

# ESTUDIOS Y CAPACITACIÓN

DERECHOS HUMANOS Y  
JUICIO PENAL EN CHILE

Nº 9 • Diciembre, 2015

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia



# **ESTUDIOS Y**

---

# **CAPACITACIÓN**

## **DERECHOS HUMANOS Y JUICIO PENAL EN CHILE**

Claudio Nash

Constanza Núñez

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública  
Santiago de Chile • Diciembre de 2015

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O`Higgins 1449, piso 8, torre I

“Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión, de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N° 259.741

Santiago - Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-09-7 (Obras Completas)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-46-2 (Volumen 9)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

# ÍNDICE

---

PRESENTACIÓN.....	11
PRÓLOGO .....	13
<b>I. La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes .....</b>	<b>17</b>
1. Introducción .....	17
2. El catálogo de derechos y libertades consagrados internacionalmente .....	18
2.1. Estructura de los derechos humanos .....	18
2.2. Los principios estructurantes.....	20
2.3. El rol del valor de la dignidad en el sistema de derechos humanos .....	21
3. Las obligaciones generales.....	21
3.1. Obligación de respeto.....	22
3.2. Obligación de garantía.....	23
3.3. Obligación de no discriminar.....	29
4. Los límites.....	32
4.1. Restricciones.....	33
4.2. La suspensión temporal de obligaciones.....	37
5. La interpretación.....	41
5.1. La interpretación pro persona.....	42
5.2. La interpretación dinámica.....	45
5.3. La interpretación integral.....	46
6. La responsabilidad internacional del Estado.....	47
6.1. Infracción de una obligación internacional .....	48
6.2. Imputación de la infracción al Estado .....	49
7. La obligación de reparar a la víctima .....	52

<b>II. Recepción del DIDH en Chile</b> .....	55
1. Una aproximación al derecho internacional de los derechos humanos y su interacción con el derecho interno .....	55
2. La recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos: ¿Por qué deben aplicarse en Chile?.....	57
2.1. Procedimiento de incorporación de tratados internacionales.....	57
2.1.1 Reforma del año 2005.....	58
2.2. La jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales: análisis del artículo 5.2 de la Constitución Política .....	60
3. Herramientas para la aplicación de tratados que consagran normas de derechos humanos .....	65
3.1. Bloque de constitucionalidad.....	65
3.2. Hacia una protección eficaz de los derechos fundamentales: El control de convencionalidad como herramienta hermenéutica .....	70
3.2.1. Concepto .....	71
3.2.2. Bases normativas del control de convencionalidad .....	74
4. Modelo de juicio de convencionalidad .....	77
5. Conclusiones.....	83
<b>III. Derecho a la integridad personal</b> .....	85
1. Introducción .....	85
2. Derecho a la integridad personal a la luz del DIDH.....	87
2.1. Marco normativo internacional.....	87
2.2. Concepto y formas de afectación del derecho a la integridad personal .....	88
2.2.1. La prohibición de tortura .....	90
2.2.2. Distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal .....	91
2.2.3. Obligación de investigar y sancionar actos de tortura.....	95
2.3. Estándares referidos al proceso penal y las etapas de investigación y juzgamiento .....	99
2.4. Estándares referidos a personas privadas de libertad .....	103

2.4.1. El principio del trato humano y posición especial de garante del Estado .....	103
2.4.2. Condiciones carcelarias.....	104
2.4.3. Atención médica .....	107
2.4.4. Castigo: Prohibición de penas corporales, pena de muerte y reclusión perpetua .....	108
2.4.5. Sanciones disciplinarias.....	109
2.4.6. Visitas.....	111
2.4.7. Los procesados deben estar separados de los condenados.....	113
2.4.8. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados .....	114
2.4.9. Estándares específicos respecto de niños y niñas y mujeres privadas de libertad.....	115
3. Derecho a la integridad personal, proceso penal y ejecución de la pena en Chile .....	121
3.1. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en recintos carcelarios.....	121
3.1.1. Marco normativo nacional y su interpretación a la luz de la normativa internacional.....	121
3.1.2. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en recintos penitenciarios.....	126
3.2. Sanciones disciplinarias en los recintos penitenciarios: celda de aislamiento.....	132
3.3. Exámenes corporales.....	137
3.4. Integridad psíquica y pueblos indígenas.....	141
<b>IV. Derecho a la libertad personal .....</b>	<b>143</b>
1. Libertad personal en el SIDH.....	144
1.1. Aspectos generales del derecho a la libertad y seguridad personal en la CADH .....	146
1.2. Legalidad de la privación de libertad .....	150
1.3. No arbitrariedad en la privación de libertad .....	152
1.4. Información sobre motivos de la privación de libertad .....	159
1.5. Plazo razonable, autoridad competente y “sin demora” .....	160
1.6. Control judicial de la privación de libertad “hábeas corpus” .....	166
2. Derecho a la libertad personal en Chile .....	168
2.1. Derecho a la libertad personal .....	168

2.2. Legalidad de la privación de libertad .....	172
2.3. No arbitrariedad en la privación de libertad .....	175
2.4. Control de identidad .....	180
2.5. Información sobre motivos de la privación de libertad .....	181
2.6. Plazo razonable, autoridad competente y “sin demora” .....	183
2.7. Control judicial de la privación de libertad “hábeas corpus” .....	187
2.8. Privación de libertad y pueblos indígenas .....	193
<b>V. Derecho al debido proceso .....</b>	<b>195</b>
1. Derecho al debido proceso a la luz del DIDH.....	195
1.1. Marco normativo internacional .....	195
1.2. Concepto .....	197
1.3. Alcance del derecho a un debido proceso .....	201
1.4. Garantías generales que integran el debido proceso.....	203
1.4.1. Derecho a ser oído.....	203
1.4.2. Derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente.....	208
1.4.3. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable .....	213
1.4.4. Derecho a un fallo razonado .....	219
1.5. Garantías relativas específicamente al proceso penal.....	221
1.5.1. Principio general de presunción de inocencia .....	221
1.5.2. Derecho de defensa .....	225
1.5.3. Calidad de público y oralidad del juicio; fallo público.....	240
1.5.4. No declarar contra sí mismo.....	241
1.5.5. Derecho a recurrir.....	242
1.5.6. Ne bis in ídem .....	248
1.6. Principio de legalidad y no retroactividad.....	249
1.7. Niños, niñas y adolescentes .....	251
2. Debido proceso en el sistema procesal penal chileno .....	253

2.1. Presunción de inocencia.....	256
2.2. Control judicial.....	260
2.3. Derecho de defensa .....	262
2.3.1. Derecho a un intérprete.....	266
2.3.2. Derecho a que se le comunique la acusación .....	266
2.3.3. Derecho a preparar la defensa .....	268
2.3.4. Defensa técnica: comienzo y renunciabilidad .....	269
2.3.5. Derecho a conocer la prueba y la identidad de los testigos de identidad reservada .....	272
2.3.6. Concesión de tiempos adecuados para la defensa y abandono o renuncia del abogado defensor .....	279
2.3.7. Derecho a no declarar contra sí mismo o autoincriminarse .....	282
2.4. Sistema de recursos .....	283
2.4.1. Recursos en materia penal.....	283
2.4.2. Abandono del recurso.....	289
2.4.3. Recurso de revisión penal.....	290
2.5. Aplicación no discriminatoria de la ley penal .....	295
<b>VI. Estado de derecho, garantías y argumentación.....</b>	<b>297</b>
1. Las transformaciones a la justicia y derechos humanos .....	297
1.1. Centralidad de la discusión sobre derechos humanos.....	297
1.2. Reformulación del Estado de derecho.....	298
2. Reforma procesal penal como parte del proceso de centralidad de los derechos humanos en Chile.....	301
3. La recepción sustantiva del DIDH como parte del proceso de centralidad de los derechos humanos en Chile .....	302
4. Defensoría Pública como un actor relevante en un escenario con un mayor conocimiento y uso del sistema interamericano por parte de la sociedad civil .....	307
4.1. Garante formal .....	308
4.2. Garante real .....	309

5.	Garantía argumentativa: Derecho a la defensa y tribunales nacionales.....	310
5.1.	Argumentación y convencimiento.....	312
5.2.	Razonamiento de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional.....	314
5.3.	Argumentos estandarizados aplicables a cada situación particular.....	316
5.3.1.	Líneas de argumentación.....	318
5.3.2.	Defensa Penal y grupos en situación de discriminación o vulnerabilidad.....	320
6.	Conclusión.....	327

**BIBLIOGRAFÍA**..... 329

1.	Doctrina.....	329
2.	Jurisprudencia.....	335
2.1.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	335
2.2.	Corte Europea de Derechos Humanos.....	342
2.3.	Corte Suprema.....	342
2.4.	Cortes de Apelaciones.....	344
2.5.	Tribunal Constitucional.....	345
3.	Resoluciones e informes de organismos internacionales.....	345

# Presentación

---

Hace casi 13 años, la Defensoría Penal Pública (DPP), encargó a la profesora Cecilia Medina y al profesor Claudio Nash, un primer estudio sobre los estándares internacionales en materia de debido proceso y su impacto en la defensa penal. Ese estudio hablaba de un sistema de derechos humanos incipiente en materia de debido proceso y de su recepción nacional como un tema o desafío de “futuro” para Chile, donde se esperaba que la DPP cumpliera un rol relevante.

El libro que aquí se presenta, de Claudio Nash y Constanza Núñez, da cuenta de los importantes avances que ha habido en cada uno de estos temas durante estos años. Por una parte, un sistema internacional que a través del trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido configurando un acervo jurisprudencial que da cuenta de una visión amplia y profunda de la protección de los derechos humanos de las personas en materia penal. Hoy no es posible referirse solo al debido proceso, sino que el proceso penal debe ser visto de una manera más compleja desde el punto de vista de los derechos humanos y actualmente, da cuenta de una protección del derecho a la libertad personal, integridad personal, debido proceso y derecho a la protección judicial, como un entramado único que mira a la persona como un titular de derechos humanos.

Asimismo, la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno da cuenta de un proceso creciente que desde lo formal ha ido dando paso a lo sustantivo. En esa recepción sustantiva de los estándares internacionales, el rol de la reforma procesal penal ha sido fundamental. Ha sido, precisamente, en este campo donde se han dado los pasos más importantes para dar contenido a una visión compleja de la relación entre la protección nacional y la internacional de los derechos humanos. Ese proceso no sería explicable sin la participación activa que ha tenido la DPP al impulsar los estándares nacionales a la luz del derecho internacional.

Este proceso de convergencia no ha sido fácil ni está asegurado. Por ello el libro que aquí presentamos quiere ser un impulso a este camino que busca mejorar la protección de los derechos de las personas que son sometidas a un proceso penal. En cada capítulo se ha buscado establecer los estándares actuales y plantear los desafíos de futuro.

Para lograr un resultado pertinente, hemos tomado la experiencia de los últimos años de trabajo conjunto en materia de formación en derechos humanos que ha liderado la DPP. Tanto el trabajo nacional como el internacional, junto a los defensores de la Asociación Interamericana de Defensa Pública, nos ha permitido ir adecuando los temas y afinando los argumentos.

Esperamos que este libro sea un paso más en la mejora de la protección nacional de los derechos humanos y también que sirva de inspiración en otros países para avanzar en esta misma senda.

# Prólogo

---

La reforma procesal penal implementada en Chile desde 1999 constituyó uno de los cambios jurídicos más importante en la historia de nuestro país. Establecer un proceso penal acorde a los estándares de derechos humanos fue un objetivo implícito del proceso de reforma. En ese contexto no es de extrañar que el nuevo proceso penal estuviera, tanto en su diseño como en su implementación, atento a los estándares internacionales en materia de derechos humanos (DDHH) a los que se había comprometido nuestro país.

La Defensoría Penal Pública (DPP) ha jugado un rol central en este proceso, no solo desarrollando la defensa de los derechos humanos de los imputados, sino que también consolidando argumentos que establezcan los estándares internacionales sobre DDHH como criterios interpretativo relevante a la hora de desarrollar las funciones que le otorga la ley. Desde los primeros años de trabajo de la institución ha habido un esfuerzo de capacitación de los defensores penales públicos en materia de derechos humanos. Ese compromiso ha dado sus frutos y hoy se reconoce a la DPP como una de las principales instituciones del país en la promoción y defensa de los DDHH.

En este esfuerzo institucional por la defensa de los derechos humanos de las personas imputadas penalmente la DPP ha hecho alianzas con diversas instituciones nacionales e internacionales. Uno de los actores claves para la formación en derechos humanos al interior de la DPP ha sido la academia. Este estudio es parte de estos esfuerzos compartidos.

Este libro tiene como objetivo principal dar cuenta de los estándares actualmente vigentes en materia de derechos humanos en el sistema internacional y su impacto en Chile, no solo en materias de debido proceso, sino que en un sentido amplio, que dé cuenta de la progresiva convergencia entre la protección nacional e internacional en materias de integridad personal, libertad personal y debido proceso, lo que hemos denominado “juicio justo”.

En los distintos capítulos del libro se busca dotar a cada temática de un desarrollo integral, que abarque la protección internacional, la nacional y que también se haga cargo de los principales problemas que surgen de la práctica de los defensores públicos en todo el país. Estos problemas de implementación no son necesariamente los que ve la academia, por ello, se consultó a las unidades de estudio sobre los principales problemas que enfrentan en materia de derechos humanos, de forma que este libro fuera pertinente a dichas realidades cotidianas y no solo fuera un texto teórico.

Metodológicamente, el texto se basa en un estudio dogmático y jurisprudencial. La jurisprudencia en estos temas es amplia y variada, por lo que se han debido fijar algunas prioridades. En materia internacional, se ha privilegiado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Chile, se ha privilegiado la jurisprudencia de los tribunales superiores, ya que estos fijan criterios jurisprudenciales que impactan directamente a nivel de tribunales de primera instancia.

El primer capítulo está destinado al estudio de las obligaciones generales que adquiere el Estado al momento de ratificar los instrumentos de derechos humanos. Estas obligaciones generales son relevantes ya que fijan la pauta de cumplimiento de cada derecho y libertad. Además, se establecen los criterios interpretativos que deben usarse en materia de derechos humanos. Asimismo, se desarrollan los estándares que permiten la restricción de derechos. Este es un asunto esencial en el trabajo de la DPP ya que esta institución es parte, precisamente, de toda la institucionalidad estatal que busca dar garantías que la sanción penal que afectará derechos, solo sea procedente a través de un proceso con las debidas garantías.

En el segundo capítulo se tratan los principales aspectos vinculados con la recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos. Se tratan los aspectos formales del proceso de incorporación y sobre el estado de la discusión sobre la jerarquía de los derechos contenidos en los tratados internacionales vigentes en Chile. Pero el énfasis está puesto en los instrumentos jurídicos que hoy marcan el debate más sustantivo en la materia, como el bloque de constitucionalidad y la figura del control de convencionalidad.

Los capítulos tercero, cuarto y quinto están destinados a los derechos a la integridad personal, libertad personal y debido proceso. Estos capítulos tienen una estructura similar. En una primera parte, se establecen los estándares internacionales tanto desde el punto normativo, como jurisprudencial. Con ello, se

busca que los defensores públicos y otros agentes de la administración de la justicia que utilicen este libro tengan una relación breve y actualizada de los elementos que configuran el contenido y alcance de estos derechos. La segunda parte, está destinada a hacerse cargo de los principales temas que deben enfrentar los defensores/as en su trabajo cotidiano en materia de derechos humanos. En cada derecho se han elegido conjuntamente con la Unidad de Estudios de la DPP, los temas a tratar y respecto de cada uno se ha intentado dar una salida que atienda a la efectividad del derecho involucrado y que esta solución permita, además, el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile.

El sexto y último capítulo está destinado a la discusión sobre las garantías de derechos y los procesos argumentativos. En la práctica judicial es central no solo tener una base normativa y jurisprudencial sólida para defender un punto, sino que es necesario entregar los argumentos pertinentes y de una forma convincente. En materia de derechos humanos hay un cierto esquema argumentativo que nos ha parecido pertinente ponerlo a disposición de los defensores/as a objetivo que pueda ser utilizado en distintas situaciones, pero manteniendo una lógica argumentativa que haga sentido a los operadores de justicia y particularmente, a los jueces/zas que debe tomar las decisiones en cada materia.

\*\*\*

A modo de conclusión, queremos agradecer a todos quienes han hecho posible este libro, particularmente, al ex defensor nacional Georgy Schubert que apoyó esta idea desde un comienzo y a la unidad de estudios que permitieron que este libro se concretara, en especial a su directora, Francisca Werth y a Cataliana Sadá. Asimismo, agradecer al ex investigador del Centro de Derechos Humanos Pedro Aguiló por el trabajo que hizo en el capítulo de debido proceso.

Claudio Nash  
Constanza Núñez



# I. La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes<sup>1</sup>

---

## 1. Introducción

El propósito de este capítulo es analizar las reglas comunes en el sistema de tratados de derechos humanos. Estas reglas son el marco general a partir del cual debe ser interpretado el catálogo de derechos. Desde la recepción de la normativa internacional en el ámbito interno, estas reglas generales pasan a ser parte del sistema normativo nacional y por tanto, son de obligatorio cumplimiento.

Parece útil situar en su contexto a estas reglas comunes. Los sistemas de protección internacional, en tanto sistemas jurídicos, contemplan tres elementos: normativo, orgánico y procedimental. En cuanto a lo normativo, los instrumentos internacionales han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo), las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, los derechos y libertades garantizados, ciertos parámetros sobre interpretación y criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos en caso de choque de derechos. Estos últimos aspectos serán la materia de estudio en este capítulo.

Los instrumentos crean órganos para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los procedimientos, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales, destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos

---

<sup>1</sup> Esta es una versión corregida y actualizada del capítulo Nash y Mujica, 2010: 58-98.

entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales. Los órganos y procedimientos constituyen la base de los mecanismos de protección internacional.

Esta trilogía –normas/órganos/procedimientos– permite analizar los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Este conjunto de elementos, es lo que podemos considerar como la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos o derecho internacional de los derechos humanos (en adelante “DIDH”).

El análisis de las normas comunes de derechos humanos consagradas en el ámbito internacional lo realizaré siguiendo el siguiente esquema:

- Catálogo de derechos
- Obligaciones generales
- Límites legítimos
- La interpretación de los tratados de derechos humanos
- Responsabilidad internacional del Estado
- La obligación de reparar a la víctima

## **2. El catálogo de derechos y libertades consagrados internacionalmente**

A continuación analizaré la forma en que debe entenderse la estructura de los derechos fundamentales, en tanto estándar normativo. Desarrollaré: la manera en que se han expresado los derechos consagrados en los instrumentos internacionales; los principios que prevalecen en el derecho internacional de los derechos humanos; y finalmente, formularé algunas reflexiones sobre el valor de la dignidad humana en el DIDH.

### **2.1. Estructura de los derechos humanos**

En primer lugar, el sistema de derechos humanos está compuesto por normas jurídicas. Dentro de las normas podemos distinguir principios y reglas. Los principios son mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos en grados y también debe tenerse en consideración los principios opuestos. Por su parte, las reglas son mandatos definitivos y, por tanto, siempre estarán hechas o cumplidas o no. Las reglas

contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica, material, especialidad, entre otras)<sup>2</sup>.

En segundo lugar, los sistemas relativos a normas *iusfundamentales* pueden expresarse de distintas formas. Pueden expresarse como sistema de principios, sistema de reglas y sistema de principios y reglas, lo que constituye un sistema complejo de normas<sup>3</sup>.

Los sistemas normativos internacionales, vinculados con derechos individuales, se expresan mediante sistemas complejos de normas, que comprenden principios y reglas. Estos sistemas complejos tienen ventajas frente a modelos puros de reglas o principios. La ventaja frente a un modelo puro de reglas es que un sistema como el descrito no afecta la seguridad jurídica; frente a un sistema puro de principios, el sistema complejo tiene la ventaja que supera los problemas de lagunas<sup>4</sup>.

En un sistema normativo complejo –como el que he descrito– es posible suponer que se produzcan conflictos entre las normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una antinomia o conflicto (contradicción normativa) cuando frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente<sup>5</sup>. La forma en que el derecho resuelve estas situaciones estará determinada directamente por el tipo de norma que esté en conflicto:

- Los conflictos entre principios se resuelven a través de mecanismos de ponderación (por ejemplo eficacia penal vs. derecho a la vida o integridad), y
- Los conflictos entre reglas se resuelven a través de mecanismos de preeminencia (ley que anula, ley rango superior, entre otros).

Lo relevante en el caso de los conflicto entre principios es que se trata de mandatos de optimización que se deben cumplir en la mayor medida posible y, por tanto, en un sistema coherente de normas deben convivir con otros principios

<sup>2</sup> Sobre el juicio de ponderación se ha escrito mucho, los textos más relevantes que he tenido en consideración y que son necesarios para tener una visión general del tema en los sistemas normativos estudiados, son: Alexy, 2002 (a): 90-98 / 160-172; Alexy 2002 (b): 13-64 y Alexy 2004: 47-103; Bernal, 2005: 93-111; Borowski, 2000: 29-56; Moreso, 2003: 99-121 y; Prieto, 2003: 175-216.

<sup>3</sup> Alexy, 2002 (a): 115-138.

<sup>4</sup> Alexy, 2002 (a): 167-172.

<sup>5</sup> Prieto, 2003: 175.

y mandatos no siempre plenamente compatibles entre sí. Asimismo, los derechos consagrados como principios no pueden ser declarados inválidos, ni jerarquizados como ocurren con las reglas, por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implica la anulación o invalidez práctica de estas normas<sup>6</sup>.

Esta idea relativa a los conflictos entre principios está vinculada directamente con los límites de los derechos humanos a los que me referiré más adelante (*infra* 4).

Este sistema es coherente con la estructura del sistema de derechos fundamentales en Chile. En efecto, el texto constitucional chileno recoge una visión compleja de las normas constitucionales, en la cual hay expresión de principios y reglas<sup>7</sup>.

## 2.2. Los principios estructurantes

Un tema que debemos considerar en estas nociones comunes es la forma en que se expresan las normas (principios o reglas) en el derecho internacional de los derechos humanos. En los catálogos contenidos en los instrumentos del DIDH se produce una interesante confluencia de al menos tres vertientes de pensamiento: liberal, igualitaria y democrática o participativa. Por razones históricas, al momento de consagrarse en el ámbito internacional de los derechos humanos, estas tres vertientes habían consolidado su aporte al pensamiento jurídico y ello queda claramente reflejado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Si mirados los derechos y libertades consagrados internacionalmente, nos encontramos con derechos de libertad (tanto positiva como negativa), derechos de igualdad (ante la ley, ante otros, material), y derechos de participación (derechos políticos en sentido estricto).

Como sistema codificado, nuestro sistema normativo se basa en una estructura sistemática, donde ciertos principios estructuran las soluciones particulares y solo en la medida que hay concordancia entre dichos valores y las normas y sus interpretaciones, el sistema se legitima. De ahí la centralidad que tienen los

---

<sup>6</sup> Según Prieto “los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario” (*Ibidem.*, p. 187).

<sup>7</sup> Un completo análisis de los principios y reglas en el sistema constitucional chileno, en Ruiz-Tagle, 2006: 255-275 (273).

principios de igualdad y libertad, en tanto valores estructurantes de los sistemas codificados, sean privados o públicos.

### **2.3. El rol del valor de la dignidad en el sistema de derechos humanos**

Finalmente, un tema relevante a tener en consideración es el papel que juega la dignidad de la persona humana en el sistema normativo internacional. La dignidad es el valor hacia el cual debe propender todo el sistema normativo de derechos humanos. Esto tiene consecuencias normativas, ya que este valor central funda el contenido de los derechos humanos y, por tanto, los principios de libertad, igualdad y participación deberán propender a la realización de este valor.

La idea de la dignidad es central para la Constitución política chilena y nos parece que es un valor moral que debe orientar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto como un meta-valor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, como un criterio que sirva para una adecuada ponderación de los derechos en caso de conflictos o dudas sobre su interpretación. Es claro en este sentido el artículo 1 de la Constitución que señala: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

## **3. Las obligaciones generales**

Como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe. Esta obligación de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de cumplimiento adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo<sup>8</sup>.

La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se manifiesta a través de dos obligaciones principales: respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en el que se consagre; en conjunto con el principio de igualdad y no discriminación<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Completos estudios en este campo se pueden encontrar en Nowak, 2003 y Abramovich y Curtis, 2004.

<sup>9</sup> En este sentido no estoy pensando en una división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos sociales y culturales como categorías separadas por sus obligaciones, sino que

Estas obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente. Es necesario tener presente que estas no son obligaciones autónomas, sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrado en los instrumentos internacionales.

### 3.1. Obligación de respeto

La obligación de respeto consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) y/o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad. Por ejemplo, en materia de prohibición de tortura, el mandato es claramente un mandato de abstención: no torturar. En cambio, en el caso del derecho a la protección judicial, el mandato es de hacer, en concreto, establecer un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos humanos. Por tanto, lo que define el cumplimiento o incumplimiento, es la adecuación de la conducta al mandato normativo, lo que puede implicar una acción o una abstención.

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte contenido prestacional, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas<sup>10</sup>. Es posible que estas medidas de realización del mandato normativo implique la adopción de políticas públicas de largo plazo que tiendan a satisfacer plenamente el derecho<sup>11</sup>. En estos casos, las medidas que adopte el Estado deben cumplir ciertos

---

determinando las obligaciones que son comunes a todos los derechos consagrados internacionalmente.

<sup>10</sup> En este sentido, derechos que no son considerados tradicionalmente como derechos prestacionales implican un fuerte componente prestacional. Se puede pensar a modo de ejemplo lo que implica tener un sistema judicial que garantice un debido proceso o un sistema electoral que permita la participación democrática mediante elecciones libres e informadas.

<sup>11</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado al respecto: "La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas", compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es "to take steps", en francés es "s'engager à agir" ("actuar") y en español es "adoptar medidas".

requisitos mínimos: deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y, en ningún caso, se podrán adoptar medidas de carácter regresivo<sup>12</sup>.

### 3.2. Obligación de garantía

La obligación de garantía<sup>13</sup>, por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de permitir, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, cualquiera sea su contenido normativo. Esta es una obligación complementaria a la de respetar, ya que no sólo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derechos, sino que una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente de los derechos y libertades consagrados internacionalmente. Los alcances de esta obligación han sido desarrollados por los órganos de control internacional, en especial, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>14</sup>.

La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: a) la obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos; b) el deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; c) adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos; d) reparar a las víctimas; y e) cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control.

---

Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General N° 3.

<sup>12</sup> Ver en este sentido Abramovich y Courtis, 2004.

<sup>13</sup> Medina y Nash, 2003.

<sup>14</sup> Al respecto, la Corte ha señalado: “Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 28 de julio de 1988, párr. 166.

A continuación, me referiré a cada una de ellas:

- a. Las medidas generales para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales. Las medidas generales están dirigidas a toda la población y dicen relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno. Consisten, entre otras, en legislar internamente para remover los obstáculos normativos que puedan existir en la legislación nacional; dictar leyes que permitan dicho goce y ejercicio; y establecer los procedimientos y recursos necesarios para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. En caso que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. De la misma forma, deberán adoptarse las medidas internas para la difusión de los derechos y su conocimiento por parte de los agentes del Estado y la ciudadanía.

Es interesante la argumentación que da la Corte IDH para justificar la adopción de medidas especiales destinadas a asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. La Corte IDH, analizando los alcances del derecho a la vida y las obligaciones positivas del Estado, ha definido ciertos estándares que podrían ser aplicables a las obligaciones con contenido prestacional.

La Corte Interamericana ha establecido como criterio general que las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular y, por tanto, “los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección [...]”<sup>15</sup>. A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”<sup>16</sup>.

La visión de la Corte acerca de las obligaciones del Estado en esta materia es interesante. por cuanto señala que frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho (condiciones personales o situación generalizada), no basta con las medidas generales, sino que el Estado está en

---

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 154.

la obligación de adoptar ciertas medidas especiales (“deberes especiales”) de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado.

En todo caso, a juicio de la Corte IDH, existen límites para que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de esta obligación de garantía:

[E]s claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada<sup>17</sup>.

Por tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la imputación de responsabilidad:

[P]ara que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo<sup>18</sup>.

En síntesis, la lectura de los derechos desde la situación real en que se encuentra su titular, puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

b. El Estado tiene la obligación de amparar a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por privados<sup>19</sup>. En este sentido, el Estado deberá adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. Para que el Estado se vea obligado a adoptar

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 155.

<sup>18</sup> *Ídem*.

<sup>19</sup> Si bien hay autores, por ejemplo Nowak, 2003: 23-30; y Abramovich y Courtis, 2004: 31 (aunque aclaran que es una postura simplemente convencional, no sustantiva), que autonomizan esta obligación, no me parece que pueda ser explicada al margen de la obligación general de garantía. La autonomía de la protección por parte del Estado en casos concretos de amenaza, no requiere de un razonamiento distinto en cuanto a la actividad del Estado que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos amenazados, ya sea por agentes del Estado o por privados.

estas medidas deberá estarse ante una amenaza seria del derecho, y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. Finalmente, la obligación de protección no se cumple solo con la adopción de medidas genéricas, sino que con medidas particulares que miren la concreta situación del titular de derechos.

Un caso particular en que el Estado adquiere esta obligación de protección, es el deber que tienen los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción, sean puestas a disposición de otros Estados donde su derecho a la vida e integridad personal puedan verse afectados<sup>20</sup>.

- c. En el ámbito de la reacción frente a violaciones el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo a la normativa nacional, de forma tal de evitar la sensación de impunidad. En el caso *Almonacid vs. Chile*, la Corte IDH señaló:

La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la

---

<sup>20</sup> El Comité de Derechos Humanos ha señalado al efecto: "los Estados Parte están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente. Las autoridades judiciales y administrativas pertinentes deberán ser informadas de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el Pacto en estas circunstancias". Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 31. párr. 11.

violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción<sup>21</sup>.

Esta es una materia relevante no sólo en sus efectos internos, sino también desde una mirada teórica. Cumplir con la obligación original violada es parte de la obligación subsistente. Por tanto, cumplir con la obligación de garantía, implica desarrollar una serie de actividades con el fin de permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos, así como la adopción de medidas de prevención, dentro de las cuales destacan evitar situaciones de impunidad en caso de violaciones graves de derechos humanos<sup>22</sup>.

- d. Obligación de cooperar. En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH") y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "el Pacto" o "PIDCP"), la obligación de cooperar se traduce en el deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo<sup>23</sup>. En el Pacto, la obligación de cooperar establecida en el artículo 40 implica, además, la presentación de informes periódicos ante el Comité de Derechos Humanos.

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 110.

<sup>22</sup> El Comité de Derechos Humanos ha dicho: "Cuando las investigaciones a que se hace referencia en el párrafo 15 revelan la violación de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto. Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), las privaciones de vida, sumarias y arbitrarias (art. 6) y las desapariciones forzadas (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, art. 6). Es más, el problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión de permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones. Cuando se cometen como parte de una agresión generalizada o sistemática contra la población civil, estas infracciones del Pacto constituyen crímenes de lesa humanidad (véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)". Comité de Derechos Humanos. Observación General N°31, párr. 18.

<sup>23</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Massera et. al Vs Uruguay. Comunicación N° 5/1977. Resolución de 15 de agosto de 1979, párr. 43.

Pero la obligación de cooperar no se agota en la producción y entrega de información, sino que en colaborar para que los órganos de la CADH puedan cumplir adecuadamente con sus funciones. De esta forma, son los propios Estados, y Chile dentro de ellos, quienes diseñan a través de distintos instrumentos la forma en que se desarrolla el control internacional de derechos humanos en el marco de la OEA, fijan objetivos generales en la Carta de la Organización, establecen mecanismos y procedimientos específicos en la CADH y otros instrumentos específicos sobre la materia e incluso detallan la forma en que los órganos del sistema ejercen sus funciones en los estatutos de la Comisión y Corte IDH. Además, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, "SIDH") contempla que los órganos de protección de derechos humanos dispongan la forma en que se cumplirán sus funciones a través de los reglamentos que regulan el detalle institucional y procedimental<sup>24</sup>. Es decir, estamos ante un sistema unitario y coherente de normas relativas al pleno cumplimiento de las funciones asignadas a los órganos del sistema que obligan a los Estados y por tanto, estos deben actuar de buena fe y cooperar para que dicho sistema se desarrolle adecuadamente y pueda cumplir con sus fines específicos.

Por tanto, en la medida que el SIDH contemple la posibilidad de actuaciones jurisdiccionales, los Estados están comprometidos a cooperar para que estas funciones puedan desarrollarse en los términos que definen los órganos en el campo de su competencia. De ahí se colige que, por ejemplo, la representación en casos contenciosos es parte de la efectividad de los procedimientos ante el SIDH y especialmente ante la Corte IDH<sup>25</sup>. No sería una interpretación de buena fe ni útil aquella que estableciera un órgano jurisdiccional, se diseñara un procedimiento asociado y luego se hiciera una interpretación de las normas internas del Estado que no permitiera que dicho órganos actúe conforme a las reglas que legítimamente se ha dado para hacerlo con plena garantía de todas las partes involucradas. Menos aun cuando el propio Estado, a través de sus órganos internos ha avalado dicho diseño institucional, como ocurre con Chile y su participación ante la Corte IDH.

---

<sup>24</sup> Artículo 39 CADH: "La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento" y artículo 60 CADH: "La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento".

<sup>25</sup> Una interpretación en este sentido, acerca del papel que debe jugar la comunidad internacional en la cooperación con los organismos de protección en: Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr.128-131. Sobre la participación de Chile en casos contenciosos a través de la figura del defensor interamericano, véase: Nash, 2012 (a).

Respecto de las obligaciones de los órganos del Estado en Chile, la Constitución chilena contiene una norma que nos parece central, el artículo 6 sobre las “bases de la institucionalidad”, expresamente establece la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales<sup>26</sup>, las cuales comprenden tanto las normas del artículo 19 (catálogo constitucional de derechos) y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (artículo 5). De esta forma, las obligaciones del Estado debieran ser comprensivas de la actividad de todos los órganos del Estado respecto del catálogo de derechos establecido en el propio texto constitucional, como en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile. Sobre esta base, se construye un diseño institucional que determina que todos los poderes del Estado, en el ejercicio legítimo de sus funciones, deberán tener en consideración las obligaciones de respeto y garantía de los derechos fundamentales.

Con la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos al bloque de constitucionalidad de los derechos constitucionalmente protegidos, las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la jurisprudencia internacional relativa al contenido y alcance de dichas obligaciones, deben ser consideradas por todos los poderes del Estado en el ejercicio de sus funciones<sup>27</sup>. Por tanto, a partir del principio de supremacía constitucional, las normas y su interpretación, no pueden ser contrarias con estas obligaciones constitucionales.

### 3.3. Obligación de no discriminar

Finalmente, el DIDH ha establecido como una obligación general el deber del Estado de no discriminar a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Artículo 6. “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

<sup>27</sup> Sobre la materia, véase: Nash, 2012 (b).

<sup>28</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

El Comité ha definido la discriminación como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas<sup>29</sup>.

La acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica un elemento comparativo, esto es, para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en la situación de ser tratada por el Estado en forma similar o diferente. El Estado incurrirá en una discriminación no solo cuando en forma directa e inmediata sus agentes actúen, ya sea que dicha acción provenga de cualquiera de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo o judicial) en cualquiera de sus niveles funcionarios, sino que también en aquellos casos que en forma indirecta lo permitan, o bien, por medio de la omisión de proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo, incurran en un acto discriminatorio. En este sentido, el Estado deberá prohibir y sancionar todas las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitar que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alienten, entre otras.

Mas, no toda diferencia de trato será una discriminación. Es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: objetividad y razonabilidad de dicho trato diferenciado, y que busque un fin legítimo. El mismo Comité lo ha expresado en los siguientes términos:

[...] el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto<sup>30</sup>.

Finalmente, es importante tener en consideración que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad en toda su legislación y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18, párr. 7.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párr. 13. El destacado es nuestro.

<sup>31</sup> A modo de ejemplo, ver artículo 24 de la CADH y artículo 26 del PIDCP. Un estudio sobre esta materia en Palacios, 2006: 25-43.

Sobre los alcances de las obligaciones del Estado respecto del principio de no discriminación, la Corte IDH en el *caso Atala e hijas vs. Chile*, señaló:

Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*<sup>32</sup>. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias<sup>33</sup>.

La Constitución chilena, si bien tiene una matriz fuertemente neoliberal en materia de derechos, consagra diversas facetas de este principio de igualdad. Los derechos de igualdad los encontramos consagrados como derecho de igualdad ante la ley en el artículo 19 numerales 2 y 3, como igualdad de formulación del derecho y trato en los numerales 17, 20 y 22, como manifestaciones de una cierta igualdad de hecho en el numeral 18 en materia de prestaciones de seguridad social. Finalmente, como manifestaciones de derechos de igualdad en cuanto a normas de mandatos de organización del aparato del Estado nos encontramos con los numerales 9 y 10, relativos a la protección de la salud y el derechos a la educación. A efectos de la materia que nos ocupa, la norma clave es el artículo 19 numeral 2: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

A la vez que consagra estos principios, la Constitución establece en el artículo 5 inciso 2: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. De esta forma, los derechos, las obligaciones generales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, constituyen un cuerpo constitucional que constituye un límite a la soberanía y, por tanto, es un límite

<sup>32</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 103 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 271.

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 80.

para toda la actividad del Estado y garantiza que cualquier ley debe ser compatible con dichas obligaciones internacionales.

Por tanto, es claro que el sistema normativo constitucional chileno consagra el principio de igualdad y no discriminación como una de las bases del diseño institucional y, por tanto, irradia tanto la legislación (poder legislativo), su interpretación (poder judicial) y su implementación administrativa (poder ejecutivo).

Por otra parte, este principio también ha tenido reconocimiento legal. En julio de 2012 entró en vigencia la Ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación<sup>34</sup>, tras siete años de discusión parlamentaria. Tiene como objetivo central establecer un mecanismo de protección jurisdiccional frente a casos de discriminación y deja expresa constancia de la obligación que tiene el Estado de adoptar políticas eficaces para superar las situaciones de discriminación presentes en la sociedad chilena<sup>35</sup>. Pese a que ha sido criticada por su deficiente concepto de discriminación o porque no establece acciones afirmativas<sup>36</sup>, su inclusión en el contexto normativo nacional da cuenta de un progresivo avance hacia la incorporación transversal del principio de igualdad y no discriminación en la legislación.

De esta forma, vemos que el principio de igualdad y no discriminación tiene un reconocimiento expreso a nivel constitucional y legal en Chile, lo que sumado a su desarrollo en el DIDH, permite sostener que la legislación, las actuaciones administrativas y las interpretaciones jurisdiccionales, deben respetar y garantizar este principio de manera transversal.

#### 4. Los límites

Es posible que una persona no pueda gozar y ejercer plenamente algunos derechos y que esta sea una situación legítima. Ello ocurrirá cuando exista una limitación legítima por parte del Estado al pleno goce y ejercicio de los derechos

---

<sup>34</sup> Publicada en el Diario Oficial el 24 de julio de 2012.

<sup>35</sup> Artículo 1: "Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo: Casas y Lagos, 2014:127-137.

consagrados internacionalmente. Son dos los límites legítimos consagrados por el derecho internacional: las restricciones y la suspensión de derechos.

#### 4.1. Restricciones

Las restricciones de derechos, como una forma legítima de los derechos humanos, es un aspecto central en materia penal. El sistema penal en su conjunto es una forma de ejercicio de *ius puniendi* estatal que afecta derechos humanos. De ahí que el sistema de derechos humanos se preocupe de manera central de establecer ciertas condiciones mínimas para la legitimidad de las medidas estatales como consecuencia del proceso penal.

La Corte Interamericana ha dejado en claro la necesidad de que el derecho penal actúe como *última ratio* en los siguientes términos:

La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales [...]<sup>37</sup>.

Respecto de los derechos que pueden ser objeto de una restricción legítima, nos podemos encontrar con tres situaciones en materia de DDHH: aquellos derechos que no admiten restricción (tortura, esclavitud, libertad de conciencia), aquellos derechos que admiten restricciones particulares (derechos de propiedad, asociación de fuerzas armadas) y otros que admitan restricciones generales. Me centraré en estos últimos que son los que tienen mayor relevancia en materia penal.

Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos regulan la restricción general de derechos por parte del Estado. La facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el Derecho Internacional, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado.

Sobre los elementos que deben concurrir para una restricción legítima de derechos, la Corte Interamericana ha señalado:

<sup>37</sup> Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 78.

Respecto de estos requisitos la Corte señaló que: la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo<sup>38</sup>.

