el internado escolar del Complejo Educacional Collipulli, es acusada por cargos similares a los de la joven Vania Queipul, es decir, destrozos a un edificio del Ministerio Público. En audiencia, la joven aceptó la salida alternativa ofrecida por Fiscalía, lo que le permitía continuar sus estudios y dejar un domicilio establecido en el tribunal. Por último esta también el joven **José Nirripil Perez, 17 años**, Lof Muko, comunidad en conflicto, todos los adultos de su comunidad están detenidos, también participó en la huelga de hambre, permanece privado de libertad por largo tiempo en el mismo recinto carcelario de Chol Chol. Está acusado por asociación ilícita terrorista, formalizado por 6 delitos, entre estos homicidio frustrado e incendio terrorista que afectó al fundo San Leandro en la comuna de Lautaro.

### **Institucionalidad Internacional vulnerada en la aplicación de la ley 18.314 a los menores y normativas especiales.**

Teniendo presente que todo niño debe poder contar con protección especial, sea en el seno de su Familia como en la nación a la cual pertenece, habiendo sido reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del menor. Recordando lo dispuesto en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños. Se subraya que Chile es firmatario de todos los acuerdos mencionados y especialmente el que dice "relación a los nueve pueblos-naciones indígenas" que allí coexisten, en septiembre del año 2008 Chile ratificó el Convenio 169 de la OIT.

La Normativa Internacional de Declaración de los Derechos del Niño, y en lo que respecta a los menores mapuches no se estaría cumpliendo, sino por el contrario, se han transgredido más de uno de los derechos , a saber algunos de ellos:

Art nº 1: Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado la mayoría de edad. Ninguno de los niños/as de la Comunidad ha alcanzado la mayoría de edad ni se encuentra inmerso dentro de actividades delictuales por lo que todos ellos se constituyen en sujetos de protección de sus derechos.

Art N 2: 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 sus representantes legales.

Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para garantizar que el niño/a se vea protegido/a 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 familiares.

Art Nº 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño

de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Art N° 8: Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Cuando el niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiados con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La Convención es el primer tratado de derechos humanos (reconocido por Chile art. 5 inciso 2° de la Constitución política) que hace referencia explícita a la niñez indígena como sujetos plenos de derecho y a ejercer como individuos o colectivo sus derechos a una cultura, una religión y una lengua indígenas (artículo 30). El Comité, en su Comentario General #11 de 2009 sobre la infancia indígena, reconoce que niños, niñas y adolescentes indígenas se encuentran en una especial situación de vulneración de sus derechos.

Este es el mismo Estado que celebró hace pocos meses el primer aniversario de la ley de responsabilidad penal juvenil que significó el reconocimiento (después de casi 20 años de firmar la Convención) de que los niños en conflicto con la ley requieren de un tratamiento especial puesto que son niños. La ley de responsabilidad penal juvenil es un régimen especial de justicia para jóvenes entre 16 y 18 años que garantiza que estos sean procesados por un sistema especializado que tiene como mira la reincorporación de los niños a la sociedad, y no el castigo.

Interpretando la Normativa anterior es claro que la aplicación de la ley anti-terrorista a menores, contradice la Convención de los Derechos de la Infancia. El estado chileno con esta ley está vulnerando una serie de DERECHOS (desde el primer artículo), entre los cuales se destacan los siguientes:

**Artículo 16 de la CDN 1.** Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

**40, letra b.i)** Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

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

**37, letra 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; Artículo 39, Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

## **El caso de Luis Humberto Marileo Cariqueo y la aplicación de la ley 18.314, concepto de la Corte de Temuco con respecto a la reforma incorporada a través de la ley 20.467 y jurisprudencia nacional.**

La prueba de fuego de la aplicación de la ley antiterrorista a menores aún no comienza de lleno, pero ya se han visto interpretaciones y aplicaciones que podrían poner en entredichos los tratados internacionales ratificados por Chile y la novísima jurisprudencia que interpretaba la ley 20.084(Ley de Responsabilidad Adolescente) a la luz de la interpretación a través del principio del Interés Superior del Niño.

