



Art. 93. Derechos y garantías del imputado.



## DEFENSA PÚBLICA Y SISTEMA INTERAMERICANO





<b>EDITORIAL</b>	04
Acceso a la justicia y sistema interamericano Por Georgy Schubert S.	
<b>A CONFESIÓN DE PARTE</b>	06
Entrevista a Cecilia Medina Por Marcelo Padilla V.	
<b>DUDA RAZONABLE</b>	12
Un desafío interno y externo para Chile Por Georgy Schubert S.	
<b>EXAMEN Y CONTRAEXAMEN</b>	16
Haroldo Brito (Corte Suprema) y Gonzalo García (Tribunal Constitucional) Por Marcelo Padilla V.	
<b>LA GENTE HABLA</b>	24
Casos de Chile ante la Comisión y la Corte Interamericana Por Marcelo Padilla V.	
<b>TALIÓN</b>	26
El defensor público en el sistema interamericano Por Gustava Aguilar M.	
<b>EXTRATERRITORIALIDAD</b>	34
La conducta de los defensores de Ríos Montt Por Raquel Aldana	
<b>TABLA DE EMPLAZAMIENTO</b>	40
La nueva doctrina sobre la obligación de registro Por Osvaldo Pizarro Q.	
Testigos sin identidad Por Francisca Werth W.	43
Una triple afectación del derecho al recurso Por Rubén Romero M.	45
<b>ALEGATO DE CLAUSURA</b>	50
El Estado Juez Por Humberto Nogueira A.	
<b>GUARDAR SILENCIO</b>	58
Control de convencionalidad: Mismo contenido, distinta etiqueta Por Claudio Nash R.	
<b>BAJO PROMESA</b>	62
Martínez Bonatti: nudos de horror y de ternura Por Marcelo Padilla V.	
<b>OBJECCIÓN</b>	68
Mapuches y Ley Antiterrorista: el Estado bajo juicio Por Marcelo Padilla V.	





## ACCESO A LA JUSTICIA Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El presente número de **Revista 93** recorre un tema de trascendental importancia para nuestro país, pero escasamente debatido y relevado: el sistema interamericano de derechos humanos -en adelante SIDH-, el acceso a la justicia y el rol que la defensa pública debe cumplir en él.

En su rol institucional, la Defensoría Penal Pública (DPP) chilena garantiza día a día el acceso a la justicia de todas las personas que requieren de un abogado que los defienda cuando han sido imputados por un delito. Por esto, el acceso a la justicia en el SIDH resulta un tema de especial importancia para la DPP, ya que la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional impacta directamente en el ámbito nacional y obliga al Estado de Chile a actuar conforme a los tratados internacionales vigentes para nuestro país.

La interacción entre el acceso a la justicia, la defensa penal y el SIDH fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en noviembre de 2009, cuando realizaron sendas modificaciones a sus reglamentos en relación con la tramitación de casos individuales en ambas instancias.

Estos cambios tuvieron un importante efecto en el acceso a la justicia de las personas, sobre todo en relación con la creación de la figura del defensor público interamericano, en cuya base estaba la necesidad de entregar una herramienta a las presuntas víctimas para acceder a defensa y representación legal ante el SIDH.


En este sentido, recientemente la Asamblea General de la OEA -en resolución del 5 de junio de 2013, en Guatemala- reafirma la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita del derecho de defensa en el

SIDH y alienta a países como Chile, que cuentan con defensa penal pública, a promover la participación de sus defensores en este sistema, a fin de que el derecho a defensa técnica sea ejercido y garantizado desde la primera actuación del procedimiento a nivel nacional, hasta -cuando proceda- la emisión de la sentencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A través de los aportes de diferentes académicos, juristas e importantes profesionales, en este número de **Revista 93** hemos querido recorrer la trascendencia que tiene el SIDH para nuestro país, analizando el impacto que genera en Chile y su derecho interno.

En constante desarrollo, el derecho internacional de los derechos humanos representa un importante desafío para nuestro país y su ordenamiento jurídico. Todos quienes aportan en esta revista están conscientes de que no podemos sustraernos o ignorar aquello que se debata o resuelva en el ámbito internacional respecto de los derechos humanos, ni que tampoco podemos calificarlo como algo ajeno o extraño a nuestro saber jurídico.

Quienes aportan en esta edición de nuestra revista coinciden también en que Chile debe impulsar y fortalecer su participación en el SIDH, cumpliendo con la necesidad de garantizar el acceso a la justicia y la representación legal ante él. Tal como lo señala la OEA en la ya citada resolución: “El acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados”.

Avanzar en el aprovechamiento y promoción de las oportunidades es una obligación de todos los estados, Chile entre ellos. 

# A confesión de parte

Entrevista a Cecilia Medina



## “EN CHILE DEBERÍA HABER UN MECANISMO PARA CUMPLIR LAS SENTENCIAS DE LA CORTE”

Por **Marcelo Padilla V.**  
Periodista Unidad de Comunicaciones  
Defensoría Nacional

Como se notará en esta entrevista, **Cecilia Medina** explica lo difícil en simple, abordando en profundidad las razones por las que Chile debe integrarse aún más al sistema interamericano de derechos humanos. Un tema que todavía es mirado con recelo en nuestro país, no sólo por la opinión pública, sino incluso por los grupos de opinión más relevantes.



**H**ace 40 años, Cecilia Medina era profesora de derecho constitucional y su marido, el también abogado Waldo Fortín, era fiscal de Codelco. En noviembre de ese año y tras mucha presión de amigos y conocidos, ambos aceptaron partir al exilio junto a sus tres hijos. Primero Argentina, luego la RDA y después Washington, donde Fortín trabajó directamente con Orlando Letelier, “a quien mataron a los pocos meses, en un auto en que mi marido se iba todos los días, junto a mi hija”, recuerda la abogada.

De ahí se fueron a Holanda y no se movieron más hasta 1990, cuando volvieron a Chile. Entre medio, Medina se especializó en derecho internacional. Tanto, que al volver creó el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile junto a José Zalaquett –lo dirigió hasta junio del año pasado- y antes integró y presidió, incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Cecilia Medina habla desde ‘adentro’...

**En Chile se asume que la reforma procesal penal fue un gran avance, que modernizó el sistema de justicia. ¿Cuál es su visión y cuáles podrían ser los temas pendientes hoy?**

No sé si fue un gran avance, pero sí un avance, porque el sistema previo era absolutamente incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos. El hecho de que se haya creado la Fiscalía y se haya separado al fiscal del juez es una buena cosa. Ahora, en esta nueva reforma el defensor tiene un problema mayor, porque depende del gobierno, y lo que se necesita es una Defensoría independiente. No que no sea del Estado, pero sí independiente. Es un problema mayor, según lo que uno piensa que debería ser una estructura de defensa pública en el país, porque depende del gobierno, no del Estado. O sea, está bajo la férula de un ministro del gobierno. Eso no es bueno, sobre todo si el fiscal es independiente.

**A nivel comparado, ¿cómo es en otros países?**

En general, las defensorías en otros países son completamente independientes, tal como lo han recomendado la OEA y las Naciones Unidas. En Chile no se me ocurre por qué sería políticamente inconveniente, porque si el defensor es independiente, tiene el respaldo de su propio trabajo y nada más. Estoy escribiendo algo sobre el debido proceso para un libro y he visto que todos los países de Latinoamérica que han hecho estas reformas -unos antes y otros después- están en un debate intenso sobre defensores y seguridad ciudadana. En el caso chileno, de a poco se está transformando el paradigma

que era esta reforma, donde iba a haber un fiscal, un acusado y un juez. Eso se está deformando cada vez más, porque la víctima está teniendo cada vez más poderes. Si sigue así, esto va a ser un desasimio de lo que se había hecho.

En el proceso mismo, lo típico es que haya dos partes y un juez arriba. Pero ahora estamos agregando a la víctima. Entonces el acusado va a tener al menos dos contrincantes, lo que hace al proceso muy injusto. En el sistema interamericano, al principio era la Comisión sola y luego la Comisión y la víctima. Entonces empezaron a alegar los Estados, pero como son dos contra uno se modificó eso y se sacó a la Comisión como contraparte, porque era contrario al debido proceso. En Chile estamos poniendo a la víctima como contraparte, pese a tener a un fiscal que está de ese mismo lado contra el acusado. El triángulo ya no es un triángulo, sino un cuadrado con un lado corto, con la pata coja. Tal como está empezando a desarrollarse, la reforma no me gusta tanto. La señal no me gusta. Tampoco sé cuán eficaz está siendo lo que hay ahora.

**Pareciera que ya existe una dinámica de funcionamiento instalada que se evalúa bien, pero también con vicios que se están instalando, como el altísimo archivo provisional de causas o la presión pública permanente sobre el tema de la seguridad...**

Creo que eso es lo peor, porque se pelean el título de chivos expiatorios los jueces de garantía con los defensores. Para el público, si no es uno es el otro. Y se habla de una ‘puerta giratoria’ que, si uno mira las estadísticas, no es cierta.

## LIBERTAD VERSUS SEGURIDAD

**En medio de ese debate permanente sobre seguridad pública, muchas voces parecen dispuestas a ceder libertad en pos de mayor seguridad ¿Cuál es su visión sobre ese conflicto?**

El conflicto es claro, porque en la medida que uno cede libertades, está más en las manos del poder. Sobre todo si estas libertades son cedidas en favor de un cuerpo como el de Carabineros o los detectives, que tienen una habilidad desarrollada para perseguir. Lo más probable es que sea muy perjudicial, no hay que ser adivino. Por algo se eliminó la detención por sospecha. La gente tiene la torpe idea de que puede ceder libertades, porque no son las de ellos, hasta que uno se ve en un lío, lo cual no es para nada imposible. Y eso se ve claramente en los jóvenes, sobre todo pobres.





Uno siempre tiene que pensar que la libertad que cede no es la del otro, sino la propia, pero de eso no se dan cuenta. Y en los medios no está ninguno de estos debates, porque en general no hay personas en ellos que se hayan especializado o hayan hecho la reflexión sobre lo que hay detrás de esta idea de los derechos humanos, de por qué son útiles. Eso en Chile no se ha desarrollado nunca. Llegué en 1990 y lo primero que quería era hacer cursos para periodistas. Logré reunirme con tres o cuatro y todos me dijeron que era inútil, porque no tenían ninguna libertad para escribir lo que quisieran, pues quien tenía realmente la libertad de expresión era el dueño, cosa que entiendo.

**En el mismo contexto, se da en Chile una fuerte presión de los medios y de ciertos sectores por más cárcel y más represión... ¿Qué reflexión le merece esta idea y cuál es la tendencia internacional, al menos en la región?**

Creo que en la región deben estar todos más o menos en lo mismo, porque somos todos cortados por una misma tijera. En Europa están en otra situación. Viví trece años en Holanda, y ahí hay una serie de características de la detención que ya se las quisiera uno acá. Primero, la detención preventiva larga no existe. En el capítulo que estoy escribiendo me he encontrado con detenciones de once años sin término de juicio; nueve años, veintiún años en otros países, no aquí, para que se haga una idea de lo que es Latinoamérica.

En Holanda eso no sucede. El juez tiene la libertad de aplicar la pena a su entero arbitrio y discreción. De partida, no tiene pena mínima, de modo que puede sancionar con un día de cárcel o decidir que un caso no merece pena. Sí tiene límite para la pena máxima. Es otra manera de mirar. Las personas condenadas a la cárcel tienen un índice de reincidencia de 10 a 15 por ciento. Todos los demás no delinquen nunca más. Esa es la diferencia. Acá, si miramos eso no más, la cárcel es una afectación a la libertad personal, la afectación de un derecho. Y para que un derecho se pueda afectar sin violar la Convención, se necesita probar -entre otras cosas- que la limitación es conducente para el objetivo. ¿Qué objetivo hay al meter a una persona a la cárcel? ¿Sólo encerrarla? Si es así, repongamos la pena de muerte...

## MIRADA GLOBAL

**¿Falta, entonces, una mirada global desde el Estado, que enfoque el problema completo?**

Absolutamente. No sólo del Estado, sino de la sociedad, porque cuando ésta impulsa los gobiernos ceden, los congresistas ceden, todos ceden. Además, los miembros del Congreso no se molestan en sentarse a reflexionar. Cuántas veces los académicos les han dicho que la pena de cárcel no disuade a nadie que delinque. El aumento de la pena les da lo mismo. Entonces no tiene ningún sentido, porque hay hacinamiento en las cárceles, allí ahora se aprende realmente cómo infringir la ley permanentemente. O sea, no hay nada bueno en ellas... Y las cárceles de Latinoamérica son para ponerse a llorar.

**Se ha debatido sobre los niños imputados decenas de veces como infractores de ley, pues no existe ninguna institución estatal que intervenga su realidad integral...**

Es que todo esto es una concepción de la sociedad que viene de muy atrás. Es bastante difícil cambiarlo, porque llevamos muchos siglos. El otro día di una charla y un alumno me reclamaba que él era pro derecho a la vida, porque yo sostenía que la prohibición del aborto es una violación de los derechos de la mujer. Le dije 'mira, lo que estás diciendo, en el fondo, es que el feto tiene derecho, pero el recién nacido, de ahí para adelante, ya no'. Porque, ¿para qué nacen los niños en las poblaciones pobres, las familias de un hombre borracho que embaraza a la mujer cada tres días? Vienen a sufrir y entonces no tienen derechos humanos, porque no hay un Estado que los va a cuidar, tampoco la iglesia. De ahí viene todo. Todo empieza en la manera como concebimos nuestra sociedad. Y para cambiar eso pasarán generaciones.

Ahora, sí creo que mucho ha cambiado. Tengo 77 años, he vivido muchísima vida y puedo dar fe de las diferencias que hay entre cuando yo tenía 17 años y hoy día, pero permanecen una serie de cosas. Algunas familias han hecho el paso y se han abierto a los homosexuales, a los transexuales o a los travestis, que son vistos como un problema mayor... Es una lucha por un cambio cultural de generaciones. Lo mismo pasa con la gente que delinque, que es mirada como si no fuera un ser humano, un otro que no soy yo. Y cuando uno divide a la sociedad entre los otros y yo, estamos muy mal.

## DEBATES PENDIENTES

**A propósito del aumento de los casos que llegan a la Comisión o a la Corte desde Chile en los últimos años, ¿hace falta un debate sobre el control de convencionalidad en la judicatura? ¿Cree que ese control ocurre realmente en Chile?**



No creo siquiera que se hayan puesto a pensar si esto es o no un control de convencionalidad, porque hasta hace pocos años el sistema interamericano no existía en Chile. Recuerdo un par de ex presidentes de la Corte Suprema, previos a Urbano Marín, en el contexto del caso Almonacid. Interrogaron al presidente de la Corte y dijo: “No, no, no. Esto no nos afecta, no tiene nada que ver con nosotros”. O sea, ni siquiera admitía la obligatoriedad de un tratado en su quehacer. De ahí para acá hemos progresado. De hecho, empezaron a dejar de lado aplicar la amnistía, por ejemplo, pero lo que hacen es aplicar un invento que se llama la ‘media amnistía’, que evita a estos tipos ir a la cárcel.

En el tiempo de la Presidenta Bachelet hubo un caso, el de Claude y Reyes, sobre libertad de expresión, y como consecuencia de ese fallo, la Corte ordenó a Chile que estableciera una ley de acceso a la información que contemplara determinadas cosas. La Presidenta Bachelet presentó el proyecto y la ley finalmente se aprobó. Pero son como perlititas.. En el caso de “La última tentación de Cristo”, lo que le dijo la Corte a Chile fue que tenía que cambiar su Constitución. Como ya había mucho debate, se aprovechó esta sentencia para lograrlo y cambiar el Consejo de Calificación Cinematográfica, que autorizó la película, aunque la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema dijeron que no.

Eso es algo que los periodistas debieran leer, la sentencia de la Corte de Apelaciones y la refrendación de la Corte Suprema sobre ese caso, donde invocan la dignidad de Cristo, la realidad de la vivencia de Cristo como hombre. Es una sentencia increíble. Lo mismo que la sentencia de Karen Atala... realmente espeluznante. Cuando llegó ese caso a la Corte Interamericana yo ya no estaba ahí y no podía concebir que

no fueran a conceder lo pedido por Karen Atala, porque esa sentencia era una aberración.

La Corte Suprema lo hizo para tratar de acomodar sus convicciones con la ley. Le dijeron: ‘Señora, usted puede ser lesbiana si quiere, pero si entra a practicarlo afecta el interés superior del niño, porque las niñas van a ser discriminadas -como si no lo hubieran sido al aparecer en todos los diarios-, de modo que es mejor que vivan con el papá’. Nadie puede concebir algo así. ‘Mire, le vamos a negar a usted este derecho, porque la sociedad discrimina. Y si la sociedad discrimina a sus hijas, para evitarlo yo le quito el derecho a usted’. Vale la pena leer esas sentencias y enterarse de lo que son.

#### **La OEA y la ONU han señalado la necesidad de aumentar los niveles de autonomía de las defensorías públicas del continente ¿Cuál es el beneficio de ello?**

El defensor tiene que defender a personas frente a un órgano del Estado y para eso no puede tener ninguna traba política. Si depende del Ministerio de Justicia, la potencialidad o posibilidad de una traba política -no digo que exista, no tengo idea- está ahí. La asociación de defensores públicos de la región, la Aided, hizo un convenio con la Corte Interamericana, que modificó su reglamento y creó la figura del ‘defensor interamericano’, que sería elegido entre los defensores públicos de los países miembros. Y varios Estados ya lo están haciendo, como Argentina. Antes había países como Guatemala, donde sus defensores -independientes- dijeron ‘mire, el defensor debe usar todas las instancias disponibles para defender a la víctima, que no se acaban en la Corte Suprema de cada país, porque es un recurso ir al sistema interamericano. Entonces, ¿por qué yo, que soy el defensor de esta persona, no puedo seguir hasta arriba?’.



Por supuesto que los defensores pueden seguir adelante. Lo contrario sería como decirle 'no, usted puede llegar a la primera instancia nomás, no puede apelar'. Por supuesto que pueden llegar, pero los defensores chilenos para eso necesitan el acuerdo del Ministerio de Justicia. Así funciona, y por lo tanto, mientras dependan del Gobierno están sujetos a la decisión política.

El problema es que ven al defensor como un funcionario público que depende del Estado y que, por lo tanto, no puede litigar contra él. Pero eso hacen los guatemaltecos, los argentinos, los brasileños. Existe hace años, antes de que se creara la figura del defensor interamericano y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (Aidef). Precisamente por eso se creó esa asociación, con defensores de todos los países. Todos ellos son potenciales defensores interamericanos.

**¿A qué atribuye que, con los años, haya aumentado la cantidad de casos chilenos llevados ante la Comisión y la Corte?**

Creo que esto se ha debido a que el tema se empezó a enseñar en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. En 1992 empezamos a hacer cursos para jueces y abogados sobre derecho internacional de derechos humanos para toda Latinoamérica. Traíamos a la gente por quince días o tres semanas y era intensivo. Ahora hay un *corpus* de pensamiento que no había en Chile en 1990. En Argentina, por ejemplo, el tema entró en 1983 con Alfonsín, de modo que cuando nosotros teníamos tres casos ante la Corte, Argentina ya tenía 500. Ellos desarrollaron el sistema. Acá los primeros casos fueron los temas de libertad de expresión, porque parece que eran los que menos molestaban y se podía llegar a la Corte sin muchas consecuencias.

El caso Almonacid fue en 2008, y fue el primero de ese tipo que nos llegó desde Chile, pese a que la Corte hablaba de los desaparecidos desde 1986, cuando terminó el primer caso de desaparecidos en Honduras. Lo novedoso que tiene Chile es que por primera vez se han fallado casos que no tienen que ver con la protección política ni con la libertad de expresión, sino con la discriminación (Karen Atala) y otros temas. Y creo que es primera vez que a la Corte le toca un caso así, de cualquiera de los países. Pero creo que hay algo en Chile, que hoy está mucho más fuerte en materia de religión de lo que ya estaba antes. El aborto terapéutico existía desde 1934, 1935 y se terminó en 1988, en los finales de la junta. Y no ha sido posible reponerlo. No se ha podido modificar.


## MECANISMO PARA SENTENCIAS

**En otros países existe en la legislación interna una figura como la nulidad de juicio y sentencia, en caso de que la Corte Interamericana dicte un fallo en contra del Estado. En Chile no ¿Qué le parece?**

En Perú hay una ley así, también en Argentina, por decisión de la Corte Suprema de ese país. Colombia también. Aquí no, y no tengo ninguna esperanza de que la Corte Suprema decida hacer algo semejante. Por eso es que no existe un mecanismo de reparación en caso de error. En Chile debería haber algo más amplio, un mecanismo para cumplir todas las sentencias de la Corte. Una ley que decida cómo se va a cumplir cada tipo de sentencia. La Corte sentencia y el Estado debe cumplirlo, pero para eso debe haber mecanismos. Hay gente que me dice... 'Pero cómo, si esto es de un tribunal extranjero?... No, no lo es, es un tribunal internacional, es legislación vinculante en Chile. Es legislación chilena.

El tema no avanza porque, como veíamos, la mentalidad en Chile es que no hay que tener compasión con el delincuente (...). No hay argumento legal. No es sólo judicializar todo, sino criminalizar todo.

**Se ha cuestionado mucho en Chile el uso de la Ley Antiterrorista. Desde el punto de vista de la Convención, ¿qué opinión le merece ese debate?**

Esa ley está llena de incompatibilidades con la Convención, por el problema de los testigos secretos, por ejemplo. Existe en algunos países la posibilidad de tenerlos, pero están llenos de resguardos para el acusado. Tiene que intervenir directamente el juez, quien debe hacer las preguntas que debiera hacerle el defensor, para saber si es un testigo imparcial. La ley antiterrorista no pasaría ese test. Lo mismo pasa con la llamada 'Ley mi cabo' o con la 'Ley Hinzpeter'. Estoy segura que son incompatibles con la Convención, porque el debido proceso está hecho para proteger al acusado, no para hacerlo caer en trucos para meterlo a la cárcel. Además, hay otras cosas erradas acá, como la publicación de imágenes de personas imputadas. Todo eso es anticonvención, porque hay una presunción de inocencia y se atenta contra ella cuando haces aparecer a la persona como culpable. 



# EL ACCESO A LA JUSTICIA: UN DESAFÍO INTERNO Y EXTERNO PARA CHILE

Por **Georgy Schubert S.**  
Defensor Nacional

El Defensor Nacional explica por qué el derecho de las personas a denunciar ante la Comisión y a ser representado ante la Corte Interamericana debe ser parte de la obligación del Estado de Chile de proteger el acceso a la justicia.

Las importantes reformas a la justicia realizadas en Chile y el desarrollo en el ámbito de los derechos económicos y sociales han significado un permanente desafío de avanzar en los más diversos ámbitos. Uno de ellos ha sido mejorar el acceso a la justicia, como forma de garantizar y materializar los derechos que un estado democrático entrega a los ciudadanos y que han sido reconocidos en tales reformas.

Junto con este desarrollo, Chile se ha insertado progresivamente a nivel internacional, mediante la suscripción de diversos tratados de derechos humanos. Sin embargo, ese reconocimiento no asegura que estos derechos se materialicen efectivamente a nivel interno.

Se produce, entonces, una brecha entre lo que el país reconoce a nivel internacional y lo que el derecho interno ofrece como herramienta para su concreción efectiva. Pero se avanza, pues estas diversas reformas sustantivas, procedimentales y orgánicas se inspiran en derechos y garantías reconocidos internacionalmente y buscan adecuar a ellos las leyes y mecanismos internos.

En el ámbito de la justicia, el derecho a la jurisdicción es visto como el eje central para que las garantías consagradas en leyes y tratados puedan materializarse. Sin que los individuos puedan demandar activamente la tutela efectiva de sus derechos, su consagración en tratados y leyes resulta vacía. Sin protección judicial, los derechos son meras declaraciones.