Los requisitos de una restricción legítima son: a) respeto del principio de legalidad; b) objetivo legítimo; y c) respeto del principio de proporcionalidad.

- a. El primer límite es que las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida restricción del ejercicio de un derecho humano, deben estar establecidas por ley<sup>39</sup>. Este requisito es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que la expresión “ley” implica exigencias de forma y materiales. El artículo 30 de la CADH establece expresamente que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas “por razones de interés general”, lo que puede ser considerado como una protección contra la imposición arbitraria de limitaciones.
- b. El segundo límite es que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en los instrumentos internacionales, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos. Generalmente ellas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr.161 y Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 121.

<sup>39</sup> A modo de ejemplo, ver artículos 6, 9, 12, 19 y 22 del PIDCP y artículos 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la CADH.

<sup>40</sup> CADH, artículos 15 y 16.

En este punto surgen algunos derechos con posibilidades de restricción particular. Por ejemplo la restricción del derecho de propiedad admite una restricción particular en atención a su “función social”.

- c. El tercer requisito es que las medidas de restricción respeten el principio de proporcionalidad<sup>41</sup>. De acuerdo a la interpretación que han hecho los órganos de control internacional la medida de restricción deberá cumplir con los siguientes elementos: necesaria, adecuada y proporcional. Por ‘necesaria’ se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social. Debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados. La medida será “adecuada” cuando sea conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; y la “proporcionalidad propiamente tal” dice relación con que la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de la restricción, lo que implica que, si hay una alternativa menos gravosa, debe emplearse esa alternativa<sup>42</sup>.

Sobre este requisito de la proporcionalidad es bueno leer un párrafo muy clarificador de la Corte IDH:

“En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que: para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Bernal, 2003.

<sup>42</sup> Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

<sup>43</sup> Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 83.

En los sistemas regionales europeo e interamericano se ha entendido que las restricciones deben ser “necesarias en una sociedad democrática”. Esto puede ser interpretado como un estándar más estricto para las restricciones ya que no sólo deben cumplir con los criterios señalados previamente (propios de la proporcionalidad), sino que además deberán tener en consideración valores propios de una sociedad democrática, como tolerancia, participación, deliberación, respeto por las minorías, entre otros.

Dos ejemplos pueden ilustrar el alcance de este requisito. En un caso resuelto por la Corte Interamericana, relativo a propiedad indígena, este tribunal resolvió que para ponderar el conflicto entre la propiedad indígena y la propiedad privada, era necesario tener en consideración la necesidad que tiene una sociedad democrática de preservar formas de multiculturalidad como base del pluralismo que caracteriza a una sociedad democrática<sup>44</sup>. En otro caso, relativo al conflicto entre libertad de expresión y derecho a la honra, la Corte señala que para resolver este caso debía tenerse en consideración el especial rol que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática<sup>45</sup>.

Una de las hipótesis más interesantes que surgen a partir de las restricciones de derechos es la posibilidad de restringir derechos a partir de un conflicto entre derechos. A partir de la jurisprudencia internacional, que ha aplicado estos criterios, es posible extraer ciertos criterios generales que deben estar presentes en todo proceso de restricción de derechos humanos de forma tal que se asegure un resultado coherente con un sistema integrado de derechos.

Como criterios generales en materia de conflictos de derechos y restricción de los mismos podemos señalar:

- i) no debiera asumirse un sistema jerárquico entre las normas de derechos fundamentales, sino que todos los derechos debieran ser mirados como esenciales para la dignidad de la persona;
- ii) en caso de conflicto de principios, se debiera ponderar, en el caso concreto, cuál es la interpretación que permite afectar de menor manera los derechos en conflicto;
- iii) el juicio de ponderación debiera tener presente el alcance particular de los derechos en conflicto, algunos de ellos con un contenido no solo individual,

---

<sup>44</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 148.

<sup>45</sup> Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrs. 104-105.

- sino que social; algunos con una vinculación directa con el sistema democrático, etc.; esto plantea la cuestión de ciertos derechos que debieran contar con una valoración de mayor gravedad en cuanto a su restricción, que aquellos derechos con un objetivo puramente individual;
- iv) la decisión del procedimiento de ponderación debe tener, en cuanto la situación de los sujetos involucrados, consideración de la situación de vulnerabilidad en que puedan estar los sujetos posiblemente afectados por la decisión y en consecuencia, la necesidad de adoptar medidas especiales de garantía de sus derechos;
  - v) las medidas de restricción de los derechos en conflicto, debieran ser las menores y en estricta relación con la necesidad de asegurar el derecho pertinente;
  - vi) el mandato para aplicar estos criterios debe ser entendido en un sentido amplio como vinculante para todos los órganos del Estado;
  - vii) la resolución de los conflictos debe hacerse teniendo en consideración una visión del sistema de derechos en su conjunto, como elementos interrelacionados, con el objetivo de asegurar la dignidad del individuo a través de la protección de los principios que inspiran el sistema de derechos.

En definitiva, estas cuestiones sobre restricción de derechos son esenciales en el ámbito del proceso penal, ya que este constituye la regulación nacional que permite legitimar la actuación del Estado que limita derechos humanos. Toda la normativa procesal penal puede ser vista como el mecanismo a través del cual se legitima la forma de actuación más intrusiva del Estado: el instrumento penal. De ahí que el cumplimiento de estos estándares son la única forma en que se pueden adoptar medidas que afecten derechos tales como la libertad personal, la privacidad y otros, de manera legítima en una sociedad democrática.

#### **4.2. La suspensión temporal de obligaciones**

En su artículo 4, el Pacto permite a los Estados partes suspender temporalmente algunas obligaciones contraídas en virtud de dicho tratado<sup>46</sup>, lo que permite la CADH en su artículo 27. El marco que establecen tanto el artículo 4 del Pacto como el artículo 27 de la Convención incluye: a) las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado; b) los derechos respecto de los cuales el Estado no puede suspender ninguna obligación; c) un requisito

<sup>46</sup> Para una interpretación detallada del art. 4, ver Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 29.

de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten; d) la exigencia de que las medidas no pueden ser discriminatorias; e) la prohibición de suspender obligaciones cuando esta suspensión es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado, esto en razón de que el Estado debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos; y, f) cumplimiento de aspectos formales.

A continuación, verá los aspectos más relevantes de cada uno de estos requisitos:

- a)** El artículo 4 del Pacto establece que la suspensión de obligaciones se autoriza “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”; el artículo 27 de la CADH la autoriza en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. Los conceptos del artículo 27 son peligrosamente vagos, particularmente en vista de las interpretaciones diversas, y a veces extremas, sobre la seguridad nacional que han prevalecido en algunas épocas en ciertos Estados del continente americano. Esto hace que la supervisión de los órganos regionales sea imprescindible en cada caso en que se invocan las facultades para suspender la observancia de los derechos humanos<sup>47</sup>.
- b)** En cuanto a los derechos cuyas obligaciones no pueden suspenderse, el artículo 4 señala los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes); 8.1 y 8.2. (prohibición de la esclavitud, trata de esclavos y servidumbre); 11 (prohibición de prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales); 15 (principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* y principio de la aplicación de la pena más favorable al reo); 16 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); y 18 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). El artículo 27, por su parte, prohíbe suspender obligaciones con respecto a los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); y 23 (derechos políticos), agregando que tampoco son susceptibles de suspensión “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

---

<sup>47</sup> Ver Norris y Reiton, 1980: 101-126.

La CADH claramente es más restrictiva para los Estados, probablemente por la experiencia que el continente americano ha tenido con los estados de excepción. Particularmente importante es la prohibición de suspensión de las garantías judiciales. El artículo 27 no establece cuáles son esas garantías, lo que indujo a un Estado y a la Comisión a enviar sendas consultas a la Corte IDH, la que, por unanimidad, opinó en la primera consulta:

que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1<sup>48</sup> y 7.6<sup>49</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición<sup>50</sup>.

Ampliando lo dicho, en la segunda opinión sostuvo, también por unanimidad,

1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión [...] el hábeas corpus (art.7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.
2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.
3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogido por el artículo 8 de la Convención<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> El artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho a un recurso de amparo sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para proteger sus derechos humanos.

<sup>49</sup> El artículo 7 regula el derecho a la libertad personal y establece el recurso de hábeas corpus en su inciso 6.

<sup>50</sup> Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párr. 44.

<sup>51</sup> Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 41.

Así, para su interpretación del artículo 27 la Corte IDH acude a la idea central de que toda suspensión debe enmarcarse en un sistema democrático y respetar el principio de la legalidad.

La Observación General 29 del Comité interpreta el artículo 4.2 del Pacto a la luz de la existencia de normas imperativas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional Humanitario y expande por esta vía la lista de obligaciones no suspendibles. Como casos ilustrativos, se señala el artículo 10 del Pacto, la prohibición de la toma de rehenes, secuestros o detenciones no reconocidas (que dan origen a los desaparecidos), ciertos elementos de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, la deportación o traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el Derecho Internacional (aunque se haya suspendido el artículo 12 del Pacto), el artículo 20 del Pacto, y el artículo 2.3 del mismo que exige a los Estados que proporcionen recursos para cualquier violación del Pacto.

También se entienden incluidas en la prohibición de suspensión las garantías procesales, que se basan en los principios de legalidad y del Estado de Derecho inherentes al Pacto en su conjunto<sup>52</sup>.

El requisito de la proporcionalidad se expresa en el artículo 4 del Pacto al decir que las disposiciones que adopte el Estado en una situación de emergencia deberán estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, y en el artículo 27 de la Convención Americana al señalar que permite estas disposiciones “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. El Comité de Derechos Humanos ha dicho que el requisito de proporcionalidad “guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción”<sup>53</sup>.

**c)** El artículo 4 del Pacto dispone que ninguna medida puede entrañar discriminación alguna “fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”, lo que repite el artículo 27 de la CADH. No se mencionan como bases posibles de discriminación prohibida las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional, la posición económica, el nacimiento y la cláusula que permite incorporar otras causales de discriminación no precisadas bajo el concepto de “cualquier otra condición social”, todas presentes en el artículo 2 del Pacto y en el artículo 1 de la Convención.

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, párrs. 15 y 16.

<sup>53</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 29, párr. 4.

- d) Finalmente, el sistema internacional ha establecido la prohibición de suspender obligaciones cuando esta medida sea incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado. De esta forma, en caso que por algún compromiso internacional del Estado distinto a los instrumentos aquí señalados, vea limitada la suspensión de derechos, primará este límite adicional. Esto no sino la aplicación de la obligación de aplicar la norma que más favorezca a los individuos.
- e) El artículo 4 del Pacto exige que la declaración de emergencia sea proclamada oficialmente dentro del Estado. Este requisito se encuentra implícito en la exigencia del respeto al principio de legalidad que la Corte Interamericana ha enfatizado en las Opiniones Consultivas examinadas anteriormente. La notificación a los demás Estados Partes. La exigencia de la notificación es una señal de que la suspensión de obligaciones es de interés del conjunto de Estados partes del Pacto y de la Convención. La notificación, que se hace a través del Secretario General de Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos (OEA), respectivamente, permite a los órganos de supervisión examinar los fundamentos de la decisión y las medidas que a raíz de ella se tomen.

El Comité ha agregado que ella también permite que “los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto”<sup>54</sup>.

Al igual que en la restricción de derechos, la suspensión de derechos es un elemento de legitimidad de la actuación del Estado cuando la autoridad debe tomar algunas medidas de excepción que impliquen su afectación. Es central en esta materia tener en claro que estas medidas no son discrecionales y que siempre deben estar debidamente controladas por la autoridad judicial.

## 5. La interpretación

Las normas para la interpretación de los tratados están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 numeral 1 de la Convención de Viena establece que:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párr. 17.

Para estos efectos, el contexto de un tratado comprende

- el texto, incluyendo el preámbulo y los anexos;
- todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del mismo; y
- todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente a él (art. 31.2 a) y b)).

En cuanto a la historia de la adopción del tratado (*les travaux préparatoires*), la Convención de Viena la relega a una posición secundaria. La formulación de la norma del artículo 31 acentúa la idea de que los diversos elementos que la configuran forman un sistema de interpretación, sin que haya entre ellos ninguna jerarquía: toda norma convencional debe interpretarse teniendo en cuenta simultáneamente la buena fe, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin del mismo.

### 5.1. La interpretación pro persona

Si consideramos que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que éstos son la protección de los derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo. Esto ha sido reiterado por la Corte IDH, que expresó en el primer asunto del que conoció que: “[...] el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”<sup>55</sup>, y constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento.

Este principio se encuentra consagrado en las normas específicas sobre interpretación de los tratados de derechos humanos, y que consagra la interpretación acorde a los objetivos y fines de los tratados, su carácter dinámico y su integralidad.

En el Pacto, el artículo 5.2 dispone:

No podrá admitirse restricción alguna 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.

---

<sup>55</sup> Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Resolución de 13 de noviembre de 1981, párr. 16.

Por su parte, el Tratado regional americano recoge en su artículo 29 estos criterios hermenéuticos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) 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;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Como sabemos, la esencia y base sobre la cual se construye el DIDH, es justamente la efectividad en la protección de los Derechos Humanos, de modo que si tomamos en consideración las herramientas que nos entrega el Derecho Internacional, en especial, el criterio que nos dice que se debe interpretar la norma internacional en consideración del objeto y fin del Tratado, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo titular de derechos.

Esta preferencia interpretativa tiene dos manifestaciones: a) La interpretativa extensiva de los derechos, y b) La interpretativa restringida de los límites<sup>56</sup>.

La interpretación extensiva tiene tres manifestaciones. En primer lugar, que el principio pro persona debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un efecto útil, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. La segunda manifestación de esta interpretación extensiva son aquellos casos en que existe más de una interpretación posible de un texto. En este caso, debe preferirse aquella que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos. Una tercera manifestación de la interpretación extensiva serían aquellos casos en los cuales la norma es contraria a la CADH y no es posible su

<sup>56</sup> Sobre la materia véase: Castilla, 2009: 65-83 y Pinto, 1997.

interpretación conforme al tratado. En dichos casos de acuerdo con el principio pro persona la norma podría ser inaplicada en el asunto en concreto.

En cuanto a la interpretativa restringida de los límites, es posible señalar que la Convención de Viena dispone que uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el fin y el objeto, (que en el caso de los tratados que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos), como consecuencia la interpretación de dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo. Así, los límites legítimos de las obligaciones del Estado (básicamente suspensiones y restricciones de derechos) siempre deben de interpretarse de manera taxativa. El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable al destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos. Otro punto que hay que tener en consideración es que este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales. Pues siempre se debe preferir aquella interpretación que mejor garantice un efecto útil, es decir, que sea una eficaz garantía de los derechos de las personas, tanto en el ámbito sustantivo como procedimental.

El segundo uso que tiene este principio, se refiere a la preferencia de normas, que a su vez tiene dos manifestaciones: a) preferencia de la norma más protectora, y b) la conservación de la norma más favorable.

La preferencia normativa, aporta una solución práctica de gran importancia respeto al supuesto de colisión de normas. Esta interpretación desplaza la tradicional discusión sobre la jerarquía de la normas; ya que teniendo como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos, sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico. Cuando el principio se manifiesta de la primera manera, mediante la aplicación de la norma más protectora, permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos. Y cuando el principio se manifiesta mediante la conservación de la norma más favorable, se añade un elemento de temporalidad, ya que se trata de casos en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía, ya sea de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos.

Finalmente, debemos señalar que este mecanismo no se puede utilizar ilimitadamente, pues tiene un límite: la integridad del sistema<sup>57</sup>. Exceder dicho límite recurriendo al principio *pro persona* ocasiona justamente el efecto adverso al buscado con su aplicación, pues el sentido del principio es orientar la interpretación de la norma en el sentido más favorable a la persona humana, ya sea interpretando los derechos de la forma más amplia posible, o interpretando de manera restringida los límites.

En conclusión, en los casos penales, debemos preferir aquellas interpretaciones que restrinjan de menor manera los derechos y deberán concurrir argumentos fuertes para aceptar dichas restricciones.

## 5.2. La interpretación dinámica

La mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere también a ésta un carácter dinámico, que se refleja en la amplitud del concepto “el contexto del tratado”, ya que los instrumentos formulados “con motivo de la interpretación del tratado” son necesariamente posteriores a éste y, si se han adoptado por las mismas partes, pueden entenderse como una interpretación que éstas han dado al acuerdo primero<sup>58</sup>.

La Corte Internacional de Justicia reconoce este dinamismo al expresar en su “opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la presencia de sudafrica en Namibia” que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”<sup>59</sup>.

Esta técnica, por lo tanto, exige interpretar las normas sobre derechos humanos de modo que éstas se adapten a las nuevas realidades y puedan ser efectivas en el momento en que se las interpreta<sup>60</sup>. La Corte Interamericana ha destacado que

<sup>57</sup> Así lo estableció la Corte en el Asunto Viviana Gallardo y otras, donde afirma: “En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”. (Corte IDH. Asunto Viviana Gallardo y otras. Resolución de 13 de noviembre de 1981, párr.16).

<sup>58</sup> Esta es una de las razones que se dan para asignarle valor de norma a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>59</sup> CIJ. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ, Reports 1971, pp. 16-31.

<sup>60</sup> Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, párr. 37.

la interpretación de los tratados de derechos humanos debe tener en consideración que estos “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” y que esta interpretación evolutiva, tiene un claro fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De esta forma, “al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”<sup>61</sup>.

### 5.3. La interpretación integral

Las diversas fuentes del Derecho Internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco lo es ignorar las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo.

También existe esa reciprocidad entre las fuentes internacionales y las domésticas. Los principios generales del derecho se originan en el derecho interno de los Estados, que puede ser fuente de normas internacionales, así como criterio orientador para una interpretación más extensiva de los derechos humanos contenidos en normas internacionales.

La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los Estados Partes del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos.

Concordante con esta idea, el artículo 5.2 del Pacto dispone que:

No podrá admitirse restricción alguna 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.

---

<sup>61</sup> Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106.

En el SIDH, la idea de la integralidad está reflejada y ampliada en las letras b), c) y d) del artículo 29 de la Convención. La letra b) reproduce la idea del artículo 5.2 del Pacto; la letra c) no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”<sup>62</sup>.

La letra d) del artículo 29 establece que ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Esta norma apoya la posición de que las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico, aun cuando formalmente y en principio, no parecieran tenerlo, y señala que el intérprete no las puede ignorar<sup>63</sup>.

## 6. La responsabilidad internacional del Estado

Atendido que el incumplimiento de estas reglas generales que hemos analizado trae aparejada la responsabilidad internacional del Estado, es importante tener presente algunas nociones sobre esta institución.

Sobre el fundamento de la responsabilidad internacional, en el derecho internacional público clásico ha primado la idea de que la responsabilidad se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado, a través de un tratado o del derecho consuetudinario.

Los elementos que componen el hecho ilícito internacional serían los siguientes:

- existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión;

<sup>62</sup> Recordamos aquí, como ejemplo de esta posición, la interpretación hecha por la Corte Interamericana de la expresión “garantías judiciales indispensables”, inserta en el art. 27 de la CADH. Ver: Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.

<sup>63</sup> La Corte Interamericana se pronunció sobre el punto en la Opinión Consultiva N° 10, basándose en parte en el argumento de que podía ser necesario interpretar la Declaración al interpretar la Convención Americana, en razón de lo dispuesto en el art. 29 de este último cuerpo legal (Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, párr. 36).

- dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado en su calidad de persona jurídica.

En el SIDH, a partir de la sentencia en el caso *La Última Tentación de Cristo*<sup>64</sup>, la Corte IDH estableció que el ilícito internacional por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño<sup>65</sup>.

### 6.1. Infracción de una obligación internacional

Si la responsabilidad internacional emana de la infracción de una obligación internacional, es necesario tener claridad sobre cuáles son las normas que obligan al Estado en el ámbito del DIDH. Las normas internacionales en materia de derechos humanos que pueden hacer incurrir en responsabilidad al Estado son todas aquellas que le pueden ser exigibles al Estado, ya sean tratados internacionales de los que es parte, así como prácticas consuetudinarias que puedan serles exigibles de acuerdo con el derecho internacional público<sup>66</sup>. En el estado actual del desarrollo del sistema internacional, las principales obligaciones de los Estados están en los tratados internacionales, ya sean estos universales (sistema de Naciones Unidas) o regionales (sistemas europeo, interamericano, africano). De esta forma, la normativa internacional en materia de derechos humanos constituye *lex specialis* en materia de responsabilidad de los Estados, toda vez que se encuentra dirigida a regular en particular este tipo de obligaciones y por tanto, este constituirá la base de las obligaciones estatales exigibles en sede internacional<sup>67</sup>.

En el SIDH, los Estados parte de la OEA tendrán como fuente de sus obligaciones a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

<sup>65</sup> "Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado" *Ibidem*, párr. 72. Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver Voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.

<sup>66</sup> La Corte Interamericana ha establecido la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una norma de *ius cogens*. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 99 y 114.

<sup>67</sup> Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 107.

<sup>68</sup> Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva

En el sistema de la CADH las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH constituyen, en definitiva, la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a los derechos y libertades consagrados en dicho instrumento<sup>69</sup>. Además, los Estados serán responsables por las obligaciones que emanan de los tratados específicos en materia de derechos humanos de que sean parte. En el ámbito de Naciones Unidas, el sistema de responsabilidad internacional estará determinado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) para todos los Estados parte de la ONU y además, los tratados especiales de los que cada Estado sea parte.

## 6.2. Imputación de la infracción al Estado

El segundo elemento constitutivo de la responsabilidad internacional del Estado es que la infracción a las obligaciones internacionales sea imputable al Estado. Respecto de qué conductas son las que pueden hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado, se puede señalar que se aplican las normas generales del derecho internacional público, por tanto, la responsabilidad puede estar fundada en actos u omisiones de cualquier poder u órgano estatal que violen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos:

- a) El Estado puede hacerse responsable por la adopción de disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones internacionales. Es decir, si se dicta una ley que es incompatible con las obligaciones que ha adquirido el Estado a través de los tratados de derechos humanos, está el legislativo haciendo incurrir al Estado en responsabilidad internacional y, por lo tanto, está poniendo al Estado en una situación de ser sujeto pasivo en el sistema internacional y ser objeto de un proceso internacional y ser, eventualmente, objeto de una condena internacional<sup>70</sup>. También puede el legislativo comprometer la responsabilidad del Estado cuando no adopta disposiciones le-

---

OC-10/89 del 14 de julio de 1989, párr. 45 y Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrs. 54 a 60.

<sup>69</sup> La Corte ha señalado expresamente que el “[...] origen mismo de dicha responsabilidad surge de la inobservancia de las obligaciones recogidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”. Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 108. En el mismo sentido: Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párrs. 111-113 y; Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 67.

<sup>70</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 167 y 189; Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41 y; Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, 83, párr. 18.

gislativas necesarias para compatibilizar su legislación con las obligaciones internacionales<sup>71</sup>. Cuando los Estados ratifican un tratado, cuando lo hacen parte de su legislación, se están comprometiendo también a adecuar toda su legislación interna de acuerdo a los estándares del tratado internacional. Y en ese sentido hay un esfuerzo que deben llevar adelante los Estados, de ver cómo el conjunto de su cuerpo normativo y las prácticas que de él emanen se ajustan a las obligaciones que están adquiriendo<sup>72</sup>.

- b)** El Poder Ejecutivo, a través de todos sus funcionarios, por acciones u omisiones que sean incompatibles con las obligaciones internacionales, también puede hacer al Estado responsable internacionalmente. Esta es la visión clásica que tenemos del incumplimiento de una obligación internacional de derechos humanos: la de un funcionario público que no cumple con aquello que está obligado a respetar o a dar garantía (esto comprende también la obligación de prevenir o reprimir acciones ilícitas de particulares); por eso no nos vamos a detener mucho en esta idea.
- c)** También el Poder Judicial puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad podrá estar basada en denegación de justicia, infracciones al debido proceso, aplicación de normas incompatibles o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales del Estado<sup>73</sup>.
- d)** Respecto de la responsabilidad por actos de privados, el sistema internacional ha establecido que el Estado puede llegar a ser responsable en estos casos atendida su falta de respuesta frente a estas acciones privadas que de haber sido provocadas por sus agentes constituirían violaciones de derechos.

La Corte Interamericana al respecto ha señalado:

[...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese

---

<sup>71</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 93.

<sup>72</sup> Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 72.

<sup>73</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124 y Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, párr. 128.

hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención<sup>74</sup>.

El fundamento de dicha responsabilidad lo explora la Corte en los siguientes términos:

(...) Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención<sup>75</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado<sup>76</sup>.

De esta forma, se observa que el Estado puede ser responsable por las violaciones convencionales cometidas en forma directa por sus agentes (de cualquier órgano del Estado), o bien, dicha responsabilidad puede emanar de una omisión del Estado de actuar en aquellos casos en que particulares afectan los derechos convencionales.

Una cuestión interesante que aborda la Corte en la sentencia del caso *Mapiripán* es la determinación sobre el momento en que se produce la responsabilidad internacional y cuándo esta puede ser exigida a nivel supranacional. La Corte señala que la “[L]a responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios”<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1998, párr. 172.

<sup>75</sup> *Ibidem*, párr. 173.

<sup>76</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 31, párr. 8.

<sup>77</sup> Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 113.

Pareciera que con esta postura se abre una posible discusión acerca de la responsabilidad internacional a la luz de los criterios que se han establecido en el ámbito internacional público. Es claro que la responsabilidad sólo puede ser exigida a nivel internacional una vez que el Estado ha podido actuar a nivel interno (este es el sentido del principio del agotamiento de los recursos internos). Pero la responsabilidad del Estado ha surgido antes, al momento del ilícito atribuible al Estado y con ello, se hacen aplicables al acto en cuestión todos los criterios internacionales sobre obligaciones del Estado por violación de derechos humanos en el ámbito interno (obligación de investigar, sancionar y reparar), determinando qué y cómo debe reparar el Estado en el ámbito interno.

Este puede parecer un debate meramente teórico. Pero no es así, ya que puede tener impacto directo en el sistema normativo a utilizar para resolver un caso concreto. Por ejemplo, el debate sobre reparaciones civiles por violaciones ocurridas en el dictadura chilena<sup>78</sup> es en parte un debate sobre el sistema normativo a utilizar, si el civil o el internacional en materia de reparaciones. Optar por uno u otro trae consecuencias en materia de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y en la efectividad de los derechos.

## 7. La obligación de reparar a la víctima

La obligación de los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos es un concepto que se ha instalado como uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado y así ha sido reconocido tanto por la doctrina y por la jurisprudencia, además de su recepción en tratados específicos<sup>79</sup>. Su vinculación como uno de los principios del Derecho Internacional y, por tanto, aplicable como fuente de obligaciones aún respecto de los Estados que no sean parte de dichas Convenciones especiales ha sido establecido por la propia Corte Internacional de Justicia y por la Corte Interamericana:

Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado "incluso una concepción general de derecho", que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Nash, 2014 (a).

<sup>79</sup> *Ídem*.

<sup>80</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 25.

En cuanto a su incorporación en los tratados de derechos humanos, podemos destacar el artículo 63.1 de la CADH que dispone:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos u el pago de una justa indemnización a la parte lesionada<sup>81</sup>.

En el ámbito del DIDH se ha asumido una concepción amplia del concepto de reparaciones y se han dispuesto actuaciones del Estado que comprenden medidas de restitución, compensación, satisfacción y garantías de no repetición<sup>82</sup>. De hecho, se ha determinado a nivel interno importantes medidas de cumplimiento de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, las que tienen un efecto reparador, tanto en la perspectiva de cesación del mal causado, como medidas de no-repetición.

Es posible afirmar que el sistema internacional de derechos humanos ha centrado su atención en materia de reparaciones en la persona de la víctima y en la garantía de no repetición. De ahí se desprende un acercamiento al tema que abre posibilidades de actuación al sistema internacional en situaciones de violaciones de derechos humanos más allá de cada caso particular.

---

<sup>81</sup> Artículo 63.1 de la CADH.

<sup>82</sup> El Comité de Derechos Humanos ha señalado: "El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos" Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 31, párr. 16. Asimismo, un interesante paso en esta material se dio el 16 de diciembre de año 2005, ya que mediante Resolución 60/147, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.



## II. Recepción del DIDH en Chile<sup>83</sup>

---

### 1. Una aproximación al derecho internacional de los derechos humanos y su interacción con el derecho interno

Una de las visiones tradicionales respecto a la relación existente entre derecho internacional y derecho interno (constitucional principalmente) ha sido entender al sistema internacional como subsidiario del nacional<sup>84</sup>. La doctrina ha considerado que el derecho internacional debe aplicarse sólo cuando el sistema interno no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales. En este sentido, se ha planteado que el sistema internacional actúa cuando los mecanismos internos de los Estados han fallado.

Así, resulta sumamente común que los órganos internacionales, para conocer de un caso ocurrido en un país, exijan el previo agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, el principio de subsidiariedad se emplea tan sólo en algunos ámbitos de la relación existente entre el derecho internacional y los ordenamientos internos –principalmente en temas de orden jurisdiccional–; no obstante, no resulta factible aplicar esta visión a la totalidad de las materias a las cuales está sujeta esta relación entre sistemas, como, por ejemplo, a la labor de codificación y promoción que realiza el DIDH. Entendiendo lo anterior, resulta inadecuado abordar la generalidad de la relación entre los sistemas constitucional e internacional sólo desde esta perspectiva.

Considerando la incapacidad de la tesis de la subsidiariedad de dar una respuesta satisfactoria a la relación entre la protección

---

<sup>83</sup> Este capítulo está basado en el libro Nash, 2012 (b), adaptado para este libro.

<sup>84</sup> Benadava, 1992 (a).

nacional y la internacional de los derechos humanos, se ha planteado por la doctrina que la relación existente entre los sistemas constitucional e internacional debe ser entendida como de carácter complementaria<sup>85</sup>.

De acuerdo con esta concepción, las normas de fondo de derechos humanos (como las consagradas en los tratados internacionales) pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta perspectiva considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que deben articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante.

Al concebir la relación entre derecho interno y sistema internacional como una forma de complementar contenidos y protección, el sistema internacional no sólo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos. Veremos más adelante a través de qué mecanismos jurídicos esto se hace operante en Chile.

Avanzando un poco más en el análisis de este tema, hoy podemos sostener que esta relación no sólo es complementaria, sino también es de retroalimentación entre ambos sistemas jurídicos, ya que existe una relación recíproca entre ambos sistemas, donde el sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional y, donde también, el sistema internacional mira el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados para emprender la concreción de nuevos instrumentos internacionales o para enriquecer su argumentación jurisprudencial<sup>86</sup>.

Desde una mirada basada en la complementariedad y reciprocidad entre el derecho nacional e internacional en materia de derechos humanos, es que debemos mirar el conjunto de estándares que desarrollamos en este libro relacionados con el proceso penal y derechos humanos. Para entender porque estos estándares son obligatorios para nuestro país y la forma en que pueden ser aplicados, explicaremos cómo se recepcionan los tratados internacionales de derechos humanos en nuestro país, cómo pueden ser aplicados sus estándares y la manera en que podemos enfrentarnos ante un caso concreto de violación a los derechos humanos. Todo esto, bajo la concepción de que ambos

---

<sup>85</sup> Cançado, 2001: 273.

<sup>86</sup> Nash, 2010 (a).

sistemas configuran un *corpus iuris* garantista que hace efectiva e integral la protección de los derechos fundamentales.

## 2. La recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos: ¿por qué deben aplicarse en Chile?

Una de las principales inquietudes que se plantea a la hora de instalar el debate de la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos en el derecho interno es en torno a la recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuando se hace referencia a la recepción, se está examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las normas<sup>87</sup>.

Respecto a la temática de la incorporación de los tratados y la jerarquía de los derechos humanos han existido sendos debates académicos y jurisprudenciales; sin embargo, en el presente apartado despejaremos dichas inquietudes con el objetivo de sistematizar las razones por las cuales sostenemos que los instrumentos internacionales de derechos humanos deben aplicarse en Chile y las consecuencias prácticas que trae esto para nuestro sistema de protección de derechos fundamentales, específicamente en lo relacionado con el proceso penal.

### 2.1. Procedimiento de incorporación de tratados internacionales

Los procedimientos de incorporación de tratados internacionales dan cuenta de los mecanismos a través de los cuales los Estados le dan validez a los instrumentos internacionales en sus ordenamientos jurídicos internos. De acuerdo con los sistemas comparados, es la Constitución Política la que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno<sup>88</sup>.

En Chile, la Constitución de 1980 se caracterizó por tener vacíos normativos en cuanto al procedimiento de incorporación de tratados internacionales al

<sup>87</sup> Nash, 2006: 149.

<sup>88</sup> "Sin embargo, hay que tener presente que si bien la forma en que la Constitución resuelve la incorporación de las normas internacionales es una prerrogativa del Estado, esta incorporación, en sus aspectos procesales y de jerarquía, en ningún caso le permitirá al Estado evadir su responsabilidad internacional, lo que emana del artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados", en: Nash, 2006: 150.

ordenamiento jurídico interno. Así, el artículo 50.1 sólo establecía que el procedimiento ante el Congreso “se someterá a los trámites de una ley”<sup>89</sup>, recayendo sobre el Presidente de la República la negociación, firma y ratificación de los tratados, pudiéndose incluir un examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional<sup>90</sup>.

La falta de especificidad del procedimiento llevó al Tribunal Constitucional<sup>91</sup> a interpretar el artículo 50 de la Constitución, a propósito de un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el sentido de que los tratados en el ordenamiento jurídico nacional tenían un tratamiento idéntico al de una norma de rango legal, y postuló la división de la votación del proyecto, de acuerdo con la naturaleza de sus normas. De esta forma, se sostuvo que en el caso de que las disposiciones del tratado contemplen normas de distinta naturaleza, éstas se aprobarían o rechazarían aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas, pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella<sup>92</sup>. En esta misma línea, la literalidad de la norma constitucional llevó a sostener a una parte de la doctrina nacional que los tratados internacionales poseían la misma naturaleza jurídica que una ley<sup>93</sup>.

### **2.1.1. Reforma del año 2005**

Los problemas que generaba la falta de definición de la Constitución Política de 1980 respecto al procedimiento de incorporación de los tratados internacionales, intentaron ser resueltos con la enmienda constitucional del año 2005. Esta reforma modificó el comentado artículo 50.1 e introdujo el nuevo artículo 54.1, que establece (destacado nuestro):

Artículo 54. Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

<sup>89</sup> Constitución Política de la República (1980), artículos 32 inc. 17, y 50.1.

<sup>90</sup> Constitución Política de la República (1980), artículo 82.2.

<sup>91</sup> Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.

<sup>92</sup> *Ibidem*, considerandos 17 y 25.

<sup>93</sup> Benadava, 1992 (b): 92.

[...]

El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.

[...]

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional.

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva [...]

De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

[...].

Una de las principales consecuencias de la reforma, es que se aclaran los problemas de interpretación referidos a la naturaleza de los tratados internacionales. En efecto, la nueva redacción constitucional señala que el tratado se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley. En ese sentido, se ha entendido por la doctrina que dicha frase y la naturaleza de los tratados permiten diferenciar a una ley de un tratado como fuentes de derecho diversas, en cuanto a su procedimiento de adopción como a su rango normativo<sup>94</sup>.

<sup>94</sup> García, 2006: 72 y ss.; Nogueira, 2007: 59-88.

Otro aspecto relevante de la reforma tiene que ver con el nuevo mecanismo de derogación, modificación y suspensión de los tratados. El artículo 54.1 establece que esto se realiza mediante los procedimientos señalados en el mismo tratado o de la manera prevista por las normas generales de derecho internacional. Con esto, se buscaba por parte del legislador evitar que una ley posterior dictada en Chile pudiera modificar o dejar sin efecto un tratado, con el objeto de impedir que el Estado incurriera en responsabilidad internacional<sup>95</sup>. Una consecuencia de lo anterior, es que se plantea la imposibilidad de realizar un control *a posteriori* de constitucionalidad de los tratados, toda vez que su derogación sólo se permite a través de los mecanismos propios de los tratados o por los establecidos en el derecho internacional<sup>96</sup>; sin embargo, ésta no es la interpretación que ha seguido el Tribunal Constitucional, el que sostuvo en el año 2009 que estaba dentro de sus atribuciones establecer la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional<sup>97</sup>.

En definitiva, es importante tener presente que tras la enmienda constitucional del año 2005, se aclara que una vez que se encuentra vigente un tratado (lo que se realiza en virtud de los mecanismos jurídicos que hemos estudiado), éste debe prevalecer por sobre leyes de inferior jerarquía<sup>98</sup> y sólo puede ser modificado en conformidad a normas especiales propias del derecho internacional público. Esto nos lleva a responder parte de nuestra pregunta inicial y es que los tratados internacionales deben aplicarse en Chile pues son parte de nuestro ordenamiento jurídico y se les ha asignado un lugar preeminente en nuestra estructura normativa. En el siguiente apartado veremos más específicamente las normas de tratados internacionales que consagran derechos humanos, con el objeto de determinar qué rango ocupan en nuestra pirámide normativa y las consecuencias prácticas que ello trae para la protección de los derechos fundamentales en Chile.

## **2.2. La jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales: análisis del artículo 5.2 de la Constitución Política**

Cuando hacemos referencia a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, se busca responder a la interrogante acerca

---

<sup>95</sup> Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 193.

<sup>96</sup> Nash, 2010 (b): 187.

<sup>97</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 25 de agosto de 2009, rol 1288-2009.

<sup>98</sup> Desde 1952 es una cuestión aceptada pacíficamente por la Corte Suprema el carácter supralegal de los tratados internacionales, en: Benadava, 1992 (b).

de cuál es la posición que éstos ocupan en la pirámide normativa. Dicha cuestión es solucionada a nivel de derecho nacional y es la Constitución de cada Estado la que resuelve normalmente estas interrogantes; en caso de no ser resuelta normativamente, la jurisprudencia debe hacerlo. Esta cuestión jerárquica es relevante tanto por la coherencia del sistema normativo, como por la cuestión de preeminencia ya que son las reglas técnicas de jerarquía las llamadas a resolver los conflictos entre normas, mediante las reglas de subsunción y, en particular, resuelven conflictos entre normas de distinto rango, dándole prioridad a aquellas de rango superior<sup>99</sup>.

Cuando nos enfrentamos ante la problemática de la jerarquía, existen diferencias de tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno ante tratados de derechos humanos. Para el objeto de nuestro estudio, tiene una importancia fundamental entender cuál es la jerarquía que ocupan los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, a efectos de comprender la interacción de protección que gozan los derechos fundamentales en Chile. La respuesta a esta interrogante la encontramos en el análisis del reformado artículo 5° de la Constitución Política.

En Chile, la discusión referida a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales se ha planteado fundamentalmente a partir de la reforma a la Constitución de 1989.

La Constitución Política en su versión original de 1980 establecía en su artículo 5°, “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. El año 1989 fue reformada y se agregó un segundo inciso que dispuso:

Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La entrada en vigencia de la enmienda constitucional trajo consigo divergencias de opinión respecto a la interpretación de la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. La discusión se ha centrado en si estos derechos tienen una jerarquía legal, supralegal, constitucional o supraconstitucional. En Chile, es una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia que los tratados internacionales tienen una jerarquía supralegal<sup>100</sup>. Sin

<sup>99</sup> Dulitzky, 1996: 133.

<sup>100</sup> Un completo análisis de este punto, en particular del enfoque jurisprudencial, en Benadava, 1992 (b): 9-59.

embargo, han existido diferencias importantes entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y lo asentado por el Tribunal Constitucional respecto a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales<sup>101</sup>. Mientras la primera ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, basada en la incorporación automática de los derechos fundamentales a la Carta Constitucional tras la reforma de 1989<sup>102</sup>; el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa<sup>103</sup>.

Lo sostenido por el Tribunal Constitucional se ha basado en el precitado artículo 54.1 de la Constitución, para señalar que la incorporación automática a la Constitución de los derechos humanos consagrados en tratados conllevaría una posible reforma de la Constitución por un procedimiento diferente y menos oneroso que el que ésta prevé. Sin embargo, esta posición no tiene una base sólida de sustento positivo, sino que se funda sólo sobre la idea de que la Constitución debe necesariamente enmendarse por medio de un solo procedimiento. No es difícil rebatirla teniendo presente que no existe un dogma que establezca que las constituciones deben tener un determinado procedimiento de enmienda o que impida que una Constitución tenga para ello procedimientos diferentes, atendido el carácter o naturaleza de lo que se quiere modificar. En este caso, existen razones poderosas para sostener que es explicable que una Constitución disponga un procedimiento de enmienda diferente cuando ella se refiere a la incorporación de nuevos derechos humanos o a una ampliación de derechos humanos ya existentes. Si hay acuerdo de la comunidad internacional, del Presidente de la República y del Congreso para incorporar nuevos derechos humanos, no parece que el Estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea más flexible que aquel que se utiliza para el resto de las normas constitucionales<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Un completo estudio de la evolución jurisprudencial en este tema: Henríquez, 2008: 73-119.

