



17 Noviembre 2014

## La reforma a la ley antiterrorista de cara a los derechos humanos

Minuta de Amnistía Internacional – Chile respecto del Proyecto de Ley que determina conductas terroristas y su penalidad, y modifica los Códigos Penal y Procesal Penal, Boletín N°9692-07.

---

Amnistía Internacional, como organización global que trabaja por la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, entre otras cosas se preocupa del análisis del texto y la aplicación de cuerpos legales que puedan resultar contrarios a las normas internacionales de derechos humanos. Es desde esa perspectiva, que ha analizado legislación antiterrorista en diferentes lugares del mundo, incluido Chile.

Por tanto, nuestro comentario no está dirigido a la identificación de elementos de política criminal en relación a la persecución de los delitos terroristas, sino a salvaguardar que estas políticas no afecten de manera indebida o desproporcionada los derechos humanos de todas las partes involucradas.

En esta línea, es fundamental destacar que Amnistía Internacional reconoce, en primer lugar, el deber de los Estados de garantizar la seguridad de su población y por tanto, de combatir el terrorismo en todas sus formas. Esto debe hacerse en el entendido que no puede existir seguridad sin derechos humanos: todas las medidas que se adopten a fin de proteger a las personas, deben siempre adoptarse dentro de un marco de pleno respeto a los derechos humanos de todas las personas involucradas, y eventuales limitaciones a los derechos deben efectuarse de manera excepcional y de acuerdo a las normas internacionales sobre la materia.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la legislación antiterrorista actualmente vigente en Chile ha sido objeto de críticas de distintos organismos nacionales e internacionales. Entre los cuestionamientos más recientes están las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que en la última revisión periódica a Chile recomendó “reformular la Ley Antiterrorista y adoptar una definición clara y precisa de los delitos de terrorismo para asegurar que las actividades que realizan los agentes del orden en el marco de la lucha contra el terrorismo no estén dirigidas a determinadas personas por su origen étnico o cualquier motivo social o cultural. Asimismo, debe asegurar que las garantías procesales, contenidas en el artículo 14 del Pacto [de Derechos Civiles y Políticos], sean respetadas”,<sup>1</sup> las emanadas de la revisión en el marco del Examen Periódico Universal en enero del presente año<sup>2</sup>, así como la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Norin Catrimán vs Chile*.<sup>3</sup>

A continuación, haremos referencia a algunos puntos que nos parece de relevancia destacar desde la perspectiva de los derechos humanos.

En primer lugar, nos referiremos a algunos puntos que ya han sido materia de cuestionamiento en relación a la legislación actual, de manera de contrastarlo con el proyecto de ley e identificar si estas preocupaciones se resuelven o persisten. En algunos puntos haremos también mención a las

---

<sup>1</sup> Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, julio 2014, párr. 7.

<sup>2</sup> Informe del Grupo de Trabajo del Examen Periódico Universal, A/HRC/26/5, sesión 26, recomendaciones 121.110-111-112.

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014



normas del proyecto de ley que “sustituye el texto de la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, a fin de dar mayor protección a la ciudadanía y fortalecer la paz social” (Boletín N° 9.669-07).

En segundo lugar, haremos referencia a algunos aspectos del proyecto de ley que no se habían analizado con anterioridad, y que nos parece de relevancia destacar.

Finalmente, si bien no forma parte del proyecto de ley en debate, destacamos nuestras preocupaciones en relación a las normas sobre terrorismo que se establecen en la Constitución Política de la República, y las preocupaciones que éstas generan desde la perspectiva de los derechos humanos.

## **1. Preocupaciones en la legislación actual y su tratamiento en el proyecto de ley**

### **1.1. Definición de terrorismo**

#### **Principios generales**

Aunque la palabra “terrorismo” se utiliza con frecuencia y la práctica del “terrorismo” es algo a lo que el mundo en general se opone, no existe una definición universalmente aceptada de la palabra, ni en el uso general ni en los tratados y leyes destinados a combatirlo. Frecuentemente, la palabra denota la actitud de quien la emplea hacia un delito determinado, llevando una importante carga emotiva y política, utilizándose de manera selectiva.

No obstante, un principio del derecho internacional que no es derogable incluso en situaciones de emergencia, es que no debe procesarse a nadie por actos que no estén claramente definidos como delito o que no sean contrarios a los principios generalmente reconocidos del derecho. Los Estados tienen la obligación de definir con precisión los delitos en la ley, de manera que las personas puedan saber de qué actos u omisiones puede ser considerada responsable penalmente.

Más aún, una definición inadecuada puede convertir en delito, por ejemplo, el ser miembro de un “grupo terrorista”, aunque la persona no haya cometido ningún otro acto ilegal, lo que si se define en términos muy vagos, puede en la práctica limitar el ejercicio pacífico al derecho de asociación o la libertad de expresión.

De acuerdo al Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo (“Relator Especial”), a falta de una definición internacional integral del delito de terrorismo, las disposiciones nacionales deben ajustarse a una caracterización que comprende tres condiciones acumulativas y según la cual un acto, para ser calificado de terrorismo deberá<sup>4</sup>:

- a) Cometerse contra miembros de la población en general, o sectores de ésta, con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves, o de tomar rehenes;
- b) Cometerse con el propósito de provocar un estado de terror, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de realizarlo;
- c) Reunir todos los elementos de la definición legal de un delito grave.