Esta protección se consagra en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, donde se dice que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o efectivo ante jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun si ello es cometido por personas que actúen ejerciendo sus funciones oficiales.

Esta norma representa la materialización del acceso a la justicia, concepto que debe entenderse como más amplio que el derecho a la jurisdicción, pues debe incluir el acceso a mecanismos de tutela y protección efectiva de derechos no sólo en el ámbito nacional, sino también en el internacional, cuando éstos no han sido respetados en su país de origen. Este es el caso del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).

La posibilidad de acceder a tribunales nacionales -derecho a la jurisdicción-, con todo lo que ello comprende -derecho a la defensa, a la acción y a la legitimación procesal-, tiene también su contraparte internacional.

### ACCESO A LA JUSTICIA

Aún en las concepciones más restrictivas, el acceso a la justicia comprende el derecho a un juicio justo y el acceso a los tribunales, contemplando que deberá poder disponerse de un letrado cada vez que su intervención sea necesaria.

El Estado está obligado a remover los obstáculos que puede enfrentar una persona para acceder a la protección de sus derechos. Éstos se dan por la combinación conjunta de factores económicos, físicos, geográficos, normativos y socioculturales, entre otros. En las soluciones dadas para superar los de tipo económico, por ejemplo, muchos estados contemplan la asistencia letrada gratuita.

En Europa el acceso de quienes no tienen recursos económicos ha sido esencialmente entregado y regulado por los colegios de abogados, con aporte de financiamiento estatal. En nuestra región se han desarrollado las defensorías públicas, con recursos, organización, dependencia y funciones variadas, aunque progresivamente con una idea común: ser parte esencial de la materialización del acceso a la justicia.

Así lo han declarado sucesivas resoluciones de la Organización de Estados Americanos (OEA), que reconocen que una de las formas en que se materializa este acceso es a través de la actuación profesional de un abogado que represente a quien demanda la protección de sus derechos.

Aquí hay que distinguir entre la defensa como garantía de acceso a la justicia para quienes no poseen recursos y la defensa como garantía judicial mínima e irrenunciable (Art. 8.2 del Pacto de San José).

Esto significa que en materia penal, el Estado debe entregar defensa no sólo a quienes carecen de recursos, pues ésta es un elemento esencial de un juicio justo, por lo que debe estar presente más allá de la condición socioeconómica de la persona sometida a juicio criminal. En los demás ámbitos, el Estado debería entregarla a partir de su obligación de remover los obstáculos económicos para acceder a la justicia.

Así, una característica común de las defensorías en Latinoamérica es que brindan asistencia letrada a todos quienes carecen de recursos para un abogado y necesitan representación penal, laboral, de familia o administrativa -entre otras-, aunque se organicen de diversas maneras.

En Chile el cumplimiento de esta obligación está fraccionado. Para el ámbito penal -y dentro de la competencia del sistema procesal penal vigente desde 2000- existe la Defensoría Penal Pública, que garantiza defensa a toda persona imputada de un delito. Para las víctimas, la legislación ha entregado, en general, la posibilidad de que sean un interviniente, aún en oposición al interés fiscal representado por el Ministerio Público.

En otras materias, el acceso a la protección judicial efectiva está atomizado en instituciones muy diversas y con aportes de distinto origen estatal, como la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ), diversos programas del Ministerio del Interior, municipios y otras.

También existe participación de particulares a través de clínicas jurídicas de universidades y organizaciones no gubernamentales (ONG), aunque en algunos ámbitos la posibilidad de intervención sigue siendo escasa o nula, como en el caso de civiles víctimas de delitos de competencia de la justicia militar.

Principalmente en los ámbitos no penales -laboral, familia, administrativo, civil-, el Estado busca cumplir con su obligación a través de las CAJ. Más allá de la compleja discusión sobre si esa institución cuenta o no con los recursos necesarios o sobre su diversa organización y normas de funcionamiento (está dividida en cuatro corporaciones, cada una con un directorio y con políticas no idénticas de prestación de servicios), todo ello complejiza el acceso de las personas a la satisfacción de sus demandas.

Si se permite la analogía de que el acceso a la justicia es la llave para que las personas puedan abrir la puerta para obtener respuesta y solución de los órganos competentes, en Chile se debe contar con un manojito de llaves para materializar el derecho a la jurisdicción y protección de los derechos.

Además de esta atomización, hay áreas que -por deficiencias normativas- no permiten un real acceso a la justicia, independiente de si se cuenta o no con un abogado, como ocurre en el derecho migratorio y en la ejecución de penas.

En otros sectores el Estado entrega acceso a la justicia fuera de una institucionalidad comprensiva tanto de la Defensoría Penal Pública como de las CAJ, a través del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), el Servicio Nacional de Menores (Sename), el Servicio Nacional de la Mujer (Sernam) y el Programa de Justicia Vecinal, entre otros. Y a pesar de esta pluralidad de prestadores, hay espacios que aún no tienen una institucionalidad responsable, como la representación de intereses colectivos o difusos.

Por lo expuesto, pese al desarrollo existente y a los recursos invertidos en la entrega de servicios de asistencia letrada, gratuita y profesional, la atomización de los servicios es un obstáculo importante para quienes buscan acceso a la justicia, porque no es fácil distinguir claramente hacia quién y dónde dirigirse. Las múltiples ventanas de atención hacen que el acceso se dificulte a tal punto que, en muchos casos, sea imposible materializarlo.

Chile debe enfrentar el desafío de entregar un servicio que supere esta atomización, para facilitar al usuario la comprensión del sistema y la búsqueda de una respuesta en la forma de demandarla que no condicione el real acceso que se garantiza.

En materia penal, la Defensoría ha buscado avanzar en esto, favorecida por su presencia nacional y su competencia en las materias que atiende. Sin embargo, es frecuente que conozcamos demandas que incumben a la protección y defensa de derechos sociales, económicos y políticos a los que no podemos dar respuesta. En estos casos, al no dar una adecuada derivación, se compromete el derecho de acceso a la justicia y su tutela efectiva.

### ¿ACCESO INTERAMERICANO?

A nivel internacional, cabe preguntarse si la obligación de acceso a la justicia que obliga a los Estados a asegurar el derecho a la jurisdicción alcanza a convertirse en parte de la obligación de ese mismo Estado respecto del acceso al sistema interamericano de justicia. En otras palabras, ¿cómo se materializa el derecho de una persona a llevar su caso ante el sistema interamericano de derechos humanos si carece de los medios para contratar un abogado particular o no es representado por una ONG?

Buscando dotar de mayores posibilidades de acceso a las presuntas víctimas, en 2009 se reformó el reglamento de la Corte Interamericana. La Comisión quedó reservada como órgano del sistema interamericano y se modificó su rol en la formación de la prueba y en la presentación de la demanda, pues ya no la presenta, sino que remite un informe de fondo con los antecedentes y conclusiones recabados en la fase preliminar.

Por estos cambios, se definió entonces una nueva figura: el defensor interamericano, que según el artículo 2.11 del reglamento será la persona que designe la Corte para que represente legalmente a una presunta víctima que no ha designado un defensor por sí misma.

El artículo 37 agrega que la Corte podrá designar un defensor interamericano de oficio. Se consagra así el derecho a defensa técnica de quienes llegan a la Corte, sobre todo porque esta representación puede no existir en la etapa previa ante la Comisión. La figura del defensor interamericano se transforma así en una manera de materializar la igualdad entre los contradictores, evitando que barreras económicas impidan la representación legal. Sin duda, un avance en el acceso a la justicia.

El acuerdo suscrito en 2010 por la Corte y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (Aidef) establece que cuando se requiera, ésta designará a un abogado para que represente y defienda legalmente a las presuntas víctimas sin recursos suficientes o sin representación legal ante este tribunal internacional. Se ha interpretado, además, que la formulación de la norma no implica que estos defensores sólo puedan representar a quienes no tengan los medios para financiar un abogado particular.

Esta reciente normativa impone importantes desafíos para Chile y la Defensoría Penal Pública. Siendo parte de la Aidef, el país debe participar de este mecanismo elegido por la Corte. Es una modalidad transparente, independiente de la Corte y basada en la importante autonomía funcional con la que cuentan las defensorías de la región.

Lo anterior es trascendental, pues Chile no cuenta con una defensoría constitucionalmente autónoma, aunque ello no ha sido obstáculo -y no debería serlo en el futuro- para la participación de la DPP en esta instancia, reforzando su rol institucional y materializando los deberes a los que Chile está obligado internacionalmente.

En abril pasado, la Facultad de Derecho y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile realizaron un estudio sobre acceso a la justicia en el sistema interamericano, en que se enfatizan los efectos sobre este derecho que tuvieron los cambios realizados al reglamento en 2009.

Partiendo de la premisa de que la representación legal en la tramitación de las causas es uno de los factores claves para entregar acceso a la justicia, se investigó cómo se materializó esta representación en casos individuales que se litigaron ante la Corte.

El estudio concluyó que en más del 60 por ciento de las causas tramitadas tanto en la Comisión como en la Corte, las víctimas fueron representadas por diversas ONG, un 25 por ciento por abogados particulares y sólo entre 2 y 6 por ciento por defensorías estatales o del pueblo.

Aunque estos datos son de un período breve y reciente, lo anterior debe llamar la atención de todos los países sobre el rol que debe cumplir el defensor público interamericano. La baja presencia de éstos, versus la alta participación de ONG refleja

-sin duda- la centralidad y captura de la protección internacional de derechos humanos por este tipo de organismos y el desapego que muestran muchos de nuestros Estados en este tema.

El estudio avanza más y hace propuestas sobre el defensor público interamericano. Por ejemplo, dice que la clave de la representación legal no parecería centrarse en la etapa de la tramitación en la que el defensor debería intervenir -aunque releva que debería darse también ante la Comisión-, sino en la especialización que esta defensa debe tener.


Ello implica la formación de los defensores interamericanos en el derecho internacional de derechos humanos y, sobre todo, en el sistema interamericano de derechos humanos.

Parece claro, entonces, que entregar a las personas el derecho a denunciar ante la Comisión y a ser representado ante la Corte Interamericana debe ser parte de la obligación de los Estados de entregar acceso a la justicia.

Hay consenso en que este acceso debe entregarse tanto en el ámbito interno como externo, pudiendo cada ciudadano activar los sistemas de protección del derecho internacional.

El defensor público interamericano fue creado para materializar esta garantía, dando a todos los países de la región el poder de participar a través de sus defensorías.

No cabe duda que para Chile persisten algunos desafíos y definiciones que hacer, a partir -por ejemplo- de la señalada atomización existente en la esfera interna. Superada esta definición inicial, Chile debe avanzar para alcanzar una mayor participación en el sistema interamericano, tanto en la representación legal de presuntas víctimas como en la formación y capacitación de quienes la ejercerán.

De lo contrario, se incumplirían las obligaciones internacionales contraídas, entregándose su ejercicio a un número reducido de ONG o instituciones, todas con legítimos objetivos, pero que podrían no representar adecuadamente los intereses de las presuntas víctimas, dañando severamente su derecho de acceso a la justicia. 



# HAROLDO BRITO Y GONZALO GARCÍA

Por **Marcelo Padilla V.**  
Periodista Unidad de Comunicaciones  
Defensoría Nacional

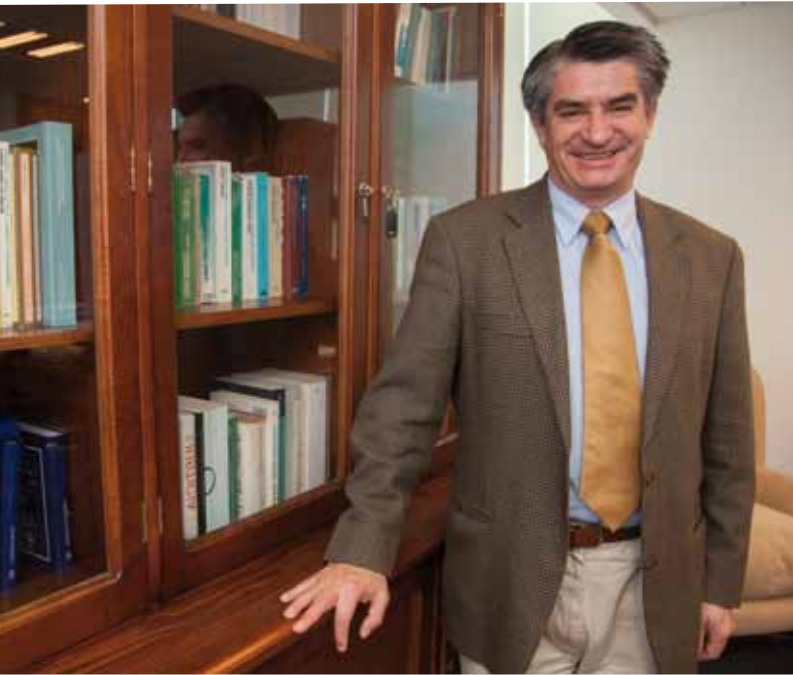
Ambos son abogados y profesores. Uno es experto en derecho constitucional, fue subsecretario de Marina y luego de Guerra, y actualmente integra el Tribunal Constitucional, donde remplazó a Mario Fernández en abril de 2011 para luego, en marzo pasado, ser designado por el Senado por un período de nueve años.

El otro es juez, ámbito en el que ha desarrollado una brillante carrera en distintas instancias, que le permitieron llegar en 2008 a la Corte Suprema, nombramiento para el que fue ratificado por unanimidad por el Senado.

Son Gonzalo García (48) y Haroldo Brito (64), quienes en las siguientes páginas explican su visión sobre la importancia del sistema interamericano de derechos humanos y el rol de nuestro país en el debate sobre su vigencia y promoción, entre otros temas.







**¿Cómo evalúa usted el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el de la Corte -como tribunal internacional- en el desarrollo de los derechos humanos en América Latina en general y Chile en particular?**

**Haroldo Brito:** lo evalúo positivamente, ya que el sistema interamericano de derechos humanos ha contribuido decididamente al fortalecimiento y comprensión no sólo de los derechos humanos, sino también de aspectos relevantes relacionados con la gobernabilidad de la región, jugando un rol importantísimo en la defensa de los derechos humanos durante el período de dictaduras en Latinoamérica, lo que sin duda se aplica a Chile.

**Gonzalo García:** mi evaluación es de menos a más. Tuvimos gravísimas violaciones a los derechos humanos en el continente, como para sentir que existe una historia que es un continuo. En estricto rigor, tuvimos una acción jurisdiccional muy débil frente a regímenes de fuerza que se escabullían del sistema. Nosotros mismos acogimos la Convención Americana y se postergó su publicación, a objeto -desde algún punto de vista- de desligarse de las obligaciones que significaba ser parte del sistema interamericano, aun cuando nuestro país fue objeto de un ejercicio de tutela relevante de los organismos internacionales en materia de derechos humanos. Obvia-

mente, estamos en una etapa distinta, que ha ido de menos a más, afirmación que puede ser válida para casi todo el continente, más en un sentido meramente proporcional. No quiere decir que estemos en una situación óptima.

Estamos muy lejos de los estándares de tribunales de derechos humanos como el europeo, que es parte cotidiana de la estructura de los derechos nacionales en este nivel en todos esos países. Estamos en una etapa expectante, a punto de ingresar a una dimensión nueva, a partir de las reflexiones sobre el control de convencionalidad, tema sobre el que los gobiernos no tienen una opinión común. Es bastante conocido que algunos impugnan hoy día el propio sistema interamericano, al punto que está dentro de su escenario renunciar a él, cosa que me parece -obviamente- un retroceso. Eso revela un par de cosas no menores. Uno, que el sistema interamericano de derechos humanos reconoce que los derechos no son ni de izquierda ni de derecha, sino que son humanos, fundamentales a todas las personas del continente. Y segundo, que hoy día parecen penetrar en otras esferas de los derechos de las personas. Ya no se trata únicamente de una determinación de la defensa de los derechos básicos, en el marco de estados de derecho excepcionales.

**Distintos expertos relevan el rol de la Comisión en este sentido... ¿Cree usted que los jueces y magistrados chilenos incorporan en su trabajo los criterios emanados desde este organismo internacional?**

**HB:** diría que actualmente, y cada vez más, los miembros del Poder Judicial chileno integran en sus propias resoluciones jurisprudencia y dictámenes emanados del sistema interamericano de derechos humanos e, incluso más, del sistema universal de derechos humanos. Baste para ello ver resoluciones relacionadas con exigencias de debido proceso -no sólo en el proceso penal, sino también en el laboral-, con la garantía de otros derechos constitucionales por medio del recurso de protección.

**GG:** nosotros no nos destacamos por integrar los criterios del sistema interamericano, sean los de la Comisión o los de la Corte. Es absolutamente episódico, pero habría que mirar por qué acontece eso. Da la impresión de que primero el estudio de los procedimientos ante la Comisión y la Corte, y después el análisis de la jurisprudencia -en particular de la Corte Interamericana- sólo llega muy de tarde en tarde. No hay un ejercicio sistemático para estudiar esos contenidos. Entiendo



que la Academia Judicial sólo en el último tiempo ha tendido a tener un análisis un poquito más sistemático de ellos.

Puede que opere mentalmente, en la lógica de las escuelas de derecho, una cierta idea de que este es un derecho extraño, casi anecdótico, en circunstancias de que es derecho chileno, vinculante para nuestro ordenamiento. Entonces, esto ha venido como una dimensión gradual, paso a paso. Se ve que hay inquietud en algunos operadores jurídicos por integrar estos contenidos, pero por ahora quedan más bien como esfuerzos aislados.

Hasta ahora hay que sacarle el sombrero, por ejemplo, al esfuerzo que ha hecho la revista del Centro de Estudios Constitucionales, por incorporar una reflexión muy sistemática sobre el análisis de cuestiones de convencionalidad para relevar los fallos de la Corte Interamericana y entiendo que también ese núcleo de esfuerzos lo ha hecho a objeto de integrar alguna aproximación a la propia Academia Judicial. Uno esperaría que estas cuestiones germinaran un poquito más.

Pero, por ejemplo, no conozco ningún diplomado, ningún magíster que ponga énfasis en las dimensiones del derecho internacional de los derechos humanos. Obviamente que hay cursos, segmentos, secciones... el Centro de Estudios de la Universidad de Chile... uno no puede si no recordar el trabajo de Cecilia Medina, Claudio Nash, Humberto Nogueira, José Zalaquett. Mi homenaje para ellos. Pero, por ahora, no han logrado trasuntar la reflexión jurídica en toda su integralidad.

**¿Cómo incorpora usted, desde su rol específico, los tratados internacionales vigentes en Chile o la normativa interamericana de derechos humanos, en particular?**

**HB:** como norma legal vigente.

**GG:** la principal reforma que ha tenido la Constitución de 1980 fue la del artículo quinto, que integró los tratados internacionales como un estándar de interpretación de nuestros derechos. No podemos tener un estándar inferior al establecido en esos tratados. A eso nos obligamos cuando los suscribimos y ratificamos. Como juez constitucional, me ha tocado sistemáticamente integrar contenidos de esos tratados en diversos fallos sobre las materias más disímiles. Cuestiones de debido proceso -con reglas de la Convención Interamericana-, de extranjería, sobre estatutos relativos

a refugiados, de Convención de los Derechos del Niño, de derecho del trabajo derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de derechos políticos señalados en la Convención Americana. En fin, por lo menos en lo sistemático, soy uno de los jueces que reiteradamente hace alusión a este estándar, para decir que nuestros derechos constitucionales se concretizan en estos estándares básicos que están en el ámbito de los tratados. Probablemente, no a objeto de tomar una sentencia de la Corte Interamericana y aplicarla directamente, sino que en el espacio interpretativo propio, acoger las tesis sobre artículos que nunca, probablemente, han sido tratados por la Corte Interamericana, en algunos casos.

En esto hay un punto que tiene que ver con dos tipos de reflexión. Hay un debate técnico, de especialistas -que ha sido el predominante en nuestro país-, que tiene que ver con el rango a partir del cual integran los tratados internacionales el orden interno. Si ese rango es supranacional, es reforma constitucional, es infra constitucional pero superior a la ley. En fin, un debate técnico. Otro debate técnico es la argumentación a partir de la cual tú integras el ordenamiento internacional a la reflexión jurídica. Tiene que ver con si haces la interpretación directamente -en una apelación sustancialista desde la dignidad humana-, para interpretar que la dignidad humana se refleja en estos derechos y entonces tengo esa capacidad sustancialista de reconocer la dignidad humana y traerla, a partir de una mera lectura. O, más bien, hay un ejercicio argumentativo que conecta el derecho nacional constitucional con el estándar internacional.

**Gonzalo García:**

“Estamos muy lejos de los estándares de tribunales de derechos humanos como el europeo, que es parte cotidiana de la estructura de los derechos nacionales en este nivel en todos esos países”.

**Haroldo Brito:**  
 “Diría que actualmente, y cada vez más, los miembros del Poder Judicial chileno integran en sus propias resoluciones jurisprudencia y dictámenes emanados del sistema interamericano de derechos humanos”.

Sé que cualquiera de estos caminos probablemente no ape- la mucho a la ciudadanía. Es un debate técnico, cerrado, con claves argumentativas herméticas. Obviamente, mucho más relevantes han sido los casos emblemáticos que comienzan a trasuntar a partir de las situaciones que llevaron a modifi- car y a integrar normas, a tener una ley de transparencia, a tener un nuevo régimen de calificación cinematográfica, un nuevo régimen en materia de reconocimiento de la igualdad de género a partir del caso Atala. Y deben provocar efectos, aun cuando en el caso chileno hay algunos casos en que es- tán pendientes.

**En un contexto en que ya no hay dictaduras y el espectro o alcance de los temas de derechos humanos se ha ampliado en el continente, ¿cuál es el rol que le compete a los Estados para su mantención y promoción?**

**HB:** como sabemos, los Estados están obligados a cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales y entre ellas, evi- dentemente, están los tratados internacionales de derechos humanos, instrumentos que reconocen los deberes estatales de defensa, la promoción y progresión de los derechos de ciu- dadanos y ciudadanas de sus países. De tal suerte que, desde el punto de vista del Estado, la labor de adjudicación propia- mente jurisdiccional se constituye en pilar fundamental del cumplimiento de dichos deberes.

**GG:** diría que hay, nuevamente, dos órdenes de problemas, que tienen que ver con la naturaleza del sistema interameri- cano. Una de las ideas de éste es resolver problemas. Y para eso la comisión misma busca fórmulas de conciliación y no

necesariamente la jurisdicción de la Corte es lo que termina resolviendo un caso. Creo que en el último tiempo se han dado una serie de casos que, más bien, tienden a buscar un escena- rio de conciliar criterios en la Comisión, para resolver afecta- ciones de derechos fundamentales de chilenos que no fueron, a juicio de ellos, bien satisfechas por el ordenamiento jurídico interno. Ese es un orden de problemas, donde en definitiva lo que se enjuicia, creo yo, son medidas, adopción de criterios y, quizás en algunos casos, injusticias derechamente.

Pero la dimensión más fructífera de los derechos fundamen- tales tiene que ver con cómo se están entrecruzando dere- chos con desarrollo de políticas públicas. Y en ese ámbito, al- gunos casos llegan a la Corte y otros quedan en el nivel de la Comisión. Y es ahí donde los Estados, en estricto rigor, tienen desafíos relativamente nuevos. Se están discutiendo debates sobre políticas de natalidad y otros temas. En definitiva, no es el asunto específico. Al final, lo que está en juego son políticas de natalidad, una mirada sobre políticas de salud, ese tipo de cuestiones. En ese sentido, los Estados pueden ser más sensi- bles a la fase jurisdiccional que tiene todo derecho que está involucrado. Obviamente, soy un convencido de que las cor- tes no hacen políticas públicas, pero como están abiertas a resolver alguna dimensión jurisdiccional en los casos especí- ficos, bueno, los Estados tienen que tener bien en cuenta que la dimensión jurisdiccional puede ser un escenario en el cual a veces se sometan ciertas decisiones.