<sup>102</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia 17 de noviembre de 2004, rol 517-2004; sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004; sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004; sentencia de 18 de junio de 2008, rol 2054-2008; sentencia de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006; sentencia de 24 de enero de 2008, rol 1528-2006.

<sup>103</sup> En este sentido: Ver la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional. Sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346-2000. Esto se reafirma en la sentencia de 25 de agosto de 2009, rol 1288-2009, en donde el Tribunal Constitucional somete a los tratados internacionales a un control represivo de constitucionalidad y, recientemente en la sentencia roles acumulados 2387 y 2388 de 3 de enero de 2013.

<sup>104</sup> NOGUEIRA, 1996: 341-380.

A continuación veremos las razones por las cuales sostenemos que los derechos humanos consagrados en tratados internacionales gozan de jerarquía constitucional.

Para poder entender el sentido de la reforma constitucional, que nos lleva a afirmar la jerarquía constitucional de los derechos fundamentales, debemos analizar el contexto en que se produce la enmienda constitucional<sup>105</sup>. En primer lugar, hay que recordar que las reformas a la Constitución fueron propuestas después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática. Por otra parte, Chile se preparaba para el término del gobierno militar y el inicio de una transición a la democracia, con autoridades elegidas por sufragio universal y sujetas al imperio de la ley. En este contexto, uno de los objetivos compartidos por la sociedad chilena era asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable<sup>106</sup>. Por consiguiente, es evidente que la enmienda que se examina en el texto es producto de las negociaciones entre los sectores políticos y tuvo por objeto mejorar la posición de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico de Chile.

En segundo lugar, hay que tener presente que, antes de dicha enmienda, existían ya en la Constitución normas para la defensa de estos derechos<sup>107</sup>. Una reforma que intentara reforzar la protección de estos derechos tendría que ser necesariamente más amplia que el texto original que se reformaba.

En tercer lugar, hay que considerar que la consagración y protección de los derechos humanos no es resultado exclusivamente de un sentir nacional, sino que responde también a un movimiento internacional, del cual Chile, y particularmente los proponentes de la enmienda y aquéllos a los que les fue propuesta,

<sup>105</sup> Este análisis de puede encontrar en: Nash, 2010 (b).

<sup>106</sup> En un documento preparado por una comisión técnica se afirma que "la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos humanos" y para ello se proponen enmiendas, entre otros artículos, al artículo 5° de la Constitución de 1980, explicándose esta enmienda como un refuerzo del deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país. La redacción de la enmienda constitucional propuesta fue más amplia que la aprobada. En efecto, no hubo consentimiento por parte del gobierno del General Pinochet para incluir en el artículo 5° todas las normas internacionales que consagran o garantizan derechos humanos, sino solamente las normas contenidas en tratados. No hay documentación sobre la razón de este cambio. En: Nash, 2010 (b).

<sup>107</sup> Ver artículos 1°, 5, 19,20 y 21 de la Constitución Política de la República.

estaban perfectamente conscientes y del que se encontraban dispuestos a participar<sup>108</sup>.

Además, si se examina atentamente la Constitución de 1980 original –aún sin la enmienda reseñada–, a la luz de lo señalado en los párrafos anteriores, se llega a la conclusión de que “los derechos esenciales de la naturaleza humana” son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por lo tanto, gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia dicha Constitución. Además, del propio texto del artículo 5.2 puede concluirse que los derechos humanos consagrados en tratados de los cuales Chile es parte son derechos esenciales de la persona humana, ya que la Constitución se refiere a los derechos consagrados en los tratados como “tales derechos” (en clara alusión a la primera oración del inciso 2).

Otro argumento para sustentar la conclusión anterior está en el hecho de que las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba –por lo menos– en una categoría superior que la ley, por lo que un fortalecimiento del régimen de regulación de los derechos humanos sólo podía tener por objetivo elevar la jerarquía de los derechos humanos.

El rango constitucional de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales ha sido reconocido por la Corte Suprema en los siguientes términos:

Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del

---

<sup>108</sup> Medina, 1994.

Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales (...)<sup>109</sup>.

### **3. Herramientas para la aplicación de tratados que consagran normas de derechos humanos**

En el apartado precedente respondimos a la interrogante acerca de por qué deben aplicarse los tratados internacionales en Chile y, en ese sentido, vimos que una vez ratificados y vigentes, las normas de derechos humanos consagradas en instrumentos internacionales pasan a tener rango constitucional. Ahora, corresponde avanzar en nuestro estudio para ver de qué manera podemos hacer operativa su incorporación, es decir, a través de qué fórmulas aplicamos estándares internacionales. Las herramientas de aplicación de tratados de derechos humanos nos permiten visualizar la forma en que introducimos de una manera práctica los derechos y libertades fundamentales consagrados en tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

Al plantearse el tema de la recepción constitucional de los estándares sobre derechos subjetivos individuales que legitiman el poder del Estado, surge una herramienta fundamental y es la figura del “bloque de constitucionalidad”. A través de este instrumento, los sistemas normativos constitucionales perfeccionan la protección constitucional de los derechos fundamentales al incorporar a la Constitución formal, normas y prácticas jurisprudenciales desarrolladas a nivel internacional, configurando la Constitución material en relación con estos derechos. Por otra parte, la figura del “control de convencionalidad” permite concretizar la obligación de garantía de los derechos humanos, velando por la conformidad de las normas y actos de la autoridad con los estándares internacionales sobre derechos humanos. A continuación veremos el concepto, fundamento y aplicación de estas herramientas en el ámbito interno.

#### **3.1. Bloque de Constitucionalidad**

La noción “bloque de constitucionalidad”, que nace en el constitucionalismo europeo, es un instrumento interesante para contestar la pregunta acerca de

<sup>109</sup> Corte Suprema. Sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004, considerando 39.

cuáles son los derechos comprendidos en la noción amplia de derechos fundamentales. Es decir, qué elementos ajenos a la articulación de la Constitución formal se incorporan al acervo constitucional de derechos fundamentales. En efecto, la idea de “bloque de constitucionalidad”, siguiendo al jurista colombiano Rodrigo Uprimny, hace referencia a la existencia de normas constitucionales, o al menos supralegales, que no aparecen directamente en el texto constitucional. De esta forma, “una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la constitución escrita”<sup>110</sup>.

El origen del concepto está en el ámbito administrativo francés, donde se usaba la noción de “bloque legal” para designar principios y reglas por encima de las leyes. De esta forma, la expresión “bloque” tiene por objeto evocar la idea de solidez y unidad<sup>111</sup>. En la determinación de cuál era el contenido de la Constitución francesa y, por tanto, cuál debiera ser el parámetro de constitucionalidad para realizar un control de las leyes, el Consejo Constitucional determinó que, en cuanto a su contenido, el Bloque de Constitucionalidad francés considera las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución de 1958, en Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Preámbulo de la Constitución de 1946 y en los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República<sup>112</sup>.

Lo relevante es que dentro de esta institución no existe un sistema jerárquico y cada uno de los elementos es considerado en un plano de igualdad, lo que implica la necesidad de conciliar las distintas disposiciones y, por tanto, obliga a avanzar en la coherencia del sistema, de manera que el objetivo de esta institución es servir de baremo de constitucionalidad para las cortes constitucionales.

La pregunta que surge en este punto es ¿cómo el bloque de constitucionalidad desarrollado por la jurisprudencia y doctrina europea sirve como herramienta para la aplicación de estándares internacionales en nuestro país?

Desde un punto de vista normativo, la noción de bloque de constitucionalidad a que hemos hecho referencia puede ser aplicada en Chile, pues desde la

---

<sup>110</sup> Uprimny, 2006: 31.

<sup>111</sup> Favoreu, 1991: 19-21.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 25 y Ospina, 2006: 179-197.

reforma de 1989 al inciso 2 del artículo 5° de la Constitución<sup>113</sup> se amplía la base normativa a aplicar en materia de derechos fundamentales, incluyéndose las normas y principios del DIDH, así como la jurisprudencia de los órganos de protección. Surgen, como consecuencia de la discusión en Chile sobre los alcances de dicha norma reformada, dos posibilidades de uso del bloque de constitucionalidad. Si se acepta la tesis de la constitucionalización de los derechos contenidos en los tratados de DD.HH vigentes en Chile, el bloque de constitucionalidad es útil para complementar estos derechos con otros elementos, principalmente la jurisprudencia internacional sobre éstos; esta sería una concepción *lato sensu* de la noción de bloque. En cambio, si no se acepta la tesis de la constitucionalización, el bloque operaría como un instrumento útil para traer a la Constitución formal aquellos derechos consagrados internacionalmente con todo su acervo normativo y jurisprudencial; esta sería una noción *stricto sensu* del bloque.

Se incluye la jurisprudencia de los órganos de protección, bajo la consideración de que ésta constituye doctrina particularmente importante y relevante cuando se va a interpretar la constitución, toda vez que, si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados, éstos deben seguir los parámetros establecidos por los órganos autorizados a hacerlo a nivel internacional<sup>114</sup>.

El efecto útil de la idea de un bloque de constitucionalidad que integre los elementos que hemos descrito, radica en que el conjunto de normas incorporadas a nuestra legislación son efectivas en cuanto sirven no sólo como parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino también como elemento hermenéutico e integrador ante una legislación incompleta.

Como parámetro de constitucionalidad, el bloque sirve para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes. En tanto elemento hermenéutico, el bloque de constitucionalidad permite complementar la interpretación de los derechos que sí se encuentran consagrados constitucionalmente; y como elemento integrador incorpora derechos que no se encuentran en el catálogo

<sup>113</sup> El que la habilitación legal del Bloque de Constitucionalidad se explique a través de la reforma constitucional, de 1989, es coherente con la idea que señala Uprimny respecto de que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional, en: Uprimny, 2001. En este sentido, es la propia Constitución reformada de 1980 la que permite la idea de Bloque de Constitucionalidad.

<sup>114</sup> Uprimny, 2001.

constitucional. Estas herramientas otorgan un poderoso impulso dinamizador de la protección de los derechos fundamentales, favoreciendo la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas<sup>115</sup>.

Resulta interesante destacar que este mecanismo permite no sólo a los jueces hacer uso de estándares internacionales, sino también faculta a los abogados litigantes a realizar interpretaciones más complejas en el ámbito de los derechos fundamentales, avanzando hacia la búsqueda de una protección integral de los derechos.

En los últimos años, en la jurisprudencia chilena ha habido una cierta tendencia a abrir nuestro sistema normativo constitucional a la idea de un bloque de constitucionalidad, que amplíe y mejore la protección de derechos humanos en el país. En la práctica, encontramos tanto en la Corte Suprema como en el Tribunal Constitucional algunas sentencias que apuntan a la configuración de un bloque de constitucionalidad en Chile. Así nos hallamos con sentencias que asignan a la normativa y jurisprudencia internacional un rol relevante a través de dos vías: (i) la incorporación directa de derechos con rango constitucional; o (ii) como elemento hermenéutico de derechos actualmente consagrados en el texto constitucional.

Así por ejemplo, en el tema que nos ocupa, el bloque de constitucionalidad ha servido para incorporar derechos que no están reconocidos expresamente en la Carta Fundamental, como el derecho al recurso. En el año 2008, la Corte Suprema establece la constitucionalidad del derecho al recurso a partir de las normas internacionales de derechos humanos:

Que en numerosos tratados internacionales suscritos por Chile, ratificados y actualmente vigentes, y que tal como lo preceptúa el artículo 5° de nuestra Constitución Política, constituyen y forman parte de las leyes de la República, también se considera este derecho a tener un recurso en contra de las sentencias condenatorias o absolutorias en materia penal, es así como el artículo 8° N° 2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos llamado 'Pacto de San José de Costa Rica', estatuye que durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad, entre otras garantías mínimas, 'a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior'. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el párrafo 5° del artículo 14 que 'toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un tribunal superior conforme

---

<sup>115</sup> *Ídem*.

a lo prescrito por la ley. Si bien este derecho no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Carta fundamental, resulta igualmente obligatorio porque los pactos mencionados fueron ratificados por Chile y se hallan actualmente vigentes, en virtud de lo prescrito en el artículo 5° de la Constitución Política de la República<sup>116</sup>.

Como herramienta hermenéutica ha servido para dotar de contenido, por ejemplo, al principio de presunción de inocencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado:

Que el requirente denuncia la vulneración del principio de inocencia, al que adjudica el carácter de presunción. La Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas.

En tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–, en el artículo 8.2, dispone que ‘toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’ y que ‘durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas’ que enuncia. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Que dicho principio, que más bien se podría referir al “trato de inocente”, importa la obligación de considerar al imputado como si fuere inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones –como medidas cautelares– tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación [...]”<sup>117</sup>.

Estas dos modalidades de aplicación del bloque de constitucionalidad han sido reconocidas expresamente por el Tribunal Constitucional, quien a propósito de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre el fuero militar, desarrolla un razonamiento complejo que permite sostener el fundamento de

<sup>116</sup> Corte Suprema. Sentencia de 29 abril de 2008, rol 6053-2007, considerando 11.

<sup>117</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 21 de agosto de 2007, rol 739-2007, considerandos 7 y 8.

la utilización del bloque en nuestro ordenamiento jurídico y, además, da cuenta de cómo esta figura puede ser utilizada para resolver casos concretos:

Que en la fundamentación del requerimiento se ha invocado el mandato constitucional del artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En la especie, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque de constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política.

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

Que, a la luz de tales antecedentes, no cabe duda que la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, N°3, de la Constitución Política de la República.

Que, por ende, procede declarar inaplicables los preceptos tachados de inconstitucionales [artículos 5 inc.1 y 3 del Código de Justicia Militar], en cuanto contravienen los artículos 19, numeral 3º, inciso sexto, y 83 de la Constitución Política<sup>118</sup>.

### **3.2. Hacia una protección eficaz de los derechos fundamentales: el control de convencionalidad como herramienta hermenéutica**

Recordemos que una de las obligaciones que tiene el Estado es la obligación de garantía, que implica que el aparato de poder estatal debe promover, a través de

---

<sup>118</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 6 de mayo de 2014, rol 2493-2013, considerandos 6, 7, 8, 9 y 10.

sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. En este contexto, los tribunales de justicia están obligados a dar una correcta aplicación a los estándares internacionales, de manera de cumplir con los mandatos normativos de los tratados.

Entonces, surge la siguiente pregunta: ¿a través de qué mecanismo los operadores de justicia verifican la conformidad en la aplicación de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales? En la práctica jurisprudencial interamericana, ha nacido el concepto “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 con la CADH y su jurisprudencia, de las normas y prácticas nacionales<sup>119</sup>.

### 3.2.1. Concepto

La figura –con dicha denominación<sup>120</sup>– es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos fundamentales y el constitucionalismo, 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 y el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos, ya que implica que los Estados deben verificar la conformidad de su normativa interna con dichos estándares. Asimismo, nace con una clara influencia del denominado “control de constitucionalidad” ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados. Sin embargo, a diferencia del control de constitucionalidad, con la figura convencional se busca trasladar la noción de control de las normas internas cuyo parámetro sea la constitución –típica del derecho constitucional– hacia un control que tenga como baremo la normativa convencional y su jurisprudencia.

<sup>119</sup> El control de convencionalidad recibe dicha denominación ya que consiste en un examen de conformidad con la CADH, lo que no obsta a que los operadores de justicia realicen dicho examen respecto de otros instrumentos internacionales. Sin embargo, dada la influencia que ha tenido la CADH en la jurisprudencia nacional, así como el desarrollo que ha realizado la Corte IDH de sus estándares, se ha transformado en la herramienta normativa más relevante en su aplicación práctica en materia de derechos humanos.

<sup>120</sup> Se realiza el alcance puesto que la función del control de convencionalidad se desarrolla desde la entrada en vigor de la Convención Americana, pero no es sino en los últimos años en que esta labor se ha caratulado bajo dicho concepto.

El control de convencionalidad tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el ámbito 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<sup>121</sup>. Dicha función ha sido la principal de la Corte IDH desde su entrada en funcionamiento<sup>122</sup>.

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al 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 normativa convencional y que exista una correcta aplicación de sus estándares, lo que se puede realizar expulsando normas o interpretándolas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado (como hemos señalado, esto dependerá de las facultades procesales que tenga cada operador de justicia). Sin embargo, los operadores de justicia están obligados siempre –con independencia de sus competencias– 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. Es por ello que hemos señalado en el título de este apartado que el control de convencionalidad es una herramienta para la eficaz protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno.

La Corte IDH ha conceptualizado en los siguientes términos la obligación de realizar el control de convencionalidad:

De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda 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 y demás órganos vinculados

---

<sup>121</sup> Ver: Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 105-114; Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrs. 167 y ss; Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrs. 129 - 131; Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 238-239.

<sup>122</sup> Castilla, 2001: 596.

a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, 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.

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*<sup>123</sup>.

De esta conceptualización y de la evolución del concepto en la jurisprudencia de la Corte IDH se pueden destacar los siguientes elementos, que conformarían el control<sup>124</sup>:

- i. Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- ii. Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- iii. Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte.
- iv. Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.
- v. Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Como clarificación previa, se debe distinguir entre las figuras "bloque de constitucionalidad" y "control de convencionalidad". Recordemos que a través de la primera herramienta se hace operativa la incorporación de los tratados internacionales (es decir, nos permite utilizarlos en casos concretos a través del uso de derechos consagrados internacionalmente o como elemento hermenéutico),

<sup>123</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrs. 281 y 282.

<sup>124</sup> Acerca de la evolución del concepto en la jurisprudencia de la Corte IDH, véase: Véase: Sagüés, 2010; Ferrer Mac Gregor, 2011; Nash, 2013 (a), entre otros.

mientras que el control de convencionalidad es el ejercicio práctico que realizan los operadores de justicia al cotejar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Así, la primera figura responde a la interrogante de ¿cómo incorporo en mi interpretación de las normas los derechos consagrados en tratados internacionales? y la segunda a ¿cómo aplico correctamente los estándares internacionales incorporados en cada caso concreto? Para nuestro estudio, nos centraremos en el análisis del control de convencionalidad en el ámbito interno, con el objetivo de ilustrar que su utilización es imperativa e imprescindible para lograr una plena protección de los derechos fundamentales, ya que implica aplicar –en cada caso concreto– aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.

### **3.2.2. Bases normativas del control de convencionalidad**

Para poder profundizar en el análisis práctico del control de convencionalidad (señalando que su aplicación es imperativa), se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, las bases normativas que le sirven de fundamento.

El fundamento normativo de la aplicación del control de convencionalidad en el derecho nacional lo encontramos en la lectura conjunta de los artículos 1º, 5º y 6º de la Constitución Política. Para entender la importancia de estas normas en la configuración del control de convencionalidad como imperativo para el Estado, debemos mencionar, en primer lugar, una norma que nos parece central: el artículo 6º relativo a las “bases de la institucionalidad”. Tal como lo hemos señalado, este artículo 6º 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 (que, como hemos visto, son imperativas en Chile en virtud del artículo 5º de la Constitución Política). Además, a partir de lo dispuesto en el artículo 1º (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 1º del texto constitucional 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 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” y “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Esto nos permite realizar un razonamiento integral de las normas en el siguiente sentido: 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, la conclusión necesaria es que las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales serán no sólo de abstención, sino también obligaciones positivas. Dependerá del análisis de cada derecho determinar el contenido normativo concreto de la obligación del Estado.

A partir de esta visión compleja de las obligaciones del Estado, se puede sostener que el control de convencionalidad que deben realizar 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 (lo que dependerá de las competencias de cada autoridad pública). Una interpretación distinta debiera justificar cuál es la base constitucional que permita a los jueces incumplir con los compromisos internacionales del Estado y, por tanto, hacer incurrir al mismo en responsabilidad internacional. Esto no parece razonable en un Estado democrático (artículo 4° Constitución).

En el derecho internacional, particularmente en el SIDH, 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.

El artículo 1.1 de la Convención dispone:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 2 señala:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El artículo 29 establece:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) 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; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

De una lectura integrada 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 concepto de 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>125</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<sup>126</sup>.

---

<sup>125</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>126</sup> En concreto, respecto a la obligación de garantía la Corte ha señalado: "Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas

Esto se traduce, en que se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado. Asimismo, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas 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<sup>127</sup>, 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 parte de los Estados<sup>128</sup>.

Emana también de los principios del derecho internacional público el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales<sup>129</sup>.

Por tanto, el fundamento de la figura del control de convencionalidad se basa tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, lo que le otorga un poderoso respaldo jurídico para afirmar la obligatoriedad de la realización del examen de convencionalidad y permite salvar las objeciones que pudieran plantearse en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

#### 4. Modelo de juicio de convencionalidad

La CIDH en su jurisprudencia<sup>130</sup> ha precisado los pasos a seguir por parte de la magistratura a la hora de enfrentarse a un caso concreto en que deba verificar la conformidad de la normativa nacional con la CADH y su jurisprudencia. Este modelo puede ser mirado desde la perspectiva del juez como la del litigante,

---

las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte IDH. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 28 de julio de 1988, párr. 166).

<sup>127</sup> Ver: Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969), artículo 26.

<sup>128</sup> Esta misma argumentación en torno al fundamento del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, ha sido recogida por la Corte IDH en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 125.

<sup>129</sup> Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969), artículo 27.

<sup>130</sup> Este esquema se puede extraer del razonamiento realizado por la Corte IDH en: Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 77-78.

pues a este último le permitirá tener claridad en cuanto al sustento normativo y lógico en que debe basar sus alegaciones en materia de derechos humanos. Así, los pasos a seguir serían los siguientes:

- i. En primer lugar, se deben determinar los hechos relevantes sobre los cuales debe tomarse una cierta decisión.
- ii. Luego, en virtud de los hechos analizados, se debe verificar cuáles son las normas a utilizar y aquí es donde tiene aplicación lo que hemos estudiado a propósito del bloque de constitucionalidad, pues a través de éste se permite la incorporación de derechos consagrados internacionales o se complementa la normativa interna. Así, se robustece o amplía el sistema normativo aplicable pues no sólo queda limitado a las normas de origen interno (constitucional, legal y reglamentario) sino que también aquellas de origen internacional que han sido recepcionadas internamente.
- iii. Finalmente, teniendo en consideración el marco normativo a aplicar en un caso de derechos humanos, se puede realizar el juicio de convencionalidad, esto es, efectuar un ejercicio interpretativo para aplicar las normas a la situación concreta, de manera que este ejercicio de adjudicación sea compatible con las obligaciones que impone la CADH. Para realizar este ejercicio interpretativo, se puede utilizar todo lo que hemos dicho acerca de la interpretación de las normas en materia de derechos humanos, es decir, utilizar una interpretación pro persona, dinámica e integral. En el caso en que el juez se encuentre facultado para expulsar la norma contraria a la Convención, lo puede hacer dejando prevalecer la aplicación del DIDH, sin embargo, como hemos señalado en reiteradas oportunidades, aquello sólo se podrá realizar si está dentro de las competencias del juzgador.

Siguiendo este esquema, los tribunales nacionales han hecho uso del juicio de convencionalidad dando concreción a la obligación de garantía, ya sea mediante la preferencia de la norma internacional o a través de un ejercicio de interpretación<sup>131</sup>.

En materia de debido proceso, podemos destacar una decisión de la Corte de Apelaciones de La Serena<sup>132</sup>, que confirma y hace suyos los argumentos de la

---

<sup>131</sup> Un estudio completo sobre la aplicación del control de convencionalidad en Chile, en: Núñez, 2014.

<sup>132</sup> Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia de 17 de febrero de 2004, rol 16-2004.

sentencia dictada por el juzgado de garantía de Coquimbo<sup>133</sup>, que versa sobre la garantía del “plazo razonable”. En efecto, esta decisión hace aplicación del control de convencionalidad, al interpretar el plazo de la prisión preventiva, a la luz de la lógica de aplicación que ha tenido esta garantía en la jurisprudencia de la Corte IDH. El debate en este caso se originó a propósito de la solicitud de la defensa de la revocación de una prisión preventiva que se extendía por más de nueve meses. En dicho contexto, el juez de oficio llamó a las partes a debatir acerca del artículo 7.5 de la CADH.

En esta primera etapa del análisis, ya vemos que hay una aplicación de los dos primeros estadios del modelo teórico (ampliación del espectro normativo). En efecto, la jueza analizó los hechos en cuestión y consideró dentro de la normativa aplicable la CADH a efectos de solucionar el conflicto, en ese sentido se señala:

El artículo 7 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, regula el derecho a la libertad personal y, tras asegurar que ‘toda persona tiene derecho a la libertad’ en su numeral 5 establece que ‘toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso’. Estas alternativas, presentes en la Convención Americana, Europea y Pacto Internacional de Derechos Civiles y enfatizada por lo expuesto en el 8º Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, no traducen una opción para los Estados, sino que un compromiso ineludible, y conlleva implícito en su sustancia que el transcurso del tiempo –una vez traspasado un determinado umbral de razonabilidad– aun cuando subsistan materialmente los motivos que se tuvieron en vista al decretar la medida cautelar, los torna por sí solos insuficientes<sup>134</sup>.

Luego, en la resolución acerca del fondo del asunto, la jueza hace suya la lógica de la fundamentación de la garantía, según como ha sido desarrollada por la jurisprudencia del sistema interamericano, lo que constituye el fondo del análisis del control de convencionalidad, ya que en un caso concreto se interpreta una garantía teniendo como parámetro la CADH y su interpretación. Destaca también que en este ejercicio la magistratura hace suyas las obligaciones internacionales del Estado<sup>135</sup>:

<sup>133</sup> Juzgado de Garantía de Coquimbo. Resolución audiencia de revisión de prisión preventiva, 9 de febrero de 2004, RIT 1239-2003.

<sup>134</sup> *Ibidem*, considerando 4.

<sup>135</sup> Juzgado de Garantía de Coquimbo. Resolución audiencia de revisión de prisión preventiva, 9 de febrero de 2004, RIT 1239-2003, considerandos 8, 9 y 10.

A estas alturas del análisis, la pregunta pertinente es, ¿cómo ha de resolverse la alternativa ineludible presentada por el artículo 7.5, esto es, el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso? La misma Corte ha sostenido que no puede fijarse abstractamente un plazo a considerarse razonable en general respecto de la duración de los procesos, sino que, muy por el contrario, es necesario pronunciarse en cada caso específico, tomando en consideración entre otras autoridades involucradas en la persecución penal.

Este caso se refiere a un ilícito contemplado en la ley de drogas en que se ha detenido al imputado en flagrancia el 30 de abril de 2003 e incautado, a sus resultas, 11 gramos de pasta base de cocaína y 55 gramos de marihuana, datos que no lo hacen parecer, en un primer análisis, un caso de mayor complejidad y que por lo mismo dio lugar a que se fijara, en su oportunidad, a propuesta de la defensa y sin oposición del Ministerio Público un plazo de seis meses para el cierre de la investigación, que contribuye para nuestros efectos, a proporcionar un parámetro de razonabilidad respecto de la duración de este proceso. Así las cosas, la alternativa planteada por el artículo 7.5 de la Convención Americana ha de ser resuelta a favor del imputado, pues el tiempo que ha permanecido sometido a encarcelamiento previo a la sentencia desborda, con creces, el plazo que aparece razonable en el caso concreto para ser juzgado, por lo que surge a su respecto, el derecho a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Con esta decisión velamos, además, por la vigencia del artículo 1.1 de la aludida Convención en virtud del cual los estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, que 'implica un deber de los estados de organizar un aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos'.

En este ejemplo, hay un juicio de convencionalidad que –utilizando la hermenéutica– intenta compatibilizar la normativa nacional con la garantía del plazo razonable desarrollada por el sistema interamericano.

Recientemente, la Corte Suprema ha reconocido expresamente la obligación de realizar un control de convencionalidad por parte de la magistratura. Esta sentencia corresponde a la 9031 de 2013<sup>136</sup>, donde a la Corte Suprema le tocó

---

<sup>136</sup> Corte Suprema. Sentencia de 19 de noviembre de 2013, rol 9031-2013.

determinar si se cumplían los requisitos para otorgar la extradición de un ciudadano boliviano que era requerido por la República de Argentina. La defensa del requerido alegó que no se cumplían con los requisitos del artículo 449 del Código Procesal Penal, al no existir fundamento serio para conceder la extradición, al omitirse la asistencia consular al imputado y al haberse realizado una detención irregular.

Al analizar el requerimiento, la Corte Suprema inicia su argumentación refiriéndose a la obligación de los/as jueces/zas de realizar control de convencionalidad, desarrollando extensamente su concepto, función y fundamento. En primer lugar, se refiere al rol del juez respecto del respeto y garantía de los derechos humanos:

Que efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y convencionalidad<sup>137</sup>.

La Corte Suprema reconoce de esta forma que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos en el proceso es labor del juez y que esto se concreta a través del control de constitucionalidad y de convencionalidad. Luego, indica que el control de convencionalidad es una obligación que emana de los compromisos internacionales que ha asumido el Estado en materia de derechos humanos.

La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los Estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y *ius cogens*, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atienda a los

<sup>137</sup> *Ibidem*, considerando 12.

motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso [...]»<sup>138</sup>.

Acá la Corte Suprema hace dos precisiones que nos parece relevante destacar: en primer lugar, indica que la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos es consustancial al ejercicio de la jurisdicción, lo que da cuenta de lo que hemos señalado respecto a que el control de convencionalidad encuentra su fundamento la concretización del mandato de garantía para toda autoridad pública y no sólo reconoce como parámetro de convencionalidad a los derechos consagrados en los tratados internacionales (no se refiere únicamente a la CADH, sino que menciona a los tratados sin distinción), sino también a la costumbre internacional y a las normas de *ius cogens*. Esta última afirmación es importante pues confirma que el fundamento del contenido del parámetro de convencionalidad está en su configuración sustancial como límite a la actividad del Estado, conformando un *corpus iuris* de protección.

Finalmente, la Corte Suprema desarrolla los elementos que conforman, en su concepción, el juicio de convencionalidad:

Los aspectos centrales del control de convencionalidad comprende: a) Considerar todo el sistema de fuentes del derecho, tanto en sus aspectos sustantivos, procesales e interpretativos vinculados a los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) Actividad que está relacionada con los presupuestos de validez y necesaria efectividad de las determinaciones que se pronuncien, de lo contrario generan responsabilidad internacional del Estado, por lo cual corresponde desarrollarla de oficio dentro de sus competencias, en aspectos procesales y sustantivos, otorgándole a las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos un libre, pleno e igualitario efecto que no sea anulado por aplicación de otras normas jurídicas contrarias al objeto y fin de aquellas, adoptando para ello todas las medidas necesarias, y c) Reconocer a los tribunales nacionales que son el garante natural, principal y primero que es llamado a reprimir, privando de valor y eficacia a los actos contrarios a los derechos fundamentales, en que los órganos jurisdiccionales internacionales tienen en la materia un carácter supletorio, subsidiario y complementario.

---

<sup>138</sup> *Ídem*.

Lo anterior se desprende especialmente de lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, 6º, 7º y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1º, 8º, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2º, 5º y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales<sup>139</sup>.

De esta forma, la Corte incorpora todos los elementos que conforman el juicio de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana. Pese a que no hace referencia expresa al valor de la jurisprudencia internacional como parámetro de convencionalidad, si se refiere a que este parámetro está compuesto por “todas las fuentes del derecho”, que en virtud del artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incorpora las resoluciones judiciales como medio auxiliar de la determinación de las reglas de derecho. En cuanto a otros elementos incorporados, resulta relevante destacar que la Corte Suprema hace alusión a la necesidad de que el control de convencionalidad se realice tanto respecto de aspectos sustantivos como procesales, pues le da un efecto útil a su uso como mecanismo de garantía, considerando que la vulneración de aspectos procesales también puede implicar una vulneración de derechos humanos.

## 5. Conclusiones

Lo que hemos intentado en este capítulo es ilustrar el panorama de la protección de los derechos fundamentales en Chile, desde una perspectiva normativa y funcional, que incorporara una visión integral de la protección de los derechos humanos desde la interacción entre el DIDH y el derecho interno.

Desde fines del siglo XX ha existido un creciente desarrollo del DIDH que se ha traducido en la creación de catálogos de derechos humanos y mecanismos de protección. Esto ha redundado en la necesidad de comprender la relación existente entre el sistema de protección nacional e internacional, a la hora de enfrentar un caso de derechos humanos.

Así, vimos que dicha relación es de interacción recíproca en el desarrollo de derechos, estándares y mecanismos de protección.

En el caso de Chile, los tratados internacionales que consagran normas de derechos humanos, una vez ratificados y vigentes gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Constitución Política. Esto trae importantes consecuencias para el Estado de Chile, ya que surgen

<sup>139</sup> *Idem*.

obligaciones cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado (obligación de respeto, garantía y no discriminación), respecto de un amplio espectro normativo en materia de derechos fundamentales (se agregan a este acervo normativo todas las normas de derechos humanos consagradas en tratados internacionales, así como la interpretación que de dichos instrumentos realizan los órganos de protección).

Junto con el estudio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, era necesario dilucidar a través de qué herramientas se introducen de manera práctica en nuestro ordenamiento jurídico los derechos y libertades fundamentales consagradas en instrumentos internacionales. Un elemento fundamental para dar concreción a esta tarea es la utilización de la figura del “bloque de constitucionalidad”, de manera de perfeccionar la protección de los derechos fundamentales a través de su utilización tanto como elemento hermenéutico (complementando la interpretación de derechos consagrados constitucionalmente), elemento integrador (incorporando derechos que no se encuentran en el catálogo constitucional) y como parámetro de constitucionalidad. En esta línea, encontramos jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional de nuestro país. Desde la perspectiva del litigante en derechos humanos, una mirada desde el bloque de constitucionalidad permite ampliar las posibilidades de actuación en el derecho interno incorporando estándares internacionales.

Asimismo, para dar una visión integral del proceso de utilización de estándares internacionales, estudiamos el control de convencionalidad como mecanismo del que disponen los operadores de justicia para verificar la conformidad de las normas nacionales con la CADH y su jurisprudencia, permitiendo al Estado concretar la obligación de garantía en el ámbito interno.

Ambas herramientas deben ser utilizadas para garantizar la efectividad de los derechos de los imputados en el proceso penal y en la ejecución de la pena, a través de la incorporación de estándares sustantivos sobre debido proceso, libertad personal e integridad personal en el razonamiento de los litigantes en la defensa jurídica.

# III. Derecho a la integridad personal

---

## 1. Introducción

El sistema internacional de derechos humanos, en general, y el sistema interamericano de derechos humanos, en particular, se construyen sobre algunos pilares básicos vinculados con la protección de la dignidad del ser humano. Uno de estos pilares es el derecho de toda persona a su integridad personal. Hoy esta parece ser una cuestión ampliamente reconocida y aceptada, pero esa no ha sido una constante en la historia. La actual perspectiva corresponde a un logro luego de un largo proceso de limitación del poder y, en particular, en su expresión más dramática, como es prohibir toda forma de la aplicación deliberada de tormentos a una persona que se encuentra sujeta a su jurisdicción. Dicho proceso ha evolucionado desde un uso constante de dichas prácticas como forma de sanción; pasando por un uso regulado como forma de obtener confesiones que en sí fue un avance; a los intentos por controlar las formas en que se infligía sufrimiento deliberado a una persona en el proceso de inquisición, también como expresión de un medio de control de dichas prácticas; y, finalmente, las ideas de prohibición absoluta o abolicionistas, que son de reciente data<sup>140</sup>. En el DIDH, la prohibición absoluta de la tortura es un imperativo moral y no admite un debate desde el punto de vista utilitarista, la Corte IDH ha señalado:

Este Tribunal ha indicado que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun

---

<sup>140</sup> Langbein, 2004.

en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas<sup>141</sup>.

De esta forma, hoy el derecho a la integridad personal y, en particular, la prohibición de afectaciones ilegítimas al mismo se reconoce, acepta y protege. Lo que se prohíbe es una afectación ilegítima, ya que hay ciertos actos que podrían ser considerados como afectaciones a la integridad personal, pero que no son necesariamente una violación del mismo, ya que serían afectaciones legítimas, tales como tratamientos médicos, tatuajes, entre otros<sup>142</sup>.

Respecto del proceso penal y sus etapas posteriores, surgen una serie de temas relacionados con el derecho a la integridad personal y su efectiva protección. Por una parte, hay aspectos que tienen que ver con la afectación del derecho a la integridad personal en el contexto del proceso penal, cuando el imputado es objeto de prueba. En este sentido, desde del DIDH se han fijado una serie de requisitos para poder afectar legítimamente este derecho, así como prohibiciones expresas (como la de tortura). Por otra, en etapas posteriores del proceso penal (ejecución de la pena), se ha puesto énfasis en las obligaciones del Estado respecto de las personas privadas de libertad, con abundante jurisprudencia internacional que desarrolla específicamente estas obligaciones respecto del derecho a la integridad personal.

A continuación desarrollaremos específicamente estos estándares.

---

<sup>141</sup> Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 271.

<sup>142</sup> En este sentido, en el sistema europeo, ver: Van Dijk y Van Hoof, 1998: 316-317; en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ver Goldrick. 199: 366; y en el sistema interamericano, ver Medina, 2003: 154-155.

## 2. Derecho a la integridad personal a la luz del DIDH<sup>143</sup>

### 2.1. Marco normativo internacional

#### Convención Americana sobre Derechos Humanos

##### Artículo 5. Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

#### Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

##### Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

##### Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;
- b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

<sup>143</sup> Este apartado está basado en: Nash, 2014 (b), con actualizaciones de jurisprudencia.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

## 2.2. Concepto y formas de afectación del derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal encuentra su consagración normativa en los artículos 5 de la CADH y 7 del Pacto. Sin embargo, este último instrumento consagra únicamente la prohibición de tortura y de los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. El contenido del derecho en la CADH es más amplio y consagra el derecho de toda persona a que se respete su integridad física y moral<sup>144</sup>.

Al estar la integridad personal directamente vinculada con la dignidad humana, las formas de afectación son variadas y muchas de ellas no tan evidentes como lo son las formas más agravadas de violación de este derecho. Así lo ha entendido la Corte IDH que desde sus primeros casos estableció una visión amplia sobre este vínculo entre dignidad humana e integridad personal:

La Corte da por probado con las declaraciones de los testigos presenciales, que el señor Castillo Páez, después de ser detenido por agentes de la Policía fue introducido en la maletera del vehículo oficial. Lo anterior constituye una infracción al artículo 5 de la Convención que tutela la integridad personal, ya que, aun cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano<sup>145</sup>.

La Corte IDH ha ampliado esta idea en la misma línea, señalando las diversas formas en que puede verse afectado el derecho a la integridad personal:

La Corte ya ha establecido que '[l]a infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta'. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser

<sup>144</sup> Medina, 2003: 138.

<sup>145</sup> Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 66.

tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, y por ende, incrementar el sufrimiento ya el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. Asimismo, el Tribunal ha indicado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana<sup>146</sup>.

En este sentido, una violación a la dignidad a través de la integridad personal puede adquirir diversas formas y con distintas entidades. Hay afectaciones a la integridad personal en sus facetas física, psíquica y moral y actos expresamente prohibidos.

Al comenzar el estudio sobre el contenido y alcance del derecho a la integridad personal lo primero que se debe resolver son las diversas manifestaciones del derecho a la integridad personal. Este derecho no sólo dice relación con la integridad física, sino que también abarca otros aspectos como la psíquica y moral. En este sentido es importante destacar la visión integral de la persona humana que desarrollan los instrumentos de derechos humanos. Así por ejemplo, la Corte IDH ha señalado que la amenaza de violación de derechos humanos puede constituir una afectación a la integridad psíquica:

Este Tribunal ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede constituir en sí misma una transgresión a la norma de que se trata. Para determinar la violación al artículo 5 de la Convención, debe tomarse en cuenta no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia psíquica y moral. La amenaza de sufrir una grave lesión física puede llegar a configurar una 'tortura psicológica'<sup>147</sup>.

En síntesis, la Convención CADH consagra un principio general: el derecho a la integridad personal que tiene distintas facetas (física, psíquica y moral). Este derecho puede ser afectado de distintas formas, alguna de las cuales se encuentran expresamente prohibidas (tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes).

<sup>146</sup> Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 52.

<sup>147</sup> Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 279.

### 2.2.1. La prohibición de tortura

El lugar primordial que la prohibición de la tortura ocupa en todo el derecho internacional, se refleja en el hecho de la existencia de varios instrumentos destinados específicamente a ella<sup>148</sup>.