El Relator Especial también ha señalado con anterioridad que cualquier definición de terrorismo debe limitarse a elementos objetivos del acto (1. toma de rehenes intencionada, 2. se proponga causar la muerte o lesiones, o 3. entrañe violencia mortal contra una persona o más) e intención (1. provocar un estado de terror, o 2. obligar a un gobierno o a una organización internacional a

---

<sup>4</sup> 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. Misión a Chile, 14 de abril de 2014, Doc. ONU: A/HRC/25/59/Add.2 (en adelante, “Informe del Relator Especial, misión a Chile”), párr. 40

hacer algo o abstenerse de hacerlo). Según el Relator Especial, cualquier definición que vaya más allá de estos elementos sería problemática desde los derechos humanos<sup>5</sup>.

Toda ley que proscriba el terrorismo debe respetar el principio de legalidad consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aplicarse únicamente a la lucha contra el terrorismo y cumplir con el principio de no discriminación. Asimismo lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al determinar la obligación de los Estados de respetar el principio de legalidad al tipificar como delitos las conductas de carácter terrorista. Con tal fin, la definición de la conducta punible debe ser clara y precisa, exige una distinción entre los delitos que suponen dicho carácter y aquellos tipos penales ordinarios y sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta en cuestión<sup>6</sup>.

### **Legislación actual**

El Relator Especial, en el informe emitido tras su visita a Chile en 2013, opinó que la definición de terrorismo de la legislación chilena es muy amplia, y que “la modificación de 2010 no define el bien jurídico protegido y mantiene una referencia a derechos y conductas ya previstos y protegidos por el derecho penal común, incluido el delito de incendio intencional en un lugar deshabitado”.<sup>7</sup> El Relator Especial coincide con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el sentido que “al permitir una interpretación que incluye bajo la rúbrica de terrorismo conductas que atenten exclusivamente contra la propiedad, da lugar a la ambigüedad y confusión sobre lo que el Estado reprocha penalmente como delito terrorista”<sup>8</sup>. Esto otorga una amplia discreción al fiscal, lo que puede traducirse en una aplicación impredecible y arbitraria y, por lo tanto, en posibles abusos.

Adicionalmente, el Relator Especial señala que aun teniendo una definición amplia de terrorismo, existiría una salvaguardia mínima si hubiera criterios objetivos para el ejercicio de la discreción del fiscal y un consenso acerca de las formas de protesta que pueden calificarse correctamente de actos de terrorismo. No obstante, consideró que en Chile no existen actualmente esos criterios objetivos ni ese consenso<sup>9</sup>.

### **Proyecto de ley**

El proyecto (artículos 1 al 5) redefine los delitos terroristas de acuerdo a lo siguiente:

- La “asociación criminal terrorista”, limitada a grupos que, a través de la perpetración de ciertos delitos específicamente enumerados (y limitados a delitos contra las personas), que persiguen “socavar o destruir el orden institucional democrático”, alterar gravemente el orden público, imponer exigencias a la autoridad política, arrancar decisiones de ésta o infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de los derechos fundamentales”.
- El delito de fundar o contribuir a fundar una “asociación criminal terrorista”, o provea de fondos para financiarla.
- El delito de integrar activamente una “asociación criminal terrorista”. Esta pena se aplica a todo individuo que habiendo tomado parte o ejecutado un delito de los descritos y haber adherido positivamente a los propósitos concretos de perpetración de los crímenes. Se señala que “Se considerará adhesión positiva cualquier manifestación de voluntad expresa o tácita del imputado o la aceptación de los propósitos criminales de una organización, asociación o grupo, sea que el medio de adhesión positiva fuese electrónico, telefónico, la participación en redes sociales o cualquier otro medio”.

---

<sup>5</sup> Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Martin Scheinin. Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo, 22 de diciembre de 2010, Doc. ONU: A/HRC/C/16/51, párr. 28.

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 161-165

<sup>7</sup> Informe del Relator Especial, misión a Chile, párr. 43 y 44.

<sup>8</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°176/10, casos 12.576, 12.611 y 12.612, párr. 141.

<sup>9</sup> Informe del Relator Especial, misión a Chile, párr. 51.

- También se aplica una pena “al individuo que, sin pertenecer a una organización o grupo y habiendo tomado parte o ejecutado alguno de los delitos señalados en el artículo 1º, lo hubiese hecho persiguiendo las finalidades allí expresadas”.

Estas penas se aplicarían sin perjuicio de las que correspondan por uno o más crímenes efectivamente perpetrados por uno o más integrantes de la organización.

Esta modificación resulta positiva en el sentido que acota los delitos que pueden ser considerados terroristas a conductas que se encuentran dentro del marco de los estándares indicados por los Relatores Especiales.

No obstante, los tipos penales que se refieren a fundar o contribuir a fundar, y integrar activamente una organización criminal terrorista, generan algunos puntos de preocupación. A juicio de Amnistía Internacional resulta esencial acotar estos tipos penales de mejor manera, para evitar que se esté sancionando a las personas sólo por sus relaciones, pero sin que hayan cometido ningún acto delictivo propiamente tal. Sin las suficientes salvaguardias, estos dos tipos penales (fundar e integrar) pueden restringir indebidamente los derechos de asociación y expresión, y existe un riesgo amplio de arbitrariedad en su aplicación. El Relator Especial ha señalado que las autoridades deben tener elementos de prueba tanto de la intención subjetiva como del riesgo objetivo de que el acto se vaya a cometer. Por ello, a modo de ejemplo, para hablar de “integrar activamente” se debiera requerir más elementos de prueba que un mensaje en Facebook o Twitter, al no ser por sí sólo prueba suficiente de un “riesgo objetivo”.