Aquí mismo en el Tribunal Constitucional, a partir de algunas acciones de inaplicabilidad, tenemos el debate sobre el precio de las isapres y las estructuras del poder regulador. Eso está instalado desde una declaración de inconstitucionalidad. Entonces, una cuestión son los casos concretos y otra es lo que está en el trasfondo de las reglas del juego.

**Los actuales cuestionamientos al sistema interamericano provienen de democracias: Venezuela, Ecuador, Nicaragua, Argentina y Bolivia pidieron someter a la CIDH a controles, debate en que nuestro país apoyó mantener la integridad del sistema ¿Cómo evalúa a Chile en el contexto regional, en cuanto a la vigencia del sistema interamericano?**

**HB:** diría que hoy en Chile no hay voces disonantes en lo rela- tivo a la legitimidad del sistema interamericano y al deber del Estado de Chile de respetar las decisiones de sus órganos. En ese sentido, me parece que son buenos ejemplos las modifica-



ciones a la legislación interna realizada en Chile a propósito de los casos de Marcel Claude o el denominado ‘caso Palamara’, donde el Estado, a fin de no caer en faltas a obligaciones internacionales, promovió cambios legislativos de relevancia en las materias requeridas por el sistema interamericano.

**GG:** creo que siempre de Chile se reclama más acción y se ha sostenido que, en general, nuestro país tiene una posición de un cierto protagonismo cómodo, en el sentido de que es un país en que -en general- las garantías de derechos fundamentales están relativamente satisfechas o hay una aproximación común notable -por la propia experiencia histórica- de garantizar adecuadamente los derechos fundamentales, más allá de las discusiones legislativas que se tienen, pero que no tiene la misma eficacia en el orden internacional. Ahora, creo que siempre Chile puede hacer más, pero hay que reconocer que en la discusión coyuntural que aconteció hace algunos meses, la Cancillería chilena jugó un rol destacable y comparto la posición de que el sistema interamericano salió fortalecido de esa discusión y que Chile jugó un papel que hay que reconocerlo adecuadamente.

**Como ya se veía, en el caso de Chile sentencias de la Corte provocaron el fin de la censura cinematográfica, la creación de un marco regulatorio en materia de transparencia o un acto reparatorio del Estado en favor de una jueza lesbiana... ¿Qué otros efectos se han producido en el país?**

**HB:** además de los casos que usted señala, agregaría como un efecto digno de destacar los cambios jurisprudenciales que se han venido notando como efecto de esta misma tendencia. Estoy pensando, por ejemplo, en la aplicación efectiva del deber de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT, particularmente en materias medioambientales. Lo mismo a propósito de las condiciones carcelarias de las personas privadas de libertad, situaciones que dan cuenta de una adecuada recepción de contenidos relativos a temas de derechos humanos en nuestro Poder Judicial. Ha habido resoluciones relevantes en derechos sociales. La inmigración comienza a verse de un modo distinto. El inmigrante también es un sujeto pleno de derechos. La garantía de la igualdad en sus diversas facetas es una preocupación constante de la jurisdicción. Todo esto es muy auspicioso.

**GG:** habría que agregar toda una discusión sobre las reglas del debido proceso y la modificación de la justicia militar, a

raíz del ‘caso Palamara’, y la modificación de la Ley de Amnistía por el ‘caso Almonacid’. Son dos elementos nuevos y probablemente van a venir otros. Hay varias demandas contra el Estado chileno que aún están en la Comisión y hay otras que pueden ser bien significativas, relativas al pueblo mapuche. Es difícil aventurar, pero a lo menos se ve una cuestión que hace normal la relación de la Corte con cada uno de los países. En general, cuando uno mira el volumen de casos y mira el tiempo por el cual Chile ha estado vinculado al sistema interamericano, en estricto rigor son muy pocos casos. Hay otros países que tienen una relación más traumática con la Corte. Nosotros no debemos sentir que la Corte nos agrede con sentencias. Eso es absurdo, no es así en términos reales. Detrás de cada fallo nuestro ordenamiento jurídico ha mejorado realmente. Y ha mejorado el debate absolutamente. Yo estoy con el hecho de que ha habido una franca mejoría detrás de estos casos.

**¿Qué temas nuevos surgen al debate interamericano, en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales?**

**HB:** creo que no obstante lo dicho, tenemos una deuda en el desarrollo, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, cuestión que debemos corregir no sólo como Poder Judicial, sino como sociedad entera, dando la cabida que se merece en un Estado que trata de identificarse con un modelo social y democrático de derecho.



Foto gentileza Poder Judicial

**GG:** es difícil decir cuáles son las temáticas que vienen. Uno podría entender que las proyecciones de algunos casos de otros países pronto podrían llegar acá, pero eso tiene también un alto ejercicio especulativo, entre otras cosas porque los fallos de la Corte pueden anunciar un tipo de discusión pública que uno podría resolverla en el propio país antes de que llegue algo. No es necesario esperar hasta tan tarde para darse cuenta de los criterios de la Corte. Y es probable, por ende, que ese sea otro de sus métodos de influencia... El punto es hacia dónde quiere dirigir en este minuto los debates nuestro propio país en materia de derechos fundamentales... y aquí volvemos al inicio de la discusión. El estado de reflexión sobre esta temática aún es insuficiente, entonces si mejorara, probablemente mejoraría la capacidad de anticipación. No tengo dudas, a partir de las propias interpellaciones que ha hecho la Corte Interamericana a todos los operadores del sistema jurídico -incluyendo a la Defensoría Penal- sobre cuál es el papel que tienen en el ámbito.

#### **¿Qué aporte puede hacer nuestro país al fortalecimiento del sistema interamericano?**

**HB:** Chile es un ejemplo de cumplimiento de las obligaciones internacionales emanadas del sistema interamericano y debe continuar decididamente en la promoción de los derechos humanos. Por eso creo que la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) es un avance enorme pues, en primer lugar, importa la gestación de una política pública de derechos humanos que comienza con la educación. Es claro que se precisa alcanzar una cultura de derechos humanos, esto es una generalizada valoración de su relevancia. Hay muchas acciones notables. Permítame que me refiera a la que preparan la Comisión de Derechos Humanos y Género de la Asociación Nacional de Magistrados de Chile a propósito del caso 'Karen Atala', para dar cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana en lo relativo a la capacitación de los jueces en estas materias. La Corte Suprema también se ha involucrado en actividades de promoción.

**GG:** creo que una de las primeras virtudes que tiene el país es tener una modalidad rigurosa de cumplimiento de sentencias, que le hace bien al sistema interamericano. Como los modos de cumplimiento son una de las cuestiones que están en el margen de apreciación de los Estados, el cumplir es un incremento sustantivo del propio sistema. Pero en al-

gunos casos Chile podría hacer algo más. Pienso en un par de casos en que hemos sido sancionados y donde todavía están pendientes algunos elementos de cumplimiento, como implementar una serie de medidas, sobre todo legislativas. Por ejemplo, la modificación integral del sistema de justicia militar, que es uno de los puntos pendientes del 'caso Palamara'. Entonces, antes de dar lecciones lo primero es cumplir.

Como sugerencia, creo que es interesante la confluencia académica que se está produciendo en torno a lo que se llama el 'diálogo transnacional jurisdiccional'. Esta expresión no es mía, sino que es una reflexión que viene desde Europa y que se ha ido trayendo al país, sobre cómo se producen los diálogos no presenciales a nivel de jueces, cuando citan jurisprudencia de otros países, de la Corte Interamericana, el cómo la citan, el tipo de diálogo, el si son o no vinculantes. Son cuestiones relevantes para producir sinergia en torno al reconocimiento de que los derechos fundamentales no tienen frontera en nuestro mundo cultural. Pertenece a un contexto jurídico cultural donde las fronteras no son tan significativas, y donde debemos ser mucho más sensibles a la naturaleza de las diferencias de las personas, reconocerlas en términos de grupos étnicos, en fin. Pese a todo, hay un ámbito de diálogo particularmente fructífero. Me encantaría saber cómo trabaja la Defensoría la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de las cortes constitucionales o de los tribunales supremos de cada uno de los países. Cómo la citan, la estudian, la compilan, cómo cooperan para tener modelos interpretativos comunes. Hoy es bastante más sencillo, porque uno puede tener diálogos presenciales y virtuales a la vez. Dudo que sea tan sistemático en cualquiera de las instituciones chilenas, y por eso digo que estamos próximos a pasar a otro nivel de densidad.

#### **¿Cree usted que el concepto del control de convencionalidad se ha incorporado cotidianamente en la gestión de los tribunales y las cortes de nuestro país?**

**HB:** la comprensión generalizada de esta cuestión no está enteramente concluida. Hay diversas opiniones encontradas y, seguramente, es uno de los temas jurídicos pendientes de mayor trascendencia. Este estado de las cosas, hasta ahora, retarda la franca entrada de esta función.

**GG:** lo primero es entender los alcances del control de convencionalidad, antes de hacerlo operar de manera automá-



tica o cotidiana. Ha habido reflexiones académicas sobre este tema en el país y esas opiniones no son homogéneas. Hay fuertes disputas acerca de qué entender por control de convencionalidad y quiénes son los que están obligados. Incluso, esas dudas vienen de los propios fallos de la Corte Interamericana, que ha ido precisando su doctrina a raíz de cada caso. En algunos casos ha ido excluyendo dudas y en otros ha agregado factores. Por ejemplo, la reflexión acerca de que los operadores del sistema jurídico tienen una facultad para usar el control de convencionalidad. Bueno, en ese mundo hay mucha gente ¿Carabineros va a ejercer un control de convencionalidad? ¿La Policía de Investigaciones? ¿Son las defensorías especializadas o es el juez propiamente tal? Ese nivel de debate no está zanjado. Otro nivel de debate no zanjado: algunos derechamente cuestionan por qué unas sentencias de otros países nos vinculan ¿Por qué un caso específico que aconteció entre Guatemala y un ciudadano guatemalteco vincula a un caso chileno, si además los tratados internacionales dicen exactamente que eso no es así? Entonces, ¿por qué ese caso, exactamente, es el que puede llevar a resolver una situación similar, y nosotros, en vez de hacer un ejercicio interpretativo similar, estamos obligados a aplicar un precedente? Esa discusión obligaría primero a tabular toda la jurisprudencia, tener clara las reglas del juego, qué cosa es precedente o no, ponerla en el mapa, saber exactamente si uno es o no precedente y, en segundo lugar decir, bueno, ¿son las mismas razones, las mismas circunstancias aplicables al caso?

Creo que la disputa entre constitucionalistas y tratadistas de derecho internacional sobre el punto está lejos de producir todavía un criterio de unión. Más bien en esto opera un principio de prudencia respecto de cómo aproximarnos a un control de convencionalidad que reconozca claramente la naturaleza de las argumentaciones jurídicas válidas en el derecho interno en Chile.


El control de convencionalidad es la facultad que tiene todo operador jurídico -desde el juez hacia abajo- de aplicar directamente la norma convencional de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluso contra la determinación expresa de una ley interna, en este caso chilena. En el fondo un juez podría -y eso es parte de la discusión- inaplicar una ley para aplicar una regla de un

tratado. En este caso, no es que la ley sea inconstitucional, sino anticonvencional. El punto es ¿qué facultades tiene, en el orden interno, el Tribunal Constitucional, que es el único llamado a inaplicar una ley, por ser ésta inconstitucional? Hay debates pendientes, y tengo la impresión de que eso ha hecho que todos los actores hayan sido prudentes. Todos saben que hay un asunto pendiente, pero también se precisa y precisamos de mayor claridad.

**Dado que esta figura ya existe en otros países, ¿cree usted que los defensores públicos, en general, podrían ser competentes para llevar casos ante la Comisión o la Corte?**

**GG:** en principio, creo que esa es una regla fuerte del juego, en el sentido de no litigar contra el propio Estado. Además, porque parte de las condiciones y requisitos para que exista una legitimación básica y de procesabilidad es que se hayan agotado las instancias internas. Entonces, uno es parte de esas instancias internas y prorrogar esa competencia de instancias internas es casi como decir que la causa carecía de razón, cosa que no me imagino, porque significa extender las facultades de un órgano público en una esfera jurisdiccional internacional.

Ahora, creo que eso es distinto a tener obligaciones respecto de concurrir a un caso desde el mismo momento en que el Estado ya está asentado frente a una situación y el defensor puede concurrir en condición de testigo, perito, oficial de cumplimiento o supervisión... Hay múltiples razones por las cuales funcionarios públicos pueden ser parte de un caso contra el Estado de Chile en diversas calidades. En principio, no lo veo como una cuestión que no pueda ser posible.

No me imagino que puedan accionar contra el Estado, pero sí participar, por supuesto. Está claro que los tratados internacionales de derechos humanos obligan a todos los órganos del Estado. Y si el tratado construyó un sistema jurídico que compele a un proceso en contra del Estado, bueno, es deber de los Estados velar porque en esos procesos no sólo se defienda el interés público chileno, sino que se revele el reconocimiento de los derechos fundamentales que se estimarían amagados. Y si eso obliga a que haya funcionarios públicos participando en el proceso, ha de ser así. Tiene lógica. 



Como lo demuestran distintos artículos de esta edición de Revista 93, diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han obligado al Estado de Chile a adaptar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos, modificando el sistema de calificación cinematográfica, reduciendo el alcance de la justicia militar o creando una ley antidiscriminación, entre otros efectos.

Pero hay varios casos pendientes, que siguen en trámite, tanto en la Comisión como en la Corte Interamericana. Aquí un resumen de tres de ellos, a partir de dos preguntas básicas, respondidas por sus protagonistas o por quienes los representan.

**1.- DESCRIBA BREVEMENTE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS DE SU PRESENTACIÓN CONTRA EL ESTADO DE CHILE ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS...**

**2.- EXPLIQUE LOS EFECTOS QUE TUVO LA PRESENTACIÓN (O EL ESTATUS ACTUAL DEL PROCESO) Y SU EXPECTATIVA...**



**“CASO CÉSAR ANTONIO PERALTA WETZEL Y OTROS”  
(MATRIMONIO IGUALITARIO)**

1.- La autoridades chilenas negaron a tres parejas, en términos simples, permiso para casarse o autorización para inscribir sus matrimonios -celebrados válidamente en otros países- únicamente por su orientación sexual. Denunciamos ante la Comisión la violación de tres derechos garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos: protección contra discriminación arbitraria (artículos 1.1, 2 y 24); a la protección familiar (artículos 1.1, 2 y 17.1) y a la libertad de creencia (artículos 1.1 y 12). Buscamos un fallo de la Corte Interamericana que ordene a Chile adecuar su ordenamiento jurídico nacional a los estándares internacionales, de manera de establecer un matrimonio igualitario sin distinción de sexo u orientación sexual.

2.- La Comisión comunicará próximamente la denuncia presentada por el Movimiento de Liberación Homosexual (Movilh) contra el Estado de Chile, el que deberá presentar su posición -favorable o adversa- ante la Comisión. En marzo viajé a Chile y fui recibido por senadores y líderes de opinión para explicar por qué el matrimonio igualitario es parte de los derechos humanos de las personas LGTB (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero). Diversos medios de prensa recogieron nuestra posición y en el contexto de la campaña presidencial el matrimonio igualitario es un tema sobre el cual los candidatos deben definirse y la mayoría lo ha hecho favorablemente. Además, esta discusión jurídica se está dando en varios países de América Latina, en Estados Unidos y en el resto del mundo, con Congresos que están reconociendo el matrimonio igualitario (Argentina, Uruguay, Francia, etc.), o sentencias de Cortes Supremas que lo están haciendo (México, Brasil, etc.). Ningún tribunal internacional se ha pronunciado favorablemente hasta ahora. Esperamos que este caso sea el primero a nivel mundial.

**HUNTER T. CARTER**  
Partner de Arent Fox LLP  
Attorneys at Law





### “CASO PROFESORES DE CHAÑARAL VERSUS CHILE”

1.- La denuncia original fue presentada el 23 de noviembre de 2005, acusando al Estado de Chile de violar gravemente los derechos humanos de 852 profesores, a quienes no se les pagó la llamada ‘deuda histórica’, surgida a partir de asignaciones de previsión social que quedaron impagas al momento en que los educadores fueron traspasados a la educación municipal. Los docentes afectados trabajaban en las municipalidades de Chañaral (84 personas), Chanco (80), Pelluhue (32), Parral (90), Vallenar (193) y Cauquenes (373). Hasta su última actualización oficial, en noviembre de 2008, la deuda sumaba casi 19 mil millones de pesos.

2.- Tras diversas comparecencias de las partes y otros trámites, que duraron ocho años, el 20 de marzo pasado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró ‘admisible’ la denuncia. La resolución de admisibilidad señala que “luego de analizar las posiciones de las partes, la Comisión decidió declarar admisible la petición, en relación a las presuntas violaciones de los artículos 5 (integridad personal), 8.1 (garantías judiciales), 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) con relación al 1.1 (obligación de respetar los derechos) y al 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana”. Las víctimas manifestaron inmediatamente la decisión de entrar en un proceso de solución amistosa y está pendiente conocer la posición del Estado de Chile.

**CIRO COLOMBARA, GIAMPIERO FAVA Y JUAN PABLO OLMEDO**  
Abogados de los peticionarios



### “CASO ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO”

1.- Cuando en junio de 1997 la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que impidió la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”, junto a otros tres estudiantes de cuarto año de derecho de la Universidad de Chile denunciarnos al Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acogiendo nuestro planteamiento, la Comisión interpuso finalmente demanda contra del Estado de Chile por infringir los artículos 1.1, 2, 12 y 13 del Pacto de San José de Costa Rica. Era la primera vez que se demandaba a Chile ante la Corte por vulnerar la libertad de pensamiento y de expresión, y la libertad de conciencia y de religión de la Convención. Varios años después, junto a Alex Muñoz y Claudio Márquez, tuve la oportunidad de exponer ante la Corte las razones por las que habíamos denunciado, pues -como estudiantes de una universidad pública y pluralista-, se nos había conculcado el derecho a recibir información y, por ende, a opinar fundadamente.

2.- El 5 de febrero de 2001 se dictó la sentencia que condenó al Estado de Chile por su responsabilidad internacional, permitiéndose finalmente la exhibición de la película. Lo relevante del fallo fue que, además de ser un ícono para el derecho chileno y la libertad de expresión, la sentencia permitió que se exhibieran en Chile una serie de otras películas que durante la dictadura se habían censurado. De hecho, implicó el término de la censura cinematográfica previa, y la creación de un Consejo de Calificación Cinematográfica.

**MATÍAS INSUNZA**  
Abogado y peticionario



### “CASO DIDIER VAN DER HOVE”

1.- Nuestro cliente fue formalizado por el delito del artículo 365 del Código Penal (sodomía) y como defensa pública, en su momento presentamos un requerimiento al Tribunal Constitucional -que fue rechazado por razones formales- y una acción de protección en contra de esa decisión, que también fue rechazada. Luego de agotados los recursos y acciones de la jurisdicción interna, le informamos al imputado sobre la posibilidad de recurrir ante la Comisión Interamericana, tal como efectivamente lo hizo. Básicamente, su denuncia se basó en vulneraciones a la dignidad, igualdad, libertad, privacidad y el trato arbitrario que entraña el tipo penal del artículo 365 del Código Penal.

2.- El efecto de la denuncia lo desconocemos. La última noticia que nuestro cliente tuvo fue en septiembre del 2011, cuando el secretario ejecutivo de la Comisión le informó que la denuncia continuaba bajo análisis y que oportunamente le informarían del estudio preliminar. Nuestra expectativa es que el artículo 365 del Código Penal chileno sea derogado, pues sanciona una conducta sobre la base de la opción sexual, discriminando en consideración a aspectos subjetivos de la persona, lo que vulnera los límites de la función legislativa. En efecto y sobre la base de consideraciones morales, nuestro legislador impuso a la sociedad su visión, pues estimó que derogar el delito era dar una señal inconveniente en cuanto a que sería socialmente aceptable una conducta que “es naturalmente desviada”. Criterios como aquel, que sanciona sobre la base de la ética -o estética de un grupo, si se quiere- es lo que nos motivó, como defensa, a agotar las instancias internas y recurrir a la Comisión.

**JUAN IGNACIO LAFONTAINE**  
Jefe de Estudios de la Defensoría Regional de Magallanes, quien representó legalmente al actor colombiano Didier Van der Hove, juzgado en Chile por mantener relaciones sexuales consentidas con un menor de 17 años



# EL DEFENSOR PÚBLICO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Por **Gustava Aguilar M.**  
Defensora Regional de Magallanes y  
Antártica Chilena

La autora plantea que la nueva figura del defensor interamericano es vital para la defensa y el respeto de los derechos humanos en el continente, porque democratiza el acceso a la justicia, en especial de los más vulnerables. Sin embargo, se necesita un compromiso efectivo de los Estados, por la vía de mayor capacitación, atribuciones y recursos para quienes deben ejercer esta tarea: los defensores penales públicos.



**E**l sistema interamericano de derechos humanos tiene dos órganos destinados a velar por su observancia: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup>.

La Comisión tiene por función principal promover la observancia y defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos (OEA) en esta materia. También tiene funciones políticas, entre ellas las visitas *in loco* (en el lugar) y la preparación de informes sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros. Además, recibe las denuncias de violaciones a los derechos humanos presentadas por particulares y organizaciones, las estudia y si son admisibles, remite los casos para su vista ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte es el único órgano judicial del sistema interamericano. Su objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos. En el marco de la función contenciosa, le corresponde conocer los casos que le remite la Comisión y resolver si los hechos denunciados son o no una violación a la Convención Americana, si ha existido responsabilidad internacional de parte del Estado y velar por el cumplimiento de dichas sentencias.

Hasta la reforma del reglamento que regula el funcionamiento de la Corte<sup>2</sup> -en noviembre de 2009- era la Comisión la que asumía la representación de las presuntas víctimas que carecían de representación legal.

Eso fue objeto de reparos de parte de los Estados, pues la Comisión desempeñaba un doble rol -como representante de las víctimas y como órgano del sistema-, con lo cual se vulneraba

el debido proceso y se ponía en tela de juicio su verdadero rol. Se aprobó, entonces, la modificación del reglamento y nació la figura del ‘defensor interamericano’. Con bastante anterioridad, en 2006, se debatió su creación en Río de Janeiro, no sin algunos reparos en torno a si las Defensorías Públicas estarían preparadas para asumir semejante desafío, en cuya definición ha jugado un rol preponderante la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (Aidef)<sup>3</sup>. La modificación al reglamento trajo consigo un cambio en el rol que habría de corresponderle a la Comisión, otorgándole de paso un mayor protagonismo al rol que desempeñan los representantes de las víctimas y el Estado, para favorecer un verdadero equilibrio procesal entre las partes.

A partir de este cambio, el rol de la Comisión se circunscribe a la remisión del informe de fondo, señalando los fundamentos que la llevaron a someter el caso a la Corte. Esto, porque a partir de la reforma las presuntas víctimas han pasado a ser la única contraparte del Estado que litiga ante la Corte.

Así, la creación de la figura del defensor interamericano es un importante paso, pues permite garantizar que toda presunta víctima tenga un abogado que la represente ante la Corte. Relevante, considerando que las presuntas víctimas que reclaman el acceso a la jurisdicción internacional provienen -por lo general- de sectores en situación de vulnerabilidad y, por lo mismo, carecen de recursos económicos que las habiliten para acceder ante la justicia internacional en demanda del reconocimiento de sus derechos.

Para aquellas personas, la figura del defensor interamericano representa la única alternativa de contar con asistencia legal. Con todo, la labor del defensor resultaría inocua si no se contara con el apoyo del “Fondo de asistencia legal del sistema interamericano de derechos humanos”, porque sólo de esta manera se asegura que toda presunta víctima pueda recurrir de manera efectiva a impetrar el reconocimiento de sus derechos.