Este rol central de la prohibición de la tortura se manifiesta en que esta acción es considerada un claro ejemplo de una norma absoluta en el DIDH. Este carácter absoluto implica que, a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia<sup>149</sup>.

A juicio de la Corte IDH, el derecho a no ser sometido a torturas constituye no solo una norma que no admite limitaciones, sino que además posee una especial calidad dentro del derecho internacional público, a saber, es una norma *jus cogens*<sup>150</sup>, es decir, una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse, por ejemplo, haciendo una reserva al momento de obligarse por un tratado de derechos humanos<sup>151</sup>. Esta especial

---

<sup>148</sup> Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 (resolución 3452 (XXX)); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), aprobada el 10 de diciembre de 1984 (resolución 39/46) ONU Doc. A/39/51 (1984); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada el 9 de diciembre de 1985; Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, aprobada en el marco del Consejo de Europa, el 26 de noviembre de 1987. Otros instrumentos que se refieren a la tortura son: Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente, los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982; Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975; Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

<sup>149</sup> Artículo 27 de la CADH y artículo 4 del PIDCP.

<sup>150</sup> Corte Internacional de Justicia. Caso East Timor (Portugal v. Australia), Reports 1995, párr. 29; ILC, 2001: 208 y 284 (comentarios sobre los artículos 26 y 40).

<sup>151</sup> Schwelb, 1967: 946-975; Cebada, 2002.

naturaleza de la prohibición de tortura tiene efectos en relación con las obligaciones del Estado, principalmente, la de garantía:

Según fue señalado anteriormente [...] los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad [...] <sup>152</sup>.

### **2.2.2. Distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal**

Es relevante distinguir entre las distintas conductas que afectan el derecho a la integridad, particularmente, para destacar la tortura, dado que esta calificación lleva consigo una estigmatización mayor que debe ser expresada. No hay duda que el ilícito de la tortura es uno de los crímenes que mayor repudio provocan, tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido, parece relevante tanto para los efectos de las víctimas como de los procesos que a partir de estos hechos puedan generarse, que los actos de tortura sean calificados como tales y no queden en un terreno más incierto como es la afectación genérica de la integridad personal. Por ello, se justificaría hacer la distinción entre tortura y otros actos que afectan la integridad personal y reservar este mayor repudio para las acciones más graves de afectación al principio general resguardado. Además, la tortura genera obligaciones diferenciadas para el Estado <sup>153</sup> y puede tener consecuencias en materia de reparaciones <sup>154</sup>; finalmente, la diferenciación entre las formas de afectación a la integridad personal puede ser relevante en

<sup>152</sup> Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 128.

<sup>153</sup> Existe cierto consenso en que la práctica de la tortura genera la obligación de investigar por parte del Estado, independientemente de las actuaciones que puedan desarrollar las víctimas o sus representantes. En este sentido, podría ser relevante la distinción entre las diversas formas de afectación al derecho a la integridad personal conforme a la obligación de garantía expresada en la obligación de investigar y sancionar penalmente estos ilícitos.

<sup>154</sup> Una cuestión donde también puede ser relevante la distinción entre diferentes formas de afectación del derecho a la integridad personal es en materia de reparaciones. Es posible pensar que en la medida que las indemnizaciones en el ámbito internacional, particularmente la indemnización del daño material, siga profundamente ligada a la idea de sufrimiento, determinar si la víctima de una violación a su integridad personal ha sufrido un acto de tortura u otro no es irrelevante. Véase: Nash, 2009.

materia de activación de mecanismos de protección a nivel de la Convención de Naciones Unidas sobre Tortura<sup>155</sup>.

Ni la CADH ni el Pacto hacen una distinción conceptual en esta materia. De una simple lectura de los textos, se desprende que los instrumentos se han limitado a establecer la prohibición de diferentes formas en que se puede afectar la integridad personal: tortura o a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Donde sí se ha hecho un esfuerzo por definir la tortura ha sido en los instrumentos específicos tanto en Naciones Unidas (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes)<sup>156</sup> como en el SIDH (Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en adelante, CAPST)<sup>157</sup>. De ambos instrumentos se pueden extraer elementos comunes que caracterizan el acto de tortura:

- En primer lugar, que la tortura debe ser un acto intencional.

---

<sup>155</sup> Otro aspecto donde también pareciera relevante la adecuada distinción entre las distintas formas de afectación del derecho a la integridad personal es en materia de procedimientos de control y protección internacional. En particular, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (CAT) ha diseñado un procedimiento especialmente dirigido a hacer frente a casos de tortura. Este procedimiento especial contemplado en el art. 20 de la CAT expresamente hace referencia en su numeral 1 a las prácticas sistemáticas de tortura. Podría pensarse que este es un mecanismo diseñado exclusivamente para hacer frente a la forma más cuestionada de violación de la integridad personal. En ese sentido sería relevante hacer la distinción entre tortura y otras formas de afectación a la integridad personal en el ámbito de la protección que da este Convenio.

<sup>156</sup> La CAT señala en su artículo 1: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

<sup>157</sup> El artículo 2 de la CAPST señala: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

- Segundo, que el elemento determinante será el sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental.
- Tercero, que el acto debe perseguir una finalidad.

En el caso *Bueno Alves vs. Argentina*<sup>158</sup>, la Corte IDH sistematiza los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito. En esta sentencia se desarrollan los elementos de la tortura y los actos cometidos por agentes del Estado que configuraron esta conducta prohibida. Para estos efectos, la Corte utilizó como fuente de interpretación el artículo 5 de la CADH y lo dispuesto por el artículo 2 de la CAPST<sup>159</sup>. Con estas fuentes a la vista señaló que:

“[...] los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito”<sup>160</sup>.

Estos requisitos son los que habitualmente cita la doctrina y jurisprudencia internacional para efectos de conceptualizar la tortura y distinguirla de los tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>161</sup>. Para definir qué son los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Corte IDH ha seguido básicamente un criterio casuístico, definiendo en cada ocasión qué actos deben ser considerados bajo dicha categoría. Una aproximación general la hizo en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* en los siguientes términos:

La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta. La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones

<sup>158</sup> Corte IDH. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. En el mismo sentido: Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 120 y Caso *Fleury vs. Haití*. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 72.

<sup>159</sup> Corte IDH. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 78. En la misma sentencia del Caso *Bueno Alves* la Corte hace referencia al Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 156; Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 126 y Caso *Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 144.

<sup>160</sup> Corte IDH. Caso *Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 79. Destacado nuestro.

<sup>161</sup> Al respecto ver: Rodley, 2002: 75-106; Medina, 2003: 138-210.

psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima (cf. *Case of Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, Series A no. 25. párr. 167). Dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida (cf. *Case Ribitsch v. Austria*, Judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, párr. 36). Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (cf. *Ibid.*, párr. 38) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona<sup>162</sup>.

La Corte ha entregado un criterio respecto a la evaluación del sufrimiento que puede servir de criterio general frente a casos específicos:

Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales<sup>163</sup>.

Destacan como ejemplos de tratos crueles, inhumanos y degradantes, casos en que por la forma en que son tratadas las víctimas pudieron temer y prever que serían privadas de su vida de manera arbitraria y violenta o sometidas a tortura<sup>164</sup>; casos en que existió una privación continua de la verdad acerca del destino de un familiar desaparecido<sup>165</sup>; casos en que los familiares de las víctimas sufrieron una afectación a su integridad personal como consecuencia del

---

<sup>162</sup> Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 57.

<sup>163</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y Otras Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 112.

<sup>164</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 256; Caso 19 comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 149.

<sup>165</sup> Corte IDH. Caso 19 comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 267; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 130; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 221 y; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 166.

tratamiento que se dio a los restos de las víctimas<sup>166</sup>; o, casos en que personas se ven privadas de toda comunicación con el mundo exterior por largo tiempo y, particularmente, con su familia<sup>167</sup>.

### 2.2.3. *Obligación de investigar y sancionar actos de tortura*

La especial regulación internacional de la prohibición de la práctica de la tortura ha obligado a ciertos desarrollos jurisprudenciales que son interesantes de considerar en relación con las obligaciones del Estado, particularmente, con la obligación de garantía. Por una parte, es evidente que de acuerdo con el mandato normativo, el Estado no puede incurrir en actos que puedan ser considerados violatorios de la integridad personal, cualquiera sea la faceta de dicho derecho. Un segundo aspecto es considerar los alcances de la obligación de garantía respecto del derecho a la integridad personal.

Una primera cuestión que la Corte IDH se ha encargado de reiterar es la obligación que tiene el Estado, como parte del deber de garantía, de investigar las violaciones graves de derechos humanos. Un aspecto central en este desarrollo ha sido clarificar que la obligación de activar la investigación en estos casos es del Estado y no de las víctimas. La obligación de investigar, a juicio de la Corte IDH, es tanto procedimental (obligación de activar la investigación) como sustantiva (ésta debe cumplir con ciertos requisitos para ser compatible con las obligaciones internacionales):

[...] Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, sería, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida<sup>168</sup>.

Desde su primera jurisprudencia contenciosa, en el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH ha señalado que, como consecuencia de su obligación general de

<sup>166</sup> Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de mayo de 2001, párr. 174; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 161.

<sup>167</sup> Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 91.

<sup>168</sup> Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 88. En el mismo sentido, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 143 y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 256.

garantía, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención<sup>169</sup>. Asimismo, la Corte ha explicado que este deber de prevenir constituye una obligación de medio o comportamiento que abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos<sup>170</sup>. En virtud de este deber de prevención, se ha afirmado que, en algunos casos, corresponde a los Estados otorgar una protección especial y más personalizada, con el fin de prevenir posibles violaciones dirigidas a personas específicas que se encuentran expuestas a un peligro claro e individualizado<sup>171</sup> del cual tiene conocimiento el Estado, especialmente, cuando aquel se enmarca en un contexto generalizado de violaciones de derechos humanos.

La Corte IDH ha afirmado que la obligación de investigar las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa<sup>172</sup>. En el caso Manuel Cepeda Vargas, la Corte explica, además, que cuando se trata de investigar las amenazas dirigidas en contra de personas expuestas a un contexto de violencia y aquellas han sido denunciadas ante las autoridades estatales, el deber de investigar adquiere características especiales que imponen al Estado exigencias reforzadas de prevención y protección, mediante acciones particularmente diligentes, inmediatas y efectivas:

[...] En efecto, ante el contexto de violencia que enfrentaba la UP y el PCC en Colombia al momento de los hechos, el deber de debida diligencia frente a las denuncias de amenazas de muerte adquirió un carácter especial y más estricto, en tanto exigía del Estado prevenir la vulneración de los derechos del Senador Cepeda Vargas. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exigía la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación de los responsables de las amenazas y de los crímenes acontecidos en el mismo contexto<sup>173</sup>.

<sup>169</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

<sup>170</sup> *Ibidem*, párr. 175.

<sup>171</sup> Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 280; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 123; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 155; Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 78. En el mismo sentido: Medina, 2003: 96.

<sup>172</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 177.

<sup>173</sup> Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 101.

Esto se condice con lo sostenido por la Corte IDH en el caso González y otras (“Campo Algodonero”). Allí señaló que, si bien la falta de prevención de la desaparición de las víctimas no conllevaba *per se* la responsabilidad internacional del Estado –porque no había sido establecido que las autoridades tuvieran conocimiento de un riesgo real e inmediato para ellas<sup>174</sup>– una vez denunciada su desaparición, la situación era diversa. A partir de ese momento se configuraba para el Estado un “deber de diligencia estricta” de investigación, prevención y protección dado que éste había tomado conocimiento de la existencia de un peligro cierto e inminente de que las víctimas sufrieran ataques a su vida e integridad personal:

[...] La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad [...]<sup>175</sup>.

En diversas oportunidades la Corte IDH ha señalado que, para que una investigación pueda ser considerada diligente y efectiva, las autoridades encargadas deben valorar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones a los derechos humanos<sup>176</sup>.

Como ha señalado la Corte IDH en casos como el de la *Masacre de la Rochela* y el de *González y otras (“Campo Algodonero”)*, cuando las líneas de investigación eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, puede generarse ineficacia en las investigaciones<sup>177</sup>. Asimismo, la Corte ha indicado que la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que

<sup>174</sup> Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 283.

<sup>175</sup> *Ibidem*, párr. 283.

<sup>176</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 156; Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 78 y Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 154.

<sup>177</sup> Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 366 y Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrs. 156, 158 y 164.

de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades, constituye una exigencia indispensable para la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad<sup>178</sup>.

Las deficiencias en la investigación, así como en la adopción de medidas adecuadas de prevención y protección, según la Corte IDH, pueden importar una violación del derecho a la integridad personal, por cuanto tales deberes se desprenden de la obligación de garantizar efectivamente este derecho:

[...] [A]nte el incumplimiento de las obligaciones de prevención, protección e investigación respecto de la ejecución extrajudicial cometida, la Corte declara la responsabilidad agravada del Estado por la violación de los derechos a la vida e integridad personal [...] en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Senador Manuel Cepeda Vargas<sup>179</sup>.

Una segunda consecuencia de la prohibición de la tortura, es el papel de la comunidad internacional como destinataria de una obligación de garantía en materia de derechos humanos. Según la Corte, en aquellos casos de violaciones graves de derechos humanos –donde se hayan “infringido normas inderogables de derecho internacional (*jus cogens*), en particular las prohibiciones de tortura y de desapariciones forzadas de personas”– se deben activar todos los medios nacionales e internacionales para perseguir la responsabilidad penal de los responsables. El fundamento para esta actividad internacional estaría en el hecho que este tipo de crímenes “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional”<sup>180</sup>. Finalmente, la Corte ha señalado que ante violaciones graves de derechos humanos involucradas surge “la necesidad de erradicar la impunidad” y “se presenta ante la comunidad internacional (...) un deber de cooperación inter-estatal para estos efectos”<sup>181</sup>.

Pero la obligación de garantía no se limita solo a la respuesta frente a casos donde se ha producido un hecho violatorio del derecho a la integridad personal, sino que también tiene importantes facetas preventivas. Una en la que la Corte IDH ha centrado su atención a través de las garantías de no repetición es la obligación de tipificar los actos de tortura en el ámbito interno de acuerdo con los estándares internacionales. La Corte IDH ha señalado:

---

<sup>178</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de la Rochela Vs Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 195.

<sup>179</sup> Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 126.

<sup>180</sup> Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 128.

<sup>181</sup> *Ibidem*, párr. 131.

De conformidad con lo señalado en el Capítulo X de esta Sentencia, el Tribunal estima pertinente ordenar al Estado que adecue en un plazo razonable su derecho interno y, al respecto, tipifique los delitos de desaparición forzada y tortura, en los términos y en cumplimiento de los compromisos asumidos en relación a la Convención sobre Desaparición Forzada y la Convención contra la Tortura, a partir del 28 de marzo de 1996 y del 28 de agosto de 1991, respectivamente<sup>182</sup>.

En síntesis, podemos afirmar que las obligaciones del Estado (respeto y garantía), adquieren ciertas características particulares en casos de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes. En estos casos, más allá de los alcances normales de estas obligaciones generales, es necesario que el Estado adopte medidas especiales que permitan dar plena efectividad a este derecho. Así, hemos visto medidas vinculadas con la investigación y sanción de los actos de tortura que se desarrollan en forma masiva y sistemática, tanto en cuanto a aspectos procedimentales como de fondo. Asimismo, hemos visto la necesidad de adoptar medidas de prevención efectivas, particularmente, la obligación de tipificación de este delito en el ámbito interno.

### **2.3. Estándares referidos al proceso penal y las etapas de investigación y juzgamiento**

El derecho a la integridad personal y el proceso penal tienen estrecha relación, particularmente cuando el imputado es el objeto de prueba. Es por ello que desde el DIDH se han consolidado estándares para proteger este derecho en el contexto de la investigación penal y en el desarrollo del proceso penal.

Una de las principales medidas que se ha abordado en este ámbito para la protección de la integridad personal, es la exclusión de prueba obtenida mediante tortura. Esta medida busca evitar los incentivos propios de los sistemas basados en la confesión del inculpado como medio probatorio. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece, en su artículo 10, que “ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración”<sup>183</sup>. Esta norma de exclusión es fundamental que

<sup>182</sup> Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto 2008, párr. 259.

<sup>183</sup> En el mismo sentido el artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que “[t]odo Estado Parte se asegurará de que ninguna

sea establecida con carácter de absoluta e inderogable, ya es la única forma de proporcionar un desincentivo efectivo para su empleo probatorio y, además, cumplir una función preventiva en materia de garantías de un juicio imparcial.

En este ámbito, la Corte IDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores* recalcó la vigencia absoluta de esta regla de exclusión:

Al respecto, la Corte observa que la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos (en adelante “regla de exclusión”) ha sido reconocida por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos que han establecido que dicha regla es intrínseca a la prohibición de tales actos. Al respecto, la Corte considera que esta regla ostenta un carácter absoluto e inderogable<sup>184</sup>.

En este mismo caso la Corte IDH precisó que esta regla no sólo se aplica a casos de tortura o tratos crueles, sino que tiene vigencia frente a cualquier tipo de coacción<sup>185</sup>. Además, indica que la única forma de desincentivar el uso de coacciones en el proceso penal, es la exclusión absoluta de prueba obtenida de manera forzada:

[...] Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar que “[l]a confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, es decir que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta

---

declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

<sup>184</sup> Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 165. El destacado es propio.

<sup>185</sup> En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado que estas salvaguardas deben entenderse en el sentido de que “no debe ejercerse prisión física o psicológica directa o indirecta alguna sobre los acusados por parte de las autoridades investigadoras”. En: Comité de Derechos Humanos, Observación General N°32, párr. 41.

anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción<sup>186</sup>.

Para la Corte IDH, dar valor probatorio a las pruebas obtenidas bajo coacción constituye además una infracción a un juicio justo:

Por otra parte, este Tribunal considera que las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen. Por lo anterior, para el Tribunal, aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo [...] <sup>187</sup>.

Una de las consecuencias conexas a esta regla de exclusión es que supone la obligación de cada Estado parte de cerciorarse de que las declaraciones admitidas como prueba en cualquier procedimiento, no se hayan obtenido como resultado de tortura<sup>188</sup>. Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Tortura, ha recomendado que “cuando el acusado presenta denuncias de tortura u otras formas de malos tratos durante un juicio, la carga de la prueba recaerá sobre el fiscal, que deberá demostrar que la confesión no se obtuvo por medios ilícitos, incluidos la tortura u otros tipos similares de malos tratos”<sup>189</sup>.

Para que una confesión se preste adecuadamente, precaviendo posibles afectaciones del derecho a la integridad personal, el Relator ha recomendado a los Estados:

[...] En el momento de la detención debería someterse a la persona a un examen médico, que debería repetirse periódicamente y tener carácter obligatorio cuando se le transfiera a otro lugar de detención. Todos los interrogatorios deberían comenzar con la identificación de todos los presentes. Todos los interrogatorios deberían ser grabados, preferentemente en vídeo, y en la grabación debería incluirse la identificación de todos los presentes. No deberían admitirse en un procedimiento judicial pruebas obtenidas en interrogatorios que no hubieran sido grabados. La práctica de vendar los ojos y poner capuchas hace que a veces sea prácticamen-

<sup>186</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 116.

<sup>187</sup> *Ibidem*, párr. 167.

<sup>188</sup> Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Caso GK vs. Suiza. CAT/C/30/D/219/2002, 7 de mayo de 2003, párr. 6.10.

<sup>189</sup> Informe presentado por el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura. “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención”. E/CN.4/2003/68, 7 de diciembre de 2002, párr. 26.

te imposible el enjuiciamiento por torturas, ya que las víctimas no pueden identificar a sus torturadores. Debería prohibirse esta práctica. Las personas legalmente detenidas no deberían permanecer en centros bajo la vigilancia de los interrogadores o investigadores durante un tiempo superior al que exige la ley para obtener una orden judicial de prisión preventiva, tiempo que, en cualquier caso, no será superior a 48 horas. Así pues, deberían ser trasladados inmediatamente a un centro de prisión preventiva a cargo de una autoridad diferente, tras lo cual no debería permitirse ningún otro contacto con los interrogadores o investigadores sin supervisión. Deberían adoptarse medidas preventivas específicas para asegurar que está plenamente garantizado el derecho a la integridad física y mental durante todas las transferencias, en especial desde el lugar de la detención al primer centro de prisión preventiva<sup>190</sup>.

Otra posibilidad de afectación del derecho a la integridad personal en el contexto de la investigación penal y el proceso penal, son las intervenciones corporales realizadas a los detenidos con fines probatorios (extracción de objetos, fluidos, etc.). Al respecto, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal señalan los límites bajo los cuales debe procederse a la inspección corporal:

Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la 'lex artis' y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona<sup>191</sup>.

Como todo derecho, la integridad personal puede ser restringida, siempre que la injerencia no sea abusiva o arbitraria. Por ello, para que la intervención corporal sea convencionalmente válida, deberá estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> *Ídem*.

<sup>191</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca), 1992, regla N° 23.

<sup>192</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 273. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 129.

## 2.4. Estándares referidos a personas privadas de libertad

Un aspecto central en la normativa y jurisprudencia internacional relacionada con el proceso penal y el derecho a la integridad personal, ha sido el tema carcelario. En efecto, el artículo 5.2 de la CADH consagra un principio general en la materia, indicando que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Al respecto desde el DIDH se han consolidado estándares relacionados con los deberes del Estado de respetar y garantizar los derechos de las personas privadas de libertad.

### 2.4.1. El principio del trato humano y posición especial de garante del Estado

El DIDH impone a los Estados el deber de tratar humanamente, de acuerdo a la dignidad inherente, a las personas privadas de libertad. Esto quiere decir que, en tanto persona, no pierde sus derechos fundamentales por ese hecho, sino que, por el contrario, goza de ellos de la misma manera que los ciudadanos libres, a excepción de ciertas consecuencias que son inherentes a la privación de libertad<sup>193</sup>. De esta forma, la Corte IDH ha vinculado directamente el principio del trato humano con el derecho a la integridad personal:

La Corte ha especificado que toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y que el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los detenidos. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos<sup>194</sup>.

Considerado la calidad de sujetos de derechos de las personas privadas de libertad, el Estado, en conformidad al artículo 1.1 de la CADH, adquiere las obligaciones de respetar y garantizar sus derechos humanos. La obligación de garantizar sus derechos humanos tiene características especiales en atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas privadas de libertad:

Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se

<sup>193</sup> Aguiló, Milos, Nash, 2013: 20. Véase también: Comité de Derechos Humanos. Observación General N°21.

<sup>194</sup> Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 95. En el mismo sentido: Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 11; caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo 2005, párr.96; caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 102 y; caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 150.

encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna<sup>195</sup>.

La posición de garante que tiene el Estado respecto de las personas privadas de libertad, significa para el Estado hacerse responsable de todo lo que ocurra con las personas que están bajo su custodia en los centros penitenciarios u otros lugares de detención. Esto quiere decir, en parte, que el Estado debe rendir cuentas y explicar las decisiones y procedimientos que adopta a fin de reducir los espacios de arbitrariedad y, frente a una violación de derechos humanos, realizar una investigación seria y procesar a quienes resulten responsables. De no ser así, se presume que el Estado es responsable de tales violaciones. En estos términos se ha pronunciado la Corte IDH respecto del derecho a la integridad personal:

La Corte ha establecido que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria [sic] de los hechos seguida del procesamiento de los que aparezcan como responsables de tales conductas. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados<sup>196</sup>.

#### **2.4.2. Condiciones carcelarias**

El Estado, en atención a su condición de garante de las condiciones de vida de las personas privadas de libertad y como responsable final de los establecimientos de detención, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que

---

<sup>195</sup> Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 152.

<sup>196</sup> Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 120. En el mismo sentido: Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 111; caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 134 y; caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 77.

dejen a salvo sus derechos, atendiendo a las particularidades de la condición carcelaria. El vínculo entre las condiciones carcelarias y el derecho a la integridad personal ha sido desarrollado por la Corte IDH en los siguientes términos:

De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal<sup>197</sup>.

La Corte IDH en su jurisprudencia reciente ha desarrollado variados aspectos relativos a las personas privadas de libertad. Un interesante listado de estos temas lo hace la Corte IDH en el caso Pacheco Teruel<sup>198</sup>:

- 1) el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal<sup>199</sup>; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios<sup>200</sup>;
- 2) la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición<sup>201</sup>;
- 3) todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia<sup>202</sup>;

<sup>197</sup> Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 102.

<sup>198</sup> Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de abril de 2012 (por la utilidad de las referencias que hace la propia Corte en su sentencia, se mantendrán).

<sup>199</sup> Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 150, y Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 85.

<sup>200</sup> Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 20 y Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 204.

<sup>201</sup> Artículo 5.4 de la CADH; Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 263 y Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 200.

<sup>202</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 216.

- 4) la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente<sup>203</sup>;
- 5) la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario<sup>204</sup> y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario;
- 6) la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios<sup>205</sup>, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;
- 7) las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias<sup>206</sup>;
- 8) todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene<sup>207</sup>;
- 9) los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad<sup>208</sup>;
- 10) los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano<sup>209</sup>, y

---

<sup>203</sup> Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 209.

<sup>204</sup> Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 156 y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 301.

<sup>205</sup> Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 146 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 204.

<sup>206</sup> Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 58 y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 315.

<sup>207</sup> Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 146 y Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 315.

<sup>208</sup> Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006 y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 319.

<sup>209</sup> Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 85 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 198.

- k) las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales<sup>210</sup>, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas<sup>211</sup>.

#### 2.4.3. Atención médica

Un aspecto particularmente relevante respecto del derecho a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la obligación del Estado de proporcionar atención médica. Al respecto las Reglas Mínimas de Naciones Unidas de Naciones Unidas para el tratamiento de Reclusos, señalan que “[e]l médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, [y] tomar en su caso las medidas necesarias [...]”<sup>212</sup>. Dicha atención deberá depender de las circunstancias concretas en que se encuentra la persona privada de libertad. Deben considerarse elementos tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece<sup>213</sup>, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y acumulativos<sup>214</sup> y, en algunos casos, el sexo y la edad de la misma<sup>215</sup>.

<sup>210</sup> Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo 2005, párr. 70, y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: castigo corporal a Niños, Niñas y Adolescentes, considerando 14.

<sup>211</sup> Corte IDH. Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” de FEBEM. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005, considerando 13 y Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2011, considerando 21.

<sup>212</sup> Regla 24. En el mismo sentido, el principio 24 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión determina que “[s]e ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos”.

<sup>213</sup> Corte IDH. Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Sentencia de 19 de mayo de 2011, párr.49.

<sup>214</sup> Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 103 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 220.

<sup>215</sup> Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de mayo de 2001, párr. 74; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 113; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 316.

Como una salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales de las personas privadas de libertad, se ha destacado la importancia de que la atención médica sea proporcionada por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención<sup>216</sup>.

#### **2.4.4. Castigo: Prohibición de penas corporales, pena de muerte y reclusión perpetua**

Respecto de las penas que se apliquen por las autoridades, también existe un límite claro en cuanto a que estas no pueden afectar la integridad personal, aunque teniendo en cuenta que toda sanción implica de alguna manera una afectación legítima a la integridad personal. Al respecto, la Corte IDH ha indicado que los Estados parte de la CADH, en cumplimiento de los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 de dicha Convención, tienen una obligación *erga omnes* de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante<sup>217</sup>. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que “cualquiera sea la índole del delito que se haya de castigar y su grado de brutalidad, el Comité está absolutamente convencido de que el castigo corporal constituye un trato cruel, inhumano y degradante que contraviene el artículo 7 del Pacto”<sup>218</sup>.

Pero no solo las penas que afectan directamente la integridad física (como los castigos físicos) pueden constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante. En atención al principio de proporcionalidad de las penas, la Corte IDH ha señalado que la pena de reclusión perpetua puede llegar a constituir una forma de trato cruel e inhumano cuando es desproporcionada:

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la mayoría de los tratados en la materia sólo establecen, mediante fórmulas más o menos similares, que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Sin embargo, el carácter dinámico de la interpretación y aplicación de esta rama del derecho internacional ha permitido desprender una exigencia de proporcionalidad

---

<sup>216</sup> Corte IDH. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de junio de 2012, párr. 137. En el mismo sentido: Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 102 y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 220.

<sup>217</sup> Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 70.

<sup>218</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Osbourne vs. Jamaica. Comunicación N° 759/1997. Resolución de 13 de abril de 2000, párr. 91. En el mismo sentido: caso Sooklal vs. Trinidad y Tobago. Comunicación N° 928/2000. Resolución de 8 de noviembre de 2010, párr. 4.6.

de normas que no hacen ninguna mención expresa de dicho elemento. La preocupación inicial en esta materia, centrada en la prohibición de la tortura como forma de persecución y castigo, así como la de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ha ido extendiéndose a otros campos, entre ellos, los de las sanciones estatales frente a la comisión de delitos. Los castigos corporales, la pena de muerte y la prisión perpetua son las principales sanciones que son motivo de preocupación desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, este ámbito no sólo atiende a los modos de penar, sino también a la proporcionalidad de las penas [...] Por ello, las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes [...] <sup>219</sup>.

En cuanto a la pena de muerte, esta no solamente puede causar violación a los derechos humanos una vez que se ejecuta, sino que también en la etapa de imposición de la pena. La Corte IDH indicó en un caso de imposición de pena de muerte, que la sola notificación y lectura de la orden de ejecución cuando todavía estaban pendientes de resolver algunos recursos interpuestos, violó la integridad personal de las víctimas <sup>220</sup>.

#### **2.4.5. Sanciones disciplinarias**

Respecto de las sanciones disciplinarias impuestas en los recintos penitenciarios, los instrumentos internacionales establecen una serie de estándares que tienen como fin principal evitar que las personas privadas de libertad sean sometidas a castigos crueles, inhumanos o degradantes, o cualquier otra forma de trato abusivo. En este sentido, dichos estándares permiten dotar de contenido al derecho a la integridad personal de los reclusos y reclusas. Sin duda, la sanción que presenta mayores conflictos con el DIDH por su extensivo uso, es la reclusión en celdas de castigo o aislamiento. Respecto a ésta, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establecen una serie de requisitos para que su imposición sea legítima:

Se prohibirá, por disposición de la ley, las medidas o sanciones de aislamiento en celdas de castigo. Estarán estrictamente prohibidas las medidas de aislamiento de las mujeres embarazadas; de las madres que

<sup>219</sup> Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 174.

<sup>220</sup> Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 107 a 111.

conviven con sus hijos al interior de los establecimientos de privación de libertad; y de los niños y niñas privados de libertad.

El aislamiento sólo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo y como un último recurso, cuando se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales, como la vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad o del personal de dichas instituciones.

En todo caso, las órdenes de aislamiento serán autorizadas por autoridad competente y estarán sujetas al control judicial, ya que su prolongación y aplicación inadecuada e innecesaria constituiría actos de tortura, o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En caso de aislamiento involuntario de personas con discapacidad mental se garantizará, además, que la medida sea autorizada por un médico competente; practicada de acuerdo con procedimientos oficialmente establecidos; consignada en el registro médico individual del paciente; y notificada inmediatamente a sus familiares o representantes legales. Las personas con discapacidad mental sometidas a dicha medida estarán bajo cuidado y supervisión permanente de personal médico calificado<sup>221</sup>.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos también se refieren a este tipo de sanción, enmarcándola dentro de aquellas que pueden perjudicar la salud física o mental de los reclusos o reclusas. Para que la aplicación de estas sanciones sea legítima deben ser autorizadas y fiscalizadas diariamente por un médico:

Regla 31. Las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias.

Regla 32. 1) Las penas de aislamiento y de reducción de alimentos sólo se aplicarán cuando el médico, después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que éste puede soportarlas. 2) Esto mismo será aplicable a cualquier otra sanción que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso. En todo caso, tales medidas no deberán nunca ser contrarias al principio formulado en la regla 31, ni apartarse del mismo. 3) El médico visitará todos los días a los reclusos que estén cumpliendo tales sanciones disciplinarias e informará al director si considera necesario poner término o modificar la sanción por razones de salud física o mental.

---

<sup>221</sup> Principio XXII.

La Corte IDH ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia una serie de estándares relativos a las celdas de aislamiento o castigo, en tanto medida disciplinaria o de otra índole. Esta medida sólo será admisible para la Corte si cumple estrictamente con los requisitos de legitimidad de las restricciones de derechos: legalidad, objetivo legítimo y proporcionalidad. También son relevantes para determinar la corrección de dicha medida, las condiciones en las cuales se vive la aplicación de la medida. Así, para ser legítima, debe cumplir con estándares mínimos de habitabilidad, espacio y ventilación. De no cumplir con estos estándares, la medida puede transformarse en instrumento de tortura:

La Corte considera que las celdas de aislamiento o castigo sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de las personas por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad. Estos lugares deben cumplir con las características mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación, y solo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas. La Corte recalca que es prohibido el encierro en celda oscura y la incomunicación. A tal efecto, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas señaló que celdas de aislamiento de 60 x 80 centímetros, en las que no hay luz ni ventilación y sólo se puede estar en ellas de pie o agachado 'constituyen en sí mismas una forma de instrumento de tortura'<sup>222</sup>.

La Corte IDH no sólo ha señalado la prohibición de cierta clase de castigos, como el aislamiento, maltrato e incomunicaciones, sino que sostiene que constituye una violación del artículo 5 el solo hecho de verse bajo la amenaza seria de sufrir dichas formas de castigo<sup>223</sup>.

#### **2.4.6. Visitas**

La CIDH ha establecido que el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias, y de respetar los derechos fundamentales de éstos contra toda interferencia abusiva y arbitraria<sup>224</sup>. En efecto, ha indicado que el derecho de visita es un requisito fundamental para

<sup>222</sup> Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 94.

<sup>223</sup> Corte IDH. Caso Penal Castro y Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 279 y Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 167.

<sup>224</sup> CIDH. Informe sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.LV/II. Doc. 64, 31 diciembre 2011, párr. 576.

asegurar el respeto a la integridad y libertad personal de los internos<sup>225</sup>. En este ámbito, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas indican que “las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el derecho internacional; y a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas”<sup>226</sup>.

La Corte IDH ha señalado que la falta de comunicación de la familia puede llegar a constituir una afectación del derecho a la integridad personal:

Las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico [...]

La Corte resalta que una de las dificultades en el mantenimiento de las relaciones entre las personas privadas de libertad y sus familiares puede ser la reclusión de personas en centros penitenciarios extremadamente distantes de sus domicilios o de difícil acceso por las condiciones geográficas y de las vías de comunicación, resultando muy costoso y complicado para los familiares el realizar visitas periódicas, lo cual eventualmente podría llegar a constituir una violación tanto del derecho a la protección a la familia como de otros derechos, como el derecho a la integridad personal, dependiendo de las particularidades de cada caso. Por lo tanto, los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares [...]<sup>227</sup>.

Con el objeto de facilitar la comunicación entre las personas privadas de libertad y sus familias, es que se ha establecido que los traslados de las personas privadas de libertad a centros de reclusión deberán tomar en consideración la

---

<sup>225</sup> CIDH. Caso X y Y vs. Argentina. Caso N° 10.506. Resolución de 15 de octubre de 1996, párr. 98.

<sup>226</sup> Principio XVIII.

<sup>227</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrs. 407 y 408.

necesidad de éstas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso<sup>228</sup>.

#### **2.4.7. Los procesados deben estar separados de los condenados**

El inciso cuarto del artículo 5 consagra el derecho que tienen los procesados de estar separados de los condenados, salvo circunstancias excepcionales, y que serán tratados conforme a su condición de no condenados. Si bien no es evidente por qué este derecho fue consagrado dentro de las normas relativas a la integridad personal, es evidente que esto tiene una relación muy directa con la dignidad de las personas y el trato que se debe dar bajo el principio de presunción de inocencia.

El Comité de Derechos Humanos fue de opinión, en un caso individual, que el hecho de que los procesados y los condenados estén en el mismo edificio, pero en secciones separadas, teniendo los procesados contacto con los condenados porque algunos de estos servían las comidas o limpiaban las secciones donde estaban los procesados, no constituía una infracción del artículo 10.2.a del Pacto, que es similar al artículo 5.4 de la Convención Americana<sup>229</sup>.

La Corte IDH se ha pronunciado sobre este tema planteando algunos estándares generales. En primer lugar ha fundado este derecho como un “corolario del derecho de una persona procesada a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”<sup>230</sup>. En cuanto al fundamento material de esta medida la Corte ha señalado que la no separación expone al procesado a una situación de mayor violencia<sup>231</sup>. Un segundo elemento sobre el cual la Corte ha llamado la atención es la necesidad que en los recintos penitenciarios exista un “sistema de clasificación de los detenidos” que permita hacer efectivo este derecho de separación<sup>232</sup>. Por último, en cuanto a las circunstancias concretas de la separación, la Corte IDH ha señalado que “la separación de los procesados y de los condenados requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubica-

<sup>228</sup> Principio IX.

<sup>229</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Larry James Pinkney v. Canada, Comunicación No. R./27 de 25 de noviembre de 1977, párr. 101.

<sup>230</sup> Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 146.

<sup>231</sup> Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 158.

<sup>232</sup> *Ibidem*, párr. 158 y Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 146.

das en diferentes secciones dentro de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible”<sup>233</sup>.

Un tema que la Corte IDH ha tratado bajo el artículo 5, aunque referido a los numerales 1 y 2, pero que claramente dice directa relación con el numeral tercero que aquí analizamos, es la situación de las personas indocumentadas que son sujetas a un proceso sancionatorio a partir de su situación migratoria.

La Corte IDH ha señalado que la situación de particular vulnerabilidad de las personas migrantes se ve incrementada “cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son reclusas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos”. El fundamento de esta apreciación está en el hecho que “[D]icha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individual de facto de desprotección respecto del resto de los detenidos”<sup>234</sup>.

A juicio de la Corte IDH, en casos en que sea estrictamente necesario privar de libertad a una persona atendida su situación migratoria:

los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. Este principio de separación atiende, ciertamente, a las diferentes finalidades de la privación de libertad<sup>235</sup>.

De esta forma, la necesidad de separación se hace más intensa y ya no solo será entre procesados y condenados, sino que respecto de cualquier tipo de población penal.

#### **2.4.8. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados**

No hay duda que una de las cuestiones más discutidas en el derecho penal es determinar cuál es el sentido de la pena. Ello se hace aún más complejo si miramos cuál es la realidad de nuestro sistema penitenciario latinoamericano. Al respecto la CADH en el artículo 5 numeral 6 consagra que las penas privativas

---

<sup>233</sup> Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 147.

<sup>234</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 207.

<sup>235</sup> *Ibidem*, párr. 208.

de libertad tendrán como “finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados”.

La Corte IDH ha tenido algunos pronunciamientos sobre este tema que reafirman esta visión de la pena como una medida de readaptación social.

En el caso *Lori Berenson Mejía* la Corte IDH señaló que las condiciones en la que se encontraban los reclusos impedía el cumplimiento de los objetivos de la privación de libertad y señala que esto es una cuestión a la que deben prestar atención los jueces tanto al momento de fijar como al momento de evaluar las penas:

Las situaciones descritas son contrarias a la ‘finalidad esencial’ de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, ‘la reforma y la readaptación social de los condenados’. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas<sup>236</sup>.

#### **2.4.9. Estándares específicos respecto de niños y niñas y mujeres privadas de libertad**

La Corte IDH ha desarrollado estándares específicos respecto de ciertos titulares de derechos que se encuentran privados de libertad en atención a sus características particulares.

Respecto de los niños y niñas, la posición de garante del Estado se ve reforzada, debiendo ejercer su labor con mayor cuidado y responsabilidad:

La Corte reitera que frente a niños, niñas y adolescentes privados de libertad, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas al principio de interés superior del niño. La condición de garante del Estado con respecto al derecho a la integridad personal le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquel [...] <sup>237</sup>.

Una de estas medidas especiales que debe tomar el Estado, es la separación de los niños y niñas respecto de los adultos en los recintos penitenciarios. Este principio encuentra consagración normativa en el artículo 37 c) de la CDN, que indica: “todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto

<sup>236</sup> Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 101.

<sup>237</sup> Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 191. En el mismo sentido: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 26 de mayo de 2001, párrs. 156 y 191 y Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, párr. 138.

que merece la dignidad inherente a la persona humana y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño [...]”. Las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad señalan: “En todos los centros de detención, los menores deberán estar separados de los adultos a menos que pertenezcan a la misma familia [...]”<sup>238</sup>.

La Corte IDH ha resaltado que la separación de los niños y adultos es una medida para salvaguardar el derecho a la integridad personal de los niños:

Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido [...]”<sup>239</sup>.