En este sentido, recomendamos revisar la redacción en los delitos relativos a fundar e integrar organizaciones criminales terroristas, pues la propuesta actual podría incurrir en faltas al principio de legalidad e incluso restringir de forma injustificada otra serie de derechos fundamentales.

Por otra parte, es importante mencionar que el proyecto de ley de Boletín 9669-07 propone una definición amplia (artículos 1 y 2) que podría no cumplir con los estándares del principio de legalidad al mantener elementos de subjetividad que hacen que el tipo penal sea poco claro. Adicionalmente, continúa incluyendo delitos que atentan exclusivamente contra la propiedad (por ejemplo, incendio y estragos) lo cual excede los estándares establecidos por los Relatores Especiales en relación a la descripción de delitos terroristas.

Como se señaló, cualquier esfuerzo por establecer un tipo penal de terrorismo debe cumplir con el principio de legalidad consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello exige que en la elaboración de los tipos penales sean utilizados términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, lo cual es particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”.<sup>10</sup> Cualquiera sea la definición que se adopte en definitiva, debiera considerar las tres condiciones propuestas por el Relator Especial y asegurar que pueda ser aplicado en base a criterios objetivos.

## **1.2. Secreto de la investigación**

### **Principios generales**

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. Esto se basa en el derecho a defensa y el principio de “igualdad de condiciones”: la defensa y la acusación deben ser tratadas de modo que se garantice que ambas partes tienen las mismas oportunidades de preparar y presentar sus argumentos<sup>11</sup>. En los procesos penales, en los que la acusación tiene a su disposición toda la maquinaria del Estado,

---

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 121.

<sup>11</sup> Observación general 32 del Comité de Derechos Humanos, párr. 32.

el principio de igualdad de condiciones es una garantía esencial del derecho de la persona acusada a defenderse.

La protección de este derecho requiere que la persona acusada y su abogado, además de recibir información sobre los cargos, tengan acceso a la información relevante, tales como listas de testigos e información sobre ellos, documentos y otras pruebas que la defensa tenga intención de utilizar (material inculpatario). También incluye la información que podría dar lugar a la exoneración del acusado (material exculpatario), afectar la credibilidad de las pruebas presentadas por la fiscalía, respaldar una línea argumental de la defensa o ayudar de otro modo al acusado a preparar su caso o atenuar la pena.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aclarado que el derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa “obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra”<sup>12</sup>, en un plazo que permita al acusado disponer del tiempo necesario para preparar su defensa<sup>13</sup>. Es también un deber amplio de la fiscalía revelar información que pueda ayudar a la defensa, y se mantiene durante todo el proceso judicial (antes y después de la declaración de los testigos).

En algunas circunstancias excepcionales, puede que sea legal que un tribunal independiente e imparcial (tras un proceso justo) permita a la fiscalía ocultar determinadas pruebas a la defensa, según lo prescrito en la ley. Sin embargo, estas restricciones en la divulgación de la información deben ser estrictamente necesarias y proporcionales a la finalidad de proteger los derechos de otras personas (como las que puedan correr peligro de sufrir represalias) o salvaguardar un interés público importante (como la seguridad nacional o la eficacia de las investigaciones policiales legales). Las órdenes judiciales que no permiten divulgar información deben ser la excepción y no la norma, y no deben afectar negativamente a la imparcialidad global de los procedimientos. A fin de garantizar un proceso justo, el tribunal debe compensar las dificultades con que se encuentre la defensa al no haberse revelado toda la información. A lo largo de todo el proceso, las autoridades y los tribunales deben revisar si sigue siendo oportuno no divulgar la información, en función de la relevancia que tenga, la idoneidad de las salvaguardias y las consecuencias en la imparcialidad del conjunto de los procedimientos.

La necesidad de no divulgar información debe decidirla el tribunal y no la fiscalía, mediante una vista contradictoria que respete la igualdad de condiciones. Adicionalmente, el Comité de Derechos Humanos ha aclarado que el derecho a los medios adecuados para preparar la defensa debe entenderse de manera que se garantice que nadie podrá ser condenado sobre la base de pruebas en las que no tengan pleno acceso el acusado o las personas que lo representan.<sup>14</sup>

### **Legislación actual**

Mientras que cuando se trata de delitos comunes el plazo máximo en que se puede mantener en secreto ciertos aspectos de la investigación es de 40 días (artículo 182, inciso tercero del Código Procesal Penal), cuando se trata de delitos terroristas puede ser de hasta seis meses (artículo 21 de la ley antiterrorista vigente). Durante un tiempo tan prolongado de secreto, existe un total desequilibrio entre las partes, impidiendo a la defensa prepararse adecuadamente.

El Relator Especial notó que una persona imputada en aplicación de la legislación antiterrorista tendrá que esperar en general seis meses antes de que sus abogados reciban las pruebas y declaraciones que sustentan las acusaciones, tiempo durante el cual la preparación de la defensa se ve considerablemente dificultada. En comparación, ese periodo es en general de 28 días cuando no se trata de un delito de terrorismo<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 54.

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 141.

<sup>14</sup> Onoufriou vs. Chipre, Comité de Derechos Humanos, Doc. ONU: CCPR/C/100/D/1636/2007 (2010), párr. 6.11, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá, Doc. ONU: CCPR/C/CAN/CO/5 (2006), párr. 13.