Con respecto a una apelación de su internación provisoria se reviso por el tribunal de alzada de los tribunales de Temuco la Internación Provisoria de Luis Humberto Marileo. Así la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, la cual con fecha veintisiete de octubre de dos mil diez. (crl) **Rol N° 0900969218-2.-50-842-2010, resolviendo: "...CERTIFICO: Que con esta fecha se realizó la audiencia para conocer de los recursos de apelación deducidos por las defensas, compareciendo a la audiencia los abogados doña Karina Riquelme, el abogado **Lorenzo Morales**; el abogado asesor del Ministerio Público don Miguel Contreras, al que se le delega poder para comparecer, teniéndolo presente esta Corte y el abogado don Hugo González.**

*La audiencia se llevó a efecto ante la Segunda Sala integrada por su Presidente Ministro Sr. Leopoldo Llanos Sagristá, Ministro Sr. Fernando Carreño Ortega y Fiscal Judicial Sr. Luis Troncoso Lagos.*

*La Corte, teniendo presente lo expuesto por los intervinientes en la audiencia, y por mayoría de votos, respecto del menor imputado **LUIS MARILEO CARIQUEO**, acordó revocar la resolución apelada de fecha 19 de octubre del año en curso, que mantuvo la medida cautelar de internación provisoria y en consecuencia dejarla sin efecto. Decisión que fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Fernando Carreño Ortega, quien fue del parecer de confirmar la resolución apelada y mantener dicha medida cautelar.*

*En consecuencia, tratándose un delito tipificado en la Ley 18.314, y atendido lo previsto en el artículo 19 N° 7 letra e), en relación con el artículo 9 de la Constitución Política, que requiere de la unanimidad de los Ministros de la Sala, la resolución apelada queda **CONFIRMADA, manteniéndose** la medida cautelar de internación provisoria decretada al imputado...",* Esta resolución hacía caso omiso a la reforma impetrada por los cuerpos legislativos de la nación para estar a la par de las obligaciones internacionales del Estado Chileno, es así que la nueva ley 20.467 ya vigente al momento de los alegatos en el cual su artículo 3°. Precisa 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 aplicarán siempre el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente** además La Ley 20.084 y su Mensaje son precisos al reconocer la trascendencia y valor de los instrumentos internacionales en sus disposiciones ( artículo 2 inciso segundo), ordenando que en su aplicación, "las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.", planteando como uno de sus objetivos el de fijar un sistema de responsabilidad adecuado a los adolescentes entre 14 y 18 años, pero considerándolos como sujetos de derecho que deben ser tratados con especial diligencia, requiriendo una

"responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo", que busca "considerar al adolescente como un sujeto de Derecho que debe ser protegido en su desarrollo e inserción social y lograr objetivos de prevención de delito". El Mensaje destaca la finalidad resocializadora del menor de dieciocho años, y en su texto, el artículo 20 expresamente señala que "las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. (**Corte de apelaciones de Santiago rol 728-2010, 14 de Mayo de 2010**), además La Convención de los Derechos del Niño considera que la internación de los menores, en cuanto ella implica privación de libertad, debe utilizarse tan sólo como medida de último recurso y por el período más breve. (**Corte de Apelaciones de Santiago Rol 31798-2004, 13 de nov. 2004**),

**Además que un fallo cuyo rol 2.617-2008 La Corte Suprema había afirmado lo siguiente:** que ". . . la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, 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 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. "