Sobre el mismo tema, en el caso Instituto de Reeducción del Menor indicó:

En cuanto al cumplimiento de la disposición del artículo 5.5 de la Convención, ha quedado establecido [...] que en diversas oportunidades algunos internos fueron trasladados como castigo o por necesidad del Instituto a las penitenciarias de adultos y compartían espacio físico con éstos, situación que exponía a los niños a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad<sup>240</sup>.

Estableciendo algunos criterios más específicos, la Corte ha señalado en una resolución sobre Medidas Provisionales presentadas por la CIDH respecto de Brasil “Caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el ‘Complejo do Tatuapé’ de FEBEM”, que:

[...] para proteger la vida e integridad personal de los niños residentes en el ‘Complejo do Tatuapé’, debe existir, como mínimo, una separación por categorías de edad, naturaleza de la infracción cometida y entre jóvenes procesados y aquellos cuya situación ya ha sido resuelta [...]”<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Regla 29.

<sup>239</sup> Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, párr. 136.

<sup>240</sup> Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 175.

<sup>241</sup> Corte IDH. Medidas provisionales respecto de la República Federativa de Brasil, Caso de los niños y adolescentes privados de libertad en el ‘Complejo do Taupé’ de FEBEM. Resolución de

Pero el inciso 5 del artículo 5 regula no sólo la separación de menores y adultos, sino que también consagra la obligatoriedad de una justicia especializada para los niños, donde deben ser llevados, “con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. La formulación de este inciso puede ser equívoca. El término tratamiento tiene una clara raíz tutelar donde los “menores” son “tratados” y no juzgados. La experiencia histórica demuestra que esto trae aparejados procesos en que los adolescentes que entran en contacto con la justicia penal no son tratados como sujetos de derecho y, por lo tanto, pierden su derecho a ejercer y gozar de todos sus derechos humanos<sup>242</sup>.

La Convención exige el establecimiento de tribunales especiales para procesar a los niños infractores de la ley. Con la entrada en vigencia de la CDN, los/as niños/as y adolescentes necesitan no sólo tribunales especiales, sino que normas especiales y personal especialmente capacitado para comunicarse con ellos, ya que el proceso por una infracción penal debe terminar con sanciones y medidas que promuevan la reintegración del niño y que consigan de él que “asuma una función constructiva en la sociedad”<sup>243</sup>.

La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre algunos de los aspectos de esta justicia especializada. Un primer acercamiento al tema fue la Opinión Consultiva N°17 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ella la Corte IDH estableció que:

Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. [...] Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se

---

la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 200, párr. 16.

<sup>242</sup> Ver artículo 40 de la Convención sobre derechos del Niño, Naciones Unidas, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Ver también Las reglas Mínimas de las naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 28 de noviembre de 1985, artículo 7.

<sup>243</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.

alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes” (artículo 40.3)<sup>244</sup>.

Además de estos elementos específicos, la Corte IDH fijó un criterio general:

Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar<sup>245</sup>.

En el caso *Instituto de Reeducción del Menor*, la Corte fijó algunos estándares específicos:

A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales<sup>246</sup>.

Por último, en el caso *Servellón García y otros*, la Corte señala acerca de los fines que debe perseguir la intervención penal:

El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de los niños, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, y debe ofrecerles las condiciones

---

<sup>244</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 109-110.

<sup>245</sup> *Ibidem*, párr. 111.

<sup>246</sup> Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 211.

necesarias para que el niño viva y desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades<sup>247</sup>.

En el caso *Mendoza y otros*, la Corte IDH precisa que el principio de especialización se aplica a todas las fases del proceso penal, incluyendo la ejecución de las sanciones:

[...] [c]onforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo<sup>248</sup>.

Asimismo, indica que el *corpus iuris* que regula e informa la justicia penal juvenil está conformado por la CDN (artículos 37 y 40), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) y las Directrices de las Naciones Unidas para prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)<sup>249</sup>; para finalmente señalar la forma en que los Estados deben cumplir sus obligaciones en materia de justicia penal juvenil:

[...] De este modo, la Corte considera que, a fin de cumplir con dichas obligaciones, en materia de justicia penal juvenil, los Estados deben contar con un marco legal y políticas públicas adecuados que se ajusten a los estándares internacionales señalados anteriormente [...] y que implementen un conjunto de medidas destinadas a la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, los Estados deberán, entre otros, difundir los estándares internacionales

<sup>247</sup> Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 113.

<sup>248</sup> Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 146.

<sup>249</sup> *Ibidem*, párr. 149.

sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, así como a sus familias<sup>250</sup>.

Respecto de las mujeres, la Corte IDH en el caso *Penal Castro Castro* se refirió a la necesidad de que el Estado asegure la comunicación entre las mujeres y sus hijos, con el objeto de resguardar su derecho a la integridad psíquica:

La incomunicación severa tuvo efectos particulares en las internas madres. Diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres<sup>251</sup>.

Asimismo, estableció estándares específicos respecto a la necesidad de considerar sus necesidades fisiológicas, siguiendo las recomendaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja:

También afectó a las mujeres la desatención de sus necesidades fisiológicas [...] El Comité Internacional de la Cruz Roja ha establecido que el Estado debe asegurar que 'las condiciones sanitarias [en los centros de detención] sean adecuadas para mantener la higiene y la salud [de las prisioneras], permitiéndoles acceso regular a retretes y permitiéndoles que se bañen y que limpien su ropa regularmente'. Asimismo, dicho Comité también determinó que se deben realizar arreglos especiales para las detenidas en período menstrual, embarazadas, o acompañadas por sus hijos. La comisión de esos excesos causó sufrimiento especial y adicional a las mujeres detenidas.

Quedó probado que en el caso de las internas Eva Challco y Sabina Quispe Rojas el Estado desatendió sus necesidades básicas de salud pre natal, y que con respecto a la última tampoco le brindó atención médica post natal (supra párr. 197.57), lo cual implicó una violación adicional a la integridad personal de éstas<sup>252</sup>.

En el mismo sentido, las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos indican que: "1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de

---

<sup>250</sup> *Ibidem*, párr. 150.

<sup>251</sup> Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 330.

<sup>252</sup> *Ibidem*, párrs. 331 y 332.

las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil [...] 2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres”<sup>253</sup>.

### **3. Derecho a la integridad personal, proceso penal y ejecución de la pena en Chile**

A la luz de los estándares internacionales, a continuación nos referiremos a los aspectos de la normativa y praxis nacional que deben ser analizados teniendo en especial consideración el derecho a la integridad personal. Respecto de este derecho, una de las principales preocupaciones son las condiciones en que cumplen su condena las personas privadas de libertad. En efecto, la forma en que se aplican las sanciones disciplinarias y casos de tortura son aspectos críticos que han llamado la atención de los organismos de protección de derechos humanos<sup>254</sup>.

#### **3.1. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en recintos carcelarios**

##### **3.1.1. Marco normativo nacional y su interpretación a la luz de la normativa internacional**

La Constitución Política de la República garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y prohíbe “la aplicación de todo apremio ilegítimo” (artículo 19 N°1 inc.3). Por su parte, en el Código Procesal Penal (CPP) se establece respecto del imputado el derecho a “no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes” (artículo 93 letra h). La normativa que rige a los establecimientos penitenciarios donde se encuentran las personas privadas de libertad indica que “ningún interno será sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento [...] la administración

<sup>253</sup> Regla 23.

<sup>254</sup> Véase, entre otros: CIDH. Comunicado de Prensa 39/08 - Relatoría sobre Derechos de Personas Privadas de Libertad concluye visita a Chile. Santiago de Chile, 28 de agosto de 2008; CIDH. Informe sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64 31 diciembre 2011, párr. 389; CAT. Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de Chile. CAT/C/CHL/CO/5, 23 de junio de 2009, párr. 21.

penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal” (artículo 6 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios).

Pese a la consagración amplia de la prohibición de la tortura en los términos indicados, en Chile no está tipificado el delito de tortura con dicha denominación. Existe, sin embargo, la figura del delito de apremios ilegítimos consagrado en el artículo 150 A del Código Penal<sup>255</sup>, que se ha entendido como comprensivo del delito de tortura. La disposición establece:

El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.

Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.

Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.

Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua. (Destacado propio).

Al respecto, el Comité contra la Tortura ha manifestado a Chile la necesidad de adecuar su legislación nacional para estar conforme con la definición de tortura contenida en instrumentos internacionales<sup>256</sup>. Entre las deficiencias que se destacan en el delito de apremios ilegítimos, se indica que no explicita el hecho punible como tortura<sup>257</sup>, que el Código Penal sólo contempla el delito

---

<sup>255</sup> Por su parte, el artículo 150 B se refiere a este mismo delito respecto de personas que no son funcionarios públicos.

<sup>256</sup> CAT. Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de Chile, 14 de mayo de 2009, párr. 10.

<sup>257</sup> INDH, 2013 (a): 80.

en su grado de consumado, omitiendo la tentativa<sup>258</sup>, que las penas no son lo suficientemente altas atendiendo a la gravedad del delito<sup>259</sup> y que el tipo exige que la persona sometida a los apremios se encuentre privada de libertad, en circunstancias de que los instrumentos internacionales no establecen tal restricción<sup>260</sup>.

Si la persona que cometió el delito pertenece a las Fuerzas Armadas o a Carabineros de Chile, hay un delito específico que se denomina “violencias innecesarias” tipificado en el artículo 330 del Código de Justicia Militar, que indica:

El militar<sup>261</sup> que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, será castigado:

- 1° Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio si causare la muerte del ofendido;
- 2° Con la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo si le causare lesiones graves;
- 3° Con la de presidio menor en sus grados mínimo a medio si le causare lesiones menos graves, y
- 4° Con la de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo si no le causare lesiones o si éstas fueren leves.

Si las violencias se emplearen contra detenidos o presos con el objeto de obtener datos, informes, documentos o especies relativos a la investigación de un hecho delictuoso, las penas se aumentarán en un grado.

La competencia para el conocimiento del delito de violencias innecesarias se ha entregado a la justicia militar, pero en consideración a los estándares internacionales que establecen la excepcionalidad de la jurisdicción militar y la inaplicabilidad de ésta cuando las víctimas de los delitos son civiles<sup>262</sup>, hay jueces de garantía que han admitido a tramitación querrelas por torturas cometidas

<sup>258</sup> CAT. Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de Chile, 14 de mayo de 2009, párr. 10.

<sup>259</sup> *Ídem*.

<sup>260</sup> INDH, 2013: 80.

<sup>261</sup> En virtud del artículo 6 del Código de Justicia Militar, los funcionarios de Carabineros de Chile son considerados militares a efectos de la aplicación del Código. El personal de Gendarmería está excluido, así como también la Policía de Investigaciones.

<sup>262</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 y Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009.

por Carabineros de Chile<sup>263</sup>, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional<sup>264</sup> y la Corte Suprema<sup>265</sup>.

Pese a las insuficiencias que presenta la normativa nacional en la tipificación del delito de tortura, es posible otorgarle un sentido conforme a los estándares internacionales si se interpreta la norma a la luz de las obligaciones internacionales del Estado en la materia. En efecto, esta ha sido la aproximación del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) al interponer querellas por apremios ilegítimos en contra de funcionarios de Gendarmería de Chile<sup>266</sup>. La utilización de normas internacionales puede servir en estos casos para aclarar cuando nos encontramos ante actos de tortura y cuáles son las obligaciones que emanan para el Estado ante las denuncias de este tipo de actos.

Así por ejemplo, respecto a la finalidad del acto, es importante resaltar que no solo constituye tortura aquel acto realizado con el fin de obtener información del afectado (y que constituye una hipótesis de apremio ilegítimo agravado en nuestra legislación), sino también aquel acto que tenga un fin punitivo o intimidatorio (artículo 1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes). En este ámbito es aún más amplia la Convención Interamericana, que indica que la tortura puede ser realizada “con cualquier otro fin” (artículo 2 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

Otro aspecto relevante en que la normativa internacional incorpora elementos que pueden ayudar a clarificar el alcance de la tortura, es que se entenderá también por tortura “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” (artículo 1 Convención Interamericana). Por ello, cuando se interprete la noción de “tormento” u “apremio” debe considerarse la situación particular en que se encuentra la víctima, como su edad, sexo, estado de salud u otras circunstancias particulares, que son las que determinan la intensidad del sufrimiento<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> Así lo destaca el INDH en su informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile del año 2013, quien cita las resoluciones del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 1310018169-4 de 22 de julio de 2013 y del Juzgado de Garantía de Viña del Mar, RUC 1300046932-1 de 9 de agosto de 2013.

<sup>264</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 17 de junio de 2014, rol 2492-2013.

<sup>265</sup> Corte Suprema. Sentencia de 12 de agosto de 2014, rol 12908-2014; sentencia de 10 de julio de 2014, rol 11994-2014 y; sentencia de 19 de mayo de 2014, rol 4450-2014.

<sup>266</sup> Véase querellas presentadas por el INDH [en línea] <<http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/46>> [consulta: 25 de septiembre de 2014].

<sup>267</sup> Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 122.

En las normas de DIDH no aparece como requisito que la persona que es sometida a tortura deba estar privada de libertad, “los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde acto de se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto”<sup>268</sup>. Es por ello, que pese a que la norma nacional establezca como requisito la privación de libertad, esta no señala si la privación de libertad debe ser en conformidad al ordenamiento jurídico o no, por lo que si la víctima sometida a tortura no puede disponer de su libertad, se entiende que se cumple con el requisito objetivo del tipo. Como ha indicado la CIDH, el requisito implícito de la tortura es que la víctima de una agresión no debe estar en condiciones de repelerla, lo que significa que el agente debe estar en una situación de control efectiva de la víctima y que, aprovechándose de esa situación de control, la agrede con una finalidad específica<sup>269</sup>.

La necesidad de interpretar la normativa nacional a la luz de los tratados internacionales ha sido reconocida por la jurisprudencia, que ha indicado que el artículo 150 A del Código Penal fue introducido precisamente con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales:

(...) no cabe duda que la introducción del artículo 150 A del Código Penal por la Ley N° 19.567, obedeció principalmente a la adecuación de la legislación interna a los tratados internacionales suscritos por Chile, en especial, el Pacto contra la Tortura, en atención a las consideraciones señaladas en la moción de los parlamentarios que propusieron la modificación legal de que se trata ante los excesos cometidos por los agentes del estado<sup>270</sup>.

Por otra parte, cabe señalar que hay aspectos de la legislación nacional que no han sido desarrollados, donde las normas internacionales complementan el Código Penal. Así por ejemplo, es relevante tener en consideración los estándares internacionales sobre investigación de casos de tortura que vimos al tratar el derecho a la integridad personal en el DIDH, es decir, el Estado debe iniciar una investigación de oficio, seria e imparcial ante la denuncia de actos de tortura.

<sup>268</sup> *Ibidem*, párr. 128.

<sup>269</sup> CIDH. Caso Corumbiara Vs. Brasil. Caso N° 11.556. Resolución de 11 de marzo de 2004, párr. 224.

<sup>270</sup> Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 7 de julio de 2008, rol 53-2008, considerando 2.

### **3.1.2. Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en recintos penitenciarios**

En Chile, la tortura ya no es una práctica institucional que se realice como parte de una política oficial del Estado. No obstante, la eliminación de la cultura que avala el uso de la violencia y de la tortura como parte de la interacción entre funcionarios/as del Estado y las personas que se encuentran a su cuidado, requiere de un trabajo de largo plazo<sup>271</sup>. En una encuesta realizada el año 2012 por el INDH, el 46,4% de las personas privadas de libertad declararon haber sufrido agresiones por parte de funcionarios de Gendarmería de Chile<sup>272</sup>. Estas cifras resultan preocupantes y requieren de un trabajo coordinado entre las diversas instituciones encargadas de velar por la integridad y seguridad de los/as internos/as, tanto para prevenir, como para sancionar estos actos.

Una de las herramientas que se ha utilizado para resguardar la integridad personal de los internos es la interposición de acciones de amparo y protección. En efecto, en uso de estas herramientas las Cortes de Apelaciones y Suprema han constatado la infracción a obligaciones internacionales por actos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y han ordenado a Gendarmería a adecuar su actuar a la normativa vigente, recalcando sus obligaciones como garantes de las personas privadas de libertad. En este contexto, destacan acciones promovidas tanto por la Defensoría Penal Pública<sup>273</sup> como por el INDH<sup>274</sup>.

Así por ejemplo, en el año 2013, la Corte de Apelaciones de Valdivia constató los malos tratos que habían sufrido los internos del Centro Penitenciario de Llancahue y declaró que se habían infringido la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes:

“Que así las cosas, ha de tenerse por acreditado que en el tránsito desde el módulo N° 31 hasta las afueras del mismo y luego en el patio en que fueron ubicados los internos, funcionarios de Gendarmería de Chile intervinientes en el procedimiento les obligaron a arrodillarse o sentarse con las manos detrás de la cabeza, y luego los agredieron en diversas partes

---

<sup>271</sup> INDH, 2013 (b): 44.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>273</sup> A través de la Defensoría Penal Pública Penitenciaria. Véase, por ejemplo: Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 4 de marzo de 2014, rol 8-2014 y Corte Suprema. Sentencia de 10 de diciembre de 2013, rol 15266-2013.

<sup>274</sup> Véase, por ejemplo: Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 13 de marzo de 2013, rol 8-2013; Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, rol 49-2012 y; Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 7 de diciembre de 2012, rol 1449-2012.

del cuerpo, principalmente tórax, cabeza y rostro, mediante golpes de distinta índole, esto es, puños, patadas, objetos contundentes (palos), palmadas, toallas mojadas, o combinaciones de los anteriores y en algunos casos, rociándoles gas irritante.

Que lo anterior es una clara infracción del deber de cuidado y trato digno que Gendarmería debe cumplir, además de configurar un incumplimiento al artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, toda vez que el cuidado de esos prisioneros estaba a cargo de la institución recurrida<sup>275</sup>.

Como consecuencia de esta infracción, la Corte acoge el recurso e indica:

en atención a los apremios cometidos contra los internos del módulo N° 31 de ese recinto carcelario, analizados precedentemente que han infringido los derechos a la libertad individual y a la integridad física y psíquica de los recurrentes, Gendarmería de Chile, dotación del Centro Penitenciario Llancahue de Valdivia, en el futuro deberá tratar dignamente a los internos y cumplir estrictamente lo establecido en las leyes, la Constitución Política del Estado y en los tratados Internacionales de Derechos Humanos, especialmente lo dispuesto en la Convención Contra la Tortura<sup>276</sup>.

En este caso es relevante que se calificara los actos sufridos por los internos como tratos crueles, inhumanos o degradantes sobre la base de la calificación que se realiza en la Convención Internacional. Además, esto permite a la Corte cumplir también con una función preventiva al ordenar a Gendarmería a cumplir estrictamente lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales. Junto con ello, es pertinente recalcar que esta constatación obliga al Estado de oficio a iniciar una investigación seria e imparcial para establecer las responsabilidades de los hechos y sancionar a los responsables.

Lo resaltado en este fallo también nos permite señalar algunas cuestiones relevantes respecto a la prueba de actos que afectan la integridad física de las personas privadas de libertad. Como indicamos anteriormente, en consideración a la posición de garante que tiene el Estado respecto de las personas privadas de libertad, esto significa que Gendarmería se hace responsable de todo lo que ocurra con las personas que están bajo su custodia, por lo que existe la presunción de considerar responsable al Estado por las lesiones que exhibe

<sup>275</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 13 de marzo de 2013, rol 8-2013, considerandos 6 y 7. El destacado es nuestro.

<sup>276</sup> *Ibidem*, considerando 21. El destacado es nuestro.

una persona que ha estado bajo custodia de agentes estatales<sup>277</sup>. En el caso comentado, existía controversia acerca del origen de las lesiones de algunos internos, frente a lo que la Corte de Apelaciones desestimó las alegaciones realizadas por Gendarmería en virtud de que no había existido una explicación plausible de los hechos<sup>278</sup>.

La posición de garante que tiene el Estado es destacada en los siguientes términos por la Ministra Esquerré:

Que de acuerdo a lo dispuesto en nuestra Carta Fundamental, la que debe vincularse con el derecho internacional vinculante, la ley, y la reglamentación a que debe sujetarse Gendarmería de Chile, se desprende el deber que compete al Estado es ser garante de la seguridad individual de todos los procesados y condenados en un establecimiento penitenciario regido por estas normas, por lo que la sola circunstancia de que estos internos hayan sido objeto de lesiones por sus custodios, conduce a que se adopten las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, tanto en el presente, como en el futuro<sup>279</sup>.

En este ámbito, resulta relevante indicar que si bien está permitida la utilización del uso de la fuerza para garantizar la seguridad de los recintos penitenciarios, esta debe ser utilizada con proporcionalidad en atención a las circunstancias que hacen necesaria su aplicación<sup>280</sup>. Es por ello que el uso de la fuerza puede llegar a constituir un trato cruel e inhumano cuando se aplica desmedidamente. Así por ejemplo, en el año 2013, un grupo de internos del Centro de Detención Preventiva de Calama intentó una fuga, ante lo cual fueron reprendidos por personal de Gendarmería, sufriendo lesiones de diversa gravedad. La Corte de Apelaciones de Antofagasta en dicha oportunidad, reiteró que la utilización

---

<sup>277</sup> Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 170 y 95; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 134 y Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 77.

<sup>278</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 13 de marzo de 2013, rol 8-2013, considerandos 10 y 11.

<sup>279</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 19 de junio de 2013, rol 83-2013, voto de la Ministra Esquerré Pavón, considerando 4. Esta sentencia fue revocada posteriormente por la Corte Suprema, acogiendo íntegramente los argumentos de la Ministra Esquerré, véase: Corte Suprema. Sentencia de 2 de julio de 2013, rol 4321-2013. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 7 de diciembre de 2013, rol 68-2013.

<sup>280</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 85.

desmedida de la fuerza puede llegar a constituir un trato cruel e inhumano, ordenándose a Gendarmería a adecuar sus protocolos de actuación:

Que las lesiones constatadas en los documentos agregados a fojas 47 a 87 acompañados por Gendarmería, permiten establecer que ha habido una infracción del deber de cuidado y trato digno que pesa sobre Gendarmería de Chile, además de constituir un incumplimiento al artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que las medidas adoptadas exceden a lo racionalmente requerido para la mantención y restablecimiento del orden en el recinto penal que puso en riesgo la salud e integridad física de los internos.

Que todo ello es sin perjuicio de las normas relativas a la seguridad, orden y disciplina que deben imperar en el interior de los establecimiento penitenciarios a la que están sujetos los internos de cada establecimiento penal.

[...] se ordena a Gendarmería de Chile ajustar sus protocolos de actuación frente a actos que signifiquen alterar el régimen disciplinario del recinto penitenciario con el grado de proporcionalidad necesario para impedir las consecuencias constatadas y que significaron lesiones para los amparados<sup>281</sup>.

Es importante aclarar que la forma en que se cumplen las condenas también puede llegar a constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante. Al respecto, la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, señora Mónica Maldonado, en el año 2009 indicó que “las condiciones de hacinamiento que afectan la integridad física de los internos, a la vez constituyen condiciones de vida degradantes”<sup>282</sup>. Diversas instituciones nacionales<sup>283</sup> e internacionales<sup>284</sup> han destacado su preocupación por las condiciones en que cumplen sus condenas las personas privadas de libertad en Chile. Así por ejemplo, el Centro de Estudios de la Seguridad Ciudadana en Chile ha indicado que “la obsolescencia e insuficiencia de la infraestructura carcelaria ha tenido como su más notoria

<sup>281</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 7 de diciembre de 2013, rol 68-2013, considerandos 7 y 8.

<sup>282</sup> Informe presentado por Mónica Maldonado, Fiscal Judicial de la Corte Suprema, ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, junio de 2009, p. 14.

<sup>283</sup> INDH, 2011: 21 y ss. Véase también: INDH, 2013 (b).

<sup>284</sup> CIDH. Comunicado de Prensa 39/08 - Relatoría sobre Derechos de Personas Privadas de Libertad concluye visita a Chile. Santiago de Chile, 28 de agosto de 2008; CIDH. Informe sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64 31 diciembre 2011, párr. 389; CAT. Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de Chile. CAT/C/CHL/CO/5, 23 de junio de 2009.

consecuencia el hacinamiento de los presos. Eso, sin perjuicio de numerosos otros problemas asociados, como la inexistencia de espacios adecuados para el esparcimiento y visitas de los presos, así como de recintos idóneos para el trabajo y la educación, tareas estas últimas que se espera que los presos desempeñen, sin que existan las mínimas condiciones para ello<sup>285</sup>. La organización internacional Human Rights Watch recalcó que hasta el año 2013 se siguen manteniendo los problemas relacionados con el hacinamiento y la sobrepoblación penal<sup>286</sup>.

En este ámbito, las acciones de amparo constitucional también han sido una herramienta jurídica para hacer frente a violaciones estructurales de derechos humanos, como son las condiciones en que las personas privadas de libertad cumplen sus condenas, a través de un entendimiento amplio de lo que significa la seguridad personal. Mediante esta acción, se evidencia la posibilidad de los tribunales dispongan medidas positivas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales, a través de procedimientos constitucionales<sup>287</sup>. Un buen ejemplo de lo reseñado lo constituye el caso de *Angélica Toledo con Gendarmería de Chile*<sup>288</sup>. El año 2009, una mujer interpuso un recurso de amparo en contra de Gendarmería y a favor de veintidós reos que se encontraban en malas condiciones en celdas de castigo en un centro penitenciario de Santiago. La Corte, antes de fallar, dispuso que uno de sus ministros visitara, sin previo aviso, la cárcel para constatar la situación de las celdas de castigo y entrevistarse con los reclusos. Sobre la base de dicha visita la Corte resolvió que los internos se encontraban en condiciones absolutamente deplorables e inhumanas, incompatibles y no justificadas ante ninguna clase de pena. Constató la falta de aseo de las celdas, con literas de cemento, sin abrigo suficiente,

---

<sup>285</sup> Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile, 2011: 13.

<sup>286</sup> Human Rights Watch. World Report 2014, Chile, p. 226. En el año 2011 ya había indicado que en Chile “las condiciones carcelarias incluyen sobrepoblación; salubridad, ventilación y nutrición deficientes; y falta de agua potable. Pese a que las condiciones propician los problemas de salud y favorecen la propagación de enfermedades infecciosas, el acceso a la atención médica continúa siendo inadecuado”. Human Rights Watch, World Report 2011, Chile, p. 225.

<sup>287</sup> Ejemplos en este sentido, véase: Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 16 de diciembre de 2008, rol 7244-2008 (protección); Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 30 de junio de 2009, rol 282-2009 (amparo); Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 9 de marzo de 2013, rol 351-2013 (amparo) y Corte de Apelaciones de Copiapó. Sentencia de 16 de abril de 2013, rol 109-2013 (amparo).

<sup>288</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 31 de agosto de 2009, rol 2154-2009. Confirmada por la Corte Suprema el 7 de septiembre de 2009, rol 6243-2009. Este caso es destacado en: Nash, Irrazábal, 2010: 158-150.

sin baño externo ni acceso a agua corriente; la falta de alimentación adecuada; la existencia de hacinamiento; la carencia de salidas al aire libre y las lesiones en los cuerpos de los internos. Para la Corte dichas condiciones vulneraban el derecho a la seguridad individual consagrado en el artículo 21 de la Constitución, comprometiendo también el derecho a la vida y la integridad física y síquica de las personas:

Que la Constitución Política de la República, y como acción cautelar, ampara la libertad personal y la seguridad individual contemplada en su artículo 21, al establecer allí el recurso de amparo, así como en su artículo 20 protege la garantía de su artículo 19 N°1, cuando asegura 'a todas las personas', entre otros derechos y garantías, 'el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona'. Ahora bien, como la garantía de la seguridad individual, comprometida claramente en las condiciones advertidas, se yergue también en una forma de aseguramiento del derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica de la persona, esta Corte puede, a través del Recurso de Amparo, proveer lo conveniente para corregir esta situación, restableciendo el imperio de estos derechos fundamentales<sup>289</sup>.

El aspecto más relevante de esta sentencia, es que la Corte de Apelaciones declara que la falta de recursos económicos no puede constituir un obstáculo para garantizar los derechos de las personas privadas de libertad:

Que si bien es cierto fue explicado por los directivos del Centro Penitenciario la carencia de Personal y de Recursos para atender cumplidamente las necesidades de todos los internos, es de parecer de esta Corte que el presente recurso debe ser necesariamente acogido, para el efecto de lo que se dirá en lo resolutive. En efecto, esta Corte entiende clara y conscientemente la falta de Personal de Gendarmería para atender a los reclusos, y la falta de los recursos económicos, presupuestarios y financieros para materializar las garantías antes señaladas, que demuestran recursos personales y materiales insuficientes del Establecimiento para atender adecuadamente a todos los internos según la especial condición de cada recluso, ya sea en relación a lo delitos por los cuales se encuentran condenados, ya sea en cuanto a la conducta individual y/o de grupo que se dice adoptan los internos en defensa y en resguardo de sí mismos y en contra de otros grupos rivales y organizados también internamente. Tal falta de recursos sin embargo, no excusa a la Autoridad Penitenciaria, por cuanto lo constatado por la Corte está por debajo del

<sup>289</sup> *Ibidem*, considerando 8.

mínimo de lo humanamente aceptable. Particular trascendencia para el comisionado en Visita lo constituyó el hecho de haber constatado que todos los internos, casi sin excepción, presentaban diversas y numerosas lesiones antiguas o “puntazos” en distintas partes del cuerpo, y las cicatrices o secuelas de tales lesiones producidas en las riñas internas por los reclusos<sup>290</sup>.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso ordenando adoptar todas las medidas necesarias para la implementación de recursos financieros, humanos y materiales que fuere menester, con el objeto de otorgar a los internos, incluidos los aislados en celdas de castigo, un lugar digno y acorde con su calidad de persona humana.

Con esta sentencia la Corte impone un estándar mínimo al Estado en relación con las condiciones en que pueden encontrarse las personas privadas de libertad, independiente de la gravedad de la pena y disponibilidad de recursos. Acusa la inadmisibilidad de condiciones carcelarias por debajo del “mínimo humanamente aceptable”. Además, exige un mejoramiento progresivo de las condiciones en que se encuentran los internos, no siendo admisible que no se constate un esfuerzo de las autoridades por mejorar la situación carcelaria<sup>291</sup>.

### **3.2. Sanciones disciplinarias en los recintos penitenciarios: celda de aislamiento**

Hasta el año 2011, en cifras del INDH, la utilización de sanciones disciplinarias como las celdas de aislamiento o castigo en recintos penitenciarios alcanzaba el 87% de las sanciones impuestas a las personas privadas de libertad, lo que significaba que cerca del 32% de la población penitenciaria se veía afectada por la aplicación de esta sanción<sup>292</sup>. Junto con ello, se ha denunciado que “no todas las celdas de castigo cumplen con los estándares mínimos de dignidad [...] la existencia de celdas oscuras, húmedas y escasamente ventiladas [...] representa un evidente menoscabo de la dignidad e integridad de las personas condenadas”<sup>293</sup>. En una visita realizada el año 2012 por el Fiscal Judicial José Calvo al Centro de Detención Preventiva Santiago Sur indicó que las celdas de

---

<sup>290</sup> *Ibidem*, considerando 10.

<sup>291</sup> Se ha destacado por la doctrina positivamente la ampliación de la acción de amparo para garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, especialmente en lo referido a su derecho a la integridad personal a través de una interpretación amplia del derecho a la seguridad individual, véase: Henríquez, 2013.

<sup>292</sup> Aguiló, Milos, Nash, 2013: 91.

<sup>293</sup> INDH, 2011: 25.

castigo no tienen baño y los internos solo pueden ir a satisfacer sus necesidades cuando están en la hora de desencierro. Asimismo, señaló que no tienen acceso a agua potable y en definitiva no se duchan<sup>294</sup>.

La situación descrita constituye una violación del derecho a la integridad personal de las personas privadas de libertad, tanto por la generalidad con que se aplica la sanción como por las condiciones en que se cumple. En efecto, respecto de las sanciones disciplinarias, los instrumentos internacionales establecen una serie de estándares que tienen como fin principal evitar que las personas privadas de libertad sean sometidas a castigos crueles, inhumanos o degradantes, o cualquier otra forma de trato abusivo, y que indican que estas sanciones deben aplicarse de manera excepcional y cumpliendo condiciones mínimas de habitabilidad (véase *supra* 2.4). Al respecto, la CIDH ha establecido que los casos y circunstancias en las que procede dicha sanción, deben estar contemplados en la ley, pues constituye una restricción de derechos, y debe estar sometida a control judicial, por lo cual se debe informar a los tribunales, a cuya orden se encuentra el recluso, la imposición de dicha sanción. Además, fija un estándar sobre la duración máxima que debe tener la medida para ser compatible con el DIDH:

En lo fundamental, la reclusión de personas en régimen de aislamiento sólo debe aplicarse en casos excepcionales, por el periodo de tiempo más breve posible y sólo como medida de último recurso. Además, los casos y circunstancias en las que esta medida pueda ser empleada deberán estar expresamente establecidas en la ley (en los términos del artículo 30 de la Convención Americana), y su aplicación debe estar siempre sujeta a estricto control judicial. En ningún caso el aislamiento celular de una persona deberá durar más de treinta días.

La CIDH considera que las autoridades penitenciarias deben informar inmediatamente de la aplicación de esta medida al juzgado o tribunal a cuyas órdenes se encuentra el recluso. Además, la autoridad judicial competente deberá tener las facultades para solicitar información adicional a las autoridades penitenciarias y para revocar la medida si considera que hay razones fundadas para ello. En ningún caso la aplicación de la reclusión de personas en régimen de aislamiento deberá dejarse únicamente en manos de las autoridades encargadas de los centros de privación de libertad sin los debidos controles judiciales<sup>295</sup>.

<sup>294</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Fiscalía Judicial. Visita Establecimiento Penitenciario Centro de Detención Preventiva Santiago Sur. Realizado el día 4 de abril de 2012.

<sup>295</sup> CIDH. Informe sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 diciembre 2011, párrs. 411 y 12.

En cuanto a las condiciones en que se debe cumplir esta sanción, la CIDH ha indicado que la forma en que se aplica esta sanción no debe constituir un trato cruel e inhumano o degradante. Más específicamente, las celdas de aislamiento deben cumplir condiciones mínimas de habitabilidad, las mismas deben cumplir la generalidad de los espacios destinados al alojamiento de las personas privadas de libertad, pues nada justifica una diferencia: la sanción es el aislamiento y no el cambio en las condiciones de la celda. Otro aspecto importante es el deber de contar con supervisión médica de las personas sometidas a régimen de aislamiento. Para la CIDH esta supervisión debe cumplir con una serie de estándares:

La Comisión subraya que el aislamiento celular como medida disciplinaria no debe aplicarse en condiciones tales que constituya una forma de trato cruel, inhumano y degradante, esto implica *inter alia* que el Estado debe garantizar condiciones mínimas de alojamiento para los reclusos castigados. Lo fundamental es que las condiciones de las celdas destinadas al régimen de aislamiento cumplan con los mismos estándares internacionales aplicables a la generalidad de los espacios destinados al alojamiento de reclusos, el que las condiciones de estas celdas sean peores, no solo no tiene justificación válida alguna, sino que representa además un agravamiento indebido de la sanción y pone en peligro la propia salud de la persona sometida a aislamiento.

En atención a esta consideración, la CIDH subraya que la salud de las personas que se encuentren en régimen de aislamiento debe ser monitoreada de forma regular por el personal médico, particularmente en lo que a la prevención del suicidio se refiere [...] En los casos en los que el personal de salud considere que no debe someterse a una persona a aislamiento, o que debe interrumpirse la aplicación de dicha medida, deberá someterse un dictamen a las autoridades competentes.

Asimismo, el personal de salud de los centros de privación de libertad deberá evaluar periódicamente las celdas y los lugares destinados al aislamiento de personas y formular recomendaciones a las autoridades correspondientes. El personal de salud deberá actuar con independencia y autonomía en el ejercicio de estas facultades de monitoreo, de forma tal que no se pierda la confianza que los internos les han depositado y de manera que no se vea afectada la relación médico-paciente que debe regir entre ambos. La CIDH considera que estas obligaciones de supervisión médica derivan directamente del deber del Estado de garantizar los derechos a la vida e integridad personal de los reclusos<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup> *Ibidem*, párrs. 414, 417 y 418.

En nuestro país, desde el año 2013 está vigente una resolución emanada del Ministerio de Justicia, a través de Gendarmería de Chile, que regula la forma en que debe ser aplicada esta sanción<sup>297</sup> y que establece criterios que buscan garantizar la conformidad de la aplicación de esta medida con los estándares internacionales de derechos humanos. Algunos artículos relevantes de esta regulación son:

Artículo 1.- El régimen disciplinario se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales.

Artículo 6.- La aplicación de la sanción será razonable y proporcionada a la conducta cometida y a los fines propios del procedimiento disciplinario. Será siempre excepcional y de último recurso y se aplicará por el Jefe de Establecimiento cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario

Artículo 8.- La sanción de aislamiento en celda solitaria se aplicará como último recurso frente a la comisión de faltas graves al régimen del Establecimiento, prefiriéndose en lo posible la imposición de sanciones menos gravosas para la persona del interno.

Artículo 11.- Los internos imputados se encuentran amparados por el principio de inocencia, por lo que la prisión preventiva deberá cumplirse de tal forma que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar una fuga y para garantizar la seguridad e integridad de cualquier persona dentro del Establecimiento.

Artículo 20.- (...) queda prohibido mantener al interno que cumple las sanciones de aislamiento o internación en celda solitaria encerrado de forma continua las 24 horas del día. Los sancionados deberán ser conducidos a un lugar al aire libre, previamente determinado por el Jefe del Establecimiento, a lo menos, durante dos horas diarias, fraccionadas en una hora durante la mañana y otra hora en la tarde, a fin de que si lo desean puedan realizar ejercicio físico.

<sup>297</sup> Ministerio de Justicia. Resolución Exenta N°4247 que establece criterios para la aplicación de las sanciones de aislamiento e internación en celda solitaria en los establecimientos de régimen cerrado, 10 de mayo de 2013. Esta resolución fue creada con el objeto de dar solución a los problemas detectados en el informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Instituto Nacional de Derechos Humanos: Aguiló, Milos, Nash, 2013.

Luego de la implementación de esta nueva normativa de carácter administrativo, ya se han cerrado celdas de castigos en varios penales del país y se ha iniciado un proceso de socialización de esta normativa en los distintos penales que se ha traducido en una racionalización de las sanciones disciplinarias. Sin embargo, permanece el desafío de que su implementación sea efectiva y, por sobre todo, que la aplicación de la sanción (aunque esta sea impuesta de manera excepcional) en sus condiciones de cumplimiento, satisfaga requisitos de habitabilidad mínimos. Dentro de las herramientas que otorga el ordenamiento jurídico para impugnar la aplicación de estas sanciones está la cautela de garantías del artículo 10 del CPP y el amparo ante el juez de garantía del artículo 95 del CPP.

El artículo 10 del CPP dispone:

En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estime que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.

Si bien este artículo fue pensado para proteger a los imputados durante el procedimiento penal, el mecanismo que este consagra puede ser utilizado, dada su amplitud gramatical y el fin protector que gobierna su sentido, para resguardar los derechos de las personas que estén cumpliendo su pena privativa de libertad. Esta interpretación ha sido acogida por la jurisprudencia, indicando que es el juez de garantía el encargado de velar por los derechos del condenado luego de la imposición de la pena<sup>298</sup>.

Por su parte, en el artículo 95 se contempla un recurso de amparo de carácter especial distinto al constitucional. Señala el artículo 95 del CPP:

---

<sup>298</sup> Véase, por ejemplo: Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 8 de enero de 2014, rol 7271-2013, considerando 4. En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 23 de julio de 2012, rol 5538-2012.

“Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República”.

Es posible reclamar, por ende, mediante este amparo la imposición de una medida disciplinaria como la celda de aislamiento. Es particularmente relevante este instrumento pues permite al juez constituirse en el lugar donde la persona está privada de libertad y, de esta forma, constatar las condiciones en las que se encuentra. Como hemos señalado reiteradamente, no basta con que la imposición de la medida cumpla con los requisitos legales para su disposición, se debe analizar la forma en que se lleva a cabo la medida, con el fin de garantizar que la sanción no se transforme en una forma de tortura o trato cruel e inhumano. Asimismo, la acción de amparo constitucional, como vimos anteriormente, también puede ser una herramienta jurídica útil para corregir la forma en que se está cumpliendo la sanción de celda de castigo, particularmente en lo referido a las condiciones de habitabilidad y, considerando las amplias facultades que gozan las Cortes de Apelaciones para restablecer el imperio del derecho, la interposición de esta acción puede favorecer la disposición de medidas que busquen corregir las condiciones de privación de libertad<sup>299</sup>.