<sup>1</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ley 15.737) y está formada por juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos.

<sup>2</sup> El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aprobó en San José de Costa Rica el 24 de noviembre de 2009, y rige, en conformidad con lo establecido en su artículo 78, desde el 1° de enero de 2010.

<sup>3</sup> La Aidef es una organización integrada por instituciones estatales y asociaciones de defensores públicos que tienen a su cargo la representación o defensa en juicio de las personas, conforme lo establecen la Constitución, las leyes y los tratados vigentes en cada país.



## EL PROBLEMA DEL COSTO

El 25 de septiembre de 2009 se suscribió en Costa Rica un convenio entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Aidef, que dispuso la creación de un grupo de defensores públicos interamericanos, cuya finalidad será proveer asistencia jurídica y representación a las personas que, en carácter de presuntas víctimas, recurran ante dicha Corte.

Lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37 del reglamento de la Corte Interamericana, que expresa: “En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un defensor interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del caso”.

Cabe consignar que lo que persigue el sistema interamericano, precisamente, es que nadie se vea privado del derecho de acceder ante la Corte IDH, cuando tales derechos no hayan tenido el reconocimiento que se espera por el Estado o, de rechamente, se haya incurrido en su abierta violación, para lo cual se ha creado un mecanismo que ha dado cuenta de su eficacia y eficiencia.

El gran número de casos que llega a la CIDH, tras el procedimiento ante la Comisión, es un claro reflejo de que se siguen cometiendo abusos y graves violaciones a los derechos humanos en la región.

Es sabido que el sistema de justicia interno en América Latina es, en general, lento, caro y poco efectivo, y que no son muchos los Estados que garantizan la igualdad de armas. A lo anterior sumamos que -como ocurre en Chile- las personas que reclaman el acceso a la jurisdicción internacional pertenecen a los grupos más vulnerables, por pobreza extrema, desventaja cultural, sexo, edad u otras condiciones económicas y sociales.

Por lo mismo, es de la mayor importancia no sólo crear un sistema que permita el acceso a la instancia internacional, sino que, además, los provea de los mecanismos idóneos para asumir un litigio internacional, porque como sostienen quienes conocen el problema que ello conlleva, una defensa puramente formal puede resultar más nociva que la ausencia de defensa.

“La creación de la figura del defensor interamericano es un importante paso, pues permite garantizar que toda presunta víctima tenga un abogado que la represente ante la Corte. Relevante, considerando que las presuntas víctimas que reclaman el acceso a la jurisdicción internacional provienen -por lo general- de sectores en situación de vulnerabilidad”.

Precisamente para permitir una defensa efectiva, el Consejo Permanente de la OEA aprobó -por resolución del 1º de junio de 2010- el “Fondo de asistencia legal del sistema interamericano de derechos humanos”, que permitirá la producción de pruebas, las visitas al sitio del suceso (a los países donde ocurrieron las violaciones a los derechos), la contratación de expertos y otros.

El trabajo de los defensores que han sido designados para asumir la representación de las presuntas víctimas ante la Corte da cuenta de la seriedad y responsabilidad con que se ha asumido este desafío y, especialmente, ha permitido vencer las desconfianzas que pudieron haber surgido en ciertos sectores, que dudaron de que estos profesionales -no obstante su calidad de funcionarios públicos- fueran capaces de cumplir con dicho mandato con total independencia y autonomía, dando cuenta en definitiva de un trabajo eficiente y de la más alta calidad, lo que ha sido reconocido por todos los actores del sistema<sup>4</sup>.

4 Dra. María Fernanda López Puleio y Andrés Mariño: Caso “Furlan vs. Estado Argentino”; Dres. Gustavo Vitale y Marcelo Torres: Caso “Mohamed vs. Estado Argentino”; y Dres. Gustavo Zapata y Roberto Tadeu: Caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado de Bolivia”.

## EL PROBLEMA DE LA FALTA DE AUTONOMÍA: EL CASO CHILENO

Al momento de suscribir tratados internacionales de derechos humanos, el Estado chileno asume la obligación de adecuar sus normas internas a ellos y de respetar, garantizar y no discriminar en el ejercicio de los derechos de las personas.

Como hemos dicho, junto con poner en funcionamiento la figura del defensor interamericano, surgió la inquietud sobre si todos los Estados estaban en condiciones de asumir tal desafío y si, de alguna forma, no sería contradictorio con sus políticas internas, en cuyo contexto han creado instituciones encargadas de velar por los derechos de las personas imputadas. Y, en el caso de los defensores penales chilenos, si éstos -en su calidad de funcionarios públicos- podían litigar o no ante la CIDH como contraparte de los Estados, considerando que las defensorías penales públicas de algunos países -como en Chile- no tenían el carácter de autónomas.

Tal disyuntiva requiere de un análisis más profundo por los encargados de la administración de justicia de los diferentes Estados. En principio, se debe tener presente que Chile firmó el acuerdo de entendimiento que regula la designación del defensor interamericano, rol que le fue asignado a la Aidedef, previa comunicación de la CIDH.

Surge entonces la pregunta de si la Ley 19.718 -que rige a la Defensoría Penal Pública como servicio público- puede limitar el actuar de los defensores interamericanos, ya que en dicho cuerpo legal se establece que los defensores deben litigar ante los tribunales de garantía, orales y las cortes, lo cual -según una

“Si, a nivel nacional, los defensores penales públicos asumen un compromiso ante los imputados (ahora víctimas) de “proteger en todo momento sus derechos”, les cabría entonces la representación de sus casos ante la Corte IDH”.

interpretación restrictiva- circunscribiría su actuación sólo al plano nacional, en tanto que otra interpretación -más amplia- permitiría su actuación ante tribunales internacionales.

En el informe “El derecho a defensa ante el sistema interamericano de derechos humanos: la figura del defensor interamericano y su implementación en Chile”<sup>5</sup>, encargado en 2012 por la Defensoría Penal Pública de Chile al director del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el abogado Claudio Nash Rojas sostiene como consideración preliminar que al Estado de Chile, como parte del acuerdo, le asisten obligaciones de cooperación y de otorgar las facilidades para la aplicación de los mecanismos que el sistema ha creado, entre los cuales se contempla la figura del defensor interamericano.

Seguidamente, Nash analiza la compatibilidad de la representación de víctimas ante el sistema interamericano con el rol que en el orden interno le asiste al defensor penal público. En tal sentido, propone la factibilidad de aplicar la figura de la comisión funcionaria, que regula aspectos económicos y administrativos del actuar del funcionario público del Estado chileno en otro país.

“Este desarrollo del derecho a defensa técnica (que incluye la defensa ante el SIDH) es compatible con el régimen funcionario por el cual se rigen los defensores penales públicos, ya que no existe conflicto con las prohibiciones de actuación que establece el estatuto administrativo y la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado”, explica Nash.

Por otra parte, si se reconoce que la misión del defensor penal público se extiende hasta la completa ejecución de la condena del imputado, es obvio pensar que tal función debiera también agotar todas las instancias de defensa y, acorde con ello, cuando procediere, presentar la respectiva denuncia ante la Comisión Interamericana. Más aún si concordamos en que los defensores deben promocionar esta gestión respecto de aquellas personas que consideren injustamente condenadas por los tribunales de la república.

5 Informe en derecho “El derecho a defensa ante el sistema interamericano de derechos humanos: la figura del defensor interamericano y su implementación en Chile”. Claudio Nash Rojas. N°1./2012/Enero. Departamento de Estudios. Defensoría Penal Pública. Santiago, Chile.



## ¿DE IMPUTADO A VÍCTIMA?

Si una persona que se presenta como víctima ante la Comisión tuvo antes el carácter de imputado, podría cuestionarse que sea representada ante la CIDH por un defensor penal público, cuya misión es prestar defensa penal a toda persona imputada de un delito, crimen o falta que no cuente con dinero para contratar un abogado o, sencillamente, no quiera tener representación legal privada.

Pero no debe olvidarse que la Constitución y las leyes refrendan que todas las personas tienen igualdad de acceso a la justicia y que la defensa de un imputado debe ejercerse hasta la completa ejecución de su condena, por lo que entonces le correspondería al defensor penal público litigar en instancias internacionales, ya que él es quien tiene conocimiento de la causa.

Y si agotó todos los recursos en la instancia nacional, podría -y debería- hacerlo también en el ámbito internacional, siendo entonces una obligación informar y estudiar la factibilidad de presentar una demanda de justicia de su cliente ante la Comisión.

Para hacer frente a ello, convendría plantearse la posibilidad de que la Defensoría Penal Pública, así como cuenta con una unidad especializada de defensa -que contiene la defensa de migrantes, indígenas, adolescentes, condenados y otros- pudiera incorporar también la defensa penal interamericana, o bien que funcione como una unidad independiente, similar a la Unidad de Corte.

Ello, considerando que, según el estándar de defensa fijado por la institución, “el defensor o defensora recurre de las resoluciones judiciales cada vez que sea procedente, según criterio técnico y acorde con la voluntad e intereses de la imputada y el imputado<sup>6</sup>”.

Lo anterior permitiría optimizar el recurso humano, profesional y técnico, seleccionando los casos a presentar, el estudio de los mismos y la estrategia de defensa ante este tribunal internacional, sin olvidar que de manera im-

portante entra en juego la ética del defensor que intente responder a las demandas de los usuarios.

Si bien la selección de casos podría ser considerada discriminatoria, esto se superaría ante la información de factibilidad -cierta o no- de lograr resultados positivos ante la Comisión, primero para que el caso sea declarado admisible y luego para su posterior etapa de litigación ante la Corte.

Lo anterior debe considerar los elevados costos que conlleva asumir este tipo de defensas internacionales, de tal magnitud que ni siquiera abogados del ámbito privado suelen asumirlas.

En todos los años de vigencia del sistema interamericano, ¿cuántos casos chilenos se han presentado y cuántos han sido acogidos por el tribunal? Muy pocos. Lo anterior puede tener dos lecturas: hablaría bien de nuestro sistema procesal penal como garante de los derechos de los acusados o, también, señalaría el desconocimiento de los abogados de cómo llegar a estas instancias o de los pasos que se requieren para que un caso sea acogido ante la Corte.

Si, a nivel nacional, los defensores penales públicos asumen un compromiso ante los imputados (ahora víctimas) de “proteger en todo momento sus derechos”, les cabría entonces la representación de sus casos ante la Corte IDH.

En el mismo informe, Claudio Nash explica que “si una de las posibilidades que tienen las víctimas de violaciones a derechos humanos es acceder al sistema interamericano de derechos humanos y los defensores penales públicos pueden ejercer todos los derechos que le asisten al imputado, pueden acceder al SIDH en representación de la víctima. Esto debe mirarse bajo la consideración de que existe un todo unitario en la protección de los derechos fundamentales, que incluye la instancia nacional e internacional”.

Todavía más, los defensores actuarán en cumplimiento del artículo 37 del reglamento de la Corte Interamericana: “En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del caso”.

6 Nuevos Estándares para el ejercicio de la defensa penal pública”. <http://www.dpp.cl/pag/74/294/descripcion>

## ESTÁNDARES DE DEFENSA

Los estándares de defensa penal pública de Chile son normas cuyo objetivo es que los defensores penales públicos desempeñen su función de acuerdo con parámetros de actuación que buscan maximizar los derechos e intereses de los beneficiarios del servicio, proporcionando una asesoría jurídica de alta calidad.

La nueva regulación de los estándares -publicados el 11 de diciembre de 2010 en el Diario Oficial- se caracteriza por clasificarlos en tres grandes grupos: aquellos relacionados con la competencia profesional de los defensores, los referidos a la relación entre el defensor y su cliente y, por último, el estándar que regula la correcta y adecuada gestión administrativa de las causas.

Destaca dentro de esta nueva normativa la creación de la defensa especializada de adolescentes, que regula las obligaciones que deben cumplir los defensores según los requisitos y exigencias que se imponen en esta legislación específica, tanto en el desarrollo de la investigación y el juicio como en la etapa de ejecución de la sentencia.

Además, los estándares, sus objetivos y metas, deben ser cumplidos por todos los defensores locales, licitados o contratados.

Si consideramos que estos estándares son las directrices que deben estar siempre presentes en la gestión de defensa penal, y que la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica)<sup>7</sup> en su artículo 8° contiene las garantías judiciales de las personas -en tanto en el artículo 25° se establece la protección judicial de las personas-, sería entonces factible aplicar éstos mismos a la defensa penal internacional, para asegurar una efectiva gestión de defensa ante la Corte IDH.

Entre los estándares a considerar tendríamos el de los recursos: “En los recursos, el defensor o defensora asesora técni-

7 Convención Americana de Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica: Artículo 8°. Las garantías judiciales de las personas, inciso 2° letras c), d), f), h). Artículo 25° protección judicial de las personas, inciso 1 y 2 letras a), b), c).

amente, respeta la voluntad de la imputada e imputado y protege sus derechos, garantías e intereses”.

O el estándar de la información: “El defensor o defensora siempre mantendrá informado al imputado o imputada del estado del proceso, la estrategia de defensa y de los derechos y deberes que le asisten mientras esté sujeto a persecución penal, para lo cual procurará entrevistarse con su cliente”.

En síntesis, el abogado defensor se debe a los intereses de su representado y desde esa posición colabora con la administración de justicia, ejerciendo la voluntad de su cliente y respetando la ética y reglas legales adjetivas y sustantivas.

## ¿CUÁNDO INTERVENIR?

Sobre la oportunidad de intervención del defensor interamericano, el estudio “Acceso a la justicia en el sistema de derechos humanos: transparencia y representación legal” (Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos<sup>8</sup>) pone énfasis en aspectos relevantes sobre cuándo es más conveniente que intervenga el defensor interamericano, considerando que los puntos críticos se producen en la etapa anterior a la admisibilidad. Ello, porque los casos sin representante presentan mayor retraso procesal, porque -probablemente- no presentan toda la información requerida por la Corte IDH.

Según este informe, “la intervención del Defensor Penal Interamericano debe ser lo antes posible, sin desconocer que en términos prácticos y financieros puede resultar complejo otorgar representante legal a las miles de denuncias, aun cuando algunas de ellas sean infundadas o no tengan relación con violaciones a derechos humanos. Quizás debiera considerarse que la defensa de las víctimas debería contar con representación legal en la parte del procedimiento que

8 El Estudio: “Acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos: transparencia y representación legal” (Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Abril 2012) cumple el objetivo de aportar en la mejora del acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos enmarcado dentro del proyecto de “Capacitación de profesionales del sistema de justicia para litigar ante la Corte IDH financiado por el Fondo de Naciones Unidas para el Desarrollo (Undef).





es determinante para ser correctamente defendido, es decir después de adoptado el informe de admisibilidad”.

En la medida que se asuma y reconozca que el sistema interamericano no funciona contra los Estados sino con los Estados -habiendo una imputación de violación a los derechos humanos- y que es obligación de los mismos proteger los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, se habrá de aceptar y reconocer también como necesario para una adecuada defensa de los imputados -ahora víctimas- capacitar, solventar y aportar recursos para una defensa penal de calidad por el defensor interamericano ante el SIDH.

Prueba de lo anterior ha sido el trabajo que en virtud del acuerdo entre la Corte IDH y la Aidef les correspondió desarrollar, en el Caso Furlan<sup>9</sup>, a los defensores María Fernanda López-Puleio (Argentina) y Andrés Mariño (Uruguay), quienes demostraron los alcances de la capacitación recibida y un alto grado de profesionalismo, pues su trabajo fue reconocido por los propios miembros de la Corte. Sin embargo, su actuación fue posible gracias a que se contó con todo el apoyo de la Defensoría General de la Nación Argentina y también la de Uruguay.

Lo anterior se corrobora con lo expresado en un estudio del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile: “La defensa legal brindada por los defensores interamericanos será de buena calidad dependiendo de la cantidad de recursos que se asigne para que puedan llevar a cabo su tarea con la dedicación necesaria, así como la necesidad de capacitarlos en el funcionamiento del SIDH”.

<sup>9</sup> “Caso Furlan vs. Estado Argentino”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado de Argentina es internacionalmente responsable por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan, entre otros, por haber excedido el plazo razonable en el proceso civil por daños; vulnerar el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, y el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Asimismo, que el Estado es internacionalmente responsable por la vulneración al derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de Sebastián Furlan, a saber: Danilo Furlan (padre), Susana Fernández (madre), Claudio Furlan. Las víctimas fueron representadas por la defensora pública oficial de la Defensoría General de la Nación Argentina, doctora María Fernanda López Puleio, y el defensor de Uruguay Andrés Mariño, quienes actuaron como defensores públicos interamericanos, en virtud del acuerdo suscrito entre la Corte IDH y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (Aidef).

## ETAPAS DE LITIGACIÓN ANTE LA CIDH

1. La Comisión y los Estados partes someten un caso a la decisión de la Corte (Art. 61 CADH). Requisito primordial: haber agotado previamente la vía jurisdiccional del país denunciado.
2. La presunta víctima tiene plazo de seis meses a partir de la notificación de la decisión que agota los recursos internos.
3. La Comisión formula una recomendación al Estado y si éste no cumple, se envía el caso a la Corte.
4. La Corte realiza examen preliminar de cumplimiento de requisitos, Notificando al Estado demandado, a la Comisión (si no es ella quien presenta el caso) y a la presunta víctima y quien la represente.
5. Si la presunta víctima no tiene representación legal, la Corte le designa defensor interamericano, a quien se le notifica del caso (Art. 30 reglamento CIDH)
6. La Corte pone en conocimiento de Aidef que un defensor interamericano deberá representar a la presunta víctima, y esta asociación designa -dentro de la nómina de defensores interamericanos- a quien intervendrá en el proceso.
7. La presunta víctima o sus representantes tienen dos meses para presentar el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (Art. 40 reglamento).
8. El defensor se contacta con la presunta víctima, se interioriza del caso para argumentar debidamente y presentar las pruebas, siendo esta la única oportunidad procesal para hacerlo.
9. La Comisión puede sustanciar un procedimiento de solución amistosa previo al informe preliminar.



# LA CONDUCTA DE LOS DEFENSORES DE RÍOS MONTT

Por **Raquel Aldana**  
Profesora *McGeorge School of Law*  
*University of the Pacific*, Estados Unidos

La discusión sobre la actuación del tribunal guatemalteco que condenó al ex gobernante de facto José Efraín Ríos Montt ha sido buena y legítima. El problema es que el vicio procesal que permitió anular el juicio se basó sólo en la conducta de los jueces, ignorando la de los demás actores. La estrategia de su defensa también debe ser parte de la reflexión legislativa, pues sus actuaciones permiten dilatar eternamente el juicio y obstruir a la justicia.

Llegué a Guatemala el 12 de mayo, dos días después de que el Tribunal A de Alto Riesgo de Guatemala condenara a 80 años de cárcel al ex general José Efraín Ríos Montt -ex gobernante de facto del país- por genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Integraba un equipo de observadores internacionales auspiciados por el *Open Society Institute*, cuya meta era reportar objetivamente el desarrollo del juicio, sobre el cual el mundo entero parecía haber fijado sus ojos. Guatemala era el primer país en llevar a juicio doméstico a un ex jefe de Estado por el crimen de genocidio.

El país vivió una guerra civil de más de 36 años, durante la cual -según el informe de la Comisión de Esclarecimiento

Histórico de las Naciones Unidas (CEH)- hubo más de 200 mil víctimas (80 por ciento indígenas) de masacres, desapariciones forzadas, tortura y ejecuciones extrajudiciales.

El 81 por ciento de las violaciones documentadas por la ONU ocurrieron durante los 18 meses que Ríos Montt estuvo en el poder (1982-1983), producto de un golpe de estado militar. La CEH identificó la región Ixil como uno de los sitios principales donde se cometió genocidio contra la población maya guatemalteca en esa época. Tales actos fueron la base de los cargos penales del juicio.

Nadie se imaginó que el debate de un caso tan complejo y trascendental duraría apenas tres meses y mucho menos que resultaría en condena en un país como Guatemala, caracterizado por la impunidad en temas de justicia.



José Efraín Ríos Montt, ex gobernante de facto de Guatemala, captado durante el juicio por genocidio y crímenes de lesa humanidad realizado en su contra.

Foto: gentileza.cb24.tv

Fue un juicio duro, que contó con el testimonio de más de cien víctimas sobrevivientes de las masacres de Ixil y más de una docena de expertos que avalaron el testimonio de los sobrevivientes, tratando además de probar la cadena de mando con la que implicarían como responsables a Ríos Montt y a su co-acusado, Mauricio Rodríguez Sánchez, ex jefe de inteligencia militar durante su régimen.

Por medio de intérpretes, muchas víctimas testificaron sobre la crueldad de los hechos perpetrados contra los indígenas de Ixil, que además de masacres de comunidades enteras incluyeron violencia sexual sistematizada contra mujeres, asesinato de embarazadas a quienes les abrían sus vientres para sacar a los fetos-, el desplazamiento forzado de cientos de personas y la usurpación masiva de tierras.

Cuando llegué, y pese a los impresionantes testimonios de las víctimas, de lo único que se hablaba era de las supuestas irregularidades del juicio, que muy probablemente resultarían en la anulación de la condena. Los ojos estaban puestos en la Corte de Constitucionalidad (CC), que debía resolver recursos previos de la defensa, junto a otros planteados el mismo día de la condena de Ríos Montt y la absolución de Rodríguez Sánchez.

La CC tardó apenas una semana en resolver los recursos, lapso que irónicamente fue percibido como una eternidad para una nación polarizada por el juicio. Durante toda esa semana asistí a la sede de la CC y me encontré con amenazas de bomba contra la Corte y demostraciones de gente a favor de Ríos Montt gritando “no somos genocidas” o con carteles que pedían a la Corte tomar una decisión que evitara más violencia en el país.

Además de leer varios de los dictámenes disponibles del juicio, conversé tanto con los abogados de las víctimas como con algunos de los defensores de Ríos Montt, con fiscales y jueces guatemaltecos (no directamente involucrados en el juicio), además de abogados de la Procuraduría de Derechos Humanos y otros, para entender un juicio que resultaba muy complejo procesalmente.

Era evidente que tanto los medios como los entrevistados (salvo los abogados de las víctimas) compartían el sentimiento de que el juicio no había sido idóneo y que las

irregularidades de todos los actores dentro de él amenazaban la integridad misma del proceso y de su resultado.

Se cuestionaba principalmente la parcialidad del tribunal y, en particular, la actuación de su jueza presidenta, Yasmín Barrios. Se acusaba a los jueces de varias malas prácticas, como adelantar el debate más de cinco meses sin notificación adecuada, expulsar al defensor principal de Ríos Montt el primer día, dejándolo sin abogado de confianza por un día y medio; excederse en la toma de decisiones fuera de su competencia e ignorar fallos de tribunales superiores; y, por último, ofrecer a las víctimas un gesto de solidaridad al emitir sentencia y reunirse la mañana después con unas señoras de una ONG española que supuestamente apoyaron la condena.

Sin duda, el tribunal cometió varios errores. Sin embargo, no puede considerarse como variable para la nulidad del juicio sólo su actuación, pues hay otros factores que también contribuyeron a cuestionar la integridad de éste.

Entre otros, las debilidades mismas de las leyes guatemaltecas, una cultura de formalismo jurídico que sobrevalora el cumplimiento estricto de la ley sin tomar en cuenta el daño a las partes en el proceso y la conducta misma de la defensa, que contribuyó a que el juicio se percibiera como un circo, en que Guatemala jugaba contra el mundo, que acusaba a la nación de genocidio.

Cualquier juicio, en cualquier país del mundo -especialmente de esta complejidad y transcendencia- revelaría vicios procesales. El propósito de este ensayo no es atacar la justicia guatemalteca ni desvalorizar lo logrado. Después de más de 30 años, se debe reconocer que el hecho de que el juicio ocurriera y se ventilara un tema tan complejo como genocidio en un tribunal fue algo importantísimo para el sistema de justicia en Guatemala.