### **La aplicación del Art. 3º de la nueva Ley 20.467, una cuestión de hermenéutica jurídica.**

Como hemos visto la Corte de Temuco hace caso omiso a la nueva ley (20.467) y el valor de los principios en un estado de derecho (Al decir de Couture los principios no están en la ley escrita pero son como el alcohol en el vino le dan forma y sentido), jibarizando el interés superior del niño, resolución que obvia cuestiones de hermenéutica legal y uno de los principios básicos del derecho penal, con relación al principio pro reo consagrados en nuestra legislación tanto en el art. 19º 3 de la Constitución Política como también en el art. 18 del Código Penal, además que la consagración expresa en nuestra legislación del art. 3º de la ley 20.084 no es innecesaria ni reiterativa, sino que constituye una garantía más para la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En efecto, por medio de este precepto normativo se incorporan expresamente al ordenamiento interno las declaraciones de **derechos de carácter supranacional**; lo que vincula directamente al ordenamiento chileno con tales declaraciones. De esta manera, los Tratados internacionales relativos a esta materia no son sólo parte del ordenamiento interno; son, además, un patrón de interpretación de cualquier precepto, constitucional o legal, relativo al Código de la Niñez y la Adolescencia. Esto en alguna manera fue recogido en el trámite parlamentario ardoroso y excepcional donde ambas cámaras legislaron de manera excepcional y además días festivos y fuera de horario, para corregir la legislación en donde estábamos en presencia de casos inéditos en nuestra justicia en donde había menores en donde se les aplicaba expresamente la ley 18.314, denominada Ley Antiterrorrora, en este sentido es dable aclarar que el art. 3º ley 20.467, no se contemplaba en el proyecto original del ejecutivo, si no que fue incorporada por la comisión mixta en tercer trámite constitucional. Modificación aprobada por la unanimidad de la comisión y que contó con

**el apoyo explícito del min. De Justicia, Felipe Bulnes Serrano.** Así, el senador por la región IX, Espina señaló: "en el fondo lo que se hace aquí es reiterar una norma que a nuestro juicio es clara en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando un menor participa en un delito considerado terrorista, el cuerpo legal que se aplicara será la referida ley de responsabilidad penal juvenil, quedando sujeto a sus normas" (historia de la ley 20.467, Pág. 359), Así las cosas, la ley 20.084 tuvo por objeto, tal como lo expresa su mensaje, el adecuar la legislación de menores a las disposiciones de la Conv. De los derechos del niño. De este modo la resoluciones de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, al estimar que la privación de libertad se encuentra dentro de los casos previstos por la ley, no solo contrapone el mandato expreso del Art. 3 ya citado, si no significa además cuestionar la vigencia de los tratados Internacionales ratificados por Chile, en especial la CDN, Art. 3.1. Interés superior del niño. Juan Bustos Ramírez, señala que el interés superior del niño adolescente debe ser entendido como una garantía de prioridad o primacía de la dd del niño. (dº penal del niño adolescente Pág. 19). En sentido opuesto la Corte de Apelaciones de Temuco, ha hecho prevalecer por sobre el interés superior el niño una ley de excepción como es la ley antiterrorista, 18.314. No hay que olvidar que la mayoría de la corte estimo que no se daban los requisitos del Art. 140 CPP. Ha hecho prevalecer entonces por sobre los fines resocializadores y socioeducativos de la LRPA

, los fines o estrategias de control y defensa social que sustentan la LCT, Ejemplo de aquello es la restricción a los derechos políticos que impone a los condenados por delito terrorista, el Art.9 de la CPR. En definitiva, la Ilustrísima Corte de Temuco considera a estas personas como terroristas antes que como a niños, contraviniendo normas legales y constitucionales. Así para esta parte al desconocer el derecho del menor en este caso la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, desconoce la interpretación axiológica de los derechos humanos, la cual según Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Nogueira Alcalá, sostiene que la dignidad de la persona humana es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado, como asimismo velan por garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos.

La dignidad del ser humano es el *mínimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales constituyen un orden objetivo de valores que articula, integra e inspira el desarrollo de todo el orden jurídico y político estatal. Este planteamiento distinguía otra forma de entender los derechos, desde un plano objetivo, que según Böckenförde, tiene su punto de partida en la teoría axiológica de los derechos fundamentales.