<sup>15</sup> Informe del Relator Especial, misión a Chile, párr. 58.

Por ello, el INDH ha afirmado que las facultades especialmente ventajosas que la ley antiterrorista vigente otorga a la persecución penal contraviene los estándares de derechos humanos, en cuanto no garantiza que los acusados sean informados sin demora de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra, y que cuenten con los medios y facilidades adecuados para la preparación de su defensa.

### **Proyecto de ley**

En relación al secreto de la investigación, se mantiene el plazo de seis meses como plazo total del secreto (artículo 226 D), cuando éste resulte indispensable para el éxito de la investigación. Por tanto, no se resuelven las críticas que ya se habían hecho a la legislación actual. El artículo 226 Q señala expresamente que “en ningún caso, la reserva o secreto decretado durante la investigación impedirá el ejercicio del derecho de la defensa a que se revele la identidad de los testigos o peritos protegidos que sean ofrecidos como medios de prueba por el Ministerio Público en su acusación en la oportunidad a que se refiere el artículo 260 [audiencia preparatoria del juicio oral] o en procedimientos sin etapa de preparación, en la audiencia en que se juzgue al imputado”. Esto rige para cualquier otra diligencia secreta.

En la práctica, lo anterior implica que la fiscalía puede tener seis meses de preparación conociendo de pruebas que la defensa desconoce. En caso que la defensa sólo las conociera al momento de la audiencia preparatoria del juicio oral, de acuerdo al Código Procesal Penal, la celebración del juicio sería como máximo 60 días después de la notificación del auto de apertura del juicio oral (que se realiza dentro de las 48 horas siguientes a la audiencia preparatoria). Por tanto, el tiempo disponible para la defensa para prepararse en base a las pruebas que desconocía es muy inferior a la de la fiscalía, pudiendo generar un desequilibrio en los medios procesales. Por tanto, deben buscarse mecanismos que permitan compensar ese desequilibrio, y asegurar que se regule en detalle que se debe tratar de casos excepcionales en que el secreto se estime absolutamente necesario para la investigación y solo en la medida y por el tiempo que sea necesario.

El proyecto de ley de Boletín 9669-07, tampoco permite disipar esta preocupación, puesto que también mantiene el plazo de seis meses para el secreto de las investigaciones (artículo 14), y además no establece la obligación de terminar el secreto en la audiencia preparatoria ni otro tipo de salvaguardias específicas.

## **1.3. Testigos protegidos**

### **Principios generales**

El derecho del acusado a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa incluye el derecho a preparar el interrogatorio de los testigos de cargo. Existe, pues, la obligación de la acusación de comunicar a la defensa, con la adecuada antelación, la lista de los testigos de cargo que piensa hacer comparecer en el juicio.

El uso como prueba de la declaración de un testigo anónimo (cuando la defensa desconoce la identidad del testigo) es, en principio, contrario al derecho del acusado a interrogar a los testigos. Al ocultarse la identidad del testigo, el acusado se ve privado de información necesaria para rebatir la credibilidad y fiabilidad de dicho testigo y de las pruebas que presenta. Cuando mayor sea la importancia del testimonio del testigo anónimo, mayor es el riesgo de que se cometa una injusticia.

Amnistía Internacional ha denunciado el uso de testimonios de testigos anónimos por considerar que es contrario a la presunción de inocencia, al derecho del acusado a refutar las pruebas y a la capacidad del tribunal de dictar una sentencia basada en todas las pruebas pertinentes, que las partes hayan tenido la oportunidad de refutar.

Existe jurisprudencia y normas internacionales que permiten a los testigos prestar declaración de forma anónima, pero sólo en circunstancias excepcionales y muy definidas, y en condiciones especiales. Estas limitaciones se imponen debido al perjuicio que causan al derecho a la defensa

y el riesgo que entrañan de que el uso de testimonios de testigos anónimos convierta el juicio en injusto. Así, por ejemplo, tribunales penales internacionales han permitido excepcionalmente el uso de testigos anónimos<sup>16</sup>, por ejemplo en casos de delitos de terrorismo, narcotráfico, delincuencia organizada o delitos de derecho internacional. No obstante, está sujeto a restricciones: el tribunal debe examinar la petición y buscar alternativas al anonimato, y una sentencia condenatoria no debe basarse de manera única o decisiva en declaraciones anónimas.

En muchos países, en vista de las dificultades que plantea para la defensa el uso de testigos anónimos, se han adoptado medidas alternativas para proteger a los testigos, como por ejemplo, la posibilidad de que testifiquen mediante conexiones de video.

Es importante mencionar que la protección a los testigos no es optativa, sino que es un deber de los Estados en el derecho internacional. Entre las formas de protección de víctimas y testigos se encuentran los programas de protección de testigos que proporcionan protección física y apoyo psicológico antes, durante y después de los procedimientos. Cuando están en juego la vida, la libertad o la seguridad de los testigos, los Estados deben organizar el proceso judicial de tal forma que estos derechos no se pongan en peligro injustificadamente.