Mi foco, entonces, será analizar la actuación de los defensores privados en el juicio, para valorar si sus actos constituyeron violaciones a la ética profesional de un defensor o simplemente fueron actos estratégicos, no sólo permitidos por el derecho guatemalteco, sino exigidos dentro de un sistema adversarial, en que el defensor debe su lealtad primordial al acusado y sólo secundariamente al sistema de justicia en general.



Se puede concluir que los defensores no ofrecieron una defensa técnica o de fondo sustentada en el derecho (por ejemplo, si se comprobó o no el dolo de genocidio), sino que primordialmente usaron los medios de comunicación para politizar el juicio, creando un ambiente del “pueblo de Guatemala” contra el mundo extranjero y los indígenas guerrilleros.

También usaron las debilidades del derecho guatemalteco para favorecer a sus clientes. La defensa de Ríos Montt fue muy efectiva en cuanto la Corte de Constitucionalidad revirtió el juicio a una fecha (abril de 2013), anulando todo lo actuado después (en base a que el Tribunal no acató un fallo de una corte superior), incluida la sentencia condenatoria contra Ríos Montt.

No obstante y pese a que fue absuelto, para Rodríguez Sánchez el resultado no es positivo, porque tendrá que sujetarse a un nuevo juicio. Además, el resultado de la sentencia de la CC descalificó al Tribunal A de Alto Riesgo para continuar conociendo el caso (incluso se sigue un antejuicio contra la jueza Barrios por su conducta).

Tras varias semanas sin que se conformara un nuevo tribunal (casi todos los jueces se recusaron), se logró conformar el Tribunal B de Alto Riesgo, que fijó 2014 para reanudar el debate.

Ríos Montt, mientras tanto, ha regresado a casa con medidas sustitutivas. Muchos dicen que pasará lo mismo que con Pinochet en Chile, ya que es muy probable que por su avanzada edad y salud no sea condenado.

¿Se debe felicitar a sus abogados por su buen desempeño o se debería proseguir con el proceso de sanción administrativa planteado en particular contra Francisco García Gudiel (el defensor principal de Ríos Montt) por la Comisión Internacional de Juristas?

### ¿CONDUCTAS CUESTIONABLES O ESTRATEGIAS EXIGIDAS/PERMITIDAS?

Las conductas de los defensores privados en el juicio de genocidio que ameritan reflexión son las siguientes: (1) plantear casi cien recursos de apelación, amparo y/o recursos de queja durante las distintas etapas del juicio; (2)

buscar la recusación de dos jueces del tribunal y el derecho del acusado a un abogado de confianza; (3) la falta de respeto al tribunal al objetar repetidamente sus resoluciones y la decisión de marcharse del tribunal en protesta por lo mismo (dejando sin defensa a sus clientes); y (4) el uso de los medios de comunicación para desacreditar al tribunal y capitalizar sentimientos de nacionalismo (y hasta de racismo), para manipular a la opinión pública a favor de los acusados.

Estas conductas deben ser analizadas tomando en cuenta el derecho guatemalteco, además del contexto socio-político del juicio.

### 1. LOS RECURSOS

Desde la perspectiva del sistema de justicia guatemalteco, el uso excesivo de recursos de apelación, amparo y recursos de queja es una deficiencia grave, pues el mismo sistema se presta para que éstos se conviertan en una estrategia de los defensores en un caso penal, que busca dilatar o entorpecer el juicio y no proteger las garantías del debido proceso al acusado.

La otra cara de la moneda es que en Guatemala el amparo ha representado para las personas agraviadas por el Estado -especialmente en el contexto de abusos de éste (como durante la guerra civil)- la única forma efectiva y rápida de garantizar derechos. La crítica, entonces, debe ser balanceada y no buscar reformas que menoscaben la buena función de las leyes cuando son aplicadas debidamente.

El amparo en Guatemala tiene sus raíces en la reforma constitucional de 1927, que en su artículo 34 establecía que: “Toda persona tiene derecho de pedir amparo en los casos y para los efectos siguientes: 1º. Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece; 2º. Para que, en casos concretos, se declare que una ley, un reglamento o cualquier disposición de la autoridad no le es aplicable”.

El amparo sobrevivió en la Constitución de 1945 y también en la de 1965, la cual modificó la figura consagrada en el artículo 80 para incluir reclamos contra actos o resoluciones de autoridad que violen derechos garantizados por la Constitución.

El amparo que se aplica hoy se consagra en el artículo 265 de la Constitución de 1985, según la cual su fin es “proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”.

Por ende, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala del 2002 es increíblemente amplia y contempla, además, los recursos de queja, que proceden contra actos de cualquier oficial del Estado, incluso las decisiones de los jueces.

Además, los recursos se pueden plantear en cualquier etapa del proceso, y aunque se contempla una resolución rápida (idealmente dentro de 10 días), en la práctica los plazos casi nunca se cumplen y ello hace que se estancuen los juicios cuando el amparo resulta en una suspensión de la etapa procesal respectiva. Parte de la razón del incumplimiento de los plazos es que los tribunales que reciben los amparos se ven saturados de recursos y no dan abasto.

El tema de la ética profesional de un defensor -la cual se rige en Guatemala por un Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala- prohíbe en su artículo 19 el abuso de recursos, que incluirían aquellos de índole frívola u orientados a dilatar o entorpecer el proceso.

No obstante, esta exigencia casi nunca se sigue, porque la multa es apenas el equivalente a 250 dólares por recurso, un costo ya cotidiano para la defensa de quienes pueden pagar. Sería muy distinto si se corriera seriamente el riesgo de ser sancionado y suspendido en el ejercicio profesional si dichas sanciones fuesen impuestas en estricto apego a las normas, por autoridades verdaderamente comprometidas con la ética profesional.

En este caso, aunque muchos de los recursos fueron legítimos, se presentaron dos tipos de irregularidades en general: (1) el planteamiento repetitivo de recursos ya decididos ante distintos tribunales o por distintos abogados (por ejemplo, sobre la aplicación de amnistía a los hechos alegados) y (2) el

planteamiento de recursos cuestionables, por no representar un daño sino un beneficio para el acusado.

Como ejemplo del segundo punto se destaca el recurso ante la decisión del tribunal de sentencia de admitir las pruebas ofrecidas por la defensa, a pesar de que éstas habían sido desestimadas por el juez de garantía, a quien le compete la decisión de admitir o desestimar pruebas.

Pese a que esta decisión beneficiaba a Ríos Montt y fue avallada por el Ministerio Público y las víctimas, la defensa objetó y apeló la decisión del tribunal. Como abogada estadounidense, me parece erróneo y frívolo permitir recursos cuando no hay un daño, sino un beneficio al cliente en sus garantías constitucionales.

## 2. LA RECUSACIÓN DE LOS JUECES Y EL DERECHO A DEFENSA

El conflicto entre el tribunal y el defensor García Gudiel se evidenció desde el primer día. No cabe duda que Ríos Montt utilizó como estrategia despedir a su equipo entero de defensores el mismo día que se inició el juicio y momento en que presentó a García Gudiel como su defensor único.

Tampoco sorprende que la primera intervención suya fuera pedir la recusación de dos de los tres jueces del tribunal: a la jueza Barrios por enemistad y al juez Pablo Xitumul por amistad. Al negársele la petición, García Gudiel interpuso la misma petición repetidamente durante el primer día, hasta que el tribunal lo expulsó de la sala por irrespeto a sus decisiones.

Desafortunadamente, en vez de suspender el juicio hasta que Ríos Montt presentara otro abogado, el tribunal optó por asignarle otros defensores presentes (algunos de los cuales representaban al co-acusado) por encima de la objeción y la oposición misma de Ríos Montt y de los propios abogados.

El juicio, no obstante, continuó por un día y medio hasta que el tribunal hizo lo correcto y suspendió el debate para que Ríos Montt presentara un nuevo abogado. Posteriormente, el tribunal, acatando la orden de la CC, reinstaló a García Gudiel como defensor y anuló todo lo actuado durante la etapa en que Ríos Montt quedó sin defensor de confianza.



Sin duda, el tribunal violentó el derecho de Ríos Montt a una defensa legítima, pero la pregunta más difícil es cuál exactamente era el alcance de este derecho para él: ¿Podría exigir que fuera García Gudiel y nadie más su defensor de confianza o podía el tribunal expulsarlo por su conducta irrespetuosa?

El derecho a defensa para el acusado aparece en el artículo 12 de la Constitución Política de Guatemala, que simplemente establece que “[la] defensa de la persona y sus derechos son inviolables”.

Este derecho se ha interpretado en Guatemala como el derecho de que el acusado designe a un defensor de confianza, aunque ello no aplica cuando el reo pide un defensor público y se ve obligado a aceptar el que le asigne el tribunal, salvo si existen razones legítimas de conflicto en la representación.

El problema es cuando el defensor -como en este caso- utiliza como estrategia recusar a los jueces para dilatar y obstruir el juicio. Ha ocurrido que un abogado defensor ha logrado recusar a tantos jueces que imposibilita por completo el proceso.

El tema es que la Ley del Organismo Judicial de Guatemala es demasiado amplia en las bases que fundamentan esta petición. El artículo 123 Literal A permite que un abogado pida la recusación de un juez por amistad o por enemistad, pero es criterio del tribunal decidir si ello pone en duda su propia imparcialidad. La misma ley le exige a los abogados que se abstengan de llevar casos que ellos saben que resultarán en recusaciones, hecho que García Gudiel no respetó al tomar el caso.

Todos estos hechos fueron sujetos de recursos ante la Corte, la cual decidió a favor de Ríos Montt, reconociendo su derecho a un defensor de confianza y ordenando la reinstalación de García Gudiel. Sólo un magistrado señaló que el derecho de escoger el defensor de confianza no es absoluto, sino que está sujeto a las exigencias de la conducta ética de los propios abogados dentro del proceso.

### 3. IRRESPECTO AL TRIBUNAL Y AL PROCESO

Hubo actuaciones muy cuestionables de la defensa. Entre ellas, abandonar el tribunal un día por no estar de acuerdo con sus decisiones e insistir repetidamente en las mismas objeciones ya rechazadas por éste.

Sin duda, es un problema grave. No se puede permitir que los defensores actúen como niños berrinchudos, especialmente cuando sus actos entorpecen el proceso al dejar sin defensa a su propio cliente. En su capítulo I, el Código de Ética Profesional exige a los abogados prudencia, actuar sin precipitaciones y con juicio sereno, además de lealtad a la justicia y a su cliente. Y en su Capítulo IV artículo 5 agrega que le debe respeto a los tribunales.


El tema sigue siendo que, a pesar de ser muy mal vistas estas actuaciones de la defensa, algunos las justifican como un acto de indignación por la supuesta parcialidad del tribunal, de modo que es muy probable que estos abogados nunca enfrenten mayor sanción por su conducta.

### 4. ABUSOS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Sin duda, no se le puede prohibir a un defensor utilizar a la prensa a favor de su cliente. Sería hipócrita pretender que la política y/o la opinión pública no tienen lugar en la justicia. Sin embargo, hay límites. Y en este juicio a los defensores los sobrepasaron.

El mejor ejemplo ocurrió cuando García Gudiel le advirtió a la Corte que había miles de ex patrulleros listos para paralizar a la nación si no fallaban a favor de su cliente. Además, atacó repetidamente la integridad del tribunal -en particular de la jueza Barrios-, alimentando rumores de que le habían ofrecido un puesto internacional si condenaba a Ríos Montt.

La realidad es que esto no era un juego. La jueza contaba con seguridad por amenazas en el caso, y en causas anteriores de alto impacto había sufrido ataques a su integridad personal (dos granadas explotaron en su casa).

El conflicto armado en Guatemala fue terrible y está bien documentado el racismo que permitió las crueldades que se cometieron durante el conflicto. Estos sentimientos aún perduran en algunos sectores; las ex Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) fueron creadas por Ríos Montt y lo ven como un héroe. En todo caso, aún si García Gudiel no organizó ni impulsó a los protestantes a realizar tales amenazas, fue totalmente irresponsable en sus comentarios públicos. 

# Tabla de Emplazamiento







# LA NUEVA DOCTRINA SOBRE LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO

Por **Oswaldo Pizarro Q.**  
Defensor Regional del Biobío

**E**l ofrecimiento y posterior incorporación en juicio oral de testimonios, cuya declaración previa ante el Ministerio Público o la policía no conste en registro escrito durante la investigación, es inadmisibile.

Esta afirmación, que hoy podemos realizar de manera tajante, fue una línea argumentativa que se discutió arduamente desde los inicios de la reforma procesal penal y hoy, finalmente, cuenta con un respaldo jurisprudencial del más alto tribunal de justicia de nuestro país y tiene su origen en uno de los derechos más trascendentales en nuestro sistema de justicia, cual es el debido proceso.

La aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entregan como garantías mínimas los siguientes derechos: el derecho a la oportunidad y los medios adecuados para preparar la defensa; el derecho a interrogar a los testigos de cargo; el derecho a controlar la prueba de cargo determinando elementos esenciales, como los intereses que motivan a una persona a declarar.

Es evidente que el derecho a confrontar la prueba testimonial de cargo supone dos requisitos *sine qua non*, cuales son, primero, tener como defensa acceso a los registros escritos que de ese testigo emanen y, segundo, la posibilidad de poder utilizar dichos registros escritos durante el juicio para ejercer el derecho a confrontación.

Estos dos requisitos tributan sobre uno de los principios básicos de un sistema adversarial, cual es que la información incorporada al juicio –y que debe ser valorada– sea de alta calidad, a fin de sobrepasar el estándar de duda razonable.

Evidentemente que esta reyerta nunca fue pacífica, ya que antes del fallo que comentaremos –fechado el 5 de septiembre de 2012– la contienda era desigual para la defensa, pues cada jurisdicción tenía sus propias prácticas y, aún más, dicho debate tendía mayoritariamente a estar contra la defensa, por la doctrina que había sentado la misma Corte Suprema en los autos rol 3-2005, de fecha 14 de abril de 2005.

A nivel de tribunales de garantía en etapa de preparación de juicio, las excusas para incumplir el deber de registro dispuesto en los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal por los fiscales eran múltiples, pasando por la idea de que por la brevedad del plazo fijado para la investigación no tenían posibilidad de levantar registros escritos, hasta aquellas excusas que más bien encubrían la estrategia procesal de los persecutores de privar a la defensa de un derecho real de confrontación y –por ende, a través de esta vía– enervar su accionar defensivo.

Pero este debate, creemos, se zanja definitivamente por la Excelentísima Corte Suprema con la dictación de la sentencia de nulidad en causa rol 5116-12, el 5 de septiembre de 2012, pues acoge un recurso de nulidad de la defensa en virtud de la causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal y, en esencia, declara que hay infracción sustancial al debido proceso y al derecho de defensa si el Ministerio Público no registra las declaraciones de los testigos de cargo de que se vale en el juicio oral, y éstos fueron usados por el tribunal *a quo* para condenar.

Además de invalidar la sentencia y el juicio oral, la Corte repuso la causa al estado de realizar una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado, debiendo excluirse del auto

de apertura la declaración de la testigo cuya declaración no fue registrada en la investigación.

Un somero análisis de las ideas fuerza más importantes las podemos desagregar en los siguientes capítulos:

1.- Acoge la línea argumental del deber imperativo de registro contenido en los artículos 181, 227 y 228 del Código Procesal Penal (Considerando 7°) y que esta obligación tiene un correlato en el deber de individualizar los testigos de cargo, los puntos sobre los cuales recaerán sus declaraciones y el deber de poner a disposición de la defensa todos los antecedentes acumulados durante la investigación. Todo lo anterior, como una consecuencia lógica del derecho a una debida defensa en su aspecto material (Considerando 8°).

2.- Acepta el argumento de la defensa, en orden a señalar que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 259 f) y 260 del Código Procesal Penal, obedecen al derecho esencial del imputado consignado en el artículo 93 e) del mismo código, de conocer el contenido de la investigación (Considerando 8°).

3.- Recoge el argumento que sostiene la defensa, en orden a que el conocimiento efectivo del contenido de la investigación le permite al imputado el ejercicio de sus derechos (Considerando 8°).

4.- Acoge que el derecho del imputado de conocer el contenido de la investigación, reconocido en el Art. 93 e) del Código Procesal Penal, es una concreción de la garantía constitucional prevista en el Art. 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución Política (Considerando 8°).

5.- Establece que la obligación que pesa sobre el Ministerio Público de registrar las declaraciones de los testigos responde al derecho que tiene el inculpado a una debida defensa, que se materializa no sólo en la asistencia letrada, sino que a conocer en detalle la prueba de cargo (Considerando 8°).

6.- Señala que conocer el contenido de la investigación no sólo resulta necesario para la elaboración de la estrategia de defensa, sino además para la presentación adecuada a la audiencia de preparación del juicio, como asimismo para el desarrollo de los conainterrogatorios de los testigos de cargo (Considerando 8°).

7.- Indica que la relevancia de la citación de los testigos al Ministerio Público y la declaración que se les toma, así como su registro, aparece -además- refrendada por la instrucción


del mismo ente persecutor contenida en el oficio N° 133 de 2010 de esa repartición pública (Considerando 9°).

8.- Establece que la correcta comprensión del ejercicio del derecho a defensa del imputado y del debido proceso que conlleva como garantías mínimas el derecho a conocer en detalle la imputación y los elementos de cargo, así como el derecho a conainterrogar a los testigos de cargo supone el acceso sin restricciones al contenido íntegro de la investigación y ello supone necesariamente el acceso a toda la información. (Considerando 11°).

9.- Finalmente, establece cuál es la consecuencia jurídica inequívoca frente a la testigo de cargo que no prestó declaración alguna durante la investigación, al ser una obligación incumplida cuyo titular sólo es el Ministerio Público y consecuencialmente determina la sustancialidad de dicha infracción en la resolución del asunto (Considerando 12°).

De esta forma, dicho fallo no sólo sienta las bases para que el derecho a defensa y su derecho a confrontación se hagan efectivos desde el inicio de la investigación penal y en especial en la etapa de preparación de juicio, al exigir los registros escritos de los testigos que se ofrezcan como prueba de cargo.

Además, se colige claramente la interpretación correcta que debe darse al derecho a confrontación en sede de juicio oral, el cual puede ejercerse con cualquier declaración previa prestada por dicho testigo durante la investigación -ya sea ante la policía o ante el Ministerio Público-, terminando así con las entelequias interpretativas que al día de hoy sostienen nuestros legítimos contradictores del artículo 334 del Código Procesal Penal y dejando incluso abierta la posibilidad de permitir la posibilidad de confrontar con cualquier manifestación de voluntad escrita del deponente, pues detrás de ello no está -como erradamente se señala- la incorporación de un documento como medio de prueba, sino que está la determinación de la fiabilidad del testimonio de la prueba de cargo y, consecuentemente, el umbral de la duda razonable y el debido proceso.

Este último punto podemos desprenderlo de la simple lectura del fallo de la Excelentísima Corte Suprema 5456-12, de 12 de septiembre de 2012, que esperamos sea objeto de otro análisis jurídico posterior. 



# TESTIGOS SIN IDENTIDAD

Por **Francisca Werth W.**

Jefa del Departamento de Estudios y Proyectos  
Defensoría Penal Pública

La exclusividad que detenta el Estado en el ejercicio de la persecución penal representa la fuerza que se ejerce en contra de un individuo en el caso de la comisión de un delito que comprometa a la sociedad que ese Estado está llamado a proteger.

El monopolio del *ius puniendi* implica que se previene el ejercicio de un sistema de solución de conflictos privados que podría llegar a la violencia. Asimismo, se garantiza que se actuará con la objetividad de la que el individuo carece al verse directamente afectado por el supuesto delito cometido por una persona.

Este derecho a perseguir y castigar es totalmente asimétrico en relación con la persona respecto de la cual se ejerce. Se trata de un individuo que enfrenta por sí solo al aparato persecutor, que cuenta con todos los medios para investigar, perseguir y castigar. Por lo anterior, como límite al ejercicio excesivo de este derecho por el Estado y, a su vez, como garantía para el imputado de que este poder no será ejercido sin límites es que nacen los derechos al debido proceso y a la defensa.

Al establecer el nuevo proceso penal en Chile, la reforma se consolidó basándose en el respeto que el Estado debe a las garantías reconocidas por la Constitución y por diversos tratados internacionales de los que Chile es parte. Lo anterior es importante y funda los principios de esta reforma, porque el principal interés del Estado es lograr la paz social a través de un sistema justo, que permita castigar pero respetando los derechos y limitando el ejercicio del poder.

Dentro del proceso penal, el derecho a la defensa se convierte entonces en un pilar fundamental, sobre todo si se considera que el sistema criminal anterior permitía que la condena se produjera después de un juicio realizado con casi absoluta ausencia de esta garantía.

Por lo tanto, se consideró que contar con una defensa penal era un derecho que daba legitimidad a la acusación y poste-

rior sanción penal. La garantía del debido proceso, entonces, era fundamental para asegurar también esa legitimidad, incluyendo en ella el derecho a ser defendido por un abogado y a tener un juicio oral y público.

Diversos elementos componen el derecho a defensa, tales como el derecho a intervenir en el procedimiento, a conocer el contenido de la acusación y a contradecirla, decidiendo eso con su abogado defensor. Los otros intervinientes -como la víctima- también tienen derechos entregados por el legislador. El ejercicio de intereses contrapuestos entre la víctima y el imputado puede llevar a lesionar o contradecir los derechos establecidos para garantizar precisamente el límite del ejercicio del poder estatal de persecución penal. Tal es el caso de los testigos secretos o con reserva de identidad.

La protección que se entrega a ciertos testigos -que les permite declarar sin que el imputado y la defensa puedan conocer la identidad de la persona que testimonia contra el imputado- deteriora el ejercicio del derecho a defensa en sus aspectos más básicos y esenciales.

Lo anterior ha sucedido en Chile en diversas ocasiones y eso se ha permitido debido a una errada interpretación y aplicación de ciertas normas, además de una precaria estructura de protección de testigos de parte del Ministerio Público, que permita entregar protección a las víctimas y a los testigos que declaran en juicio.

Este es uno de los aspectos más preocupantes, ya que se ha observado en el último tiempo una creciente tendencia del Ministerio Público a extender esta práctica más allá de los casos en que ciertas leyes especiales lo permiten, apuntando también hacia delitos comunes. Lamentablemente, la jurisprudencia no ha sido clara al pronunciarse al respecto, avalando esta práctica, restringida por el legislador y reprobada por los tribunales internacionales aún en casos excepcionalísimos.

## AFECTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

El uso de testigos sin identidad erosiona el derecho de defensa de diversas maneras, pero lo afecta centralmente al impedir que se pueda estructurar una estrategia de defensa que cuente con los antecedentes necesarios para establecer cuáles son las razones por las que ese testigo declara, sus móviles y sus posibles vinculaciones con el imputado o con el caso.

En otras palabras, se torna imposible mostrar que el testigo-medio de prueba usado para establecer la culpabilidad de una persona- no es creíble y que, por ello, su testimonio no debe ser considerado, por no ser válido. Saber quién es la persona que declara en contra de otra es fundamental para poder contradecirla.

La regla general del artículo 307 es que todo testigo debe individualizarse al comenzar su declaración. El artículo 309 agrega que no existen testigos inhábiles, pero que los intervinientes podrán dirigirles preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella y la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudiesen afectar su imparcialidad o algún otro defecto de idoneidad.

Lo que el legislador hace es entregar a los actores del proceso la posibilidad de contrarrestar ese testimonio, desacreditarlo y defenderse así de lo que ese testigo pueda estar declarando contra el imputado. La misma norma señala que esta obligación de individualizarse sólo se exceptúa en casos dispuestos por leyes especiales, como la ley de drogas (N° 20.000) o la ley antiterrorista (N° 18.314).

Al referirse a la protección de los testigos, el artículo 308 faculta al tribunal en casos graves y calificados para tomar medidas destinadas a la protección de testigos, siempre por un tiempo determinado. Así, también autoriza al Ministerio Público a conferir al testigo las medidas de protección que fueren necesarias antes o después de su declaración.