Esta comprensión de los derechos fundamentales como valores tiene dos explicaciones: la primera histórica, basada en el trauma que produce el fenómeno nacional-socialista en Alemania, que contribuyó a que después de la Segunda Guerra Mundial, la dogmática de los derechos fundamentales recibieran especial atención, lo que llevo a que fuera purgada cualquier tipo de concepción escéptica respecto de los planteamientos sobre la completa supremacía de los valores supremo y absoluto de la dignidad y libertad. La segunda, la constituye la defensa de dicho planteamiento por parte del Tribunal Constitucional Federal, y la



fuerza institucional de dicha posición en la comprensión doctrinal de su jurisprudencia por parte de la doctrina constitucional alemana. Los derechos fundamentales sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, que al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales. No obstante, para las restricciones a los derechos fundamentales deben de cumplirse con una serie de requisitos de carácter formal, así como de orden sustantivo o material: 1- a los fines de proteger un objetivo legítimo (principio de razonabilidad); 2- deben ser necesario para la protección de este objetivo (principio de necesidad); y, 3- deben de aplicarse en forma proporcional a la protección que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad). La no aplicación de estos principios o de no tomarlos en cuenta estos principios estaríamos ante una restricción arbitraria de los derechos fundamentales. En resumen, los derechos fundamentales tienen contenido diversos, por lo que resulta difícil establecer características comunes entre ellos. La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico, fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice mejor, no pudiendo en consecuencia la protección de infancia desligarse del tratamiento de los llamados derechos humanos *<span>. Será así que los juicios de los tres menores mapuches(josé Ñirripil, Cristian Cayupan, y Luis Marileo).* La Convención es el primer tratado de derechos humanos(reconocido por Chile art. 5 inciso 2º de la Constitución política) que hace referencia explícita a la niñez indígena como sujetos plenos de derecho y a ejercer como individuos o colectivo sus derechos a una cultura, una religión y una lengua indígenas (artículo 30). El Comité, en su Comentario General #11 de 2009 sobre la infancia indígena, reconoce que niños, niñas y adolescentes indígenas se encuentra en una especial situación de vulneración de sus derechos.

Este es el mismo Estado que celebró hace pocos meses el primer aniversario de la ley de responsabilidad penal juvenil que significó el reconocimiento (después de casi 20 años de firmar la Convención) de que los niños en conflicto con la ley requieren de un tratamiento especial puesto que son niños. La ley de responsabilidad penal juvenil es un régimen especial de justicia para jóvenes entre 16 y 18 años que garantiza que estos sean procesados por un sistema especializado que tiene como mira la reincorporación de los niños a la sociedad, y no el castigo.

Aspectos procesales de fondo a considerar, con respecto a los tres menores sometidos a la ley 18.314.

Dos de los tres menores actualmente procesados por la Ley 18.314 se encuentran esperando el proceso respectivo en sus hogares con la medida de arresto domiciliario total, ante esto hemos considerado que lo más difícil y complejo de abordar esta por venir, es decir cuando en realidad se apliquen las leyes de fondos y se ventilen los aspectos jurídicos de fondo en este sentido es dable considerar que en dos de los tres juicios se ocupará una herramienta inédita por el Ministerio Público la del colaborador, este acogido al art. 4 de la ley 18.314 realiza una delación la cual es considerada por los Organismos judiciales y recibe una pena menor, esta herramienta es superior al del testigo protegido y nos plantea un tema que tiene que ver con la infiltración de la protesta social y de la veracidad o no del colaborador que será el que tendrá el real sostenimiento de un juicio, esta figura ya se aplicó en el caso del juicio de Luis Marileo. El "Colaborador" que tenía profusos antecedentes penales, por ley de armas y tráfico de estupefacientes, es el principal arma para sostener el presente juicio, además que en un hecho

inédito en un juicio simplificado celebrado a mediados del mes de Noviembre del 2010, esta persona recibe una condena de tres años y un día, pero con el beneficio de la libertad vigilada de la ley 18.216, los audio de este juicio y los antecedentes penales están en manos de las defensas y se ha denunciado en forma alternativa a través de los medios de los cuales se puede realizar con la debida ponderación ante ello, se ha solicitado insistentemente por este defensor entregar los antecedentes a la comisión de derechos humanos de la cámara de diputados siendo dilatados los plazos por los honorables diputados. El temor que nos plantea la figura es lo que hablaba la defensora penal pública (The clinic Octubre 2009) ante esta figura estamos ante: "un delator, un funcionario del estado, o un soplón"; claro además este "colaborador" recibe dineros del estado para su manutención, lo cual agrava el panorama y nos deja una señal sombría que se puede transformar en una mancha definitiva de nuestra justicia.