### **Legislación actual**

El Relator Especial, tras su visita a Chile, señaló que en las causas judiciales en que se ha invocado la Ley Antiterrorista, ésta se ha utilizado invariablemente en asociación con un delito principal, perseguible con arreglo a la legislación penal ordinaria. Esto hace que el imputado esté sujeto a una serie de desventajas procesales y sustantivas, entre las que se cuenta el uso de testigos de cargo “anónimos” y facultades especiales de investigación, incluidas las escuchas telefónicas e interceptación de la correspondencia, como correos electrónicos y otras comunicaciones.<sup>17</sup>

Las modificaciones de 2010 establecieron el derecho del imputado a dirigir “las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad”. No obstante, el Relator Especial señaló haber recibido información de que esta disposición se interpreta de manera estricta para impedir toda pregunta que pueda exponer las vulnerabilidades del testigo (en cuanto a su fiabilidad o parcialidad), lo que dificulta una defensa eficaz. Además, manifiesta preocupación por no existir una norma que impida al tribunal basarse en la declaración de un testigo anónimo como motivación única o fundamental para imponer una condena, y tampoco el fiscal tiene una obligación expresa de investigar la credibilidad de un testigo anónimo y de comunicar los resultados de esa investigación al imputado.

De acuerdo al Relator Especial, si bien el uso de testigos anónimos no infringe automáticamente el derecho a un procedimiento contradictorio, “las normas internacionales exigen que las divergencias con respecto a un procedimiento plenamente contradictorio y público se reduzcan al mínimo absoluto; que el anonimato se justifique clara y específicamente por la necesidad de proteger la seguridad física del testigo contra las represalias; y que la falta de equidad para con el imputado se contrarreste mediante garantías procesales que aseguren que la imparcialidad del proceso no se vea injustificadamente comprometida. Entre esos contrapesos puede figurar una norma que impida basarse en un testimonio anónimo como motivación única o fundamental para imponer una condena y que refuerce expresamente la obligación de investigar y comunicar a la defensa cualquier hecho que tienda a menoscabar la fiabilidad o credibilidad del testigo anónimo”<sup>18</sup>. Concluye que estas salvaguardas no se han previsto en la legislación antiterrorista chilena.

El fallo reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Norín Catrimán, concluyó también la necesidad de modificar la ley antiterrorista en lo relativo a los testigos anónimos, señalando que “la Corte constató que las medidas de protección de testigos relativas a la reserva de identidad fueron adoptadas en ausencia de un efectivo control judicial y un

---

<sup>16</sup> Por ejemplo, Sección N.6.f.vi de los Principios sobre Juicios Justos en África, directriz IX.3.iii.4 de las Directrices del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y Terrorismo, regla 75.B.i.d de las Reglas del Tribunal de la ex Yugoslavia, regla 75.B.i.d de las Reglas del Tribunal de Ruanda.

<sup>17</sup> Informe del Relator Especial, misión a Chile, párr. 55.

<sup>18</sup> Id., párr. 64.

testimonio obtenido en esas condiciones fue utilizado en grado decisivo para fundar la condena”. Además señala que aun cuando en algunos casos concretos hubo efectivamente medidas de contrapeso, “la falta de regulación de estas últimas provocó una inseguridad jurídica respecto de la adopción de las mismas”. Por ello, “La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia”.<sup>19</sup>

### **Proyecto de ley**

El proyecto de ley establece una nueva normativa en relación a la protección de testigos y peritos (artículo 266 O), cuando el Ministerio Público estime que existe riesgo o peligro grave para la vida o la integridad física de él/ella o de su familia o personas cercanas. Al efecto, se establecen diversas medidas de protección:

- a) Que no consten en los registros de las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos.
- b) Que su domicilio se fije en la sede de la fiscalía o del tribunal para efectos de notificaciones y se entreguen reservadamente.
- c) Que las diligencias durante la investigación se hagan en un lugar distinto de donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se deje constancia en el registro.
- d) Que una vez decretada la protección, se prohíba la revelación de la identidad y captar su imagen por cualquier medio.

Esto lo determina el Ministerio Público, pero cualquiera de los intervinientes puede solicitar al juez de garantía su revisión, quien deberá ponderar el lapso de duración de la medida y el grado de afectación del derecho a la defensa del imputado.

Además, se agrega una restricción nueva: “la duración de la reserva a que se refiere este artículo en ningún caso podrá exceder de seis meses desde la primera declaración del testigo o perito protegido. Siempre cesará la reserva una vez cerrada la investigación”. Con ello, en la práctica la reserva no podrá afectar de manera determinante el derecho a la defensa, dado que siempre al momento del juicio conocerá la identidad del testigo y podrá por tanto contrainterrogarlo debidamente, pues siempre cesa la reserva al cerrarse la investigación y no sería posible dictar sentencia mientras el testigo siga siendo anónimo. Además, el artículo 226 Q establece que no se impedirá el ejercicio de su derecho a contrainterrogar al testigo o perito para establecer su credibilidad o acreditación y esclarecer los hechos sobre los cuales depone. Señala que en este caso, se pueden adoptar medidas “para evitar la revelación de la identidad del testigo o perito a personas distintas de los abogados intervinientes”.

Finalmente, se agregan medidas de protección adicionales, incluyendo la provisión de recursos económicos y el cambio de nombre.

La propuesta presentada incorpora elementos importantes hacia la mejor regulación del uso de testigos protegidos con el fin de garantizar la seguridad de los testigos al tiempo que no se vulnera el derecho a la defensa del imputado. No obstante, aún existen elementos importantes que no se advierten en el proyecto presentado, al no incluir disposiciones que determinen el carácter excepcional de la medida ni la obligación de que dichos elementos de prueba no sean utilizados en grado decisivo para fundar la condena. Asimismo, resultaría necesario que se

---

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 435 y 436.





asegure la notificación de esta decisión de manera pronta a la otra parte, de manera que lo pueda reclamar efectivamente ante el juez de garantía si lo estima necesario.