### 3.3. Exámenes corporales

Las intervenciones corporales son aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, que implican un reconocimiento externo del mismo o la extracción desde su interior de elementos que proporcionen

<sup>299</sup> Sin embargo, para cuestionar la legitimidad de la disposición de la sanción, esta acción no ha demostrado ser útil para revertir las decisiones de Gendarmería, véase: Aguiló, Milos y Nash: 143-149. En el mismo sentido: DPP, 2011: 35-40.

información sobre la persona o de elementos incorporados a él, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el establecimiento del cuerpo del delito y de la participación culpable<sup>300</sup>.

El CPP establece limitaciones para la realización de exámenes corporales a los imputados.

El artículo 197 dispone:

Exámenes corporales. Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero.

En este sentido, el criterio establecido por el CPP es coherente con la regla general de restricción de derechos en cuanto a que el juez de garantía debe autorizar la realización del examen solo si tiene una finalidad imperativa (constatar circunstancias relevantes para la investigación) y no menoscaba la salud y dignidad del interesado. Este último requisito es fundamental para que la afectación del derecho a la integridad personal sea legítima, es decir, la intrusión debe ser proporcional. Los exámenes corporales sin consentimiento del imputado son una restricción del derecho a la integridad personal, es por ello que esta limitación debe interpretarse restrictivamente y solo aplicarse en los casos contemplados por la ley. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Arica indicó que los exámenes corporales solo pueden ser realizados en el contexto de una investigación de un hecho punible y no en un control de identidad:

Que, el control de identidad tiene una lógica propia, porque en él no hay imputado ni hay persecución penal traducida en una investigación formalizada o desformalizada contra aquel cuya identidad se controla, control que será posible efectuar exclusivamente si existen los indicios legales que lo hacen procedente, y sólo en dicho evento, junto al mismo control de identidad, se podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o

---

<sup>300</sup> López, Horvitz, 2002: 507.

vehículo de la persona, pero en caso alguno la ley ha facultado a efectuar exámenes corporales de ésta, ya que para ello, será requisito que nos encontremos ante una investigación y en presencia de un imputado, tal como lo dispone el artículo 197 del Código Procesal Penal.

Que, los exámenes corporales únicamente serán posibles de efectuar en el caso de una investigación de un hecho punible y en la medida que nos encontremos en presencia de un imputado, de todo lo cual carece un control de identidad, el que sólo autoriza, –bajo los supuestos de su procedencia–, al examen de la “vestimenta” de la persona controlada, de lo que resulta que de lo expuesto por la Policía de Investigaciones ni siquiera se ha señalado cuál es el indicio que habría hecho precedente el control de identidad, de lo que se sigue, que menos aún podrían haber procedido a desvestir y examinar corporalmente a la recurrente, aún bajo el argumento de que lo efectuó otra funcionaria de su mismo sexo, lo que al encontrarse la conducta de los funcionarios policiales desprovista de fundamento legal que la sustente, indudablemente ha perturbado la garantía de la recurrente, contemplada en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, referida al respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona, y de su familia, específicamente al ordenarle desvestirse y efectuar exámenes corporales vedados por nuestro ordenamiento jurídico<sup>301</sup>.

Los exámenes corporales también se encuentran regulados en la Ley N° 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes, donde se permite la realización de exámenes corporales en el contexto de un control de identidad cumpliendo ciertos requisitos:

Los exámenes establecidos en el artículo 197 del Código Procesal Penal serán también procedentes cuando, en una diligencia de control de identidad migratorio, aparezcan fundadas sospechas de que la persona cuya identidad se controlare porta dentro de su cuerpo, para efectos de transporte, drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas ilegales. En este caso, se procederá de la forma dispuesta en los incisos segundo y tercero del artículo antes citado<sup>302</sup>.

En este sentido, la policía estará facultada para realizar el examen corporal siempre que haya sido autorizado por el controlado, y éste advertido previamente de sus derechos, sólo en el contexto de un control de identidad migratorio, y cuando existan fundadas sospechas de que transporta en su cuerpo alguna sustancia

<sup>301</sup> Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 19 de abril de 2011, rol 97-2011, considerando 8 y 10.

<sup>302</sup> Ley N°20.000, artículo 29 bis.

prohibida. Si no existe consentimiento, debe solicitarse autorización judicial. Respecto al consentimiento, es relevante destacar que gran parte de las personas que son sometidas a estos exámenes son extranjeros, que pueden no comprender el idioma y pueden tener dificultades para manifestar su consentimiento. La Corte IDH ha indicado que “las personas migrantes detenidas en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición particular de vulnerabilidad”<sup>303</sup>. Es por ello que esta situación de vulnerabilidad exige al Estado tomar medidas especiales para asegurar que el consentimiento que se preste por parte del extranjero sea informado. Esto se puede realizar a través de la provisión de un abogado defensor e intérprete. Así lo ha reconocido la Corte Suprema:

Que no se requirió intervención de fiscal o juez de garantía para el examen realizado, atendido el hecho que la amparada firmó consentimiento escrito, el que se adjuntó al proceso. Sin embargo, atendida la circunstancia de que se trata de una persona de ascendencia quechua, que según su representante es humilde y tenía cierta dificultad para manifestarse en lengua castellana –lo que aparece también de su escritura- la decisión de proceder con su sola firma puesta en un documento cuya trascendencia no es posible saber si comprendió–invocándose normas del proceso penal- y donde se actúa sin presencia de intérprete ni abogado, el procedimiento practicado resulta cuestionable y no exento de toda mácula como sería preciso que fuera<sup>304</sup>.

En el mismo sentido la Contraloría General de la República:

[...] es necesario señalar que la Policía de Investigaciones de Chile deberá arbitrar las medidas pertinentes para que las personas que no entienden el idioma español y que puedan ser objeto de exámenes corporales en las diligencias de control de identidad migratorio, comprendan sus derechos, de modo que el consentimiento que manifiesten a tales procedimientos, sea voluntario e informado<sup>305</sup>.

Si el examen corporal es realizado sin el consentimiento de la persona afectada o se llevó a cabo bajo un consentimiento viciado, no podrá ser utilizado como

---

<sup>303</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 152.

<sup>304</sup> Corte Suprema. Sentencia de 4 de junio de 2013, rol 3563-2013, considerando 4.

<sup>305</sup> Contraloría General de la República. Dictamen N° 9696 de 16 de febrero de 2012.

prueba con posterioridad en el juicio en conformidad a la regla de exclusión de prueba establecida en el artículo 276 del CPP<sup>306</sup>.

### 3.4. Integridad psíquica y pueblos indígenas

Un aspecto que ha sido poco desarrollado por nuestros tribunales ha sido el de la afectación a la integridad psíquica y pueblos indígenas. En este sentido, la visión amplia de la integridad a que hemos hecho referencia desde la perspectiva de la Convención Americana y la interpretación de la Corte IDH, avala una interpretación que se haga cargo de este tipo de afectaciones en la actividad estatal.

En ese sentido es interesante un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, que señala en un caso referido a la violencia desarrollada por Carabineros en un allanamiento en una comunidad Mapuche:

Que tales actuaciones, constituyen conductas que vulneran el derecho protegido por el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, en cuanto perturba la actividad síquica de los educandos en cuanto se realizan sin adoptar las medidas de resguardo que el Código Procesal Penal establece a favor de las personas y que tiene por finalidad garantizar sus derechos procesales<sup>307</sup>.

Este es un desafío general de nuestro sistema penal, hacer efectiva la universalidad de los derechos y a la vez, hacerse cargo de las diferencias.

---

<sup>306</sup> Véase por ejemplo: Corte de Apelaciones de la Serena. Sentencia de 19 de noviembre de 2010, rol 326-2012.

<sup>307</sup> Corte Apelaciones de Temuco, Rol: 1541-2010, 12 de diciembre de 2010, considerando 5.



## IV. Derecho a la libertad personal

---

En este capítulo abordaremos un derecho determinante para la administración de justicia: la libertad personal. Este es un tema que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, por tanto, nosotros nos centraremos en algunos de los aspectos más relevantes para la protección de derechos humanos desde la función jurisdiccional desarrollados durante estos últimos años por este tribunal. Pondremos especial atención en los siguientes aspectos: los requisitos para una privación legítima de la libertad y los requisitos para una prisión preventiva legítima, dos de las cuestiones más debatidas en la región y en Chile.

### **Artículo 7. Derecho a la libertad personal**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad

podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

## 1. Libertad personal en el SIDH

Como vimos en el capítulo I de este libro, algunos derechos humanos pueden ser afectados legítimamente por la autoridad en la medida que esta justifique que concurren los elementos que legitiman la aplicación de una medida de restricción o suspensión del pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados convencionalmente.

Uno de los derechos que más claramente nos sirve para ver los alcances de las medidas de restricción de derechos es el de la libertad personal. La libertad es, sin duda, uno de los pilares sobre el cual se construye la idea de dignidad humana y por tanto, cualquier afectación a este derecho por parte de la autoridad debe estar sujeta a condiciones estrictas.

Esta mirada restrictiva de la facultad que tiene el Estado de afectar el derecho a la libertad personal a través de la privación de libertad ha sido desarrollada claramente por la Corte IDH en su jurisprudencia. En este sentido, la Corte no solo ha señalado que esta es una medida excepcional, sino que la ha vinculado directamente con los principios propios de una sociedad democrática. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el siguiente párrafo:

El artículo 7 de la Convención consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las garantías reconocidas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un

carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática<sup>308</sup>.

Atendida la relevancia que tiene este derecho y por tanto, la necesidad de justificar claramente cuáles son las condiciones que legitiman su afectación, la Corte IDH ha estimado oportuno aclarar que toda restricción de libertad debe ser justificada. No hay excusa para una privación de libertad bajo el argumento de que fue una “detención breve” o que solo hubo una “demora” en restablecer la libertad de una persona privada de libertad. Al efecto el siguiente párrafo es clarificador:

El Tribunal ha considerado que para los efectos del artículo 7 de la Convención, una detención, sea ésta por un período breve, o una ‘demora’, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención. Corresponde a este Tribunal, por consiguiente, verificar los criterios para la privación de libertad conforme la legislación venezolana, a fin de establecer la convencionalidad de la detención<sup>309</sup>.

Así, en el caso *Fleury* la Corte amplía su posición y agrega que no alteran la obligación del Estado de cumplir con los requisitos convencionales, ni el tiempo de la privación, ni los fines de la misma:

Para los efectos del artículo 7.2 de la Convención, una detención, sea por un período breve, o una “demora”, así sea con meros fines de identificación, constituyen formas de privación a la libertad física de la persona y, por ende, en tanto limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención<sup>310</sup>.

Por último, en esta misma línea, la Corte ha señalado que el Estado tiene la obligación de establecer el orden y la seguridad en toda sociedad democrática, pero cumpliendo con ciertas condiciones de validez. Respecto de la labor policial en relación con la privación de libertad:

<sup>308</sup> Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 53. En el mismo sentido: Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 71.

<sup>309</sup> Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párr. 75. En el mismo sentido, párr. 74.

<sup>310</sup> Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 54.

Así es que con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida<sup>311</sup>.

Sobre este párrafo, es importante destacar la última parte. La Corte IDH en este y otros casos ha desarrollado la idea de la interacción entre los distintos derechos y cómo una violación del derecho a la libertad personal puede dar pie a otras violaciones de derechos humanos. En este sentido, no podemos tener una visión aislada de la protección de derechos humanos, sino que siempre es importante mirar al titular de derechos como un sujeto integral con distintas facetas que deben ser resguardadas.

### **1.1. Aspectos generales del derecho a la libertad y seguridad personal en la CADH**

La primera aproximación del sistema de protección de DDHH, particularmente de la Corte IDH, fue concentrarse en las afectaciones a la libertad, entendida como libertad ambulatoria. Durante sus primeros casos, en jurisprudencia dictada en los finales de los ochenta y en los años noventa, la idea predominante fue analizar el derecho a la libertad personal en términos bastante limitados, como libertad ambulatoria. La profesora Cecilia Medina en su estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de 2003 señalaba “En el artículo 7 de la Convención Americana, la libertad que se protege es también un aspecto de la libertad humana, pero sólo referido a la posibilidad de moverse en el espacio sin limitaciones”<sup>312</sup>.

Si bien éste ha sido el sentido y alcance que se ha utilizado normalmente para afrontar los casos conocidos por el sistema internacional de derechos humanos, la doctrina, una interpretación dinámica de los tratados internacionales de derechos humanos y ciertos hitos jurisprudenciales, nos permiten afirmar que el derecho a la libertad personal puede ser concebido desde un sentido amplio

---

<sup>311</sup> Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 70.

<sup>312</sup> Medina, 2003: 213.

que se asocia a la posibilidad de autodeterminación, es decir, de conducir la vida de acuerdo con el proyecto que cada persona decida<sup>313</sup>.

En la jurisprudencia de la Corte IDH encontramos ciertas referencias a este contenido y alcance amplio del derecho a la libertad personal. En el caso *Chaparro Álvarez*<sup>314</sup>, la Corte IDH ofrece un concepto amplio del derecho a la libertad, al señalar que correspondería a la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, y constituiría el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Señala la Corte:

El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: '[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales'. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7).

En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar 'un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre', y el reconocimiento de que 'sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos'. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.

<sup>313</sup> Nash, 2014c: 21 ss.

<sup>314</sup> Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción<sup>315</sup>.

El caso *Gelman*<sup>316</sup> se inserta dentro de esta perspectiva. La Corte IDH innova en su jurisprudencia adoptando y utilizando una interpretación amplia del artículo 7.1 de la Convención Americana para determinar su vulneración, señalando que este derecho contempla la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que dan sentido a su existencia:

En este caso, los hechos afectaron el derecho a la libertad personal de María Macarena Gelman puesto que, adicionalmente al hecho de que la niña nació en cautiverio, su retención física por parte de agentes estatales, sin el consentimiento de sus padres, implican una afectación a su libertad, en el más amplio término del artículo 7.1 de la Convención. Este derecho implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> *Ibidem*, párrs. 51, 52 y 53.

<sup>316</sup> Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

<sup>317</sup> *Ibidem*, párr.129.

El art. 7.1 en cuanto principio general, regula, entre otras cuestiones, la forma en que es legítima la restricción a la libertad personal en el marco de la CADH, que comprende toda reclusión, ya sea por razones médicas o de disciplina (incluyendo la disciplina dentro de las fuerzas armadas), entre otras. Es este sentido estricto, referido a la visión de la libertad personal como libertad física respecto de la cual el individuo es titular del derecho a la seguridad personal por parte del Estado. Respecto de este, es que se desarrollan una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5) y a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6). Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma.

Finalmente, es interesante destacar una vez más la mirada interrelacionada de los derechos. En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que toda actuación de un tribunal manifiestamente incompetente que derive en una restricción o privación a la libertad personal, determina la consecuente violación al artículo 7.1 de la Convención Americana<sup>318</sup>.

En síntesis, podemos sostener que el derecho protegido por la Convención Americana en su artículo 7 es el derecho a la libertad personal en un sentido amplio, que comprende una faceta amplia, el derecho a la autodeterminación, y una faceta más restringida, que es el derecho a la libertad física. Respecto de este último aspecto del derecho a la libertad personal, la Convención Americana desarrolla una serie de aspectos concretos que el Estado debe respetar y garantizar a todos los individuos sujetos a su jurisdicción. Cualquier violación al derecho a la libertad en sentido amplio o los diversos derechos regulados en razón de la libertad física de los individuos, constituyen una violación del principio general de la libertad personal y por tanto, una violación del artículo 7.1 convencional.

A continuación analizaremos los distintos componentes de la regulación convencional que permiten legitimar la afectación al derecho a la libertad personal por parte del Estado.

---

<sup>318</sup> Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 48.

## 1.2. Legalidad de la privación de libertad

El numeral 2 del artículo 7 consagra en términos estrictos el principio de legalidad en la privación de libertad de todo individuo. El requisito de legalidad implica que los Estados sólo podrán restringir legítimamente el derecho a la libertad personal mediante una norma con categoría de ley<sup>319</sup> que regule las causales que permitan dicha restricción, así como los procedimientos para llevarla a cabo<sup>320</sup>. La privación de libertad exige, asimismo, la ausencia de arbitrariedad, tanto de la ley que regula su procedencia como de su ejecución por parte de los agentes competentes. Por tanto, las causales que permiten la privación de libertad como los procedimientos estarán sometidos a este límite.

Este artículo 7, en su inciso 2, consagra una norma de carácter general que dispone que nadie puede ser privado de su libertad física sino por las causas y las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas. La Corte IDH ha desarrollado este requisito en los siguientes términos:

[s]egún el primero de tales supuestos normativos (7.2), nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)<sup>321</sup>.

En un caso de 2012, la Corte ha ampliado los requisitos sobre privación de libertad con vistas a cumplir con los fines preventivos del sistema de derechos humanos:

<sup>319</sup> La Corte ha establecido que ley es una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”, en: Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párr. 38.

<sup>320</sup> “Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”, en: Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47.

<sup>321</sup> Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr 78.

Respecto del artículo 7 de la Convención Americana, la Corte ha reiterado que cualquier restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). Asimismo, el Tribunal ha considerado que toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Lo contrario constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento<sup>322</sup>.

Como vemos de la última parte del párrafo precedente, la Corte IDH estima necesario no solo cumplir con los estándares legales internos, sino que la autoridad debe dejar constancia escrita de las medidas que tomó en cumplimiento con los estándares convencionales sobre privación de libertad. Este es un importante medio de protección de derechos humanos, ya que en la medida que exista un mayor control, los espacios de discrecionalidad disminuyen drásticamente.

Respecto de la legalidad de la privación de libertad la Corte IDH ha señalado que esta debe cumplir con la legislación interna, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental. Esta ha sido jurisprudencia constante de la Corte IDH:

Los numerales 2 y 3 del artículo 7 establecen límites al poder público que prohíben expresamente tanto las detenciones ilegales como las arbitrarias. En este sentido la Corte ha señalado lo siguiente: [s]egún el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). (Caso Cantoral Benavides, Caso Bámaca Velásquez, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)<sup>323</sup>.

Así, en el caso *Fleury*, señala la Corte:

<sup>322</sup> Corte IDH. Caso *García y Familiares Vs. Guatemala*. Sentencia de 29 noviembre de 2012, párr. 100. En el mismo sentido: Caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala*. Sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 197.

<sup>323</sup> Corte IDH. Caso *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 78.

(...) el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a las disposiciones legales y constitucionales a nivel interno, por lo que cualquier requisito establecido en éstas que no sea cumplido, haría que la privación de libertad sea ilegal y contraria a la Convención Americana<sup>324</sup>.

En un caso reciente (caso *Familia Barrios*<sup>325</sup>), la Corte IDH concluye que las detenciones de las presuntas víctimas fueron ilegales, por haberse incumplido lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución venezolana relativo a libertad personal:

Ahora bien, Venezuela no ha negado que estas detenciones efectivamente ocurrieron ni presentó información sobre la legalidad de las mismas. No existe en el expediente prueba aportada por el Estado sobre la existencia de una orden judicial o de flagrancia, sobre la existencia de una motivación o justificación de las detenciones o que se les hayan comunicado a las personas afectadas las eventuales razones de las privaciones de libertad mencionadas. Tampoco consta que las detenciones ni las posteriores liberaciones de los niños fueran registradas oficialmente ni que tuvieran la oportunidad de comunicarse con sus padres o familiares [...]. Lo anterior incumple con los requisitos dispuestos en el artículo 44 de la Constitución venezolana sobre libertad personal [...], y por tanto, hace que las privaciones de libertad sean ilegales y contrarias a la Convención Americana. [...]<sup>326</sup>.

Como el artículo 7.2 de la Convención establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” y la jurisprudencia ha sido especialmente exigente en esta materia, la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. Esta es la única forma en que en la práctica el Estado pueda justificar conforme a los estándares internacionales una medida de privación de libertad.

### 1.3. No arbitrariedad en la privación de libertad

Siguiendo a la Convención, la Corte IDH sostiene que las medidas de privación de libertad no sólo deben ser dictadas de acuerdo con la legislación interna, sino que también deben pasar un test de razonabilidad y proporcionalidad de

---

<sup>324</sup> Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 54.

<sup>325</sup> Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011.

<sup>326</sup> *Ibidem*, párr. 78.

forma tal que no sean arbitrarias a la luz de cada situación concreta, lo que implica que “deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia”<sup>327</sup>.

Respecto a la arbitrariedad de la detención, prohibida en el artículo 7.3 de la Convención Americana, la Corte indica en la sentencia del caso *Fleury*, tal como lo realiza en un comienzo en el caso *Gangaram Panday* y reitera en *Torres Millacura*, que:

[...] [N]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad<sup>328</sup>.

Esta falta de arbitrariedad está estrechamente ligada con la finalidad que persigue la detención. No olvidemos que los requisitos para legitimar una conducta restrictiva de derechos se encuentran íntimamente ligados. De ahí que si el objetivo que se persigue con la privación de libertad es ilegítimo, la privación de libertad será arbitraria:

Toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad personal no sólo debe estar prevista en la ley, en los términos del artículo 7.3 de la Convención, su finalidad debe ser legítima y compatible con la Convención y no debe ser una consecuencia del ejercicio de derechos. En este caso, el señor Fleury no fue detenido en una situación de flagrancia y su detención por parte de la PNH nunca persiguió el objetivo de formularle cargos o de ponerlo a disposición de un juez por la supuesta o posible comisión de un hecho ilícito, sino que tuvo otros objetivos, como pudo ser una posible extorsión o, en el contexto de amenazas y persecuciones a defensores de derechos humanos, amedrentarlo y disuadirlo en el ejercicio de su trabajo. Por ello, el señor Fleury fue detenido arbitrariamente, en violación del artículo 7.3 de la Convención<sup>329</sup>.

En relación a la arbitrariedad de la detención, la Corte IDH en los casos *Chaparro Álvarez* y *Usón Ramírez*, señaló que nadie puede ser sometido a detención

<sup>327</sup> Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 90.

<sup>328</sup> Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 57.

<sup>329</sup> *Ibidem*, párr. 59.

o encarcelamiento por causas incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales. Así, desde el caso *Gangaram Panday* conceptualizó las detenciones arbitrarias como aquellas que se llevan a cabo “por causas o métodos que –aún calificados como legales– puedan reputarse incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”<sup>330</sup>. El contenido y alcance de la arbitrariedad fue ampliado por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Van Alphen*<sup>331</sup>, al interpretarla en forma amplia, incluyendo los elementos: falta de pertinencia, injusticia y falta de previsibilidad. Este último elemento ha sido recogido por la Corte IDH en el caso *Torres Millacura*, donde destaca que la detención se debe basar en una causa o motivo concreto para evitar la imprevisibilidad de la misma:

De lo anterior se desprende, junto con lo señalado sobre la reserva de ley, que una restricción a la libertad que no esté basada en una causa o motivo concretos puede ser arbitraria y, por tanto, violatoria del artículo 7.3 de la Convención.

Para la Corte, al no establecer causas concretas por las cuales una persona podía ser privada de su libertad, el artículo 10, inciso b) de la Ley 815 permitió a los policías de la Provincia del Chubut interferir con la libertad física de las personas de forma imprevisible y, por lo tanto, arbitraria [...] <sup>332</sup>.

Estos requisitos son plenamente aplicables en el caso de detenciones colectivas. En estos casos, la Corte comparte con el Estado la idea de que las detenciones colectivas pueden ser necesarias para garantizar la seguridad ciudadana, pero en dichos eventos es necesario que:

el Estado cuent[e] con elementos para acreditar que la actuación de cada una de las personas afectadas se encuadra en alguna de las causas de detención previstas por sus normas internas en concordancia con la Convención. Es decir, que existan elementos para individualizar y separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, a la vez, exista el control de la autoridad judicial<sup>333</sup>.

<sup>330</sup> Corte IDH. Caso *Gangaram Panday Vs. Surinam*. Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47.

<sup>331</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso *Van Alphen vs. Países Bajos*. Comunicación N° 305/1988. Resolución de 15 de agosto de 1990.

<sup>332</sup> Corte IDH. Caso *Torres Millacura y otros Vs. Argentina*. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párrs. 78 y 79.

<sup>333</sup> Corte IDH. Caso *Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 92.

Sobre la justificación de la medida restrictiva, esta siempre es de cargo del Estado y no de la víctima. La Corte IDH ha señalado que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva, viola el derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención:

La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, 'aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia'<sup>334</sup>.

Si la carga de la justificación es del Estado, la fundamentación de estas medidas es esencial. La Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas:

Aún cuando la detención se produzca por razones de –seguridad y orden público (supra párr. 114), ésta debe cumplir con todas las garantías del artículo 7 de la Convención. De este modo, no surge en forma clara de la resolución adoptada por la Directora Nacional de Migración cuál era el fundamento jurídico razonado y objetivo sobre la procedencia y necesidad de dicha medida. El mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida resulta compatible con la Convención Americana. Al respecto, la Corte ha establecido en su jurisprudencia que son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas<sup>335</sup>.

Un aspecto que debemos tener en consideración es que la ausencia de arbitrariedad es un criterio distinto y autónomo del de legalidad. Es decir, es posible

<sup>334</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 111.

<sup>335</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 116.

que estemos ante un acto que priva de libertad a una persona en forma legal, pero que adolece de arbitrariedad. La Corte IDH ha señalado al respecto:

[...] En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. (Caso Cantoral Benavides, Caso Bámaca Velásquez, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros).

Asimismo, la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención<sup>336</sup>.

Esta consideración es relevante en sistemas legalistas, donde la constatación de una causal en la ley o la aplicación de un procedimiento establecido legalmente, pareciera ser condición suficiente de legitimidad. El sistema interamericano apunta en un sentido diverso. La legalidad es uno de los criterios de legitimidad, pero no es el único. Cada medida de privación de libertad deberá asegurarse de ser proporcional, previsible y razonable. Todas estas son cuestiones que debe determinar la autoridad judicial y dar cuenta de las razones que ha tenido a la vista para resolver. En este sentido, la fundamentación de las resoluciones a la luz del caso concreto, son esenciales para evitar situaciones de arbitrariedad. La Corte IDH, al respecto ha señalado:

En este sentido, la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad (caso García Asto y Ramírez Rojas). La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, el

---

<sup>336</sup> Corte IDG. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 90.

Estado debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria (Caso López Álvarez y Caso Servellón García y otros), y por tanto no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado o pandilla<sup>337</sup>.

A modo de síntesis, podemos transcribir un completo párrafo de una sentencia de la Corte IDH donde señala cuáles son los elementos que deben ser analizados para determinar si estamos ante una privación arbitraria de la libertad:

En consecuencia, sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso hacer un análisis de la compatibilidad de la legislación con la Convención en el entendido que esa ley y su aplicación deben respetar los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria<sup>338</sup>: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención<sup>339</sup>.

El Comité de Derechos Humanos ha puesto énfasis en elementos de la persona del privado de libertad para decidir la extensión de la prisión preventiva:

<sup>337</sup> Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 106.

<sup>338</sup> Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 93 y Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 98.

<sup>339</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 166.

El Comité recuerda que las personas privadas de libertad no deben ser sometidas a penurias o a restricciones que no sean las que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. El trato inhumano debe alcanzar un grado de severidad mínimo para quedar abarcado por el artículo 10 del Pacto. La valoración de ese mínimo depende de todas las circunstancias del caso, tales como el carácter y el contexto del tratamiento, su duración, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad, el estado de salud u otra condición de la víctima<sup>340</sup>.

Atendida esta necesidad de controlar los elementos no solo legales, sino que materiales del derecho a la libertad personal, la Corte IDH ha señalado, que una de las medidas que busca prevenir la arbitrariedad de la detención, es el control judicial inmediato. La relevancia de éste radica en la necesidad de reafirmar el presupuesto según el cual en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares y, procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia. En el desarrollo más completo de esta tesis, la Corte dispuso:

Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han dado especial importancia al pronto control judicial de las detenciones a efecto de prevenir las arbitrariedades e ilegalidades. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial, como se da en algunos casos de ejecuciones extrajudiciales, debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo 'inmediatamente' debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el artículo 5.3 de la Convención Europea. Dicho Tribunal destacó "que la detención, no reconocida por parte del Estado, de una persona constituye una completa negación de estas garantías y una de las formas más graves de violación del artículo 5 (Eur. Court HR, Kurt

---

<sup>340</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso *Corey Brough vs. Australia*. Comunicación N° 1184/2003. Resolución de 17 de marzo de 2006, párr. 9.2.

v. Turkey judgment of 25 May 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998 III, para. 124)<sup>341</sup>.

Finalmente, para dar efectividad a estos requisitos, el Tribunal ha declarado que el Estado incumple su obligación consagrada en el artículo 2 de la Convención, cuando su ley interna no establece garantías suficientes al derecho a la libertad personal, ya que permitía el encarcelamiento de comprobarse únicamente “indicios de culpabilidad”, sin establecer que, además, es necesario que la medida busque un fin legítimo<sup>342</sup>.

#### 1.4. Información sobre motivos de la privación de libertad

Toda persona que es privada de libertad tiene derecho a conocer las razones que motivan esta afectación a su derecho a la libertad personal. Comunicar estas razones tiene un objetivo de seguridad del propio privado de libertad. Además, esta información se relaciona con el derecho de defensa de la persona; en efecto, en la medida que sabe los hechos por los cuales se le priva de libertad, podrá comenzar a proyectar su defensa, saber si ejerce su derecho a guardar silencio o no, entre otras cuestiones.

Esta es una materia donde no es posible establecer criterios muy específicos, ya que se deberá resolver su cumplimiento o no en cada caso concreto. Sin embargo, de un caso reciente de la Corte, podemos desprender algunas cuestiones generales. La Corte ha sostenido que cuando en un caso se alegue la violación del artículo 7.4 de la Convención, deben ser analizados los hechos bajo el derecho interno y la normativa convencional, puesto que la información de los “motivos y razones” de la detención debe darse “cuando ésta se produce” y dado que el derecho contenido en aquella norma implica dos obligaciones: i) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y ii) la notificación, por escrito, de los cargos. En un caso en que el Estado no informó de las “razones” de la detención ni notificó los “cargos” en contra de una persona privada de libertad, declaró la ilegalidad de la detención y estableció que esta constituyó una violación del derecho reconocido en el artículo 7.4 de la misma<sup>343</sup>.

Esto es parte de un continuo de información que debe recibir la persona: a) conocer las razones de su detención; b) luego, en el juicio, la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada y; c) finalmente, en la

<sup>341</sup> Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 84.

<sup>342</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 116.

<sup>343</sup> Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 60.

sentencia, una exposición completa de los antecedentes de hecho y de derecho que justifican su condena. Solo en la medida que el Estado va informando de las razones de la afectación de derechos, esta se legitima.

### 1.5. Plazo razonable, autoridad competente y “sin demora”

El Tribunal ha establecido que el artículo 7.5 de la CADH garantiza el derecho de toda persona en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Esta norma impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para asegurar los fines del proceso mediante esta medida cautelar. Desde luego, hay que distinguir entre esta disposición sobre duración de la medida cautelar privativa de la libertad, de la contenida en el artículo 8.1 que se refiere al plazo para la conclusión del proceso. Aun cuando se refieren a cuestiones diferentes, ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona<sup>344</sup>.

Por tanto, una cosa es la duración del proceso que se rige por sus propios principios para determinar si ha sido o no un plazo razonable y un plazo distinto es el que justifica la mantención de esa persona privada de libertad, es este último aspecto el que regula el artículo 7.5 convencional.

Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad. Este derecho del individuo trae consigo, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad:

[...] Este derecho del individuo [a no permanecer en prisión preventiva más allá de lo razonable] trae consigo, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud los procesos penales en los que el imputado se encuentre privado de libertad<sup>345</sup>.

La Corte ha vinculado –correctamente– la prisión preventiva con el derecho de presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, todo ello en directa relación con el sistema democrático:

<sup>344</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 119.

<sup>345</sup> *Ibidem*, párr. 120. Ver también: Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 70.

Después de haber analizado la legalidad de la restricción, la Corte considera indispensable destacar que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática<sup>346</sup>.

Del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la CADH, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. Según la Corte IDH, “(L)a regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal”<sup>347</sup>.

La prisión preventiva se encuentra limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción<sup>348</sup>.

Un tema central respecto de la prisión preventiva es determinar cuáles son las causales que permiten que una persona no sea liberada mientras es juzgada, sino que sea mantenida privada de su libertad, pese a que la ampara la presunción de inocencia. El artículo 7.5 en este sentido señala:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser

<sup>346</sup> Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 129, primera parte.

<sup>347</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 121.

<sup>348</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 122.

puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

En el caso *J. vs. Perú*, la Corte IDH desarrolló ampliamente este punto. Al respecto dispuso:

Este Tribunal ha precisado también que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Concordantemente, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia<sup>349</sup>.

Este razonamiento de la Corte es relevante ya que descarta una serie de elementos que tienden a ser utilizados por los sistemas legales y por la jurisprudencia nacional para justificar la privación de libertad, particularmente, peligrosidad o características personales de la persona<sup>350</sup>. La Corte es clara en el

---

<sup>349</sup> Corte IDH. Caso *J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 159.

<sup>350</sup> En el mismo sentido ya se había pronunciado la Corte: "Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale

sentido que el único elemento que justifica la prisión preventiva es la que se establece en la Convención: asegurar la comparecencia en juicio. Además, dicha causal no se presume, sino que debe justificarse en cada caso concreto a la luz de los antecedentes del caso.

Para llegar a clarificar esta interpretación, la Corte ha tenido un largo recorrido, desde una situación algo confusa a una de mayor claridad como la descrita. En el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, señaló:

[...] La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas [...] <sup>351</sup>.

Luego, en el caso *López Álvarez vs Honduras* rectifica su consideración sobre la causal de peligrosidad y señala:

Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena <sup>352</sup>.

Este es el estándar que se mantiene y aclara en el caso *J. vs. Perú* al que hemos hecho referencia anteriormente y que claramente se condice con el principio por

---

a anticipar la pena". Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 69.

<sup>351</sup> Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 129.

<sup>352</sup> Corte IDH. Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 69.

persona, en el sentido que las restricciones de derecho deben ser interpretadas en forma estricta y no amplia, tal como se establece en el artículo 29 de la CADH.

En relación a la garantía del artículo 7.5 de la Convención, esto es, el derecho a ser llevado sin demora ante un juez, la Corte IDH en el *caso Fleury*, señala que en caso de que el Estado decida restringir esta garantía debe justificar su actuar en fines legítimos, teniendo éste la carga de demostrar que sí existieron razones para no haber puesto a la persona ante la autoridad competente dentro del plazo que contempla la legislación del Estado Parte. Sobre este punto, señala la Corte:

En el presente caso, el señor Fleury estuvo detenido durante un período de 17 horas en la Subcomisaría de Bon Repos y fue liberado antes que la autoridad competente conociera sobre la legalidad de su arresto. Según fue señalado, la Policía no tenía una base real para detener al señor Fleury y no procuró abrirle una investigación ni poner su detención en conocimiento de la autoridad competente. Es claro que toda persona sometida a cualquier forma de privación de la libertad debe ser puesta a disposición de las autoridades competentes, para asegurar, entre otros, sus derechos a la libertad personal, integridad personal y las garantías del debido proceso, lo cual debe ser realizado inmediatamente y en el plazo máximo de detención legalmente establecido, que en Haití sería de 48 horas. De tal manera, corresponde a las autoridades policiales o administrativas demostrar si existieron razones o circunstancias legítimas para no haber puesto, sin demora, a la persona a disposición de las autoridades competentes<sup>353</sup>.

Desde el caso *Castillo Petruzzi*<sup>354</sup>, la Corte IDH —parafraseando a la Corte Europea— ha señalado que, si bien el vocablo “inmediatamente” o “sin demora” debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención.

En el caso *Cabrera García*<sup>355</sup> la Corte IDH añade que, en caso de detenciones efectuadas por personal militar, el control judicial de la detención adquiere una importancia gravitante y por tanto, los plazos deben ser analizados de manera estricta. Esto lo vincula la Corte IDH con el hecho de que la intervención militar en la regulación de asuntos de seguridad pública acarrea un mayor riesgo de

---

<sup>353</sup> Corte IDH. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011, párr. 63.

<sup>354</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

<sup>355</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

que los derechos de las personas sean vulnerados. De ahí que la celeridad en el control judicial de la detención se vuelva una garantía de primer orden en el resguardo de los derechos de las personas detenidas por personal militar:

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal [...] en lo que concierne a la autoridad competente para la remisión sin demora, este Tribunal reitera que los señores Cabrera y Montiel debieron ser llevados ante el juez lo más pronto posible y, en este caso, ello no ocurrió sino hasta casi 5 días después de su detención. En ese sentido, el Tribunal observa que los señores Cabrera y Montiel fueron puestos a disposición de la autoridad competente excediendo el término establecido en la Convención Americana, que claramente exige la remisión 'sin demora' ante el juez [...] Al respecto, la Corte reitera que en zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona [...] En consecuencia, la Corte considera que se vulneró el artículo 7.5 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Cabrera y Montiel<sup>356</sup>.

En este mismo sentido, el Tribunal observa que los señores Cabrera y Montiel fueron puestos a disposición de la autoridad competente excediendo el término establecido en la Convención Americana, que claramente exige la remisión "sin demora" ante el juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales sobre control de la libertad. Al respecto, la Corte reitera que en zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona<sup>357</sup>.

En síntesis, el artículo 7.5 establece dos manifestaciones concretas de los requisitos que debe satisfacer el Estado. Por un parte, poner a disposición de la autoridad judicial a la persona privada de libertad sin demora, lo que implica, que no se justifica un tiempo superior al que tome materialmente el traslado. Por otra, que para mantener a una persona privada de libertad mientras es juzgada, solo hay una causal legítima: asegurar su comparecencia. Ninguna otra condición es legítima, menos la de peligrosidad que contraviene explícitamente el principio de presunción de inocencia.

<sup>356</sup> *Ibidem*, párr. 102.

<sup>357</sup> *Ibidem*, párr. 89.

### 1.6. Control judicial de la privación de libertad “hábeas corpus”

En situaciones de privación de la libertad el *hábeas corpus* representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad de la persona como para controlar el respeto a la vida y proteger la integridad personal del individuo, para asegurar que el detenido sea presentado ante al órgano judicial encargado de constatar la legalidad de la detención, así como para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención y protegerlo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Así lo ha señalado la Corte IDH:

La Corte ha considerado que el recurso de habeas corpus o exhibición personal representa el medio idóneo para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos<sup>358</sup>.

En el caso *Anzualdo Castro*, durante la época en que el recurso de hábeas corpus fue planteado para determinar el paradero del señor Anzualdo Castro, la referida regulación de ese recurso establecía que el mismo era improcedente “[c]uando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”. Consecuentemente, para una situación como la del caso referido, esa disposición desconocía que ambos procedimientos tienen fines distintos y traía como consecuencia que el recurso de *hábeas corpus* resultare impracticable para los fines de protección que debía cumplir y tornaba en ilusorio el análisis de legalidad de la detención objeto de la acción<sup>359</sup>.

Bajo el artículo 7.6 de la Convención este mecanismo de tutela “no puede ser restringido ni abolido”, por lo que la referida causal de improcedencia contra viene abiertamente la disposición convencional. Igualmente, la resolución que rechazó el *hábeas corpus* se basó en la ausencia de pruebas suficientes que acreditaran la autoría de los funcionarios estatales señalados como responsables de la desaparición del señor Anzualdo, es decir, condicionó el recurso a una investigación penal, que en definitiva resultó ser totalmente ineficaz para determinar su paradero<sup>360</sup>.

<sup>358</sup> Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 158.

<sup>359</sup> Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 73.

<sup>360</sup> *Ibidem*, párrs. 128 a 140.

La Corte considera que, bajo las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, la violación del derecho reconocido en el artículo 7.6 del mismo instrumento se configuró en este caso desde el momento en que se estableció en la legislación una restricción que hacía impracticable el ejercicio del derecho protegido, situación agravada por el contexto en que tales recursos no eran efectivos<sup>361</sup>. En cuanto al artículo 25 de la Convención, cuya violación alegan los representantes, este Tribunal ha afirmado que si se examinan conjuntamente los artículos 25 y 7.6 de la Convención, el amparo es el género y el *habeas corpus* uno de sus aspectos específicos. Además, en razón de que el artículo 7.6 de la Convención tiene un contenido jurídico propio y el principio de efectividad (*effet utile*) es transversal a la protección debida de todos los derechos reconocidos en ese instrumento, el Tribunal considera innecesario analizar aquella disposición en relación con el artículo 25 de la Convención<sup>362</sup>. En consecuencia, la Corte IDH concluye que el derecho contemplado en el 7.6 tiene un contenido autónomo.