*Provisión de fondos y testigos con reserva de identidad*

### **Medidas Complementarias que autoriza la ley 18.314 con respecto a la investigación y juicio.**

El artículo 19° autoriza a la fiscalía a adoptar medidas complementarias a las señaladas en los artículos precedentes, como la provisión de los recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio "*u otra que se estime idónea.*" a quienes declaren en el proceso. Esta norma, ha llevado en la práctica a que el Estado, a través de sus organismos (Ministerio Público) remunere a testigos protegidos durante largos periodos de tiempo, lo cual erosiona su credibilidad, al mismo tiempo que produce un efecto criminógeno a la comisión de delitos (falso testimonio, denuncia calumniosa) .[1] Por ello, la norma debe establecer claramente las situaciones en que se autoriza la provisión de fondos, y que en ningún caso esta puede adquirir la calidad de remuneración.

### ***La ocultación de identidad durante la investigación, secreto de la investigación extendido y los testigos sin rostro en el juicio oral***

La LCT autoriza una serie de medidas de protección de testigos, las cuales en conjunto pueden afectar la garantía de una investigación y juicio justos y racionales.

La ocultación de identidad del testigo durante la investigación, puede resultar necesaria para su seguridad del mismo y el éxito de aquella. Sin embargo, genera efectos sobre la vigencia de la presunción de inocencia, y la obligación que éste impone de tratar al imputado como inocente hasta que se pruebe judicialmente lo contrario.[2] Esto, se manifiesta en los casos en que la prisión preventiva se funda exclusiva o principalmente en la declaración de un testigo cuya identidad es desconocida por la defensa, lo que le impide cuestionar su testimonio en relación a sus intereses. Esto se agrava cuando la fiscalía ha decretado el secreto de la investigación, impidiéndose así el acceso a los resultados de las otras diligencias. Cabe recordar que la prisión preventiva se decreta en función, entre otras cosas, de la gravedad de la pena a que se arriesga el imputado, supuesto siempre elevado al invocar la LCT. Para evitar esta distorsión, es necesario tomar algunos resguardos, que puede ser la exigencia de requisitos adicionales para decretar la prisión preventiva sobre la base del testimonio de un testigo anónimo.

En cuanto a la declaración del testigo ante el TOP, la ley autoriza a que se haga ocultando su identidad. Esto impide una adecuada contrainterrogación, que permita a la defensa establecer la parcialidad o imparcialidad del testigo y la verosimilitud de su testimonio. Las demás medidas que la LCT autoriza para proteger a testigos, que van desde la ocultación de su

identidad durante la investigación al cambio de identidad, parecen suficientes para su protección. La defensa siempre debe poder conocer la identidad del testigo con la debida antelación al juicio.

*iv. Control jurisdiccional insuficiente de las medida de intervención en las comunicaciones del art. 14.3.*

El artículo 14.3 de la Ley N° 18.314 autoriza al Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía a "*interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.*" La norma continúa señalado que:

*Las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del imputado con sus abogados y la resolución que las imponga sólo será apelable en el efecto devolutivo.*

*Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal.*

Por su parte, el artículo 236 establece una excepción, al autorizar bajo ciertas circunstancias, las diligencias sin conocimiento del afectado:

***Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado.*** *Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9° requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.*

*Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultar estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia.[3]*