Ahora bien, tras establecer la obligación de identificación ya mencionada, el inciso segundo del artículo 307 exceptúa al testigo de hacer indicación pública de su domicilio, si existiera motivo para temer que pudiese implicar un peligro para él u otra persona. La norma agrega que si el testigo usa este derecho, quedará prohibido dar a conocer su identidad o antecedentes que condujeran a ella.

Es precisamente este error de técnica legislativa lo que utiliza el Ministerio Público para -unilateralmente y sin autorización judicial- disponer el secreto de la identidad de los testigos durante todo el procedimiento.

La postura jurisprudencial que avala lo anterior impide que el juez verifique si se cumple el estándar exigido por el legislador, en cuanto a que exista motivo para estimar que la indicación del domicilio pudiese implicar un peligro para el testigo u otra persona.


En conclusión, la norma referida tiene por objetivo proteger a los testigos y no limitar el derecho a defensa, por lo que en ningún caso su ejercicio podría significar una base legal que justifique esta limitación ni ampliarlo a delitos comunes.

En las leyes especiales, el legislador decide extremar -en contra de las reglas generales- ciertas protecciones o restringir ciertos derechos, pero sólo ante situaciones que para el Estado justifican una protección especial.

## CONTEXTO INTERNACIONAL

Tanto el sistema interamericano de derechos humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han declarado que el uso de testigos sin identidad no debe ser preferido como medio de prueba, porque es perjudicial para la defensa de los derechos de las personas. Agregan que en caso de utilizarse, esta prueba nunca puede ser determinante para condenar ni ser la única en que se base la sentencia.

Por último, señalan que siempre debe buscarse una forma de compensar al imputado en el proceso, en caso de que los testigos secretos lleguen a ser usados. Lo anterior se ha basado en el reconocimiento de intereses legítimos, pero contrapuestos, que en caso de enfrentarse deben ser compensados en los efectos que producen para las partes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos debe pronunciarse muy pronto respecto del caso “Norín, Pichún y otros contra el Estado de Chile”, más conocido como el “caso de los lonkos”. Aunando tres situaciones de vulneración de los derechos humanos en contra de miembros del pueblo mapuche, en dos de ellos -Pascual Pichún y Aniceto Norín, además de Víctor Ancalaf- la Comisión Interamericana señaló que el Estado de Chile violó los derechos humanos de las víctimas al usar testigos secretos en sus juicios, siendo esta prueba determinante en las condenas sin que fuera adecuadamente compensada. 



# ARTÍCULO 387 DEL CPP: UNA TRIPLE AFECTACIÓN A LA GARANTÍA DEL DERECHO AL RECURSO

Por **Rubén Romero M.**

Abogado de la Unidad de Estudios,  
Defensoría Regional Metropolitana Norte

**E**n su inciso 1°, el artículo 387 del Código Procesal Penal (CPP) dispone que la resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código.

La interpretación de la citada norma ha sido diversa, en particular respecto de la procedencia del recurso de queja. Algunos autores indican que ello es de toda lógica, tratándose de un recurso extraordinario, cuya decisión no es susceptible de revisión por un tribunal superior<sup>1</sup>, agregando que en este caso la improcedencia de recursos es absoluta, incluyendo al recurso de queja<sup>2</sup>.

En esta línea existen numerosos fallos de la Corte Suprema que declaran inadmisibles el recurso de queja<sup>3</sup>. No

<sup>1</sup> LÓPEZ MASLE, Julián “*Derecho Procesal Penal Chileno*”, Tomo II, pág. 445, Ed. Jurídica, 2004.

<sup>2</sup> Así se afirma en detalle en ARIAS VICENCIO, Cristián, “*El Recurso de Queja en el Nuevo Procedimiento Penal*”, Revista de Estudios de la Justicia – N° 1 – Año 2002. Igualmente adhiere a este planteamiento LÓPEZ MASLE, Julián, *op. cit.*, nota al pie de pág. n°187, pág. 445.

<sup>3</sup> Entre otros, ver roles Corte Suprema N°9.728-2011, 8.277-2011, 8.998-2011 y 9.034-2011. Otros fallos en detalle consultar Informes de

obstante, otros autores<sup>4</sup> sostienen que es procedente, pero con un criterio restrictivo, existiendo del mismo modo fallos de la Corte Suprema que han admitido el recurso<sup>5</sup>.

La posibilidad de dar cabida a este recurso nos parece imprescindible a partir de las reflexiones que realizaremos a continuación respecto del derecho al recurso como garantía judicial, en el contexto de la actual redacción del inciso 2° del artículo 387.

Éste establece que tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que

Jurisprudencia de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional, N° 1/2007/Febrero, N°4/2009/Octubre y N°1/2012/Enero, todos denominados “*Criterios relevantes de admisibilidad sobre el recurso de queja ante la Corte Suprema*”.

<sup>4</sup> MOSQUERA RUIZ, Mario, y MATURANA MIGUEL, Cristian. “*Los Recursos Procesales*” pág. 383, Ed. Jurídica, 2010.

<sup>5</sup> Ver roles Corte Suprema N°4.181-09 y 4.182-09. En otros casos se declara inadmisibles, pero se retiene de oficio el conocimiento del fondo del asunto, en uso de las atribuciones del artículo 545 inc. 1° del Código Orgánico de Tribunales.

hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.

En principio, la norma parecería establecer diversas garantías. En primer lugar, impedir al persecutor recurrir en el segundo juicio que absuelve al imputado, en pos de un tercero, cuando ya ha sido absuelto en un primer juicio. Segundo, entender que sobre el imputado que, habiendo sido favorecido en el primer juicio, es condenado en el segundo y se le otorga el recurso para revisar su caso, acceder a un eventual tercer juzgamiento y, con ello, estimar materializado el acceso a la doble conformidad, al permitir la revisión de la sentencia condenatoria del segundo juicio por un tribunal superior.

Sin embargo, un análisis sobre los alcances y aplicación efectiva de la norma lleva a concluir que afecta la garantía judicial del derecho al recurso del imputado de tres relevantes maneras:

#### 1.- DESDE EL DERECHO A RECURRIR CONTRA LA SENTENCIA DEL SEGUNDO JUICIO

La norma permite recurrir al condenado contra la decisión del segundo juicio sólo si la primera sentencia fue absolutoria, pero no si fue condenatoria. Según los autores y las respectivas actas del Senado, la razón fue la economía procesal, para evitar la sucesión infinita de recursos contra lo resuelto<sup>6</sup>.

Sin embargo, diversos autores han afirmado que lo prescrito por la norma la convierte en claramente

inconstitucional<sup>7</sup>. En efecto, esta imposibilidad de recurrir para el condenado vulnera la garantía del derecho al recurso consagrado tanto en los tratados internacionales<sup>8</sup> ratificados por Chile, como su carácter de derecho integrante de la garantía del justo y racional procedimiento que la Constitución consagra en el Art. 19 N°3 inc. 5°, carácter ampliamente reconocido en doctrina<sup>9</sup>. Los autores sostienen -en consecuencia- que mientras la norma no sea modificada, correspondería su inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>10</sup>.

En esta línea se han interpuesto diversos requerimientos de inaplicabilidad del Art. 387, en los cuales lamentablemente el Tribunal Constitucional -por voto de mayoría- ha rechazado la inaplicabilidad, por considerar que el Código Procesal Penal consagra el derecho a recurrir, y que si el condenado decidió no recurrir de nulidad en el primer juicio contra una sentencia que objetivamente era agravante, porque subjetivamente consideró que no lo era, pero disponiendo del derecho para recurrir, ello no transforma en inconstitucional al artículo 387, pues en definitiva limitó su derecho a defensa por un acto propio.

Además, se indica que contra la sentencia del tribunal oral cabe el recurso de queja, pues precisamente procede contra sentencias jurisdiccionales en las cuales se hayan cometido faltas o abusos graves, y respecto de las cuales no procede recurso alguno.

Así se desprende de la lectura, pertinente en cada caso, de los roles 986-07, 821-07, 1130-07, 1501-09 del Tribunal Constitucional. Sin embargo, cabe igualmente destacar la postura contraria sostenida por los votos de minoría,

6 VODANOVIC SCHNAKE, Natalio "Restricciones del recurso de nulidad. Algunos Alcances Comparados y Doctrinarios." Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N°7. Igualmente LÓPEZ, *op. cit.* pág. 446, citando además a Maier, quien expone la ilegitimidad de dicho criterio.

7 MOSQUERA RUIZ, Mario, y otro, *op. cit.* pág 376.

8 Arts. 8.2 h) Convención Americana Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9 EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Tomo II, pág 142-144. Ed. Jurídica, 2004.

10 VODANOVIC, *op. cit.* Igualmente LÓPEZ, *op. cit.* p. 447. MOSQUERA, *op. cit.* p. 378.



de los ministros Hernán Vodanovic, Mario Fernández y Jorge Correa, quienes expresan su opinión de acoger los requerimientos y declarar la inaplicabilidad del artículo 387, por considerarlo infractor de la garantía del derecho al recurso, del debido proceso y no respetar con ello los tratados internacionales ratificados por Chile.

Ahora bien, la solución propuesta por el fallo de mayoría del TC -en orden a emplear la vía del recurso de queja como impugnación contra la sentencia del segundo juicio- ha sido, en general, infructuosa ante los tribunales superiores.

Tanto recursos de queja interpuestos ante la Corte Suprema respecto de fallos que rechazan<sup>11</sup> o declaran inadmisibles<sup>12</sup> recursos de nulidad contra la sentencia del segundo juicio en Cortes de Apelaciones, como recursos de queja interpuestos ante éstas últimas contra tribunales orales que niegan el recurso han tenido resultado negativo<sup>13</sup>.

Como excepción a estos criterios, pueden citarse dos casos conocidos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en los cuales, acogándose recursos de queja planteados como única vía posible para recurrir ante la prohibición del art. 387, dictan sentencias de remplazo absolutorias en ambos casos<sup>14</sup>.

11 Ver rol 526-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

12 La Corte Suprema en roles 3694-2012, 2846-2011 y otros señala que por la naturaleza de la resolución que falla un recurso de nulidad no es procedente el recurso de queja. Criterio muy distinto al sostenido por la misma Corte Suprema al inicio de la reforma, en el rol N° 1386-2002.

13 Este criterio se refleja en el fundamento del fallo de la Corte de Apelaciones de Talca de 14 de diciembre de 2005, que rechazó el recurso de queja porque la norma del artículo 387 del Código Procesal Penal es posterior y especial respecto del Art. 545 del Código Orgánico de Tribunales y, en consecuencia, debe primar aquella sobre ésta, en orden a que no cabe recurso alguno.

14 Ver rol 1101-2011 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso (13 de diciembre de 2012) y rol 560-2012 de la misma Corte (19 de junio de 2012).

Se evidencia particularmente la vulneración a la garantía cuando se lee la norma sin distinguir hacia quién va dirigida la prohibición. Aceptando con los reparos expuestos que la norma impida recurrir por segunda vez, una ecuánime lectura debiese concluir que la prohibición de recurrir por segunda vez se dirige a quien ya recurrió una vez obteniendo la anulación del juicio, pero no a quien nunca ha recurrido y en el segundo juicio intenta hacerlo por primera vez.

Entenderlo distinto significaría aceptar que el efecto de la norma es que el interviniente que recurre una vez y anula, quema en lo sucesivo el derecho al recurso no sólo para sí mismo, sino para todos los demás intervinientes en el segundo juicio, aun cuando no hayan recurrido nunca antes. Interpretar así la prohibición intensifica aún más la ya mezquina interpretación que a priori se le otorga a la norma, pues prohíbe recurrir no sólo si la primera sentencia es condenatoria, sino también si en el pasado otro interviniente distinto ya lo ha hecho<sup>15</sup>.

## 2.- DESDE EL PUNTO DEL AGRAVIO SUFRIDO POR EL CONDENADO.

El Art. 352 consagra como norma general el derecho a recurrir a todos los intervinientes que tengan la calidad de agraviados. En consecuencia, es el perjuicio -el resultado adverso trascendente sufrido por un interviniente- el que justifica y legitima el recurso. En su inciso segundo, el artículo 387 autoriza el recurso de nulidad contra la sentencia del segundo juicio, pero sólo si la primera sentencia fue absolutoria y la segunda condenatoria. Tal disposición implícitamente contiene entonces una definición de agravio que -por una parte-, es ajena al interviniente y, por otra, es condicionada a una circunstancia anterior y extraña al juicio actual.

Es ajena al interviniente porque no depende de si su teoría del caso fue o no acogida, y por tanto si fue o no afectado

15 Ver ejemplos claros en sentencias RUC 0600764824-1 (caso Aarón Vásquez) y RUC 1001222180-6, ambas ante el Tercer Tribunal Oral de Santiago.

por la decisión del tribunal, sino que depende de un determinado resultado del primer juicio: una decisión de absolución.

Es condicionada a una circunstancia anterior y extraña al juicio, porque la facultad de recurrir no depende ni se habilita por el resultado actual del segundo juicio, y el eventual perjuicio o agravio que este segundo juicio le pueda haber causado, sino que depende y habilita según un resultado anterior, extraño al juicio actual, proveniente del primer juicio anulado. Si el resultado fue uno u otro en aquel, sabremos si hay o no hay recurso en el actual.

Observamos entonces que aquel primitivo juicio y sentencia declarados nulos, cuyos efectos dejaron de existir en el mundo del derecho, mantienen una suerte de ultra actividad con esta norma, pues siguen produciendo un efecto jurídico de la máxima importancia: definir si nace o no nace el derecho a recurrir en el nuevo juicio. Si la persona fue absuelta, goza de la garantía del derecho al recurso en el juicio actual. Si la persona fue condenada, no obstante haberse anulado esa decisión, ella determina que en el nuevo juicio el condenado carece del derecho al recurso.

Por tanto, debiera entenderse el agravio desde el punto de vista del interviniente, a partir de si su teoría del caso fue o no acogida en el actual juicio que ahora lo sentencia. El perjuicio, en resumen, se enuncia entonces como teoría del caso rechazada en juicio.

Pero incluso si asumiéramos la lógica de la norma que no define el agravio en relación a lo alegado en el mismo juicio, sino que invoca el resultado del primero para autorizar o no la recurribilidad del agravio del segundo, correspondería entonces comparar los resultados de esos dos juicios: si la teoría del caso expuesta en el primero fue acogida (ej. un grado de participación menor así acogido por el tribunal), objetivamente se concluye que no habría agravio. En tanto, si en el segundo juicio ahora se rechaza

la teoría del caso (ej. si se condena a un grado de participación mayor al propuesto al tribunal) se concluye objetivamente que hay agravio. Se debería, entonces, autorizar el recurso, pues sería el primer agravio sufrido por el imputado en el proceso<sup>16</sup>.

Una aplicación literal de la norma significaría interpretar con prescindencia de los intervinientes el ejercicio del derecho al recurso, olvidando su carácter de garantía judicial individual y subjetiva integrante de los derechos humanos reconocidos a toda persona, en privilegio de una aspiración de economía procesal como sería evitar la posible reiteración o repetición sucesiva de juicios o juzgamientos defectuosos. Precisamente como derecho humano, correspondería garantizar que el juzgamiento criminal se repitiera tantas veces como sea necesario para que se haga correctamente, y el instrumento para alcanzar tal aspiración es el derecho al recurso.

### 3.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DECISIÓN DE RECURRIR EN EL PRIMER JUICIO

Finalmente, se debe indicar el efecto disuasivo que la norma genera actualmente a la defensa de un imputado, en orden a evitar recurrir de nulidad ante un tribunal superior si se vislumbra que, de ser exitoso el recurso, el nuevo juicio podría imponer una pena superior a la pena impuesta en el primero, con la imposibilidad -impuesta por esta norma- de recurrir aquel peor resultado.

Muy gráficamente lo ha sintetizado Ignacio Barrientos al afirmar el riesgo de ir por lana y salir trasquilado en un

<sup>16</sup> El voto de minoría del fallo 986-2007, en su considerando 10°, sustenta un concepto equivalente de agravio: "Que es una condición legitimante de un recurso, el agravio o perjuicio del afectado. Mas allá del carácter condenatorio o absolutorio del primer fallo, en que el imputado aceptó responsabilidad como autor de homicidio simple [caso de Aarón Vásquez, quien planteó dicha calificación como teoría del caso en el primer juicio], en el segundo juicio del que surge una condena por homicidio calificado [calificación que Aarón Vásquez siempre rechazó] se produce por primera vez agravio para él".





artículo en el cual examina con profundidad la prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de un nuevo juicio<sup>17</sup>, incluyendo un estudio empírico que demuestra este disuasivo efecto para recurrir en defensores penales públicos.

En efecto, la reforma peyorativa -hoy en día proscrita incluso con jerarquía constitucional en legislaciones comparadas<sup>18</sup>, no tiene real acogida en nuestro ordenamiento, pues si bien el inciso final del artículo 360 del CPP recoge este principio, la posibilidad normativa en materia de nulidad de una sentencia de remplazo que agrave la situación procesal del imputado recurrente es inexistente, atendido el claro tenor de las hipótesis del artículo 385.


Sin embargo, lo que sí existe es que, a consecuencia de la nulidad declarada por la Corte acogiendo el recurso de la defensa, el nuevo juicio imponga una pena más alta que la del primero, con imposibilidad de recurrir de la misma. Ir por lana y salir trasquilado. Es decir, el artículo 387 en este caso, actúa como blindaje final para la consumación de la *reformatio in peius* advertida en nuestro sistema. El derecho al recurso se inhibe entonces injustamente, por el riesgo antes indicado.

En resumen, las infracciones derivadas del tenor de la norma, acentuadas por una interpretación restrictiva distante de una hermenéutica orientada desde la garantía del derecho al recurso, pugna con la obligación asumida por el Estado de Chile y sus órganos -tribunales superiores, inferiores y Tribunal Constitucional- conforme al artículo 29 de la Convención de Derechos Humanos, de interpretar las normas del derecho interno en orden a evitar se limite o suprima el ejercicio de los derechos y garantías reconocidos por dicho tratado.

17 BARRIENTOS PARDO, Ignacio “Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio (Ir por lana y salir trasquilado)”. Revista de Estudios de la Justicia, N°9 Año 2007.

18 MAIER, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos.” Pág. 590. Editores del Puerto, 2004.

Adicionalmente, hace algunos años la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acuñado como deber de los Estados ejercer el control de convencionalidad<sup>19</sup> de las normas de derecho interno respecto de la Convención, no sólo por la judicatura ordinaria<sup>20</sup>, sino por la judicatura constitucional<sup>21</sup>.

Con ello, necesariamente aquellas no sólo deberían interpretar conforme la garantía del recurso, sino derechamente acoger los intentos de inaplicabilidad del artículo 387 o admitir los recursos de queja contra los fallos del segundo juicio o las inadmisibilidades de recursos de nulidad, cumpliendo la obligación estatal de adecuar su ordenamiento interno a las garantías judiciales establecidas en la Convención, al menos mientras el legislador nacional no modifique<sup>22</sup> dicha norma, en orden a garantizar expresamente el recurso en beneficio del condenado. 

19 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, fallo de 26/9/2006. Concepto enfatizado en caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, fallo de 24/11/2006.

20 Caso Almonacid Arellano y otros, *op. cit.*: (...) “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Caso Almonacid Arellano y otros, *op. cit.*

21 Dado que en algunos Estados los Tribunales Constitucionales, por ejemplo, constituyen órganos autónomos independientes del Poder Judicial, la Corte precisó que no sólo los jueces, sino que los diferentes “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están en la obligación de ejercer *ex officio* el “control de convencionalidad”.

22 Si un Estado manifiesta su intención de cumplir con la Convención Americana, la no derogación de una norma incompatible con ésta y la falta de adaptación de las normas y comportamientos internos por los poderes Legislativo y Judicial para hacer efectivas dichas normas, determinan que el Estado viole dicho tratado. Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fallo 12/11/97. Citado en nota al pie N°6 por IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, *op cit.* pág. 105.



# EL ESTADO JUEZ: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD QUE DEBEN EJERCER LOS JUECES NACIONALES

Por **Humberto Nogueira A.**  
Abogado, doctor en derecho constitucional

El presente texto fue preparado por el autor en el marco de un proyecto Fondecyt realizado entre 2011 y 2013. Nogueira explica, en detalle, los alcances interpretativos de esta obligación de los jueces nacionales, según la jurisprudencia interamericana.

Lo más novedoso del concepto de control de convencionalidad explicitado por la CIDH es que dicho control también deben ejercerlo los jueces y tribunales nacionales, los cuales -de acuerdo con el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)- deben adoptar, a través “de medidas (...) de otro carácter”, las resoluciones jurisdiccionales a través de las cuales debe cumplirse con el objetivo de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales.

El juez nacional es el juez natural de la CADH. Es él quien, en primer lugar, hace la aplicación y arriesga la interpretación. Es en reacción -positiva o negativa- a sus tomas de posición preliminares que la CIDH construye el derecho interamericano. Se concreta así un diálogo y cooperación leal entre las jurisdicciones de los Estados y la CIDH, donde la base de las discusiones ulteriores está constituida por las decisiones de los jueces nacionales.

En tanto intérprete y aplicador de *corpus iuris* interamericano, el juez nacional es llevado a conocer un contencioso antes de que éste llegue a manos de la Corte Interamericana. Por tanto, respondiendo a los medios invocados por las partes, deberá considerar en lo pertinente la CADH y el *corpus iuris* interamericano, debiendo realizar una interpretación del mismo que considere la jurisprudencia de la CIDH existente sobre la materia. No hacerlo genera el riesgo de que el Estado parte sea condenado por violación de derechos humanos, siendo el acto de un tribunal nacional el responsable de tal vulneración.

El juez nacional debe aplicar no sólo el *corpus iuris* interamericano y la jurisprudencia de la CIDH, sino también sus métodos de interpretación: la interpretación evolutiva, la interpretación dinámica, el principio favor persona, el principio de progresividad, el de ponderación... Todo lo que constituye una fuente de ampliación de su poder creador de derecho.



El juez nacional puede proponer interpretaciones de la CADH y el *corpus iuris* interamericano que enriquezcan la visión del mismo, pues dichas cuestiones no han sido abordadas antes por la CIDH, por lo que no existe pronunciamiento sobre ellas. En tal sentido, el juez nacional puede desarrollar una interpretación innovadora e iniciar un diálogo en dirección al juez interamericano, que luego puede ser retomado por éste, como ya señalaba F. Sudre<sup>1</sup>.

El juez nacional debe proceder a esta innovación estudiando la jurisprudencia interamericana, para pronosticar cuál será la solución desarrollada por el juez interamericano en contenciosos inéditos. Si el juez nacional actúa de otra manera, arriesga la condena posterior de la CIDH.

También puede hacer una interpretación extensiva, que lo lleve más allá de la desarrollada por la CIDH y favorezca una ampliación del campo de aplicación del derecho garantizado, para -en consecuencia- someter al respeto de este derecho situaciones que no han sido analizadas ni resueltas por la jurisprudencia de la CIDH.

### LA SUBSIDIARIDAD

Ello se inserta en el principio de subsidiaridad: dejar a las instancias nacionales la libertad de garantizar una protección de los derechos superior al estándar conferido por la CIDH. Nada impide al juez nacional ir más allá de las soluciones de San José, desarrollando una tarea más dinámica que la CIDH, lo que podría influir en la modificación de la jurisprudencia interamericana.

Esta tarea de anticipación del juez nacional utilizando el *corpus iuris* interamericano sirve doblemente al justiciable, pues le evita un recurso largo y fastidioso ante la jurisdicción interamericana -iniciándolo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- y permite el enriquecimiento mutuo de la jurisprudencia interamericana y nacional, por una mayor efectividad de los derechos convencionales.