Con ello, la alternativa que establece el texto propuesto combina de mejor manera que la legislación actual, el deber del Estado de garantizar la seguridad de los testigos y también el derecho a la defensa del imputado.

Por el contrario, el proyecto de ley de Boletín 9669-07 no exige levantar el anonimato en ningún momento, ni establece normas compensatorias como las indicadas por el Relator Especial (por ejemplo, la obligación de la fiscalía de investigar la veracidad del testigo, y la prohibición de que la sentencia se base exclusiva o determinadamente en su testimonio), por lo que no consigue este equilibrio de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos.

Cualquiera sea el mecanismo que se adopte en definitiva, el objetivo de tales disposiciones debe suponer el equilibrio entre la protección de las víctimas y testigos por un lado, y los derechos a la defensa adecuada y las garantías de un juicio justo por el otro.

## **1.4. Plazos y condiciones de detención y de prisión preventiva**

### **Principios generales**

Las leyes de seguridad o antiterroristas frecuentemente permiten largas demoras antes de que una persona sospechosa comparezca ante un tribunal para que se determine la legalidad de su detención, o niegan a los detenidos la oportunidad de impugnar su detención. La prohibición de la detención arbitraria se considera en general un principio fundamental del derecho internacional, y la supervisión judicial efectiva de todas las personas detenidas es una salvaguardia importante frente a la detención arbitraria.

Asimismo, este tipo de leyes ha permitido que a los detenidos pueda negárseles el acceso a un tribunal durante un plazo muy superior al permitido por las normas de derechos humanos. La detención de una persona, basado en una sospecha, por periodos prolongados, es contrario al derecho a la presunción de inocencia y a la libertad personal.

Las normas internacionales exigen que toda persona arrestada o detenida comparezca sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales, incluso tratándose de delitos terroristas. El Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo ha afirmado que las personas que se encuentren detenidas acusadas de terrorismo deben tener la posibilidad de ser oídas por un juez respecto de la legalidad de su detención en un plazo no superior a las 48 horas desde dicha detención<sup>20</sup>.

Por otra parte, de acuerdo con el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, se presupone que las personas acusadas de un delito no permanecerán detenidas hasta que se celebre el juicio. La puesta en libertad sólo puede estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio, o si el continuar la detención cumple con los criterios de necesidad y proporcionalidad, por crear un riesgo sustancial de huida, daño a terceros o alteración de las pruebas o la investigación que no se puede mitigar de otro modo. El sólo hecho de tratarse de un delito grave, no es circunstancia suficiente para justificar la detención. El Comité de Derechos Humanos ha expresado preocupación acerca de leyes que fijan el periodo máximo de detención preventiva en función de la pena que podría imponerse por el presunto delito, por centrarse más en la pena que en la necesidad de proteger los intereses legítimos, limitar la duración de la detención preventiva y juzgar al detenido sin dilación.<sup>21</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, un periodo de

---

<sup>20</sup> Relator especial sobre los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, Doc. ONU: A/63//223 (2008), párr. 45.a.

<sup>21</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, Doc. ONU: CCPR/CO/70/ARG (2000), párr. 10, Moldova, Doc. ONU: CCPR/C/MDA/CO/2 (2009), párr. 19, Italia, Doc. ONU: CCPR/C/ITA/CO/5 (2005), párr. 14.

detención preventiva igual o superior a la pena que podría imponerse a la persona es desproporcionado.<sup>22</sup>

En relación a las condiciones de detención o prisión, ésta en ningún caso puede impedir el derecho a ponerse en contacto con su familia, un abogado y un médico, lo cual debe estar consagrado en la ley. Debe otorgarse facilidades razonables para comunicarse con familiares y amigos y recibir visitas. Las restricciones y la vigilancia sólo se permiten si son necesarias en interés de la administración de justicia, de la seguridad y del buen orden del establecimiento.

La detención en régimen de incomunicación debe prohibirse, y cualquier eventual restricción o demora en el acceso de las personas detenidas al mundo exterior debe obedecer a circunstancias excepcionales y durante periodos muy breves. Este tipo de detención facilita la tortura u otros malos tratos y la desaparición forzada, e incluso en algunas circunstancias puede constituir por sí misma una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante. Asimismo, la reclusión en régimen de aislamiento debe emplearse únicamente como medida excepcional, durante el menor tiempo posible, bajo supervisión judicial y con los mecanismos de revisión adecuados, como la posibilidad de revisión judicial.

### **Legislación actual**

El Relator Especial indicó su preocupación porque en los casos de terrorismo el juez puede ampliar la detención policial de las 24 horas habituales (en delitos comunes) a hasta 10 días, concluyendo que el procedimiento para decidir estas detenciones no es contradictorio y que la defensa rara vez tiene la oportunidad de recurrir esa ampliación ante el juez. Destaca la importancia de esto debido a que la brevedad de los plazos de la detención policial tiene por objeto prevenir la tortura y malos tratos a los sospechosos durante el interrogatorio. El INDH ha informado que al menos en un caso en la Araucanía se interpretó que no es necesario que un Juez de Garantía controle la detención dentro de las 24 horas siguientes a la misma, lo que hace mayor este riesgo.