La intervención de las comunicaciones en casos de terrorismo es una medida de uso generalizado en todas las legislaciones antiterroristas, y en aquellas destinadas a reprimir el narcotráfico. Sin embargo, la normativa internacional más bien se orienta a proteger la intimidad y la vida privada, y el secreto en las comunicaciones como garantía material de la intimidad.[4]

Los requisitos formales establecidos por la ley 18.314 para que pueda procederse a la intervención son:

- a) La calificación de una conducta como terrorista por resolución fundada del tribunal, previa petición del Ministerio Público.
- b) Procedencia de la medida cautelar personal de prisión preventiva.
- c) Encontrarse formalizada la investigación o durante la audiencia de formalización de la misma.
- d) Que la medida de interceptación de las comunicaciones se haga mediante resolución fundada emanada del tribunal.

En cuanto a los requisitos materiales se exige que las comunicaciones sean telefónicas, informáticas, epistolares o telegráficas.

Estos requisitos evidencian el carácter de excepcional de la medida de intervención, dado que la motivación de la resolución debe expresar no solo la calificación de la conducta como terrorista, sino además *"las razones por las que el juez considera necesaria la intervención, ponderando los intereses en conflicto y apreciando la existencia de alternativas menos gravosas"*. [5] Además la medida debe adoptarse en el marco de una investigación penal en curso. Sin embargo, el inciso tercero del art. 14.3, abra la puerta para otras intervenciones: *"Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal"*.

Esto significa que la intervención en las comunicaciones puede, por la ley de conductas terroristas:

- a) Puede llevarse a efecto sin conocimiento del afectado.
- b) Puede afectar las comunicaciones del imputado o de un tercero (independientemente de que éste se comunique o no con el imputado).
- c) Pueden solicitarse aún antes de la formalización, esto es, cuando solo existen sospechas de que han participado en actos de terrorismo.

***Existe una vulneración al principio de presunción de inocencia y al debido proceso legal*** desde que el afectado no solo puede ser el imputado no formalizado, sino también los terceros que con él se comuniquen, sin excluir a los abogados defensores o a funcionarios de instituciones públicas que participan en la defensa. Con lo cual también se afectaría el derecho a defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha destacado que:

*el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio de este derecho esencial, pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión, lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección en los más diversos aspectos de la convivencia [...] Que el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad. En ligamen con lo que viene de ser expuesto, menester resulta recordar que tal autonomía es también sustento del sistema de instituciones vigente en nuestro país, debiendo a su respecto cumplirse la exigencia de respeto, **especialmente cuidadoso**, que se ha destacado ya con relación a la dignidad de la persona humana. [6]*

[1] Puede verse el testimonio televisado de un testigo protegido que afirma haber recibido un estipendio mensual durante 9 años por parte de la Fiscalía y se queja de que hay personas que reciben pagos superiores por testimonios falsos. Ver en línea <<http://www.24horas.cl/videosRegiones.aspx?id=28049&idRegion=9>>

[2] Este principio está consagrado en el Artículo 14.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos tratados internacional vigentes y ratificados por Chile, por lo que son parte del

ordenamiento jurídico como límites al a soberanía del Estado conforme al artículo 5° inciso segundo de la CPR. También está consagrado legalmente en el artículo 4° del CPP, el cual tiene una entidad especial a la luz de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de la norma constitucional del citado artículo 5°: "*Nuestra Carta Política en el artículo 5°, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, **sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.***"(TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 226-1995, considerando 25°).

[3] Por su parte el artículo 9° Código Procesal Penal dispone: ***Autorización judicial previa.*** *Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.*

*En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.*

*Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el Art. 1° N° 1 éxito de la diligencia, **podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente.** No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió. El **destacado** es nuestro.*

[4] *Vg.* Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[5] ZARAGOZA TEULER, Vicenta; ***"Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales"***, en [www.noticias.juridicas.com/areas/55-Derecho%20Penal/10-Articulos/200307-285592](http://www.noticias.juridicas.com/areas/55-Derecho%20Penal/10-Articulos/200307-285592), julio de 2003, p.4.

[6] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 389, considerandos 19 y 23.