Hay, así, un intercambio bilateral o multilateral mediante el entrelazamiento de propósitos en un mismo logos o colo-

quio, que reposa sobre un reforzamiento de cada uno a su convicción de construir soluciones mediante un esfuerzo común.

Las soluciones innovadoras de la judicatura nacional podrán influir a la CIDH, para lo que deberá esperarse que el juez interamericano conozca un caso similar, de modo que mientras ello no ocurra el diálogo será solo potencial. O bien, si la CIDH retoma la jurisprudencia nacional en un caso futuro el diálogo será, entonces, efectivo.

Los jueces nacionales no deben tener una actitud pasiva o de autonomía frente a la CIDH, sino una de cooperación y de coordinación voluntaria, donde el juez nacional no sólo buscará comprender el espíritu de las soluciones jurisprudenciales emitidas por la CIDH, sino que un rol activo de interpretación y aplicación de la Convención en el derecho interno.

### LAS DEFINICIONES

El concepto de control de convencionalidad fue establecido formalmente por la CIDH, por primera vez y en forma unánime, en la sentencia “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, el 26 de septiembre de 2006:

“124..La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sudre, F. (2004) «A propos du ‘dialogue des juges’ et du control de conventionalité», en *Études en l’Honneur de Jean Claude Gauthier. Les dynamiques du droit européen en début du siècle*. Ed. A. Pedone, Paris, p.218.

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. párrafo 124.

La obligación de los jueces nacionales de concretar este control fue reiterada en forma uniforme en diversos fallos de la CID, sin mayores variantes<sup>3</sup>, hasta el caso “*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*”, donde la CIDH precisó mejor el concepto:

*“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondiente<sup>4</sup>”.*

A su vez, en el “*Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*” de 2008, la CIDH precisó:

*“180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>5</sup>. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales, en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o*

3 Los casos “*La Cantuta vs. Perú*”, sentencia del 29 de noviembre de 2006, considerando 173; en el caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

4 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, párrafo 128.

5 Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, párr. 207; *Caso Almonacid Arellano y otros*, párr. 118, y *Caso Salvador Chiriboga*, supra nota 6, párr. 122.

*del estándar internacional de protección de los derechos humanos<sup>6</sup> y<sup>7</sup>.*

En el “*caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, de 26 de noviembre de 2010<sup>8</sup>, la CID, introduce nuevas precisiones al control de convencionalidad que deben desarrollar las jurisdicciones nacionales:

*225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.*

En 2011, en la sentencia del “*caso Gelman vs. Uruguay*”, la Corte Interamericana reitera una vez más su jurisprudencia:

*“193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana,*

6 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros*, párr. 124, y *Caso Boyce y otros*, párr. 113.

7 Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 180.

8 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.



evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>9</sup> y <sup>10</sup>.

En el “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”, de 24 de febrero de 2012, reitera elementos básicos de dicho control de convencionalidad y precisó su carácter de intérprete último de la Convención:

“282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”

“284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso”<sup>11</sup>.

A su vez, la CIDH en su Resolución de supervisión de sentencia de 20 de marzo de 2013, en el “caso Gelman Vs. Uruguay”, señala:

“65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

9 Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 124; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), párr. 176, y Caso Cabrera García y Montiel Flores, párr. 225.

10 Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 193.

11 Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012, párrafos 282 y 284.

“66. (...) Todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. (...) Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

“67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no.

“68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia”.

“69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspon-

dientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.

“70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos”.

Si resumimos los aspectos centrales del control de convencionalidad que deben asumirse por los diferentes órganos y autoridades del Estado parte, incluidos todos sus órganos jurisdiccionales, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos concluir lo siguiente:

1. El Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado el que tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y [en su caso] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el sistema interamericano.
2. Este control debe realizarlo los jueces nacionales y los demás órganos estatales *ex officio*, otorgándole un efecto útil que no sea anulado por aplicación de normas jurídicas contrarias a objeto y fin.
3. En dicho control debe tenerse en consideración no sólo la CADH y el *corpus iuris* interamericano, sino también la interpretación que de éste ha realizado la Corte Interamericana como su intérprete auténtico y final.
4. El control de convencionalidad se ejerce por cada órgano estatal y por los jueces dentro de

sus respectivas competencias y las regulaciones procesales vigentes.

5. Sobre la base del control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y sus principios de interpretación (art. 29).
6. El control de convencionalidad se debe aplicar tanto en la emisión y aplicación de normas -en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención- como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos.
7. El control de convencionalidad de derechos humanos actúa como límite de las mayorías en la vida democrática (“*caso Gelman vs. Uruguay*”, 2012).
8. Este control se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.

Esta perspectiva ha sido reiterada uniformemente por la CIDH<sup>12</sup> en muchos casos, con el objeto de que dicha obligación de concretar el control de convencionalidad sea efectivamente desarrollada por las jurisdicciones nacionales. Eso posibilita, asimismo, descargar a la CIDH de un cúmulo de casos que perfectamente pueden ser asumidos por los jueces nacionales por aplicación de la Convención, y de la

12 *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 180; *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 339. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párrafo 208, nota 307; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párrafo. 311; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 234; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 193. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párrafo 226. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. *Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.



interpretación de sus enunciados normativos sobre derechos que ya han sido interpretados y aplicados por la CIDH, existiendo claras líneas jurisprudenciales de ésta sobre la materia.

La obligación de aplicar el control de convencionalidad interno por el Estado Legislador, por el Estado administrador y por el Estado juez ya existía previo al “caso *Almonacid Arellano vs. Chile*”. Lo que hace la CIDH en este caso es simplemente bautizar la obligación de los jueces nacionales como “control de convencionalidad”, lo que no tiene nada de original, ya que así se llama también este control que se practica desde hace varias décadas en Europa respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos y una gran cantidad de publicaciones académicas europeas se refieren a la materia.

Cuando la CIDH habla de jueces nacionales, no se refiere sólo a los jueces ordinarios que integran el Poder Judicial, como queda clarificado en la sentencia del “caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”. Allí señala que “todos sus órganos” -en referencia al Estado parte que ha ratificado la Convención Americana-, “incluidos sus jueces”, deben velar por el efecto útil del Pacto, como asimismo que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.

Es claro, entonces, que todo órgano que ejerza jurisdicción dentro del Estado -lo que incluye a los Tribunales Constitucionales, a los órganos que ejerzan jurisdicción electora, y a todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias- deben ejercer el control de convencionalidad contra normas internas que afecten o vulneren los derechos convencionales.

Todos ellos deben asegurar el objeto y fin de la Convención y el respeto y garantía específico de los derechos asegurados convencionalmente. Todos y cada uno de los jueces domésticos debe realizar este control, integrando en el sistema de toma de decisiones jurisdiccionales los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los convenios complementarios, dando un efecto útil al deber de garantizar tales derechos.

En este velar por el respeto de los estándares mínimos determinados convencionalmente respecto de los atributos y garantías de los derechos, los jueces deben aplicar siempre los principios de progresividad y favor persona<sup>13</sup> que se encuentran en las normas de interpretación de derechos contenidas en el artículo 29 literal b) de la CADH<sup>14</sup>, como asimismo, en el artículo 5° del PIDCP<sup>15</sup>, entre otros tratados de derechos humanos.

Por otra parte, a partir de la última década del siglo pasado y los primeros años del actual, las Constituciones han empezado a positivar los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos<sup>16</sup>, como son la interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de progresividad y el principio *pro homine* o favor persona, entre otras reglas de interpretación de derechos.

13 Ver entre otros, Pinto Mónica, (1997), “El principio Pro Homine”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial Del Puerto. Bidart Campos, G., (2001), “Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine”, publicado en Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A., (coords). AAVV, *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*. Buenos Aires, Editorial Ediar. Amaya Villareal, Alvaro Francisco. (2005). “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado”. en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 5, junio, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. pp. 337-380.

14 Art. 29 Literal b) CADH, prescribe que ninguna disposición de mismo puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados”.

15 Art 5° PIDCP: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

16 *Constitución de Bolivia de 2009*, artículo 13.IV; *Constitución de Colombia*, artículo 93; *Constitución Ecuatoriana de 2008*, artículo 417; después de la *reforma constitucional de México de 2011*, artículo 1°, incisos 2° y 3° de la Constitución; *Constitución de la República Dominicana de 2010*, artículo 74, numeral 3°; Constitución del Perú de 1993, disposición cuarta transitoria; Constitución de Venezuela de 1999, artículo 23.

Ello otorga directrices precisas y seguras de interpretación a los jueces nacionales sobre la materia, aún cuando operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales, se encuentren o no positivadas en el texto constitucional respectivo, por la necesaria aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los Estados partes integra el derecho interno y es de preferente aplicación frente a las fuentes formales generadas internamente.

El control de convencionalidad deben concretarlo cada uno de los jueces cuando lo soliciten las partes, pero si no lo demandan es un deber del juez aplicarlo “*ex officio*”, como se explicita en el “*caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*”, manteniéndose uniformemente dicha línea jurisprudencial hasta hoy.

La CIDH entiende que los jueces nacionales conocen y deben aplicar el derecho convencional, *iura novit curia*<sup>17</sup>, por ser no sólo derecho internacional ratificado y vigente, de aplicación preferente, sino también derecho interno.

Por tanto, cada vez que un juez dentro de sus competencias y según los procedimientos establecidos deja de aplicar el derecho convencional que asegura los derechos fundamentales, está generando un acto írrito que carece de valor jurídico, o es contrario a derecho, vulnera derechos humanos y genera responsabilidad internacional del Estado, en cuanto el juez es un agente del mismo Estado -es el Estado juez-, si ello no se corrige en el derecho interno antes de llegar al sistema interamericano.

En esta tarea, los jueces no sólo deben tener en consideración la norma jurídica positiva del tratado, sino también la interpretación auténtica que ha establecido la CIDH, en el ámbito de su competencia de interpretación y aplicación de la convención, en cuanto intérprete último de los derechos asegurados y garantizados en la Convención, según lo dispuesto en ella misma, como lo determina la CIDH desde el “*caso Almonacid Arellano vs. Chile*”.

La CIDH entiende que su jurisprudencia debe servir de base para la aplicación de la CADa. Así lo establece claramente en diversas otras sentencias, entre ellas, “*Boyce y otros vs.*

*Barbados*”, cuando determina que los jueces deben “tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”<sup>18</sup>.

Así, la interpretación de la CIDH debe entenderse incorporada a la norma interpretada mientras ella no cambie de posición, de la misma manera como se entiende operativa la interpretación de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional respecto de la norma constitucional interpretada, en aquellos casos en que dicha interpretación es vinculante.

No podemos sino concordar con Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en la sentencia de la CIDH para el “*caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*”, cuando afirma que “la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce “efectos expansivos” de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia”<sup>19</sup>.

El control de convencionalidad implica que todos los jueces de los estados partes de la Convención -en cuanto expresión del Estado juez- se encuentran vinculados por ésta, como asimismo por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento.

Ello implica que los estados partes del sistema deben asumir, mas allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia -de acuerdo con el artículo 68 numeral 1 de la CADH-, la “*ratio decidendi*” o “*holding*” de la sentencia, en cuanto interpretación fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete final, lo que constituye un aporte jurisprudencial de la CIDH al desarrollo del

17 El juez dispone de la facultad y el deber de aplicar las disposiciones convencionales en el litigio, aún cuando las partes no las invoquen.

18 Corte IDH: Caso “*Boyce y otros vs. Barbados*”, párrafo 78; “*Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”, párrafo 124.

19 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, en voto razonado en *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 79.





sistema interamericano, lo que algunos autores han llamado “interpretación mutativa por adición”<sup>20</sup>.

Para facilitar la eficacia general con efectos de norma interpretada que tienen los fallos de la CIDH, la CADH establece en su artículo 69 que el fallo, además de notificarse al Estado parte objeto de la controversia, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”, con el objeto de que tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la CIDH, como intérprete final del *corpus juris* interamericano.

En este plano, hay que precisar que, el control de convencionalidad que exige la Corte Interamericana a los tribunales doméstico, es el que debe ejercer todo juez de un Estado parte, aplicando como estándar mínimo los derechos y garantías contenidos en los derechos asegurados por la CADH, lo que constituye un control diferente y distinto del control de constitucionalidad.

Concordamos con Lucchetti cuando destaca la labor del juez en la protección y garantía de los derechos convencionales, ejerciendo de oficio el control judicial de convencionalidad: “Y para cumplir con este mandato, el juez del Estado parte debe agudizar al máximo su imaginación, con el propósito de encontrar el o los caminos a tales fines, tomando como punto de partida la interpretación ya dada a esos derechos y garantías por la Corte Interamericana y, de más está decir, que la interpretación de los jueces de un Estado parte debe estar en estricta consonancia con lo prescrito en el artículo 29 de la Convención Americana”<sup>21</sup>.

En el control de convencionalidad interno se concreta una especie de comunicación interjurisdiccional entre la CIDH y

20 Thury Cornejo, Valentín. (2011). La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana. Documento inédito presentado a las Jornadas Argentino. Chileno, Peruano, Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional. Montevideo, Uruguay, octubre de 2011, p. 4.


21 Lucchetti, Alberto (2008). “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”; en Albanese, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 142.

los tribunales nacionales de todo orden<sup>22</sup>, la que tiene un carácter más bien vertical por la posición de control final que desarrolla la CIDH en la aplicación de los derechos efectuado por las jurisdicciones domésticas.

La CIDH busca que los tribunales domésticos apliquen la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH con escaso margen de apreciación para los tribunales nacionales. Se trata de una comunicación interjurisdiccional de sentido único, de la CIDH a los tribunales domésticos, donde hasta ahora hay poca recepción de aportes locales de parte de la CIDH.

El uso que la CIDH hace de la jurisprudencia de los tribunales domésticos en sus sentencias es la de destacar los fallos nacionales que cumplen con los estándares definidos por ella, como se explicita por la CIDH en el “*caso Gelman vs. Uruguay*”, respecto de los fallos de la Corte Suprema del Uruguay sobre la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado<sup>23</sup>.

A su vez, puede señalarse que la línea jurisprudencial de la CIDH, junto con resolver los casos concretos de violación de derechos humanos, ha contribuido a que los estados innoven el ordenamiento jurídico, retirando normativas inconvenientes y posibilitando mejorar -como señala Abramovich- “las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos a nivel nacional”<sup>24</sup>.

El desarrollo de este control interno exige un esfuerzo de capacitación en el adecuado conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por los jueces nacionales de todos los niveles, jerarquías y materias, como asimismo un cierto manejo de la dinámica de la jurisprudencia convencional. 

22 Ver voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia de la CIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 7º; ver también, García-Sayán, Diego. (2005), “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 323-384.

23 Corte IDH. *Caso Gelman v.s Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 232.

24 Abramovich, Víctor. “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: el nuevo enfoque y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol 6 N°11, p. 10 [www.revistasur.org](http://www.revistasur.org) [http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo\\_01.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm)



## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: MISMO CONTENIDO, DISTINTA ETIQUETA

Por **CLaudio Nash R.**

Director Centro de Derechos Humanos  
Facultad de Derecho Universidad de Chile

Dice el autor que el control de convencionalidad materializa la obligación de garantía de los derechos humanos, tiene sólidos fundamentos en el derecho internacional y nacional, ha evolucionado jurisprudencialmente y tiene un amplio margen para seguir desarrollándose, por lo que la Defensoría Penal Pública tiene en sus manos un útil instrumento para presionar por dicho desarrollo.

**E**n la práctica jurisprudencial interamericana ha surgido el concepto de *control de convencionalidad* para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.

La figura es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos fundamentales, con un incipiente tratamiento en la jurisprudencia de las cortes nacionales. Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la CADH a los Estados y la común reticencia de algunos poderes judiciales para cumplir con las obligaciones que surgen a su respecto en materia de derechos humanos.

La Corte Interamericana ha logrado percibir claramente que muchos de los casos que se someten a su conocimiento llegan a la sede internacional precisamente porque ha fallado la justicia interna. Por tanto, es un concepto que parece nuevo, pero que no es sino la concreción de la garantía hermenéutica de los derechos humanos consagrados internacionalmente en el ámbito normativo interno.

Como en todo sistema normativo, una figura nueva debe estudiarse a partir de su concepto, fundamento, evolución y aplicación práctica, en este caso, su aplicación en Chile.

### 1. CONCEPTO

El control de convencionalidad tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el internacional, dicha función la realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte.

Esto ha ocurrido, por ejemplo, con la declaración de incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH (ver “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”). Dicha función ha sido la principal de la Corte desde su entrada en funcionamiento, ya que el tribunal interamericano es el encargado de interpretar la Convención y revisar que los actos y hechos de los Estados que han reconocido su competencia se ajusten a las disposiciones de la CADH.

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el que deben realizar los agentes del Estado y –principalmente– los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) para analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH.



En dicho análisis de compatibilidad, los operadores de justicia deben actuar en el ámbito de sus competencias, por lo que en algunos casos podrán expulsar las normas incompatibles con la CADH, inaplicarlas en un caso concreto o realizar un ejercicio hermenéutico, según permita cada diseño institucional. En este sentido, el objetivo es verificar la conformidad de las normas internas con la CADH y que exista una correcta aplicación de los estándares, lo que se puede realizar expulsando normas o interpretándolas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado.

Sin embargo, estos operadores están obligados siempre -con independencia de sus atribuciones- a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente.

## 2. FUNDAMENTO

En el derecho internacional, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

De la lectura sistemática de dichos artículos se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, protección y promoción de dichos derechos.

En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia<sup>1</sup>.

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (Arts. 1.1 y 2). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se

les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención.

Asimismo, la necesidad de realizar un control de convencionalidad emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, así como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, dan cuenta del compromiso que tienen los Estados que han suscrito la CADH de realizar un control de convencionalidad, con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por los Estados.

Asimismo, es un principio internacional recogido también por el Convenio de Viena de Derecho de los Tratados (Art. 27), que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales. En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención incluye la de adecuar la normativa no convencional existente<sup>2</sup>.

El fundamento normativo de la aplicación del control de convencionalidad en el derecho nacional lo encontramos en la lectura conjunta de los artículos 1, 5 y 6 de la Constitución Política. El artículo 6 establece expresamente la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, entre las cuales se encuentran no sólo los derechos del artículo 19 (catálogo de derechos constitucionales), sino también las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (imperativas en Chile en virtud del artículo 5 de la Constitución Política).

Además, a partir de lo dispuesto en el artículo 1 (incisos 1 y 4) se puede extraer la obligatoriedad de las normas internacionales, tanto de los derechos sustantivos como de las obligaciones generales (respeto y garantía). En efecto, el artículo 1 consagra una visión de los seres humanos como “libres e iguales en dignidad y derechos”, y luego establece el deber del Estado de dar “protección” a la población, “contribuir a

<sup>1</sup> En este sentido resulta sumamente ilustrativo el voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en: Corte IDH. “Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*”. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

<sup>2</sup> Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994.

crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Esto nos permite razonar lo siguiente: el Estado debe “proteger” a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales (artículo 1); los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben “respetar y promover” los derechos garantizados por la Constitución, tanto en su propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 5), y dichas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado (artículo 6).

Por tanto, se puede sostener que el control de convencionalidad que deben realizar los operadores de justicia -y principalmente los jueces- es un imperativo que deriva de normas constitucionales, al mandar a los jueces a aplicar las normas en conformidad a las obligaciones internacionales del Estado, ya sea a través de un ejercicio hermenéutico o mediante la inaplicación de normas que se encuentren en contradicción con los preceptos internacionales, según corresponde a sus atribuciones.

### 3. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Existe una primera etapa en la jurisprudencia de la Corte IDH en que se delinearon los principales aspectos de la figura del control de convencionalidad. En un caso sobre Chile, señaló que el poder judicial debe realizar una especie de control de convencionalidad y que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante, ya que en muchos sistemas internos esta es una cuestión debatida<sup>3</sup>.

Luego, la Corte IDH estableció que el control de convencionalidad debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclara que éste se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de la magistratura. En ese sentido, es importante destacar que la Corte IDH no impone un sistema constitucional determinado, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el diseño constitucional nacional<sup>4</sup>.

3 Corte IDH. “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr.124.

4 Corte IDH. “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr.128.

En una tercera etapa, el análisis sobre el control de convencionalidad de la Corte IDH va más allá y señala que compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales<sup>5</sup>.

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública. Es decir, se amplía el espectro desde el poder judicial a todos los órganos públicos<sup>6</sup>.

La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH nos muestra que la figura del control de convencionalidad, como herramienta eficaz para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, tiene como principales características:

- (i) debe ser realizada de oficio por toda autoridad pública.
- (ii) su ejercicio se realiza en el ámbito de competencias de cada autoridad.
- (iii) la obligación que está siempre presente es la de realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas.
- (iv) es baremo de convencionalidad la jurisprudencia de la Corte IDH.
- (iv) la obligatoriedad de realizar el control deriva de las obligaciones internacionales del Estado.

### 4. APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE

Todos los aspectos señalados en la construcción teórica y jurisprudencial del control de convencionalidad traen consigo desafíos y dificultades en el ámbito interno.

Han surgido dudas acerca de la legitimidad que tienen los jueces para inaplicar o incluso expulsar normas en el ejercicio del control de convencionalidad. En este punto hay que tener claro que la CADH no impone un determinado modelo constitucional. Por tanto, no obliga a todos los jueces a expulsar normas contrarias a la CADH. Más bien, el control de convencionalidad debe desarrollarse en el marco de las competencias internas de cada operador de justicia.

5 Corte IDH. “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr.225.

6 Corte IDH. “Caso Gelman vs. Uruguay”. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr.239. Asimismo, la Corte IDH en el “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile” especifica de qué forma la jurisprudencia de la Corte IDH puede ser utilizada en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr.184.



Otra cuestión que puede ocasionar problemas es determinar cuál es la jurisprudencia aplicable de la Corte IDH. El criterio, fundado en el art. 29 de la CADH, debiera ser que en caso de haber más de un pronunciamiento de la Corte, debe preferirse aquel que de mejor manera proteja los derechos humanos en el caso concreto. Si el intérprete llega a la conclusión que una norma interna o una interpretación distinta a la dada por la Corte es una mejor interpretación, es posible preferir la protección nacional, pero el intérprete deberá explicar de qué forma se da esta mejor protección.

Finalmente, cabe destacar que muy a menudo -y con el pretexto de no aplicar ciertos estándares en materia de derechos humanos- la jurisprudencia ha recurrido a la doctrina del *margin de apreciación nacional*, aludiendo a que ciertas normas pueden ser flexibilizadas atendiendo a las dificultades técnicas de la implementación de ciertos estándares. La peligrosidad en la utilización de esta doctrina radica en que su utilización puede conllevar la desnaturalización de las obligaciones de los Estados y, por consiguiente, puede incrementar el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional.

## 5. JURISPRUDENCIA CHILENA

Las dificultades antes reseñadas han influido en la tímida recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia nacional. Sin embargo, progresivamente los tribunales de justicia han ido incorporando el análisis de convencionalidad en sus fallos.

Las materias en que se ha realizado este control son diversas, abarcando temas tales como debido proceso, derecho de familia, derechos de los pueblos indígenas y justicia juvenil, entre otros. También cabe recalcar que el control se ha realizado en todos los niveles de la judicatura, desde los tribunales de base hasta los superiores.


La Corte Suprema ha realizado el ejercicio de convencionalidad en casos donde se ha discutido la aplicación del D.L. 2191 de amnistía a casos de violaciones a los derechos humanos, dándose preferencia a la normativa internacional por sobre la nacional (al verificarse la incompatibilidad de la amnistía con las obligaciones internacionales del Estado)<sup>7</sup>.

Ha analizado la compatibilidad del apremio por no pago de cotizaciones previsionales con el artículo 7 de la CADH -referido a la prisión por deuda<sup>8</sup>; ha verificado la adecuación de la normativa nacional a los estándares internacionales de la consulta conte-

nida en el Convenio 169 de la OIT, declarando la insuficiencia de los instrumentos de participación del sistema de evaluación de impacto ambiental para satisfacer las necesidades especiales de la consulta<sup>9</sup> y ha interpretado la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente a la luz de los principios y normas de la Convención sobre Derechos del Niño<sup>10</sup>.