El INDH ha señalado que los imputados en casos llevados de acuerdo a la ley antiterrorista, en su mayoría han sido sometidos a prisión preventiva por periodos importantes de tiempo, para terminar siendo absueltos o condenados por delitos comunes (no terroristas) con penas de cumplimiento en libertad. Conforme al artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal para el otorgamiento de la libertad provisional en lugar de la prisión preventiva, el juez deberá considerar alguna de las circunstancias que indica esa norma. En la práctica, es fundamental que se determine no sólo mirando la gravedad de la pena asignada al delito (artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal), sino también con base en un análisis sustantivo del caso que determine la existencia del riesgo procesal que se pretende mitigar fundado en circunstancias objetivas. Según ha sido determinado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup> y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>24</sup> la gravedad del delito por el que una persona es acusada no es en sí misma una circunstancia que permita presumir que el imputado incurrirá en alguna acción justificativa de la necesidad de decretar la prisión preventiva. Por ende, la determinación de la prisión preventiva determinada únicamente por el tipo de delito imputado, ignorando la necesidad de la misma y la ponderación de los elementos que concurren a éste, resulta contrario a la Convención Americana.

En la materia en análisis, dado que la pena por delitos de terrorismo es mucho más alta que la pena por el delito principal conexo, la probabilidad de que se dicte la libertad provisional es, por consiguiente, menor.

### **Proyecto de ley**

Los problemas detectados en la legislación actual en relación a los plazos extendidos de detención policial antes de efectuar la formalización se reducen sustantivamente con el proyecto

---

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr.117-123.

<sup>23</sup> Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. CIDH, 2014. Párr. 155.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez v. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 81.

de ley. Por una parte, el plazo se reduce de 10 a 5 días, debiendo aprobarlo el juez de garantía a solicitud del fiscal, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia.

No obstante, a diferencia de lo que pasa en la actualidad, se aclara que la ampliación del plazo “sólo se podrá solicitar en la primera audiencia a la que debe presentarse el detenido [m plazo es de 24 horas según las reglas generales], la que podrá verificarse con exclusión de la publicidad, con la sola comparecencia de los intervinientes”.

Además señala que “En la misma resolución que ampliare el plazo, el juez de garantía ordenará que el detenido ingrese en un recinto penitenciario y que sea examinado por el médico que el juez designe, el cual deberá practicar el examen e informar al tribunal el mismo día de la resolución”. Esto permite compatibilizar un plazo más extendido para formalizar, con los controles necesarios para garantizar que la persona detenida no sea sujeta a malos tratos durante la detención, haciendo incluso responsable al juez si incurre en negligencia grave en la debida protección del detenido.

Esta norma es similar en el proyecto de ley de Boletín 9669-07 (artículo 17), aunque en este proyecto no se especifica tan claramente la necesidad de que la resolución que amplía el plazo requiere que de todas formas se realice la audiencia de control de detención de acuerdo a las reglas generales, lo cual otorga una salvaguarda adicional al detenido.

En relación a la prisión preventiva, se establece un plazo especial de revisión obligatoria de dos meses (artículo 226 N), lo que podría contribuir a evitar la aplicación de prisiones preventivas excesivamente prolongadas. No obstante, las preocupaciones en relación a la consideración de la pena para determinar su procedencia y mantención podrían persistir dependiendo de su aplicación.

## **1.5. Menores de edad**

### **Principios generales**

Desde la perspectiva de los derechos de los niños y las niñas, se entiende que los Estados deben establecer un sistema aparte para la justicia de menores, específicamente orientado a niñas y niños. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que “los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa, deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.<sup>25</sup>

El interés superior del niño y la niña ha de ser una consideración primordial en todas las decisiones que les afecten en la administración de justicia.

### **Legislación actual**

La reforma a la ley antiterrorista del año 2010 excluyó expresamente a los menores de edad de la aplicación a la legislación antiterrorista. El actual artículo 1° de la ley establece que:

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

Por ello, se entiende que tratándose de menores de edad, quedarían sujetos a las normas de la Ley 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente.

No obstante, se ha denunciado que, con posterioridad a esta reforma, en ocasiones se ha aplicado la legislación antiterrorista a menores de edad de manera indirecta, al utilizarse pruebas

---

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, CO-17/2002 párr 137.11, y véanse párrs. 96, 109.

obtenidas con las ventajas procesales propias de la ley antiterrorista, en juicios en los que existen menores de edad imputados.

## Proyecto de ley

El proyecto de ley en su artículo 8, vuelve a excluir expresamente a los adolescentes de ser juzgados por los delitos establecidos en ella. No obstante, el inciso segundo de este artículo señala que “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 de la cuantía de la sanción a imponer a los adolescentes responsables de algunos de los delitos a que se refieren los artículos anteriores”.

Esto en la práctica implica un reconocimiento legal a que las ventajas procesales de la LAT serán plenamente aplicables cuando se trate de menores de edad imputados. Esto puede ser problemático desde la perspectiva de los derechos humanos y específicamente los derechos del niño, que exigen tener en especial consideración el interés superior del menor, en forma adicional a las garantías procesales habituales, y la mantención de un sistema de justicia penal separado y especializado para niñas y niños. Por tanto, debiera aplicarse los criterios de la legislación penal adolescente para efectos procesales, y no los de la LAT. Juzgar a menores de edad, aunque sea por terrorismo, supone una pérdida de garantías procesales en detrimento del menor, que no se justificarían desde la perspectiva de los derechos del niño.