Por otra parte, la Corte IDH ha señalado que la protección que garantiza el 7.6 es de carácter “judicial”, no administrativa. Por tanto:

El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del ‘arresto o detención’ debe ser ‘un juez o tribunal’ [...] el Tribunal estima que la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales<sup>363</sup>.

Pero no basta con que los recursos existan, sino que es necesario que estos sean efectivos para cumplir con su objetivo de protección de derechos:

Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención<sup>364</sup>.

La Corte ha considerado que el recurso de *habeas corpus* o exhibición personal representa el medio idóneo para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención. Al respecto, la jurisper-

<sup>361</sup> *Ibidem*, párr. 76.

<sup>362</sup> *Ibidem*, párr. 77.

<sup>363</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 126.

<sup>364</sup> *Ibidem*, párr. 129.

dencia de este Tribunal ya ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación sino que deben ser efectivos<sup>365</sup>.

En síntesis, el derecho de *hábeas corpus* es un medio para garantizar la libertad personal y otros derechos que corren esencial riesgo en casos en que no ha habido un cumplimiento a los requisitos necesarios para legitimar la privación de libertad (vida, integridad personal). Este derecho al *hábeas corpus* es un derecho autónomo del derecho general a un recurso efectivo del artículo 25 y es una clara manifestación de la obligación de garantía de los derechos humanos. En este sentido, este es un derecho que siempre puede ejercerse independientemente de otros recursos procesales. Finalmente, este derecho se basa en la efectividad del control jurisdiccional, por lo que no es posible restringirlo en casos de excepción, ni tampoco hacerlo ineficaz por vías de hecho.

## 2. Derecho a la libertad personal en Chile

En este apartado vamos a revisar algunos aspectos de la recepción normativa y jurisprudencial de la libertad personal en Chile. Nos vamos a centrar en dos aspectos que han sido especialmente discutidos ante nuestros tribunales por parte de la Defensoría: los requisitos para la privación de libertad y las causales para mantener la prisión preventiva.

### 2.1. Derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal está consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República. Este artículo regula de manera conjunta el derecho a la libertad y seguridad personal en los siguientes términos:

El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

- a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;
- b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;
- c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha

---

<sup>365</sup> Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 158.

orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

- d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto [...]
- e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla [...].

Para nuestros tribunales la libertad personal debe ser entendida conforme a su versión restrictiva, esto es, como libertad física. A su vez, los mecanismos de protección de la libertad son entendidos como forma para dar efectividad a esta forma restringida de libertad. Un buen ejemplo de esta visión de la libertad personal es la siguiente:

La libertad personal es entendida como la libertad física de la persona, que comprende la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella. Por su parte, la seguridad individual es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger la libertad personal de los abusos de poder y de las arbitrariedades. Esta garantía se expresa en el artículo 19 N° 7, letra b), de la Carta Fundamental, al declararse que nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida 'sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes'<sup>366</sup>.

Asimismo, nos encontramos con un interesante fallo sobre el entendimiento de la jurisprudencia sobre el uso de la privación de libertad como una afectación

<sup>366</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 26 de febrero de 2014, rol 282-2014, considerando 2.

de derechos humanos, que para ser legítima debe ser justificada por la autoridad, ya que se entiende que la privación de libertad es una medida excepcional respecto de la cual deben proceder la judicatura con la máxima cautela:

Que aun cuando la ley no es clara en cuanto a la oportunidad en que el condenado debe manifestar su acuerdo respecto a la posibilidad de sustitución de una pena de multa por servicios a la comunidad, debe tener en cuenta que lo cierto es que los tribunales deben proceder con la máxima cautela en esta materia, cuyo objeto es utilizar como última razón la privación de libertad en situación de infracciones mínimas y por ello, en la concreta situación de autos, debió preguntársele al amparado sobre tal posibilidad para ser debatida en la audiencia de control de detención, ya que ello no se hizo con anterioridad. Así lo ha entendido esta Corte en situación similar, según aparece de la sentencia dictada en la causa rol N° 40-2013<sup>367</sup>.

Asimismo, hay una sentencia muy interesante sobre el alcance de las obligaciones respecto al derecho a la libertad personal. Para la jurisprudencia éstas alcanzan no solo a la judicatura, sino que también a las policías. Particularmente destacable es el vínculo que se formula entre la medida cautelar y el debido proceso:

[...] Las policías no están exentas de cumplir con las reglas que conforman las garantías básicas del debido proceso del imputado, es más, son los primeros obligados a su íntegro respeto, por conformar la fuerza armada del Estado en la prevención, investigación y represión del delito, razón por la cual deben someterse siempre a la legalidad, aun cuando excusen su obrar en la buena fe [...]

Que de esta manera resulta evidente que C.A.S.Z. fue puesto en una posición desfavorable o desventajosa, afectando el debido proceso, ya que por la irregular actuación de la policía se vio privado de la posibilidad de ejercer sus derechos como interviniente, que debe estar en absoluta igualdad de posiciones frente a su oponente, evitando el perjuicio<sup>368</sup>.

Respecto de la privación de la libertad personal como una medida de excepción y su vínculo con la presunción de inocencia, la Corte de Apelaciones de Santiago, señala:

---

<sup>367</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 24 de noviembre de 2013, rol 149-2013, considerandos 7 y 8.

<sup>368</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 17 de mayo de 2013, rol 252-2013, considerandos 6 y 7.

Si se atiende a la entidad del derecho comprometido, es evidente que cualquier medida que afecte la libertad personal ha de ser de carácter excepcional, de momento que está limitada por la presunción de inocencia. Dicha excepcionalidad se incrementa cuando se trata de una detención meramente policial, en la medida que se lleva a cabo sin orden judicial previa. Por lo tanto, una privación de libertad de esa índole debe extenderse por el tiempo mínimamente posible y ha de ejecutarse con estricta sujeción al respectivo régimen legal. De no entenderse así, carecerían de sentido y de eficacia los mecanismos protectores del derecho fundamental;

En tales condiciones, un procedimiento como el descrito importa prolongar innecesariamente una privación de libertad y, por lo mismo, significa desatender lo establecido en el artículo 131 del Código Procesal Penal, de lo que se sigue que resultó afectada la seguridad individual de las amparadas<sup>369</sup>.

Un buen resumen sobre el acercamiento jurisprudencial sobre la libertad personal en Chile es el siguiente:

La libertad personal es entendida como la libertad física de la persona, que comprende la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella. Por su parte, la seguridad individual es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger la libertad personal de los abusos de poder y de las arbitrariedades. Esta garantía se expresa en el artículo 19 N° 7, letra b), de la Carta Fundamental, al declararse que nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida 'sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes'.

[...] En la especie no fue respetado el derecho fundamental que cede en su beneficio ni fueron guardadas las formalidades legales, incurriéndose en una que no puede ser tolerada. En efecto, las detenciones en entredicho fueron ejecutadas a las 10:40 horas del día 12 de febrero de 2014 y a pesar que alrededor de las 14:00 horas de ese mismo día la Fiscal de Turno dispuso la libertad de las amparadas, tal orden sólo vino a ser ejecutada a las 23:55 horas, esto es, prácticamente 10 horas después. [...] <sup>370</sup>.

<sup>369</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 26 de febrero de 2014, rol 282-2014, considerando 7.

<sup>370</sup> *Ibidem*, considerandos 2 y 3.

En definitiva, en materia de libertad personal, nos encontramos con una interpretación restrictiva de la idea de libertad personal, aunque sí con una clara visión de que esta es una medida de restricción de un derecho constitucional y amparado internacionalmente, que por tanto, para su legitimidad, deben concurrir elementos mínimos que justifiquen cualquier medida restrictiva.

## **2.2. Legalidad de la privación de libertad**

Para que la orden que priva a una persona de su libertad sea legal, requiere no solo una fuente legítima (dictada por la autoridad competente), sino que debe apegarse a los casos que la ley establece para estas medidas. Este es un punto muy relevante, ya que muchas veces los tribunales confunden el elemento de legalidad solo con la verificación de la autoridad que dicta la orden o que esta procede de una detención en caso de flagrancia (policía). De ahí la importante de lo dispuesto por la Corte Suprema en la materia:

Que de acuerdo al claro tenor de la norma referida, la solicitud de detención para los fines allí previstos está reservada para el Ministerio Público quien no es ni puede ser interviniente en esta causa, atendida la naturaleza del procedimiento de que se trata.

Que en consecuencia, si bien la orden de detención cuestionada fue dictada por autoridad competente, lo ha sido fuera de los casos previstos por la ley, con infracción a lo dispuesto por el artículo 127 inciso primero del Código Procesal Penal<sup>371</sup>.

Pero no basta que sea una autoridad y en los casos previstos en la ley, sino que el procedimiento para la toma de decisión debe ser adecuado y dicha adecuación está vinculada, entre otras, a la no afectación del derecho a un debido proceso:

Que de lo reseñado en el motivo 3 de esta sentencia, se constata que si bien los hechos en que funda su petición el Ministerio Público y aquellos que la juez tiene en cuenta para acceder a la misma son similares, lo cierto es que la finalidad es distinta, configurando fundamentos jurídicos distintos, pues para el primero es el peligro de fuga y para la segunda, la seguridad de la sociedad; y al oponerse a dicha medida el defensor penal público lo hizo en relación a lo indicado por el persecutor, como correspondía, de manera que al no ser debatido el peligro para la seguridad de la sociedad, se afectó el derecho a la defensa técnica del imputado,

---

<sup>371</sup> Corte Suprema. Sentencia de 8 de junio de 2010, rol 3981-2010, considerandos 3 y 4.

vulnerando el principio de contradicción y el acusatorio, no respetando así la garantía constitucional del debido proceso.

Que por consiguiente ha existido una manifiesta afectación de la libertad personal del imputado al disponerse su privación de libertad, en un procedimiento irregular, lo que lleva a acoger la acción constitucional intentada en estos antecedentes<sup>372</sup>.

Sobre las formalidades que deben ser cumplidas al momento de dictar una orden de detención, la Corte de Apelaciones de Coyhaique ha señalado que la verbalidad de la orden no cumple los requisitos legales:

Que a diferencia de lo razonado en el motivo que antecede la detención no es una diligencia procesal sino que una medida cautelar de aquellas que establece y regula el Título V del Libro I del Código Procesal Penal, disponiendo al respecto el artículo 125 de dicho texto que ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere.

Agrega el legislador que para poder proceder a la detención o prisión preventiva de cualquier persona debe darse cumplimiento a los requisitos que al efecto dispone el artículo 154 del Código Procesal Penal en cuanto a que toda orden de prisión preventiva o de detención será expedida por escrito por el tribunal y contendrá:

- a) El nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren;
- b) El motivo de la prisión o detención, y
- c) La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere.

A lo anterior cabe agregar lo estatuido en el inciso final del artículo 122 del mismo texto de enjuiciamiento analizado en cuanto a que las medidas cautelares personales serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada y mal podría entenderse que lo esté, una orden verbal.

<sup>372</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 16 de noviembre de 2013, rol 1522-2013, considerandos 6 y 7.

Que de lo anteriormente relacionado y razonado se comprueba que en la especie la privación de libertad que afecta al amparado D.D.N.N. y la que en su momento perjudicó a M A.S.N.; ahora en libertad, fue expedida sin cumplir con todas las formalidades que al efecto establece el artículo 19 N° 7 letra c) de la Constitución Política de la República de Chile y el texto procesal del ramo por lo que esta acción constitucional de resguardo de la libertad individual deberá ser acogida en la situación sublite<sup>373</sup>.

En este mismo sentido, la Corte Suprema ha sido explícita en cuáles son las obligaciones de las autoridades del Ministerio Público y policiales para legitimar una privación de libertad ante las instancias judiciales:

Que la exigencia del debido proceso supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que exige de las policías que sometan su actuar a la dirección del Ministerio Público, a quien corresponde por mandato legal la investigación de los delitos y que éste a su vez preste información veraz y oportuna a los Tribunales cuando se trata de probar los motivos que sirven de fundamento a una orden restrictiva de derechos y garantías amparados por la ley procesal y la Carta Fundamental<sup>374</sup>.

Un aspecto relevante a considerar son los efectos que puede tener la ilegalidad de la privación de libertad.

Un primer efecto dice relación con la libertad personal. Frente a una privación ilegal de la libertad personal, lo que procede es la libertad de la persona. De esta forma, se restablece el derecho que ha sido ilegítimamente restringido. La Corte Suprema ha señalado:

Que el caso de autos se encuentra regido particularmente por el referido inciso segundo, toda vez que se relaciona con la normativa del párrafo 5°, del Título I, Libro II del Código Procesal Penal sobre formalización de la Investigación, especialmente en lo que se expresa en los artículos 33, 229 y 231 del mismo cuerpo legal, puesto que la detención del imputado para este efecto exige su comparecencia real por lo cual, y antes de disponerla, debió haber sido legalmente notificado de la orden que lo cita y haberse puesto después de ello en situación de rebeldía, lo que no se cumplió debidamente.

---

<sup>373</sup> Corte de Apelaciones de Coyhaique. Sentencia de 30 de agosto de 2003, rol 17-2003, considerandos 5 y 6.

<sup>374</sup> Corte Suprema. Sentencia de 7 de abril de 2014, rol 3501-2014, considerando 10.

Que en consecuencia, la orden de detención expedida por la Sra. Juez de Garantía de Los Ángeles lo ha sido con infracción a lo dispuesto en las normas citadas y artículo 21 de la Constitución Política de la República.

Por estas consideraciones, se revoca la resolución en alzada de diecisiete de marzo del año en curso, escrita de fojas 19 a 21, en cuanto rechaza el recurso de amparo interpuesto a favor de F.A.O.M. y en su lugar se declara que se acoge el referido recurso, interpuesto a fojas 1, y se deja sin efecto la orden de detención dictada por la señora Juez de Garantía de Los Ángeles, con fecha dos de marzo de dos mil once<sup>375</sup>.

Otro efecto de la privación ilegal de la libertad se vincula con las pruebas. Según un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, no hay un efecto único y anticipado respecto de las pruebas, sino que esto deberá ser evaluado en cada caso. A continuación, señala que en la especie la infracción a la ley en la privación de libertad tuvo efectos en el debido proceso y por tanto, las pruebas se vieron contaminadas por esta ilegalidad y, en consecuencia, no pueden ser utilizadas en juicio.

Si bien de la declaración de ilegalidad de una detención no necesariamente emana la ilicitud de la prueba obtenida en dicha actuación, toda vez que no todos los vicios que se generen en un procedimiento de detención tienen los mismos efectos reflejos sobre los elementos probatorios que se hayan obtenido durante su realización, en el caso que nos ocupa, la ilicitud es de naturaleza material o sustantiva, es decir, se produjo por la vulneración o inobservancia de garantías fundamentales, puntualmente el derecho al debido proceso y a la libertad personal y, en consecuencia, compartiendo el parecer del juez a quo, esta Corte estima que los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público fueron contaminados por la actuación inicial declarada ilegal y no pueden ser utilizados en el juicio oral<sup>376</sup>.

### 2.3. No arbitrariedad en la privación de libertad

Un aspecto que es menos evidente para nuestros tribunales es el requisito de la no arbitrariedad en la privación de libertad. Si bien hay referencias a este elemento en diversas sentencias, no es claro que este requisito haya sido dotado de un contenido autónomo diferenciado del de legalidad. Esto es muy relevante, ya que en ciertos casos estaremos ante una actuación legal, pero no por ello

<sup>375</sup> Corte Suprema. Sentencia de 24 de marzo de 2011, rol 2434-2011, considerandos 3 y 4.

<sup>376</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 14 de julio de 2014, rol 1008-2014, considerando 5.

legítima. La arbitrariedad es un criterio que debe ser analizado en cada caso para determinar la legitimidad de la privación de libertad. No basta que la medida esté dispuesta en la ley, no basta que el funcionario haya actuado dentro de sus competencias y en los casos previstos por la ley, sino que será necesario determinar que dicho actuar legal no sea arbitrario. Por ello, es relevante dotar de contenido a la no arbitrariedad, tal como lo ha ido haciendo la jurisprudencia interamericana, que como hemos analizado *supra*, vincula la no arbitrariedad con criterios como previsibilidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Un ejemplo de la confusión que se puede presentar entre la legalidad de la detención y la arbitrariedad de la misma es la siguiente sentencia:

Que para determinar si la medida de apremio decretada constituye una decisión ilegal o arbitraria es necesario analizar si se cumplen los presupuestos del artículo 127 del Código Procesal Penal, en cuyo inciso primero se permite despachar la orden de detención aún cuando el imputado no hubiera sido citado previamente a la presencia judicial, cuando de otra manera su comparecencia pudiera verse demorada o dificultada.

Que al respecto, el representante del Ministerio Público reconoció en su alegato que, en el marco de la investigación del delito de robo con intimidación, personal policial concurrió al domicilio del amparado –por ser éste sindicado por el coimputado y por la víctima del ilícito como autor del mismo–, sin que la diligencia hubiese arrojado un resultado positivo, antecedente suficiente para estimar que su comparecencia a la audiencia de formalización se está viendo demorada o dificultada, al haberse ya intentado dar con su paradero.

Que en consecuencia, no se observa que en su actuación, el juez recurrido haya incurrido en arbitrariedad o ilegalidad, por cuanto la orden de detención decretada se ha dictado por juez competente, actuando dentro de sus facultades, en un procedimiento legalmente tramitado, aplicando una medida cautelar establecida en la ley, por lo que el presente recurso no puede prosperar<sup>377</sup>.

Como vemos, en este caso, el razonamiento de la Corte se da exclusivamente en términos de la legalidad de la decisión, sin que entregue ningún argumento relativo a la no arbitrariedad de la misma, pero al momento de concluir se establece lo legal y no arbitrario de la medida.

---

<sup>377</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua. Sentencia de 6 de junio de 2010, rol 22-2014, 06 de junio, considerando 2 a 4.

En otro caso, podemos ver un razonamiento interesante ya que sin usar una referencia explícita a la causal de no arbitrariedad, el tribunal sí hace una ponderación de los elementos que permiten determinar que una medida de privación de libertad es legítima o no, más allá de los elementos de legalidad:

Que del mérito de los antecedentes, consta que en audiencia de quince de diciembre de dos mil diez, celebrada ante el Juzgado de Garantía de La Ligua, en causa RIT 2011 2009, se decretó orden de detención en contra del amparado de conformidad a lo prevenido en el artículo 127 inciso segundo del Código Procesal Penal en relación, al artículo 33 del mismo cuerpo legal. Dejándose constancia en esta que el imputado fue notificado de la misma vía correo electrónico con fecha 10 de noviembre de 2010, según consta en el SIAG.

Que con posterioridad a la realización de esta audiencia el imputado remite escrito vía correo electrónico que en lo principal presenta excusas por su inasistencia a la audiencia de juicio simplificado decretada para el 15 de diciembre pasado, fundada en que éste presentaba un cuadro de neumonía, del que daría cuenta el certificado médico que adjunta en un otrosí, motivo por el cual solicita se fije nuevo día y hora para la celebración de la misma. Conjuntamente solicitó, en el segundo otrosí, y atendido la justificación formulada, que se sirva dejar sin efecto la orden de detención. Acompañando un certificado médico emitido con fecha 16 de diciembre del presente, por el Doctor Rubén Urrejola S., el que indica El paciente Héctor Sotomayor padece de un cuadro de neumonitis en tratamiento con antibióticos y debe permanecer en reposo médico desde el 15 a 30 de diciembre.

Todas estas peticiones fueron negadas por el Tribunal mediante resolución de veinte de diciembre de dos mil diez, manteniéndose la orden de detención, fundada en la insuficiencia de la justificación y en el hecho de haberse despachado cuatro órdenes de detención en su contra para que comparezca a las audiencias fijadas en dicha causa.

Que, si bien es cierto, la orden despachada con fecha quince de diciembre del actual fue emitida por autoridad competente de conformidad a la ley, dentro de las facultades que la misma le confiere, y por lo tanto, ajustada a derecho, no es menos cierto, que el amparado presentó justificación ante el Tribunal, la que debió ser ponderada según el mérito de los antecedentes, y además, en su caso, de estimar necesario, haber decretado las medidas pertinentes para acreditar el impedimento alegado, suspendiendo la orden decretada para tales efectos, situación que no ocurre en estos autos, por consiguiente esta Corte estima que resulta

necesario suspender la orden de detención en contra del amparado, razón por la cual el presente recurso deberá ser acogido como se dirá en lo resolutivo de este fallo<sup>378</sup>.

En un caso de similares características, la Corte Suprema, sí consideró explícitamente el elemento de la arbitrariedad:

Que según consta de los antecedentes aportados por la parte recurrente, el amparado, encontrándose legalmente emplazado para la realización de la audiencia de juicio simplificado, acompañó oportunamente al tribunal, esto es, el día anterior al de la convocatoria como consta a fojas 28, una certificación médica que le impedía comparecer a ésta por encontrarse aquejado de un estado gripal y febril, que condujo a un facultativo a prescribir su reposo absoluto por cuatro días, a partir del 22 de noviembre pasado; es decir, dio cuenta precisamente de la circunstancia impeditiva que el Juzgado de Garantía desconoce, como se informa a fojas 23, parecer que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago comparte.

Que, de este modo, la orden de arresto expedida en la audiencia de 24 de noviembre último, deviene en arbitraria y amenaza el derecho a la libertad personal del amparado, justificando de este modo la utilización de esta vía constitucional extraordinaria<sup>379</sup>.

Otro ejemplo de un caso donde sin invocarlo, lo que se está haciendo es un ejercicio de determinación de la arbitrariedad de la medida de privación de libertad, en este caso por parte de la policía, es el siguiente:

Que se entiende por detención en caso de flagrancia, aquella que puede realizar cualquier persona que sorprenda a otra en delito flagrante con el solo objeto de poner al detenido a disposición de la autoridad competente, constituyéndose así en una excepción a la exigencia de la orden de detención previa e intimada establecida en el artículo 19 N° 7 letra c) de la Constitución Política de la República, cuyo no es el caso.

Que en efecto, en la especie, los funcionarios policiales no actuaron dentro del margen de sus facultades al controlar la identidad de la imputada atendido que no existían indicios que justificaran tal actuación toda vez que el solo hecho de apurar su marcha al percatarse de la presencia de funcionarios policiales no significa que se encontrara presta a cometer

---

<sup>378</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 28 de diciembre de 2010, rol 636-2010, considerandos 1 a 3.

<sup>379</sup> Corte Suprema. Sentencia de 7 de diciembre de 2010, rol 9276-2010, considerandos 1 y 2.

un delito o lo haya cometido. De otra parte, tampoco constituye un indicio suficiente el hecho de que en la población donde se encontraba la imputada se hayan producido ilícitos relacionados con el tráfico de drogas porque lo cierto es que éstos se pueden cometer en cualquier lugar de esta ciudad y en general del territorio nacional<sup>380</sup>.

Lo interesante en este caso, es que el criterio que permite determinar la legitimidad de la medida de privación de libertad, es la actuación de la autoridad policial de forma imprevisible, esto es, no es posible para la persona determinar cuándo la autoridad va a considerar que está en una situación que amerita o no una medida restrictiva de la libertad personal.

Finalmente, es relevante tener en cuenta que en los procesos destinados a privar de la libertad a una persona, este no puede estar basado en consideraciones discriminatorias. La Corte Interamericana ha sido muy clara al señalar:

La Corte advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas<sup>381</sup>.

De esta forma, en materia de control de la falta de arbitrariedad como requisito para legitimar la privación de libertad, es posible afirmar que este es un criterio poco desarrollado por nuestros tribunales superiores, que en algunos casos se recurre a él de manera intuitiva, pero aun sin dar razón suficiente de su contenido. Asimismo, es importante observar que aún existe una cierta confusión entre este requisito y el de legalidad, dos elementos que tienen su contenido propio que no debe ser confundido. En efecto, como hemos visto, un acto puede ser legal (apegado a la norma o procedimientos), pero ser arbitrario y en ese sentido, pierde legitimidad.

<sup>380</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 16 de septiembre de 2010, rol 1162-2010, considerando 8 y 9.

<sup>381</sup> Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 112.

## 2.4. Control de identidad

En el campo de la libertad personal y la legitimidad de las medidas restrictivas en Chile, cobra especial relevancia la discusión sobre la figura del “control de identidad” consagrado en el artículo 85 del Código Procesal Penal. Esta es una medida de restricción de la libertad personal y como tal debe estar claramente justificada, tanto en sus aspectos legales como de razonabilidad. Sobre esta materia la Corte Suprema ha señalado:

Al respecto, cabe señalar que el denominado procedimiento de ‘control de identidad’ sólo tiene por finalidad lograr o establecer con certeza la individualización de un sujeto determinado, a fin de obtener posteriormente y con arreglo a derecho y por lo que éste pueda proporcionar, antecedentes o medios probatorios ya para la indagación de presuntos, pero específicos, hechos punibles, ya sobre la individualidad de las personas que pudieron o se aprestaren a cometerlos, constituyendo una verdadera medida de seguridad o resguardo, de antecedentes, pruebas o información, que llega a su fin al establecerse la correspondiente identidad del sujeto, siendo concluyente que el legislador sólo lo permite bajo ciertos respetos y circunstancias, que en el presente caso, según versión de la propia policía, fue la existencia de indicios de que el acusado J.M.J.G.L. habría cometido previamente un crimen o simple delito, y en atención a que no portaba su respectiva cédula de identidad, fue llevado a la unidad policial<sup>382</sup>.

Este es un razonamiento interesante en cuanto establece que esta es una medida de restricción de derechos y por tanto no puede ser discrecional. Ahora en lo que dice relación con la justificación de la medida, el argumento que entrega la Corte Suprema no es suficiente para determinar que estamos ante una situación excepcional de tal naturaleza que permite romper con la presunción de inocencia y justificar la medida de restricción. En efecto, el ex presidente de la Corte IDH ha sido muy claro en señalar que las medidas cautelares (personales entre las más importantes) deben ser justificadas bajo estándares altos de escrutinio. Señala el juez Sergio García:

Las medidas cautelares y de coerción –ante todo, la detención misma– deben organizarse conforme a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, sin perder de vista el carácter excepcional que debiera

---

<sup>382</sup> Corte Suprema. Sentencia de 19 de octubre de 2010, rol 6305-2010, considerando 8.

tener, en el orden jurídico de una sociedad democrática, cualquier restricción precautoria de derechos<sup>383</sup>.

En cuanto al rol de la judicatura en estos casos, particularmente, en el control de la legalidad de la medida, la Corte Suprema ha señalado:

Que de los antecedentes proporcionados por los intervinientes se constató que el control de identidad practicado a la imputada no tuvo más justificación que una denuncia anónima, y que el traslado a la unidad policial obedeció al entorno supuestamente conflictivo en que se realizaba la diligencia, según se desprende de los dichos de los policías, pero ninguno de ellos reconoció haber concedido las facilidades necesarias para obtener la identificación de la imputada.

Que si bien lo expresado ya resulta un exceso en las facultades de que disponía la policía, con motivo del traslado a la unidad la imputada fue sometida a un intenso registro corporal, que revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial como asimismo a las garantías y derechos que el artículo 19°, Nros 3°, 4° y 7° de la Constitución Política reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, lo que no aconteció<sup>384</sup>.

Estos son buenos ejemplos de la aproximación jurisprudencial en casos de control de identidad y la necesidad de avanzar hacia la plena eficacia de la libertad personal en tanto derecho fundamental que solo puede ser restringido bajo ciertas condiciones que la autoridad ejecutiva debe cumplir rigurosamente y los tribunales controlar bajo el mismo rigor.

## 2.5. Información sobre motivos de la privación de libertad

Tal como hemos visto, uno de los derechos de las personas privadas de libertad es que se le informen los motivos que justifican su privación de libertad. Al respecto nuestros tribunales han hecho una interpretación estricta de este derecho, señalando que la persona detenida tiene derecho conocer los motivos de la decisión que lo priva de libertad y los derechos que tiene asociada esa medida restrictiva de derechos, ambos como manifestaciones del derecho constitucional a la libertad personal.

<sup>383</sup> Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, voto concurrente juez Sergio Ramírez, párr. 20.

<sup>384</sup> Corte Suprema. Sentencia de 3 de junio de 2011, rol 2346-2013, considerandos 9 y 10.

Sobre el alcance de la información que debe recibir la persona al momento de su privación de libertad, fundado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, la Corte Suprema ha señalado que la información debe ser “cabal”, esto es, debe ser completa y suficiente:

Que la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales, en particular aquella que ordena la prisión preventiva, constituye una garantía consagrada en favor del imputado, quien debe conocer a cabalidad los motivos de la decisión que lo priva de su libertad, y que encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República<sup>385</sup>.

Una resolución interesante es la de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en la que señaló que al no darse a conocer al acusado todos los derechos del artículo 135 del CPP, no se cumplió con la obligación legal relativa a las garantías del imputado (artículo 93 letra a.), ya que el conocimiento íntegro y no solo parcial de estos derechos constituye una violación de un derecho fundamental del todo detenido:

Que, estos sentenciadores comparten los fundamentos de la resolución del Juez de Garantía de Puerto Montt, que de manera razonable decide limitar el testimonio de los funcionarios policiales Jaime Osvaldo Monsalve Hernández y José Luis Matus Raddatz, quienes en el juicio oral no podrán referirse a la declaración del acusado prestada el día 8 de abril de 2008, porque dichas declaraciones han sido obtenidas con inobservancia de sus garantías fundamentales, entre las cuales está que se le den a conocer previo a prestar declaración todos los derechos que le acuerda el artículo 135 del Código Procesal Penal, lo que no se ha cumplido en la especie, ya que en el acta leída en la audiencia, no obstante señalar que se el dieron a conocer los derechos de la letra a) del artículo 93, sólo existe constancia que se le informó su derecho a guardar silencio y a ser asistido por un abogado, omitiéndose informarle de manera específica y clara acerca de los hechos que se imputaron y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes, que es una obligación esencial de la policía y un derecho fundamental de todo detenido, inobservancia de garantías fundamentales que es bastante para rechazar el recurso, resultando innecesario analizar si el estado de ebriedad que presentaba

---

<sup>385</sup> Corte Suprema. Sentencia de 30 de diciembre de 2013, rol 17103-2013, considerando 2.

el imputado al prestar declaración constituía en si mismo una infracción de garantías fundamentales<sup>386</sup>.

## 2.6. Plazo razonable, autoridad competente y “sin demora”

Como ya hemos visto al momento de fijar cuáles son los estándares internacionales en materia de prisión preventiva, el artículo 7.5 trata tres cuestiones relevantes para Chile. La primera es la necesidad de que la persona privada de libertad sea puesta “de inmediato” a disposición de la autoridad judicial. El segundo tema es que puesta a disposición de la autoridad judicial, esta debe juzgar a la persona y en caso que el juzgamiento demore, es necesario invocar en el caso concreto alguna de las causales que permiten mantener a una persona privada de libertad.

En primer lugar, sobre el requisito de poner “de inmediato” a la persona privada de libertad en manos de la autoridad judicial, surge un tema relevante en Chile respecto de las detenciones que efectúan privados. En este sentido, las autoridades judiciales han sido muy claras que este es un requisito que no solo busca controlar la privación de libertad, sino que también busca asegurar el ejercicio de otros derechos. Uno de estos derechos es el del debido proceso (derecho de defensa). En una sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago, se indica:

Este tribunal, por la unanimidad, tiene en consideración que el artículo 129 del Código Procesal Penal nos señala que cualquier persona podrá detener a quien sorprende en delito flagrante debiendo entregar inmediatamente al ofendido a la policía, al Ministerio Público u otra autoridad.

El entregar inmediatamente necesariamente debe interpretarse no sólo desde el punto de vista de las palabras de la ley sino que también de las circunstancias en que ésta se verifica la detención de un sujeto en una ciudad como Santiago; en el centro de Santiago es absolutamente diferente de lo que puede ser una periferia, en un aspecto rural, en el campo, en la montaña, o en cualquier otro lugar, de tal modo que serán las circunstancias de cada una de ellas la que tendrán que ser consideradas por el juez para estar justificado o no este artículo 129.

Es este caso no se ha discutido por las partes el que aquí existió un delito flagrante, cometido por una persona que entró a una tienda o sustrajo especies o se las llevó sin pagar; de este modo una vez producida la detención en flagrancia se pone ésta en comunicación de Carabineros, quienes

<sup>386</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 3 de abril de 2009, rol 36-2009, considerando 6.

a su vez se comunican con los Fiscales, de tal manera que se da inicio a toda la cadena de comunicados y llamados a las distintas autoridades que tienen por objeto preservar y garantizar la seguridad del imputado<sup>387</sup>.

Estos considerandos dejan ver dos temas que son de mucha relevancia como criterios generales. El primero es la consideración de las circunstancias del lugar donde la persona es privada de libertad; si bien no puede establecerse un criterio único y objetivo para determinar cuándo una persona ha sido puesta “sin demora” a disposición de las autoridades, sí es claro el argumento en el sentido que es la autoridad quien debe demostrar la razonabilidad del tiempo atendidas las circunstancias geográficas donde se ha producido la detención. En segundo lugar, en lo que dice relación con la finalidad de esta garantía, el fallo señala que dicho fin dice relación con generar una “cadena de comunicaciones” con miras a garantizar la seguridad de la persona que ha sido privada de libertad por parte de privados. Por tanto, no estamos solo ante una carga para las autoridades involucradas, sino ante un ejercicio de derechos de la persona privada de libertad.

Sin duda alguna, es el segundo aspecto de este artículo 7.5 el más complejo para nuestro país: el plazo razonable de la prisión preventiva y las causales que permiten su mantención. Como hemos visto, la CADH solo establece como causal para mantener la prisión preventiva aquella vinculada con el aseguramiento de la persona juzgada en el juicio; mientras que el artículo 140 del CPP amplía su procedencia a circunstancias tales como la “peligrosidad” del imputado.

El planteamiento jurisprudencial más interesante de comentar en Chile es el siguiente:

Que nuestra Constitución establece, como Bases de la Institucionalidad, que el Estado está al servicio de la persona humana (artículo 1°, inciso 4°) a quien se le asegura el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, salvo que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad (artículo 19, N° 7, letra e), lo que se encuentra en armonía con el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y especial con el artículo 9, N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que indica que ‘la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o a cual-

---

<sup>387</sup> Corte Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de septiembre de 2006, rol 1596-2006.

quier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo', normas que son de aplicación obligatoria por reenvío del artículo 5°, inciso 2° del referido texto Constitucional. En consonancia con lo anterior, nuestro sistema normativo regula en el artículo 139 del Código Procesal Penal, que la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Por consiguiente, la prisión preventiva es una medida de último ratio, cuando las otras cautelares señaladas en el artículo 155 no sean adecuadas para los fines antes indicados<sup>388</sup>.

En este caso, se hace un análisis a partir de las obligaciones internacionales del Estado, pero se agrega la causal de seguridad del ofendido y de la sociedad, como si fueran parte de la norma convencional. Es evidente que nuestro sistema de libertad personal es abiertamente contradictorio con la normativa internacional. Sin embargo, en el caso *Norin Catrimán y otros vs. Chile*<sup>389</sup>, la Corte IDH matiza esta postura y otorga una interpretación de la norma nacional que busca su compatibilidad con las obligaciones internacionales. En efecto, en este caso, la Corte IDH señaló:

Con base en los anteriores razonamientos, el Tribunal estima que el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal aplicado al señor Ancalaf y el artículo 140.c del Código Procesal Penal de 2000 aplicado a las restantes siete presuntas víctimas que regulaban la causal de prisión preventiva relativa al 'peligro para la seguridad de la sociedad' no eran normas per se contrarias a la Convención Americana, puesto que podían ser interpretadas de una manera acorde a la misma, siempre y cuando se aplicaran buscando un fin procesal y los criterios tomados en cuenta fueran valorados en relación con la evaluación de la configuración de un riesgo procesal en las circunstancias del caso concreto. Por consiguiente, Chile no violó el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, consagrado en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 7 de la Convención Americana, en perjuicio de las ocho presuntas víctimas del presente caso. Las violaciones a su derecho a la libertad personal se derivan de la interpretación y aplicación judicial de dichas normas<sup>390</sup>.

<sup>388</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 11 de marzo de 2013, rol 39-2013, considerando 3.

<sup>389</sup> Corte IDH. Caso *Norin Catrimán y otros* (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

<sup>390</sup> *Ibidem*, párr. 364.

Son dos las cuestiones relevantes del argumento de la Corte IDH. Por una parte, que la causal de “peligro para la seguridad de la sociedad” no es *per se* incompatible con la Convención, cuestión que es extraordinariamente discutible a la luz del texto expreso del artículo 7.5 de la CADH y del principio de presunción de inocencia que se consagra en el 8.2 convencional. En segundo lugar, que la legitimidad de esta causal está ligada a la demostración en el caso concreto de la conexión de dicho “peligro para la sociedad” con el fin procesal de la medida. Es decir, lo relevante sigue siendo el peligro de no comparecencia en juicio y la prueba que se rinda en este sentido.

Como vemos, acá el argumento vuelve a ser el de control de convencionalidad, la legitimidad de la medida de prisión preventiva fundada en la peligrosidad depende de que esta sea interpretada a la luz del 7.5 convencional. Por tanto, el juez nacional no puede simplemente invocar esta causal, sino que debe fundarla en el caso concreto a la luz de las funciones procesales que tiene la medida y con estricta sujeción a los principios que uniforman la prisión preventiva: medida cautelar, no punitiva; debe fundarse en elementos probatorios suficientes; está sujeta a revisión periódica; debe tener finalidad compatible con la convención; debe ser idónea, necesaria, proporcional y no arbitraria<sup>391</sup>. Señala la Corte IDH respecto de este ejercicio de control de convencionalidad:

Al pronunciarse sobre las violaciones constatadas en el presente caso en relación con las medidas de prisión preventiva a que fueron sometidas las víctimas, la Corte tomó en cuenta que la causal de peligro para ‘a seguridad de la sociedad’ estipulada en el artículo 363 del antiguo Código de Procedimiento Penal y en el artículo 140.c del Código Procesal Penal de 2000, que tiene un sentido abierto, fue aplicada a las ocho víctimas sin un análisis de la necesidad que justificara la medida con base en un riesgo procesal en el caso concreto. En consecuencia, la Corte no encuentra pertinente ordenar a Chile la adecuación de su derecho interno ya que las violaciones al derecho a la libertad personal constatadas en la presente Sentencia se derivan de la interpretación y aplicación judicial de dichas normas. No obstante, la Corte recuerda que las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar que la medida de prisión preventiva sea siempre adoptada de acuerdo a esos parámetros<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> *Ibidem*, párr. 311.

<sup>392</sup> *Ibidem*, párr. 464.

En este caso, sin perjuicio de una adecuada interpretación judicial, parece necesaria una reforma constitucional y legal, que haga compatible el derecho interno con los compromisos internacionales del Estado. Si bien la Corte IDH ofrece una interpretación de la norma nacional que busca cumplir con los fines del artículo 7.5 convencional, el peligro de aplicar la norma fuera de los límites fijados por las obligaciones internacionales es alto. La Corte IDH, así lo ha señalado:

El artículo 2 de la Convención Americana contempla el deber general de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. La Corte ha establecido que dicho deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. En particular, ello implica que el Estado tenía la obligación de adoptar las medidas que fueran necesarias para adecuar su normativa y su práctica judicial de forma de garantizar todos los aspectos del derecho a la libertad personal consagrada en el artículo 7 de la Convención, desde la fecha en que ratificó la Convención. A partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 25.475, al no permitirse excepciones a la detención obligatoria prevista en dicho decreto, implícitamente se prohibió la valoración de la pertinencia de continuar con la prisión preventiva de la señora J. quien permaneció privada de libertad hasta el 18 de junio de 1993<sup>393</sup>.

### 2.7. Control judicial de la privación de libertad “hábeas corpus”

En materia de *hábeas corpus* hay un par de cuestiones relevantes para Chile. Una de ellas es el sentido amplio de esta medida de protección de derechos que no está limitada exclusivamente al control de legalidad de la privación de libertad. En este sentido, es relevante revisar la jurisprudencia nacional que se ha pronunciado en este sentido amplio y la forma a través de la cual ha fundado esta posición más amplia. Otro tema es el de la relación entre el control judicial de la privación de libertad y la acción de *hábeas corpus*.