Además, podemos destacar los casos donde el ha realizado un interesante ejercicio de convencionalidad, analizando -desde la normativa internacional- la normativa civil de filiación, señalando que la aplicación del Tribunal Constitucional del artículo 206 del Código Civil puede resultar contraria al artículo 5 de la Constitución, teniendo como baremo de constitucionalidad la CADH y otras normas internacionales, aun cuando el derecho protegido (identidad) no estaba dentro del catálogo de derechos constitucionales<sup>11</sup>.

Este es un clásico ejercicio de control de convencionalidad, donde el derecho internacional de derechos humanos complementa al derecho interno. En otros casos, la normativa internacional complementa al derecho interno, dándole contenido y alcance a principios generales, como ocurre en materia de debido proceso, por ejemplo, dando contenido al principio de presunción de inocencia a partir de estándares internacionales<sup>12</sup>.

Las Cortes de Apelaciones han realizado el control de convencionalidad en el conocimiento de acciones de protección y amparo. Acá resultan relevantes los casos donde este control ha servido de base para la revisión de las condiciones en que se encuentran las personas privadas de libertad. Por ejemplo, respecto de la situación en que se encontraba un grupo de jóvenes recluidos en el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó adecuar “la medida cautelar de la prisión preventiva a las disposiciones internacionales ratificadas por Chile y que se encuentren vigentes”<sup>13</sup>, fundándose en la Convención sobre Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad; incorporadas a la normativa interna de Gendarmería. Así, vemos que en este caso el juicio de convencionalidad obliga a adecuar los actos del Estado a la normativa internacional. 

7 CS. Rol 5720-2010 de 7 de marzo de 2012, CS. Rol 12566-2011 de 18 de junio de 2012.

8 CS. Rol 2006-2005 de 9 de mayo de 2005.

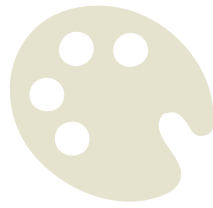
9 CS. Rol 258-2011 de 13 de julio de 2011.

10 CS. Rol 4760-2012 de 31 de julio de 2012.

11 TC. Rol 1340-2009 de 29 de septiembre de 2009, TC. Rol 2035-2011 y TC. Rol 2105-2011 ambas de 4 de septiembre de 2012.

12 TC. Rol 933-2008 de 13 de mayo de 2008.

13 CA de Santiago. Rol 53.423-2002, considerando 10.



# NUDOS DE HORROR Y DE TERNURA

Martínez Bonatti

En septiembre de 2006, meses después de volver a Chile tras 30 años renaciendo en España, el pintor chileno Eduardo Martínez Bonatti impactó a más de 30 mil personas que visitaron el Centro Cultural Matucana 100 y conocieron “Réquiem”, exposición donde el artista canalizó a ojos cerrados su propia memoria sobre el dolor del golpe, de la tortura, de la desaparición, de la muerte forzada...

Por **Marcelo Padilla V.**  
Periodista Unidad de Comunicaciones  
Defensoría Nacional



Fotos de Réquiem: gentileza Jorge Brantmayer



“Yo quería que Réquiem fuese una expresión de ese derecho a la vida plena, pero para eso había que sacarse ese dolor, esa pena, enfrentar las cosas, no soñarlas. Tener la crueldad de ver la realidad y aguantar el golpe que produce”.





“Más que una misa religiosa era un acto psicológico de asumir lo que había pasado, aceptarlo te duela o no. Verlo como hecho real. Hubo gente que lloró en la exposición. Yo no entro nunca a mis exposiciones, pero acá hubo gente que me abrazó, que me habló. Decían que logré mezclar la ternura con el horror”.



“Yo puedo dibujar bien, pero si dibujo a un tipo destrozado no lo aguanto psicológicamente. Sí puedo hacer cosas que se desfilan de esa representación cruda y simbolizan cosas de otro modo, quizás tanto o más reales que el documento crudo. Pero para poderlo hacer tengo que cerrar los ojos, buscar y romper”.



“No sabía muy bien al principio si iba a lograr lo que quería hacer, que era un acto de conciliación entre el dolor humano y la idea de que la ley tiene que ir hasta las últimas consecuencias. Esa es la vida plena. Una cosa es la muerte natural y otra es que te atrapen a un familiar, te lo torturen y te lo hagan desaparecer como a un perro muerto”.



“Es una canalización. A lo mejor más de alguien se filtró, pero lo que yo sentía era que una parte mía trabajaba fuerte, y era una parte en que yo, como pintor esteticista que soy, no alcanzaba a intervenir”.



“Cerraba los ojos, me concentraba y partía con la siguiente. Hubo un momento en que sentí presencias espirituales fuertes en el entorno, y los mejores dibujos son aquellos en los que ya ni siquiera me di cuenta”.



# MAPUCHES Y LEY ANTITERRORISTA: EL ESTADO BAJO JUICIO

Por **Marcelo Padilla V.**  
Periodista Unidad de Comunicaciones  
Defensoría Nacional

A fines de mayo pasado se efectuó la fase oral del juicio “Norín Catrimán y otros contra Chile”, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos inició tras la denuncia de ocho comuneros mapuche contra el Estado de Chile en 2003, por violar gravemente sus derechos humanos. Diez años después, se espera que la Corte falle dentro de pocos meses. Esta es la historia de este emblemático caso.



“Declaré ante la Corte Interamericana para testimoniar porqué a mi padre se le condenó bajo la Ley Antiterrorista, sin haber sido nunca un terrorista. Ese fue uno de los dolores con los que él se fue y que el Estado nunca pudo reparar. Él fue solamente un luchador por los derechos del pueblo mapuche, nada más que eso”, dice Juan Pichún, hijo del fallecido *lonko* Pascual Pichún Paillalao.

Pichún padre falleció el 20 de abril pasado, poco más de un mes antes de que lograra declarar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como una de las víctimas o peticionarios del caso “Norín Catrimán y otros contra Chile”, cuyos alegatos orales se efectuaron el 29 y 30 de mayo de este año.

El caso, presentado originalmente mediante varias denuncias independientes de comuneros mapuche, acusó la discriminación y otras violaciones de derechos humanos sufridas por un grupo de ocho líderes de esa etnia a los que se condenó a distintas penas de cárcel por delitos de la cuestionada Ley Antiterrorista (N° 18.314).

Sin embargo, en las etapas previas a la fase oral la Comisión Interamericana unificó estas causas, de modo que los denunciados del caso completo fueron Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequo Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe.

Mientras Ancalaf fue representado por *The Center for Justice and International Law* (CEJI) -una ONG con sede en Washington que promueve los derechos humanos en Latinoamérica-, Pichún, Millacheo, Huentequo y los hermanos Marileo fueron representados por la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), entidad internacional de derechos humanos con sede en París.

En resumen, los peticionarios denunciaron el uso de una normativa legal contraria al principio de legalidad, aplicada en su caso de manera selectiva, tomando en consideración su origen étnico de manera abiertamente discriminatoria y en el marco de procesos que adolecieron de una serie de irregularidades que afectaron el derecho al debido proceso

“Mi padre fue solamente un luchador por los derechos del pueblo mapuche, nada más que eso. Ese fue uno de los dolores con los que él se fue y que el Estado nunca pudo reparar.”, dice Juan Pichún, hijo del fallecido *lonko* Pascual Pichún”.

## LOS LONKOS

Al momento de ser juzgados y condenados, Aniceto Norín era *lonko* (autoridad tradicional) del *lof* (comunidad) Lorenzo Norín, mientras que Pascual Pichún ejercía el mismo liderazgo en el *lof* Temulemu.

Ambos colindan con los fundos Santa Rosa de Colpi y Nanchahue -situados en el sector de Traiguén, provincia de Malleco- cuyas 3 mil hectáreas sumadas fueron reclamadas históricamente -desde principios del siglo pasado- por la comunidades indígenas de la zona, las que comenzaron a movilizarse desde mediados de los años '90, denunciando una “traición” respecto de las promesas efectuadas a su favor por el gobierno de Patricio Aylwin.

De hecho, ambos *lonkos* fueron activos promotores de tales reivindicaciones, las que incluso provocaron -en 1999- un violento enfrentamiento entre unos 150 comuneros y 500 carabineros que intentaban desalojar una toma de esos terrenos.

En particular, Norín y Pichún fueron condenados en 2003 a cinco años de prisión cada uno por el delito de amenaza terrorista, a raíz de una serie de atentados incendiarios registrados en diciembre de 2001 en La Araucanía.

“Ambos fueron sentenciados a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y al pago de las costas, entre otras sanciones”.

Todo comenzó con una investigación iniciada en diciembre de 2001 por el Ministerio Público, luego de que el 12 de ese mes un incendio afectara a la casa patronal del fundo Nanchahue de propiedad del ex ministro Juan Agustín Figueroa y cuatro días después, otro siniestro consumiera 80 hectáreas de pino insigne en el predio forestal San Gregorio.

Tras sus respectivas detenciones, Norín y Pichún fueron sometidos a prisión preventiva y en septiembre del año siguiente, la Fiscalía los formalizó a ambos y a la documentalista Patricia Troncoso como autores de ambos delitos, acusándolos además de amenaza de incendio terrorista contra los dueños de ambos predios.

El juicio oral se efectuó entre el 31 de marzo y el 9 de abril de 2003 ante el Tribunal Oral en lo Penal de Angol, cuyos jueces absolviéron a los tres imputados y condenaron en costas al Ministerio Público y a los querellantes particulares.

Sin embargo, el 24 de abril del mismo año, la Fiscalía y el querellante Juan Agustín Figueroa interpusieron un recurso de nulidad ante la Corte Suprema, tribunal que el 2 de julio de 2003 declaró nula la sentencia absolutoria y ordenó la realización de un nuevo juicio oral.

El segundo juicio se realizó entre el 9 y el 22 de septiembre de 2003 y la sentencia se conoció el 27 del mismo mes. Los jueces absolviéron a Patricia Troncoso de todos los delitos, a Pascual Pichún por el incendio de la casa del fundo Nanchahue y a Aniceto Norín por el incendio del predio San Gregorio y de las amenazas contra los propietarios y administrador del fundo Nanchahue.

No obstante, Pichún fue condenado como autor de amenaza terrorista (artículo 7° de la ley 18.314) en perjuicio del administrador y dueños del fundo Nanchahue, mientras que Norín lo fue como autor del mismo delito contra los propietarios del predio San Gregorio.

Ambos fueron sentenciados a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y al pago de las costas, entre otras sanciones. Ninguno de los dos recibió beneficio alternativo alguno de los previstos en la ley 18.216 (remisión condicional de la pena, reclusión nocturna o libertad vigilada).

En los primeros días de octubre siguiente, la defensa de Norín y Pichún interpuso un recurso de nulidad de esta sentencia ante la misma Corte Suprema, que fue rechazado el 15 de diciembre de 2003.

“Mi papá no tuvo nada que ver en los hechos, que sí ocurrieron. No hubo nada en que él tuviera una participación directa. A eso agregamos que se anuló el primer juicio que los absolvió y luego se aplicó la Ley Antiterrorista por primera vez a mapuches (...) Fue un caso de mapuches contra Juan Agustín Figueroa. Todos sabemos el rol político que él tiene en este país (...) No creo mucho en la independencia de la justicia, porque al fin los que toman las decisiones son personas que de alguna forma están ligadas a algún pensamiento o interés detrás”, dice hoy Juan Pichún.

**POLUCO PIDENCO**

La segunda causa integrada a este caso también se originó por un incendio, ocurrido el 20 de diciembre de 2001 en el fundo Poluco Pidenco, colindante con las comunidades Tricauco, San Ramón y Chequenco. Ese mismo día, la Gobernación Provincial de Malleco se querelló contra los responsables, lo mismo que hizo la Forestal Mininco -propietaria de los terrenos- un mes después.



Poco más de un año después, el 14 de enero de 2003, la policía detuvo a varios mapuche, la mayoría dirigentes de comunidades del sector de Ercilla. Ese mismo día fueron formalizados Juan Ciriaco Millacheo Licán -*lonko* de Chequenco-, Mireya Figueroa Araneda -secretaria de la comunidad Tricauco-, José Osvaldo Cariqueo Saravia -*lonko* de San Ramón- y su medio hermano Florencio Jaime Marileo Saravia. Todos, a excepción de la mujer, se encontraban ya recluidos por otras causas desde 2002 y fueron acusados de robo con violencia e incendio de bosques, bajo la Ley Antiterrorista.

Pocos después se sumaron las detenciones y formalizaciones de Juan Patricio Marileo Saravia, Oscar Javier Queipo Figueroa -hijo de Mireya Figueroa-, Juan Carlos Huenulao Lielmil, Pedro Díaz Nahuelpi, Luis Amable Catrimil Huenupe y Juan Antonio Colihuanca Ancaluan y Patricia Troncoso Robles entre otros.

La audiencia de preparación de juicio oral se inició formalmente el 28 de julio de 2003, pero el 13 de febrero de 2004, tras cinco suspensiones sucesivas y durante una revisión de medidas cautelares, el tribunal de Collipulli sustituyó la prisión preventiva que afectaba a diez de los detenidos.

El 18 de marzo siguiente y junto con desechar una queja interpuesta por la Fiscalía, la Corte Suprema acogió otra solicitud del Ministerio Público y ordenó restituir cuatro hojas de la acusación -en las que se explicaba el carácter terrorista del incendio-, respecto de las cuales se habían detectado previamente errores formales.

El 26 de mayo de 2004 seis de los detenidos decidieron no presentarse a la preparación del juicio oral, por considerar que no existían las garantías suficientes para la aplicación de justicia. Dos meses y un día después, el 27 de julio, y poco después de iniciarse, el juicio oral fue postergado -dado que sólo se presentan cinco de los once comuneros imputados- reiniciándose dos días después, con los seis ausentes declarados prófugos y en rebeldía.

La sentencia se conoció el 17 de agosto y condenó como autores de incendio terrorista a los cinco imputados que participaron en el juicio: Patricia Troncoso, Juan Patricio Marileo, Florencio Jaime Marileo, Juan Ciriaco Millacheo Licán y José Huenchunao Mariñan, sentenciándolos a cumplir diez

años de prisión. Los tres primeros denunciarían posteriormente al Estado de Chile ante la Comisión Interamericana.

### REPRESAS EN ALTO BIOBÍO

Víctor Ancalaf Llaupe, el último denunciante contra el Estado de Chile, ya era conocido desde los últimos años del siglo XX, pues como *werkén* de la comunidad '*Choin Lafkenche*', en 1998 fue uno de los fundadores de la Coordinadora Arauco Malleco (CAM), de la cual fue su vocero público durante dos años.

En abril de 2002 y en el contexto de las movilizaciones de rechazo a la construcción de represas hidroeléctricas en la zona del Alto Biobío, Ancalaf fue detenido y acusado también como autor de delitos de connotación terrorista contra Endesa España.

Poco menos de dos años después, el 2 de enero de 2004, Ancalaf fue encontrado culpable y condenado a diez años de cárcel, aunque esa pena fue rebajada luego a cinco años por la Corte de Apelaciones de Concepción. Tras diversas acciones posteriores, el 22 de noviembre del mismo año la Sala Penal de la Corte Suprema rechazó un recurso de queja interpuesto por la defensa del *werkén*, considerando que "los sentenciadores no han incurrido en falta o abusos graves que les reprocha susceptibles de ser enmendados por esta vía".

### DENUNCIA Y ADMISIBILIDAD

La primera acción internacional de este caso ocurrió el 15 de agosto de 2003, cuando Aniceto Norín Catrimán y Pascual Huentequero Pichún Paillalao presentaron -por separadas- denuncias contra el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana, alegando la violación de los artículos 8.1, 2, 4 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos durante el juicio criminal seguido en su contra, que implicó la condena de ambos como autores del delito de amenaza terrorista.

El 16 de julio de 2004 se inició la tramitación formal del caso, con el envío de la petición al Estado chileno y la solicitud de observaciones a las partes en el plazo de dos meses. La respuesta del Estado chileno fue entregada el 29 de noviembre de 2004 y enviada a los peticionarios el 9 de

“En su defensa, el Estado de Chile señaló que la denuncia era infundada, pues no contenía hechos que caracterizaran una violación a los derechos garantizados por ella, a partir de lo cual solicitó a la Comisión declarar inadmisibles la denuncia”.

diciembre del mismo año, quienes entregaron sus observaciones a la Comisión el 7 de septiembre de 2005, que las renvió al Estado una semana después.

En parte de sus argumentos, los peticionarios explicaron que, en realidad, en el marco de los conflictos generados “entre los pueblos indígenas, por una parte, y las grandes empresas forestales, latifundistas y el Estado, por otra, éste último ha reaccionado judicialmente extendiendo el debate a los tribunales, lo que ha significado que los indígenas han sido sometidos a procesos criminales por distintos delitos, usando en su contra las legislaciones profusamente utilizadas en el régimen militar para reprimir a los opositores, duramente criticadas por entonces por quienes ahora detentan el poder (Ley de Seguridad del Estado y Ley Antiterrorista)”.

En cuanto a la aplicación de la Ley Antiterrorista, aprobada en 1984, explicaron que establece una penalidad mayor para los delitos comunes, acarrea diversas restricciones a derechos políticos y a la libertad personal, permite plazos de detención más largos, permite el secreto de la investigación hasta por seis meses y la interceptación de conversaciones telefónicas, entre otras cosas.

En su defensa, el Estado de Chile señaló que, en conformidad con el artículo 47 b y c de la Convención, la denuncia era

infundada, pues no contenía hechos que caracterizaran una violación a los derechos garantizados por ella, a partir de lo cual solicitó a la Comisión declarar inadmisibles la denuncia. Por ejemplo, al contestar específicamente la acusación de que el fallo de nulidad del primer juicio que absolvió a Norín y Pichún no respetó la presunción de inocencia, señaló que la “interpretación aislada” en que se basaron los peticionarios “lleva necesariamente a conclusiones erradas, porque dicha norma debe vincularse con otros preceptos”.

Según el Estado, lo que hizo la Corte Suprema al acoger la nulidad fue velar porque las sentencias judiciales sean pronunciadas con sujeción irrestricta a los preceptos procesales que rigen en materia de fundamentos de los fallos. Así, si el recurso de nulidad fue acogido, fue porque en la sentencia recurrida se habría omitido un requisito exigido por la ley procesal.

Chile también justificó la invocación de la Ley Antiterrorista en este caso diciendo que los hechos investigados se insertan en el marco de actos provocados por personas que, con un “discurso ideológico sustentado en la reivindicación de derechos ancestrales, se han asociado para planificar, organizar y ejecutar actos delictuales” cuya finalidad sería “producir en la población o una parte de ella, el temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie”, lo cual está penalizado por la ley 18.314.

El 21 de octubre de 2006, a través del informe N° 89/06, la Comisión concluyó que era competente para tomar conocimiento de esta petición y que la misma cumplía con los requisitos de admisibilidad, de acuerdo con los artículos 46 y 47 de la Convención Americana de Derechos Humanos y con los artículos 30, 37 y concordantes de su Reglamento.

En detalle, la Comisión declaró admisible la petición respecto de “las presuntas violaciones de los artículos 8, 9 y 24, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana”.

#### A LA CORTE

Casi cinco años después, en agosto de 2011, la abogada Rose-Marie Belle Antoine, miembro de la Comisión Interamericana,





emitió un informe de fondo sobre el caso, mediante el cual la Comisión elevó el caso ante la Corte Interamericana. Allí concluyó que la invocación de la pertenencia o vinculación de las víctimas al pueblo mapuche constituyó un acto de discriminación, mediante el cual se criminalizó, al menos en parte, la protesta social de los miembros de este pueblo, lo cual afectó la estructura social y la integridad cultural del pueblo en su conjunto.

El texto señala que estas personas fueron condenadas “en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad”, y que “toma en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria”.

Al elevar el caso ante la Corte, Belle Antoine agregó que las autoridades judiciales chilenas no distinguieron entre reivindicaciones mapuche vía protesta social, de actos de violencia cometidos por grupos minoritarios.

Por lo mismo, solicitó a la Corte declarar que en el procesamiento de las víctimas el Estado chileno violó el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, el principio de legalidad, el principio de responsabilidad penal y la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a ser juzgado ante un juez imparcial, entre otros derechos de la Convención Americana.

La Comisión consideró que estas violaciones de derechos humanos tuvieron un impacto adverso sobre la integridad sociocultural del pueblo mapuche como un todo. Por ello, pidió a la Corte disponer como medidas de reparación la eliminación de las condenas por terrorismo contra los peticionarios, la posibilidad de que sus condenas sean revisadas a través de procedimientos que garantizaran el principio de legalidad, el debido proceso y la no discriminación, la reparación material y moral a las víctimas, y la adecuación de la ley antiterrorista a dicho principio de legalidad.

Según la Comisión, “no se evidencia la falta de fundamento o improcedencia en el reclamo presentado”, que “los alegatos de los peticionarios relativos al régimen penal especial aplicado a las presuntas víctimas, la definición de la conducta antijurídica o tipo penal utilizado, la determinación

del juez competente y el derecho a defensa, podrían llegar a caracterizar *prima facie* una violación de los derechos garantizados en los artículos 8 y 9 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento” y que “los hechos denunciados podrían caracterizar una violación al artículo 24 de la Convención Americana, en concordancia también con el artículo 1.1 del mismo instrumento”.

Los alegatos de las partes se efectuaron el 29 y 30 de mayo pasado. Juan Pichún declaró en nombre de su padre fallecido, mientras que Víctor Ancalaf y Jaime Marileo lo hicieron por sus respectivos casos. Según los peticionarios, es poco probable que la Corte deseche todos sus argumentos, entre otras razones porque esta es la primera vez que un caso mapuche llega a un tribunal internacional, de modo que si éste les cerrara la puerta “no tendríamos a dónde recurrir”, como explica Juan Pichún.

Luego de que las partes entregaran sus alegatos por escrito el pasado 29 de junio, se espera que la resolución de la Corte Interamericana se conozca en diciembre o enero próximos, en cualquier caso después de las elecciones presidenciales en Chile.

Juan Pichún se declara optimista y dice esperar que la Corte sancione la aplicación de la Ley Antiterrorista contra los comuneros e interceda ante el Estado para que no se siga aplicando, para que finalmente exista reconocimiento constitucional de las etnias originarias y que se repare a las familias afectadas por estas injusticias.

“Me sorprendió que en la fase oral los representantes del Estado no nos hayan hecho ninguna pregunta. Para nosotros es un paso gigantesco que Chile tenga que responder internacionalmente frente a sus errores, tal como lo hicieron al modificar la Ley Antiterrorista en 2010. Su aplicación no responde a los estándares internacionales y creemos que eso se reconocerá internacionalmente, para que no se criminalice más la protesta mapuche. Nosotros no queremos provocar problemas, sino defender nuestros derechos”.

**Comité Editorial**

Gonzalo Berríos Díaz  
Claudia Castelletti Font  
Ximena Chandía Cuevas  
Jorge Moraga Torres  
Leonardo Moreno Holman  
Catalina Sadá Muñoz  
Georgy Schubert Studer  
Luis Venegas Díez  
Francisca Werth Wainer

**Director responsable**

Georgy Schubert Studer

**Editor**

Marcelo Padilla Villarroel

**Fotografía**

Aliosha Márquez Alvear

**Diseño y diagramación**

Giampiero Zunino Dell'Orto

**Impresión**

Maval

**Contacto**

revista93@dpp.cl

Distribución gratuita

ISSN 0718-8684

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, por cualquier medio o procedimiento, sin contar con la autorización previa, expresa y por escrito de la Defensoría Penal Pública. Las expresiones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión de la Defensoría Penal Pública.





DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

[www.dpp.cl](http://www.dpp.cl)