El proyecto de ley propuesto en Boletín 9669-07 es aún menos claro en esta materia, puesto que en su artículo 5° establece que “Para la determinación de las penas que corresponda aplicar a los menores de 18 años en conformidad a la ley N° 20.084, no se considerarán las sanciones establecidas en la presente ley, sino las previstas en el Código Penal o en las respectivas leyes especiales. Lo anterior es sin perjuicio de las penas que conforme a esta ley deban imponerse a las personas mayores de edad que sean autores, cómplices o encubridores del mismo hecho punible”. Con ello tampoco se cumpliría lo requerido por la normativa internacional en relación a la protección de los menores de edad en los procedimientos penales.

## 2. Otros aspectos del proyecto de ley

El proyecto establece una serie de **diligencias y medidas especiales para la investigación de delitos organizados o complejos**, entre las cuales se encuentran algunas de las comentadas con anterioridad, y que se establecerían en el Código Procesal Penal, en los nuevos artículo 226 A al 226 U, aplicándose estas normas especiales a los delitos de “asociación criminal terrorista” y los demás establecidos por el proyecto de ley. Se señala que también se pueden decretar medidas especiales “excepcionalmente, a la investigación de todos aquellos crímenes en que se justifique fundadamente por parte del Ministerio Público que, por sus especiales características, se dificulte su investigación al punto de hacer indispensable el uso de medidas especiales de pesquisa”.

Es importante destacar que este tipo de medidas siempre y sin excepción deben darse bajo control judicial a petición del Ministerio Público.

Además, el proyecto de ley señala expresamente que “**En ningún caso podrá fundarse una condena por algún delito diferente de aquellos comprendidos en el inciso precedente en medios de prueba obtenidos en conformidad con las disposiciones de este párrafo**” (artículo 226 A inciso segundo). Esto es positivo y viene a aclarar una situación que se produce en la actualidad con la ley antiterrorista, cuando procesos llevados completamente en virtud de la ley antiterrorista y con pruebas obtenidas con las ventajas procesales de ésta, terminan en condenas por delitos comunes, pese a que esas pruebas o ventajas quizá no se habrían podido obtener si la investigación se hubiera llevado desde un inicio de acuerdo a la legislación penal común. Con esta nueva norma, se aseguraría que medidas excepcionales como las que aquí se establecen se mantengan efectivamente dentro del ámbito de excepcionalidad para el que fueron creadas.

Un punto que puede resultar preocupante es el artículo 226 L sobre **medidas anteriores a la formalización de la investigación y sin conocimiento del afectado**, que establece que con

aprobación del juez de garantía, se puede decretar el impedir la salida del país o medidas cautelares reales en base a sospechas, sin comunicación previa al afectado. También, con autorización del juez de garantía, la fiscalía puede recoger e incautar la documentación y los antecedentes necesarios para la investigación de los hechos.

La aplicación de esta serie de medidas puede resultar contraria al derecho a la privacidad, por lo que requieren salvaguardias suficientes para prevenir abusos y arbitrariedades. Estas salvaguardias incluyen la autorización de las medidas por autoridades judiciales independientes, plazos definidos de la intervención, y deben perseguir un fin legítimo especificado en la solicitud.

En cuanto a la notificación, se entiende que en la mayoría de los casos (salvo en aquellos cuando resulta evidentemente imposible), que los Estados tienen la obligación de informar a las personas que han sido objeto de vigilancia e interceptación de comunicaciones, en el momento en que la notificación ya no ponga en riesgo el objetivo por el que se llevó a cabo, límite que no se encuentra expresamente establecido en el proyecto de ley.

Esta preocupación también se extiende a los artículos 16 y 19 del proyecto de ley de Boletín 9669-07, que también establece la posibilidad de incautar antecedentes sin comunicación previa al afectado, en términos amplios que no otorgan las debidas salvaguardas.

### **3. Comentarios finales: normas constitucionales**

Es importante destacar que la Constitución chilena, en su artículo 19 n°7, letra e), contiene una disposición especial aplicable a la resolución que se pronuncie sobre la libertad de imputados por delitos de terrorismo. De acuerdo a esta norma, la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad, será conocida por un tribunal compuesto exclusivamente por miembros titulares, su aprobación o concesión debe ser decidida en forma unánime y mientras dure la libertad, el imputado estará siempre sujeto a las medidas de vigilancia que la ley contempla. Esto ha dado lugar a periodos muy extensos de prisión preventiva, y en varios de esos casos la persona ha sido finalmente absuelta. Los requisitos adicionales resultan desproporcionados, excediendo la función cautelar de la prisión preventiva.

Además, el artículo 16 n° de la Constitución señala que el derecho de sufragio se suspende “por hallarse la persona acusada (...) por delito que la ley califique como conducta terrorista”.

El artículo 17 n°3 establece que la calidad de ciudadano se pierde “por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista”. De acuerdo al artículo 53 n°4, sólo el Senado puede otorgar la rehabilitación de la ciudadanía en estos casos.

El hecho de contener estas disposiciones directamente en la Constitución está derivando en la generación de un sistema de excepción relacionado con el terrorismo, y ello está restringiendo derechos sin una base objetiva. En estos tres casos concretos, la Constitución está privando del derecho de toda persona de apelar una resolución, a la presunción de inocencia y de los derechos políticos, lo cual incluso podría resultar en uso arbitrario del derecho, abuso de poder y discriminación.

Si bien ningún proyecto de los discutidos plantea reformar la Constitución en estos puntos, al hacer un análisis sobre la legislación antiterrorista chilena de cara a los derechos humanos, resulta imprescindible hacer presente estas contradicciones que persisten a nivel constitucional.