Sobre el alcance amplio de la acción de *hábeas corpus*, la Corte Suprema ha señalado:

El recurso de amparo tiene su base constitucional en el artículo 21 del texto fundamental y procede en favor de todo individuo que se hallare

<sup>393</sup> Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 164.

arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, estando también instituido en beneficio de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, según expresan los incisos 1º y 3º de esa disposición. La acción conforma un procedimiento no contradictorio caracterizado por la "urgencia", según se infiere de la terminología empleada en el artículo precitado, de recurrir a la magistratura a fin de que ésta adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho (inciso 1º), ordene su libertad inmediata..., procediendo en todo breve y sumariamente... (inciso 2º), y todo ello porque el amparo en sí es un pedido de auxilio constitucional directamente propuesto a la jurisdicción (Raúl Tavolari).

Creemos que habiendo dispuesto la ley procesal común una forma de impugnar los autos de procesamiento, sobre todo cuando revisten el carácter de complejos, como lo son en la especie, el habeas corpus, en razón de su carácter extraordinario y excepcional para un fin específicamente determinado en la ley, cual es proteger la libertad individual de una persona, no es la vía idónea para atacar o impugnar resoluciones de encausamiento, cuyo objetivo inmediato es hacer efectiva la responsabilidad penal de una persona en un hecho punible, de modo que su impugnación debe hacerse por la vía ordinaria y de lato conocimiento señalada por el legislador, la que va a permitir un análisis exhaustivo de su pertinencia. Existiendo opiniones autorizadas de la no aplicación del título relativo al amparo del Código de Procedimiento Penal, adherimos al sector que acepta su vigencia al no estar orgánicamente derogado por el Código Procesal Penal, ya que ese nuevo Código produce la derogación orgánica de las normas procesales preexistentes, pero como las que regulan la sustanciación del recurso contenidas en los artículos 306 a 317 bis del Código de Procedimiento Penal no tienen tal carácter y recaen en una materia diferente, más amplia y fundamental, cual es la salvaguardia de la libertad personal y seguridad individual que la Constitución asegura a todas las personas, tales normas no se ven afectadas por ese efecto derogatorio, no incluyendo dentro de la derogación el mencionado artículo 306 que, por tanto, mantiene su vigencia.

En atención a la finalidad específica y principal de un Habeas corpus de obtener la libertad de un individuo privado de ella en forma ilegal, tenemos que, en el caso de ahora, el amparado se encuentra en libertad provisional previo pago de una caución en dinero, lo que

desde ya habilita para el rechazo del recurso en ese extremo, y como el arraigo es un efecto que opera por el solo ministerio de la ley, mal podría dejarse sin efecto si el auto de procesamiento debe continuar vigente. Las resoluciones impugnadas revela que han sido dictadas por una autoridad judicial competente, en uso de sus atribuciones y en los casos contemplados por la ley, poseyendo los elementos de convicción suficientes para estimar concurrentes los requisitos que el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal exige para someter a proceso a una persona, por manera que bajo ninguna circunstancia puede afirmarse que se trata de resoluciones ilegales y arbitrarias<sup>394</sup>.

Este es un fallo que resume claramente la mirada más tradicional sobre el *hábeas corpus*, como un recurso que está limitado a los temas de libertad personal. En este sentido, si bien se establece que este es un derecho garantizado constitucionalmente, no se le da un sentido protector amplio de otros derechos que también pueden verse amenazados al momento de una privación ilegítima de la libertad.

Hay dos resoluciones de cortes de apelaciones que nos parecen apuntan en un sentido de mayor amplitud de la protección jurisdiccional a través del mecanismo del *hábeas corpus*. En la primera de ellas, la Corte de Apelaciones de La Serena hace una interpretación amplia de las facultades que le confiere el artículo 21 constitucional. A partir de esta interpretación amplia y de las facultades que le son entregadas a la judicatura hay una base sólida para ir ampliando el alcance de este derecho. Señala la referida Corte:

Que en ausencia de una clara herramienta recursiva que suministre el Código Procesal Penal y que haya podido ser utilizada por la defensa para alzarse en contra de la errónea decisión del juez, la que ha provocado que a la fecha se mantenga privado de libertad a Claudio Eduardo Rodríguez Rivera cumpliendo una condena que a todo evento ya debe considerarse satisfecha, pues ella no ha podido exceder, de manera alguna a la de sesenta días de prisión en su grado máximo, es que la acción de amparo constitucional deducida resulta idónea, por cuanto, qué duda cabe, es a esta Magistratura, la Corte de Apelaciones, a quien, a virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, le ha sido otorgada una jurisdicción amplia y también competencia, respecto del restablecimiento del imperio del derecho y para el otorgamiento de la debida protección del afectado.

<sup>394</sup> Corte Suprema. Sentencia de 4 de julio de 2006, rol 3165-2006, considerandos 2, 3, 5, 6 y 7 de Sentencia de Corte de Apelaciones confirmada por Corte Suprema.

En efecto, conforme lo establece el inciso primero del citado artículo 21, se puede recurrir de amparo a favor de todo individuo que 'se hallare arrestado, detenido o preso', con infracción a lo que disponen la Constitución y las leyes. Su tercero agrega que 'El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual', regulación esta última que se identifica con el llamado recurso de amparo preventivo.

Es dable recordar que la 'libertad personal' es entendida como la libertad física de la persona, que comprende la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella, mientras que la 'seguridad individual' es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger la libertad personal de los abusos de poder y de las arbitrariedades. Tal garantía se expresa en el artículo 19 N° 7, letra b) de la Carta Fundamental, al declararse que nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida 'sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes'<sup>395</sup>.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción, en un fallo reciente se ha pronunciado acerca de una interpretación más amplia y finalista de la acción de *hábeas corpus*, particularmente, en la interpretación del plazo en que debe interponerse esta acción. Señala la Corte:

Que, este razonamiento resulta más adecuado a la Constitución, posibilitando así el acceso al derecho a la acción constitucional de protección, teniendo presente que el legislador en el artículo 20 de la Constitución Política de la República no fijó un plazo para ejercitarla, al igual que el *hábeas corpus* del artículo 21, ambos tutelan derechos fundamentales como los derivados de la vida y la libertad frente a cualquier acto u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que pueda vulnerar dichos derechos.

Además, la trascendencia del amparo de garantías constitucionales, y el debido resguardo para que éstas no sean conculcadas, justifica una mayor reflexión y racionalidad en las cuestiones de hecho que originan el cómputo del plazo en la interposición de la referida acción<sup>396</sup>.

<sup>395</sup> Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia de 24 de julio de 2014, rol 68-2014, considerando 10.

<sup>396</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 24 de julio de 2014, rol 68-2014, considerando 4.

Sin duda que una interpretación que no sea formalista y que busque una mejor protección del derecho amenazado, es un espacio propicio para dotar a este recurso de un alcance acorde con los estándares internacionales.

El otro tema que surge con frecuencia en esta materia es la relación entre la protección constitucional y el control de la detención que se entrega al conocimiento de los jueces de garantía. Al respecto, es interesante señalar que la propia Corte Suprema ha señalado que la protección constitucional tiene plena vigencia y aplicación y no ha dejado de ser un mecanismo de protección útil y necesario. Ha señalado la Corte Suprema:

Que en el presente caso, a juicio de este tribunal, tal extremo es innecesario, desde que existen otras medidas que pueden lograr los objetivos antes señalados, las que se encuentran contenidas en el artículo 155 del código procedimental del ramo, siendo de advertir que esta vía extraordinaria –la acción constitucional de amparo– es idónea para resolver la situación procesal de la imputada, relativa a su prisión preventiva, desde que la mantención de su estado actual de privada de libertad en un establecimiento carcelario es un hecho material indiscutible y que, por lo mismo, torna en arbitrario, atendida, precisamente, la existencia de medidas legales alternativas, posibles de aplicar, y precisará en lo dispositivo de este fallo<sup>397</sup>.

Respecto del rol que cumple el control de detención, es interesante el siguiente razonamiento de la Corte de Apelaciones de Concepción:

Que los casos de quebrantamiento de condena y la situación de fuga, no obstante que están relacionados más bien con la ejecución penal que con el aseguramiento de la comparecencia, igualmente exigen control en audiencia por existir norma que avala esta exigencia.

En efecto, el inciso 2° del artículo 131 del Código Procesal Penal, ordena la puesta a disposición del tribunal "cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130", es decir, incluyendo estas detenciones.

Por otra parte, las normas que regulan la detención, y, por lo tanto, su control, aparecen entre las disposiciones generales del Libro Primero del Código Procesal Penal.

Por su ubicación y consagración con carácter de normas generales pueden aplicarse a cualquier tipo de privación transitoria y breve de la libertad que no tenga un procedimiento especialmente previsto para su control.

<sup>397</sup> Corte Suprema. Sentencia de 3 de abril de 2014, rol 7425-2014, considerando 3.

Si se trata de aprehensión para la ejecución de la sentencia, a menos deberá determinarse en qué condiciones fue practicada, pero no solo la legalidad de su ejecución puede ser relevante, el control puede cobrar importancia, entre otros asuntos, por la posibilidad que una orden sea tan antigua como para suponer que la pena se encuentre prescrita y, para verificar la identidad del aprehendido<sup>398</sup>.

Dos cuestiones a destacar de este razonamiento. El primero, el carácter amplio de la protección judicial frente a distintas formas de privación de libertad. En segundo lugar, la necesidad de un control no simplemente formal sino que este debe ser más profundo y amplio, permitiendo resolver cuestiones que en principio pueden parecer legítimas, pero que no lo son.

Finalmente, en materia de flagrancia, la Corte de Apelaciones de Santiago ha llamado la atención de la necesidad de un control judicial que lleve la protección de derechos a la sede en que dicha protección debe darse naturalmente, esto es, en la sede judicial:

Que como primera cuestión es conveniente precisar el sentido de la audiencia de control de la detención.

Para ello no debe olvidarse que en los casos de flagrancia la privación de libertad es decidida por la policía y aceptada por el Ministerio Público, y que en la especie ha sido practicada por particulares.

Esto es se trata de una situación claramente excepcional porque es de la esencia del sistema de libertades individuales que toda detención sea decidida por un tribunal.

Ante la inevitabilidad de la intervención, a consecuencia de la necesidad de actuar ante la urgencia, el sistema ha previsto verificar la legalidad del proceder de quien naturalmente no es el llamado a afectar el derecho constitucional de la libertad personal porque, y aunque ello tenga lugar luego de ocurrida la detención, con tal examen de legalidad se judicializa una actuación que por circunstancias infranqueables en su comienzo no pudo ser radicada en la jurisdicción, esto es en su lugar natural.

Se trata, entonces, de una actuación jurisdiccional que tiene como única finalidad controlar la legalidad de la detención aceptada por el

---

<sup>398</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 4 de marzo de 2014, rol 35-2014, considerando 8.

Ministerio Público y, por lo mismo, se agota con la declaración dada a este respecto<sup>399</sup>.

Respecto de aquellos casos en que la privación de libertad ha sido realizada por privados, las medidas de protección pasan a ser particularmente relevantes. Por ello es interesante el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta:

Que es doctrina de este Tribunal de Alzada, verbigracia la sustentada en fallo de cuatro de Julio de dos mil siete, ROL N° 151/2007, que en situaciones de hecho como las descritas en los considerandos que anteceden, en las que el imputado fue detenido por guardias de seguridad de un establecimiento mercantil, y sin que se haya invocado alguna imposibilidad física o material en la demora de funcionarios de Carabineros para acudir al lugar de detención, es evidente que ha habido un inexcusable exceso en tal detención.

En efecto, los referidos empleados del ya dicho establecimiento comercial, se excedieron en ella más allá de la autorización reglada en el mencionado artículo 129, que les exige entregarlo inmediatamente a la Policía, al Ministerio Público o autoridad judicial más próxima, situación que no sucedió.

Por ello es procedente y de suyo plausible la declaración de ilegalidad de tal detención contraria a Derecho<sup>400</sup>.

## 2.8. Privación de libertad y pueblos indígenas

Otra cuestión relevante en esta materia, es el impacto diferenciado que puede tener la prisión preventiva en personas indígenas. Al efecto, la Corte IDH ha señalado:

A todo lo ya expresado cabe añadir que tampoco se tuvo en cuenta en ninguno de los casos la condición de siete de las presuntas víctimas como miembros de un pueblo indígena y, en particular, la posición de autoridades tradicionales que ocupaban los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao como Lonkos y el señor Ancalaf Llaupe como Werkén de sus respectivas comunidades. Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna deben tomar en consideración las características propias

<sup>399</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de noviembre de 2007, rol 2414-2007, considerando 3.

<sup>400</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 21 de agosto de 2007, rol 193-2007, considerando 5.

que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. La duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo<sup>401</sup>.

Esta aproximación ha sido considerada por la jurisprudencia nacional, cuando por aplicación del Convenio 169 de la OIT, se han considerado las particularidades culturales respecto a la forma del cumplimiento de la pena<sup>402</sup>. En efecto, en base al artículo 10 N° 1 del Convenio, la Corte de Apelaciones de Temuco, en el caso Joel Paillama, señaló que en consideración a este artículo era necesario tomar en cuenta la situación socioeconómica del imputado, lo que la llevó a concluir que era pernicioso para el imputado la reclusión en un centro penitenciario, determinando que debía cumplir la pena en su domicilio<sup>403</sup>.

---

<sup>401</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 357.

<sup>402</sup> Sobre la utilización del Convenio 169 en conflictos penales, véase: Bustamante, Nash y Núñez, 2014.

<sup>403</sup> Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 17 de agosto de 2011, rol 711-2011, considerando 1.

# V. Derecho al debido proceso

## 1. Derecho al debido proceso a la luz del DIDH

### 1.1. Marco normativo internacional

#### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:**

##### **Artículo 14**

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

### **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

#### **Artículo 8**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para

la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

## 1.2. Concepto

La Corte IDH ha entendido por debido proceso “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para una adecuada defensa

ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos<sup>404</sup>. De esta forma, el contenido del debido proceso no se agota en las garantías contempladas explícitamente en los tratados internacionales; si bien estas son garantías mínimas, no logran especificar todos los componentes que integran el debido proceso. Por ello, a partir de tal concepto se pueden complementar las garantías consagradas explícitamente en los tratados. Así, por lo demás, ha sido declarado por la Corte IDH al referirse al concepto de debido proceso en casos penales:

El concepto del debido proceso en casos penales debe incluir, por lo menos, las garantías mínimas a que hace referencia el artículo 8 de la Convención. Al denominarlas mínimas ésta presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal<sup>405</sup>.

La Corte IDH ha sostenido reiteradamente que el debido proceso es necesario para 'proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho'<sup>406</sup>. Por ello, el debido proceso no solo constituye un derecho autónomo, sino que también es una garantía de los demás derechos y como tal, está relacionada directamente con las obligaciones generales que vinculan a los Estados en una sociedad democrática:

Los Estados Partes en la Convención Americana están obligados cumplir las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), dentro de la obligación general, a cargo de los Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción<sup>407</sup>.

Este entendimiento del debido proceso es central en materia penal, donde la legitimidad de la actuación del Estado, en el uso del instrumento penal, dice directa relación con el pleno goce y garantía de los derechos humanos.

En este mismo sentido amplio de la idea de debido proceso, la CIDH ha destacado la unidad de propósito de las garantías judiciales, lo cual permite reunir las a todas bajo un mismo derecho. Así lo ha señalado:

---

<sup>404</sup> Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 102.

<sup>405</sup> Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 176.

<sup>406</sup> Corte IDH. El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párr.25.

<sup>407</sup> Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 147.

El artículo 8 de la Convención Americana establece los requisitos que deben observarse en las diversas etapas procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales [...] Este artículo comprende distintos derechos y garantías que provienen de un valor o bien jurídico común y que considerados en su conjunto conforman un derecho único no definido específicamente pero cuyo inequívoco propósito es en definitiva asegurar el derecho de toda persona a un proceso justo<sup>408</sup>.

De esta manera, la Corte IDH y la CIDH han configurado el debido proceso como el conjunto de garantías necesarias para asegurar procedimientos justos. Es bajo esta premisa que habrá que evaluar si un determinado aspecto del proceso es o no una garantía que compone el debido proceso de acuerdo al DIDH, aun si no está consagrada explícitamente en los tratados.

El concepto de debido proceso se funda en algunos principios estructurantes que es necesario tener en cuenta a la hora de determinar en cada caso concreto cuáles son estos contenidos específicos. Estos principios son: contradicción e igualdad de armas.

El principio de contradicción dice relación con la idea adversarial, donde los actos que determinen el resultado del proceso siempre deben dar la posibilidad a las partes o los interesados a participar en la discusión. En este sentido, las partes deben tener la oportunidad de objetar las peticiones y las pruebas que cada una de ellas presente –lo que implica el derecho a que cada uno presente pruebas–, e incluye también la noción de que las normas de procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja frente a la otra, y que a ambas se les permita defender sus posiciones.

El segundo principio, de igualdad aplicado al proceso, parte de la base que como todo derecho humano, el derecho al debido proceso debe gozarse por todos, sin discriminación; el principio de igualdad, por lo tanto, subyace a éste<sup>409</sup>. Por tanto, en el diseño como en la práctica, se deben tomar las medidas para que todos los actores del proceso puedan participar en él en condiciones equitativas. El Estado, en especial, debe adoptar todas las medidas que garanticen que aquellos grupos especialmente vulnerables, ya sea por razones de edad, género, etnia, condición social, discapacidad física o intelectual, salud u otras puedan gozar y ejercer su derecho a un debido proceso. En caso de no

<sup>408</sup> CIDH. Caso Raquel Martin de Mejía Vs. Perú. Caso N° 10.970. Resolución de 1 de marzo de 1996.

<sup>409</sup> *Ibidem*, p. 207.

existir esta igualdad material, se deben tomar medidas eficaces para establecerla (sobre las obligaciones del Estado véase capítulo I apartado 3).

Un mecanismo para garantizar que en el proceso se puedan ejercer estos principios es el derecho a estar representado por un abogado/a. Si bien este derecho no está establecido de manera expresa para los casos no criminales, obviamente forma parte de los derechos de aquél que acude a la justicia. Por otra parte, la asistencia jurídica gratuita podrá incluso ser exigible en juicios no criminales, cuando, por ejemplo, un procedimiento sea complicado, ya que en ese caso la carencia de ayuda legal hará ilusorio el derecho de una persona a ser oída por el tribunal. Además, si el ordenamiento jurídico nacional no permite litigar por sí mismo, parece evidente que el Estado tendrá obligación de proveer de asistencia jurídica gratuita a las personas sin medios económicos suficientes.

Estos principios generales y su garantía uniforman el debido proceso y por tanto, en un sistema coherente como el nuestro, cada solución particular debe ser capaz de explicarse a la luz de la mejor forma de cumplir con estos principios. *A contrario sensu*, una interpretación de un acto que no permita satisfacer estos principios, debe ser rechazada.

En definitiva, el debido proceso pretende proteger el derecho de los individuos a que las controversias que se susciten entre dos partes, sean ellas particulares u órganos del Estado y se refieran a materias que están o no están en el ámbito de los derechos humanos, o los procedimientos de tipo penal para determinar la culpabilidad o inocencia de una persona, se resuelvan con la máxima justicia posible<sup>410</sup>. Para ello, los instrumentos internacionales establecen requisitos generales que deben ser cumplidos por todo proceso<sup>411</sup> y, además –como el acusado es particularmente vulnerable frente al poder del Estado y en un proceso penal se corre, por lo menos, siempre el riesgo de una limitación a un derecho humano, la libertad personal– ellos contienen las “garantías mínimas”<sup>412</sup> que aseguran un procedimiento adecuado para el imputado, que se aplican conjuntamente con la noción general de debido proceso. Esto implica que es posible que, eventualmente, puedan requerirse garantías adicionales a las mínimas

---

<sup>410</sup> Melgar, 1998: 1035-1048.

<sup>411</sup> Artículo 8.1 CADH y 14.1 PIDCP.

<sup>412</sup> Artículo 8.2 CADH y 14.3 PIDCP. En general, sobre el debido proceso en materia penal, ver Rodríguez, 1998: 1295-1328.

establecidas en estos instrumentos para que un proceso penal específico sea compatible con la exigencia de que el proceso sea debido<sup>413</sup>.

### 1.3. Alcance del derecho a un debido proceso

La Corte IDH ha señalado que las garantías del artículo 8.1 de la Convención no se aplican solamente a tribunales o procesos judiciales, sino también a los procedimientos que, aun cuando no sean estrictamente jurisdiccionales, constituyen el presupuesto de un proceso judicial, tales como las tareas de investigación de cuyo resultado depende el inicio y el avance del mismo<sup>414</sup>.

En el caso *Rosendo Cantú*, haciendo aplicación de este principio, la Corte IDH señaló que, aunque no hubieran existido actuaciones propiamente judiciales en el fuero militar, el hecho de que las investigaciones penales referidas a la violación sexual sufrida por Valentina Rosendo fueran dirigidas por el fuero militar, constituía una infracción a los artículos. 8.1 y 25.1 de la Convención:

[...] la Corte concluye que la intervención del fuero militar en la averiguación previa de la violación sexual contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan e implicó la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados [...] [L]a incompatibilidad de la Convención Americana con la intervención del fuero militar en este tipo de casos no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación, dado que su actuación constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente. Con base en lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú [...]<sup>415</sup>.

La Corte IDH ha sido constante en señalar que el artículo 8.1 de la Convención consagra las garantías mínimas del debido proceso legal necesarias para que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos

<sup>413</sup> “Ahora bien, las exigencias formuladas en el párrafo 3 son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que llene los requisitos previstos en el párrafo 1.” Comité de Derechos Humanos. Observación General 13, 1984, párr. 5.

<sup>414</sup> Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 145 y Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, párr. 120.

<sup>415</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 161.

ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos<sup>416</sup>. Esta postura se reafirma<sup>417</sup> en el caso *Barbani Duarte y otros*:

El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos<sup>418</sup>.

En este sentido, toda decisión que adopte una autoridad y que afecte derechos fundamentales de las personas debe sujetarse a las exigencias del artículo 8.1 de la Convención. En el caso *Vélez Loor*, la Corte IDH añadió que las llamadas “garantías mínimas” contempladas en el artículo 8.2 eran aplicables a un procedimiento administrativo sancionatorio como el que afectaba al señor Vélez Loor (procedimiento de expulsión del país). Lamentablemente, la Corte no precisó si la razón de ello radicaba en la naturaleza o características de este procedimiento, sino que sólo aludió a su jurisprudencia previa<sup>419</sup> en la que sostuvo que tales garantías se extendían también a la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”:

[...] [E]l artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a

<sup>416</sup> Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, párr. 27; Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142; y, Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de julio de 2001, párr. 115.

<sup>417</sup> Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de Septiembre de 2006, párr. 118 y Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrs. 126-127.

<sup>418</sup> Corte IDH. Caso *Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 118.

<sup>419</sup> Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 70; Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 103 y Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 125.

las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda<sup>420</sup>.

En definitiva, el alcance del debido proceso es amplio. Lo relevante en cada caso será determinar si el órgano en cuestión, independiente de su denominación, a través de la decisión que adopte, puede o no afectar derechos humanos.

#### **1.4. Garantías generales que integran el debido proceso**

Los artículos 8.1 de la CADH y 14.1 del Pacto establecen una norma general, que se aplica a todos los procedimientos. De esta norma se desprenden ciertos derechos generales comunes a todo procedimiento, que dicen relación con el derecho a ser oído, el derecho a un tribunal competente, independiente, imparcial y establecido con anterioridad por ley y ciertas garantías generales.

Como toda norma, el artículo 8.1 debe ser interpretado al momento de ser aplicado a un caso concreto y la Corte IDH ha fijado cuál es el criterio que debe servir como guía de interpretación, diciendo que la disposición:

Debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno<sup>421</sup>.

De esta forma, al momento de interpretar el contenido y alcance del debido proceso debe considerarse: el texto del artículo 8 convencional y 14 del Pacto, y su espíritu (objeto y fin de la garantía) en forma conjunta; otros derechos y garantías de carácter convencional, constitucional o legal, que garanticen los derechos de las personas; y aquellos derechos y garantías que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Estos criterios interpretativos, aplicados conjuntamente, determinarán el alcance que debe darse al debido proceso aplicado a cada situación concreta.

##### **1.4.1. Derecho a ser oído**

Para aproximarnos a las garantías que componen el derecho al debido proceso, debemos partir por el derecho a ser oído. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, este derecho “exige que toda persona pueda tener

<sup>420</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142.

<sup>421</sup> Corte IDH. Caso Blake. Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 96. Ver también, por ejemplo, Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 128.

acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”<sup>422</sup>.

En el caso *Cantos*<sup>423</sup>, la Corte IDH se refirió explícitamente al derecho de acceso a la justicia, afirmando que éste se derivaba tanto del artículo 8.1 como del 25.1 de la Convención Americana, distinguiendo así entre los contenidos de ambos artículos, pero situándolos a los dos como parte de una idea más amplia, el derecho de acceso a la justicia:

[...] Esta disposición [artículo 8.1] de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.

El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley [...]”<sup>424</sup>.

En particular, el derecho a ser oído consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, los cuales consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusa-

---

<sup>422</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 72; Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 120 y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 228.

<sup>423</sup> Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrs. 50-52.

<sup>424</sup> *Ibidem*, párrs. 51 y 52.

ción penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera<sup>425</sup>.

En el caso *Baena Ricardo y otros*<sup>426</sup>, la Corte IDH desarrolló someramente el contenido y alcance del derecho a ser oído, relacionándolo directamente con las debidas garantías a las que debe tener acceso toda persona en un procedimiento administrativo sancionatorio. Específicamente, lo vincula con la necesidad de que el Tribunal considere ciertos presupuestos básicos para dar por probados determinados hechos que tendrán como consecuencia la imposición de una sanción:

En estos procesos los trabajadores no contaron con amplias posibilidades de ser oídos en procura del esclarecimiento de los hechos. Para determinar que los despidos eran legales, la Sala Tercera se basó exclusivamente en el hecho de que se había declarado que la Ley 25 no era inconstitucional y en que los trabajadores habían participado en el paro contrario a la democracia y el orden constitucional. [...] De esta manera, al acusar a los trabajadores de participar en un cese de actividades que atentaba contra la democracia y el orden constitucional, se les culpaba sin que estas personas hubieran tenido la posibilidad al momento del paro, de saber que participar en éste constituía causal de una sanción tan grave como el despido. La actitud de la Sala Tercera resulta más grave aún, si se considera que sus decisiones no eran susceptibles de apelación, en razón de que sus sentencias eran definitivas e inapelables<sup>427</sup>.

Posteriormente, en el caso *Apitz*, la Corte IDH determina que el derecho a ser oído: “[...] exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”<sup>428</sup>. En particular en este caso la Corte considera que: “[...] del artículo 8.1 de la Convención no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento. Lo anterior no obstaría para que la Corte

<sup>425</sup> Así, por ejemplo en: Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74; Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 137; Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 56; Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 79; Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 101 y; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 140.

<sup>426</sup> Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 140.

<sup>427</sup> *Ídem*.

<sup>428</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 72.

considere que la oralidad es una de las 'debidas garantías' que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos<sup>429</sup>.

En la sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Barbani Duarte y otros* se desarrolla específicamente el contenido y alcance del derecho a ser oído, que puede extraerse a partir del artículo 8.1:

El examen requerido en el presente caso amerita que la Corte precise el alcance del derecho a ser oído establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”.

El Tribunal concluye que el procedimiento administrativo especial resultó inefectivo, a la luz de lo que se tenía que determinar, debido a que el Banco Central realizó un examen incompleto del fondo de las peticiones, por lo cual el Estado incurrió en una violación del ámbito material del derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de las 539 personas que interpusieron una petición bajo el artículo 31 de la Ley 17.613, indicadas en el Anexo sobre víctimas de la presente Sentencia<sup>430</sup>.

La Corte IDH distingue, por una parte, la obligación que genera el artículo 8.1 de otorgar el acceso a un sistema de justicia con un órgano competente y que *a priori* sea establecido bajo el respeto de las garantías judiciales<sup>431</sup> y, por otra parte, un aspecto material que permita cumplir con el fin para el cual fue concebido. El primer alcance del derecho a ser oído, como hemos revisado, ha sido recogido anteriormente por la jurisprudencia de la Corte IDH, sin embargo, el segundo alcance no lo ha sido a partir del artículo 8.1 de la Convención, ya

---

<sup>429</sup> *Ibidem*, párr. 75.

<sup>430</sup> Corte IDH. Caso *Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay*. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párrs. 122 y 1142.

<sup>431</sup> Esta visión del derecho a ser oído ha sido desarrollada muchas veces en directa vinculación con las garantías de un proceso penal, para ello ver Horvitz y López, 2002: 53.

que sólo se ha tratado la efectividad e idoneidad del recurso a partir del artículo 25.1<sup>432</sup>, sin abordarse anteriormente el concepto de “procedimiento inefectivo”.

La Corte IDH reafirma en *Barbani Duarte y otros* esta visión, desde la cual el derecho a ser oído tiene un contenido independiente, al analizar la vulneración del artículo 25 de la Convención separadamente del artículo 8.1 de la misma, relacionando la primera norma específicamente con la necesidad de un recurso efectivo:

La Corte ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. [...] Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.

[...] [L]a Corte debe observar si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención. El Tribunal no evalúa la efectividad de los recursos interpuestos en función a una eventual resolución favorable a los intereses de la víctima<sup>433</sup>.

Finalmente, la Corte IDH considera que el Estado no garantizó la protección judicial contra el ámbito material del derecho a ser oído, distinguiendo concretamente uno de otro derecho:

Por tanto, la Corte concluye que el Estado no garantizó a los demandantes en esos 11 casos [...] un recurso judicial que los amparara, de forma efectiva, contra la violación al ámbito material de su derecho de ser oído ante el órgano administrativo, para la determinación de los derechos otorgados en el artículo 31 de la Ley 17.613. En consecuencia, la Corte declara que el Uruguay violó el derecho a la protección judicial consagrado

<sup>432</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 62- 64 y Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989. párrs. 65-70.

<sup>433</sup> Corte IDH. Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011, párrs. 200 y 201. El destacado es nuestro.

en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Daniel Dendrinós Saquieres [...] <sup>434</sup>.

De esta manera, la sentencia del caso *Barbani Duarte y otros* constituye una innovación en cuanto al desarrollo de un contenido y alcance propio del artículo 8.1 de la Convención Americana, en lo que respecta al derecho a ser oído como manifestación del derecho de acceso a la justicia. Esto, debido a que aporta una visión material del mismo vinculada con la efectividad del proceso, que se distingue del derecho a un recurso efectivo del artículo 25 de la Convención. En este sentido, la Corte hace hincapié en la necesidad de diferenciar, por una parte el acceso a un recurso efectivo en su concreción formal o legal, como lo exige el artículo 25.1 de la Convención Americana, de la obligación de que una vez activado el proceso judicial, en el marco del debido proceso, se asegure una efectividad material del procedimiento con el fin de ser apto para producir el resultado para el cual fue concebido. En este sentido, se hace necesario que los operadores de justicia distingan que bajo esta nueva interpretación existen dos contenidos autónomos cuándo hablamos de efectividad, por una parte, un contenido vinculado al recurso y, por otra, uno vinculado al debido proceso; siendo ambos necesarios para configurar el acceso a la justicia.

#### **1.4.2. Derecho a un tribunal independiente, imparcial y competente**

De acuerdo con la CADH y el PIDCP el tribunal encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial. La Corte IDH ha señalado que tales características deben regir a lo largo de las diferentes etapas o instancias de un proceso; esto en la medida “que el proceso penal es uno solo a través de dichas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores” <sup>435</sup>.

##### **1.4.2.1 Tribunal competente**

El derecho a un tribunal competente ha sido relacionado con el derecho a un “juez natural”, el cual exige que las “personas sean juzgadas por un tribunal ordinario, con arreglo a un procedimiento legalmente establecido”, de manera previa a los hechos que motivan la causa. De acuerdo con la Corte IDH, tanto el tribunal como el procedimiento deben ser establecidos por ley, entendiendo por tal “una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada

<sup>434</sup> *Ibidem*, párr. 220.

<sup>435</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 161 y Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 280.

de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Part[e] para la formación de las leyes”<sup>436</sup>. Para la Corte, es tal la relevancia de esta garantía que si un procedimiento es tramitado por un tribunal incompetente, considera innecesario pronunciarse respecto de los demás aspectos del debido proceso contemplados en el artículo 8, ya que “el procedimiento estaría viciado desde su origen, lo cual implica que (la víctima) no tuvo acceso a las garantías judiciales”<sup>437</sup>.

Una materia sobre la cual la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones y que guarda relación con el derecho a un tribunal competente, es el ámbito de aplicación de la jurisdicción militar. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado hasta establecer tres requisitos para que esta opere de manera legítima: i) tener un alcance restrictivo y excepcional; ii) encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno y, iii) estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares.

El Tribunal ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares<sup>438</sup>.

Sobre el alcance restrictivo y excepcional, la Corte lo ha concretado estableciendo limitaciones a la competencia de la jurisdicción militar, tanto en relación a los sujetos como respecto de las materias. En cuanto a lo primero, la Corte ha señalado que la jurisdicción militar debe estar reservada a militares en servicio activo. Así, están excluidos de tal jurisdicción los civiles y los militares en retiro. Respecto de la materia, la jurisdicción militar debe juzgar los delitos que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Esto implica que todas las violaciones de derechos humanos forman parte de

<sup>436</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 114.

<sup>437</sup> *Ídem*.

<sup>438</sup> Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 108.

materias excluidas, que deben ser juzgadas por tribunales ordinarios. Así lo ha dicho la Corte:

Esta Corte ha establecido que, en razón del bien jurídico lesionado, dicha jurisdicción (militar) no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, y que en el fuero militar sólo se puede juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar<sup>439</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, cuando un Estado no cumple tales reglas, la Corte ha declarado la invalidez del proceso en cuestión y ha dictaminado que los hechos sean investigados y juzgados por órganos competentes. Tales órdenes no vulneran los efectos de la cosa juzgada, ni el principio de *ne bis in idem*, pues el primer procedimiento no fue en rigor un auténtico procedimiento.

#### **1.4.2.2. Tribunal independiente**

La independencia del tribunal tiene como propósito que estos, al ejercer sus funciones –valoración de hechos y aplicación de la ley–, estén libres de cualquier influencia ajena o interferencias, ya sean directas o indirectas. Para garantizar tal objetivo, los tribunales deben ser independientes en dos ámbitos o facetas, a saber, la institucional y la personal.

La Corte IDH ha señalado que la independencia institucional consiste en evitar que el poder judicial, como sistema, esté sometido a influencias o restricciones en el ejercicio de sus funciones por parte órganos ajenos al poder judicial. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos señaló en su Observación General N° 32 que:

toda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente<sup>440</sup>.

Respecto de la persona del juez específico –faceta individual–, la Corte ha señalado que es necesario evitar que este reciba presiones o restricciones indebidas de parte “de magistrados que desempeñan funciones de revisión o apelación”<sup>441</sup>.

<sup>439</sup> Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 158.

<sup>440</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General N°32, 23 de agosto de 2007, párr. 24.

<sup>441</sup> Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 97.

Desde el caso *Reverón Trujillo*, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y conforme a los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, la Corte IDH ha señalado que son tres las garantías que se derivan de la independencia judicial en relación a la persona del juez<sup>442</sup>, a saber: un adecuado proceso de nombramiento<sup>443</sup>, la inamovilidad en el cargo<sup>444</sup> y la garantía contra las presiones externas<sup>445</sup>.

La Corte IDH en los casos *Corte Suprema de Justicia y Tribunal Constitucional*, hace un repaso de los estándares generales sobre independencia judicial y hace una sistematización de las garantías de la independencia judicial en relación a la persona del juez, indicado que si no son respetadas se vulnera el artículo 8.1 de la CADH:

[...] i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana<sup>446</sup>.

### 1.4.2.3. Tribunal imparcial

La Corte IDH ha definido a la garantía de imparcialidad como aquel criterio que

<sup>442</sup> *Ibidem*, párr. 67.

<sup>443</sup> Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75 y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 98. Ver también: CEDH. Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido. Sentencia de 28 de junio de 1984, párr. 78; caso Langborger Vs. Suecia. Sentencia de 22 de enero de 1989, párr. 32 y; Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, principio 10.

<sup>444</sup> Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75 y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 98. Ver también: Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, principio 12.

<sup>445</sup> Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75 y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 98. Ver también: Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, principios 2, 3 y 4.

<sup>446</sup> Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Sentencia de 23 de agosto de 2013, párr. 155 y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 199.

exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad<sup>447</sup>.

Así pues, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea, ha establecido el contenido de la imparcialidad apuntando a su doble faceta: subjetiva y objetiva. La faceta subjetiva exige a los/as jueces/zas evitar que su fallo esté influenciado por prejuicios o sesgos personales y carecer de ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su conocimiento<sup>448</sup>. Tal imparcialidad “se presume a menos que exista prueba en contrario, consistente por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes”<sup>449</sup>.

Por su parte, la imparcialidad objetiva guarda relación con las apariencias, no con estados subjetivos del/la juez/a. Dicha imparcialidad exige que este/a aparezca “como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho”<sup>450</sup>. Respecto a la prueba, la Corte ha señalado que “la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona”<sup>451</sup>. Así, por ejemplo, la Corte sostuvo que si “las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra [...] grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos”, se afecta la imparcialidad objetiva que debe tener el juzgador<sup>452</sup>.

A juicio de la Corte, para determinar si la imposibilidad de recusación afecta o no al derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, distingue entre la obligación de respeto y la obligación de garantía. Señala que el solo hecho de prohibirse

---

<sup>447</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párr. 56.

<sup>448</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, 1984, párr. 21.

<sup>449</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 56 y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 189 y 234.

<sup>450</sup> Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, principio N° 2.

<sup>451</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 189.

<sup>452</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 129 y 130.

la recusación no implica una afectación directa al mandato normativo del artículo 8 (tribunal imparcial). Pero analizando el derecho a la luz de la obligación de garantía, que implica asegurarse de que las personas puedan recurrir en caso de ver amenazado el pleno goce y ejercicio de su derecho, la Corte concluye que:

[...] no hay prueba que indique que el Estado haya desconocido el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, pero sí está demostrado que su legislación y jurisprudencia les impidieron solicitar que la imparcialidad de su órgano juzgador sea revisada. Dicho de otro modo, no está demostrado el incumplimiento del deber de respeto del derecho, sino la falta de garantía del mismo<sup>453</sup>.

Esto es muy interesante ya que a través de este razonamiento establece un estándar sustantivo y no solo formal del requisito de la imparcialidad. En este sentido, lo que prima para la Corte IDH es la efectividad en el goce pleno del derecho y esto comprende no solo la ausencia de una violación de la obligación de respeto, sino también el establecimiento de un sistema normativo que dé plenas garantías para que las personas que sienten amenazado el goce de un derecho puedan contar con las instancias institucionales para que el Estado garantice dicho goce.

#### **1.4.3. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable**

Como ha subrayado la Corte, del derecho de acceso a la justicia se deriva que la resolución de las controversias debe realizarse en un tiempo razonable, ya que una demora prolongada o “[l]a falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”<sup>454</sup>.

Antes de determinar si un plazo es o no razonable, es necesario identificar el tiempo cuya razonabilidad se evaluará. En materia penal, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el tiempo debe empezar a contarse desde “el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito”<sup>455</sup>. A modo de ejemplo, la Corte ha señalado que tal acto puede coincidir con la fecha de aprehensión del individuo, o con el momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del

<sup>453</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2998, párr. 66.

<sup>454</sup> Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 73 y Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Sentencia de 29 noviembre de 2012, párr. 152.

<sup>455</sup> Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 70.

caso. En el otro extremo, se marca el fin del cómputo del plazo con la sentencia firme recaída en el proceso, esto incluye, por supuesto, los recursos ordinarios y extraordinarios que puedan haberse presentado<sup>456</sup>.

Respecto de la ejecución de la sentencia, la Corte IDH ha señalado que su demora vulnera el derecho de acceso a la justicia y no la garantía de plazo razonable<sup>457</sup>. Sin embargo, en un fallo reciente la Corte IDH matizó tal posición al declarar que:

el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias también puede abordarse para contabilizar el término de duración de un proceso, con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo razonable de tal proceso<sup>458</sup>.

Establecida la forma de contabilizar el plazo, corresponde determinar los criterios a partir de los cuales se lo evaluará. La Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea, ha considerado cuatro elementos para evaluar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo<sup>459</sup>. Señala la Corte IDH:

El artículo 8.1 de la Convención Americana establece como uno de los elementos del debido proceso que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable. Al respecto, la Corte ha considerado preciso tomar en cuenta varios elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso<sup>460</sup>.

La complejidad del asunto sometido a conocimiento de las autoridades es un factor que juega a favor del Estado: mientras más complejo sea un asunto,

---

<sup>456</sup> Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 80; Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 71 y Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32, párr. 35.

<sup>457</sup> Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Sentencia de 5 de julio de 2011, párr. 84.

<sup>458</sup> Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrs. 149 a 50.

<sup>459</sup> Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 155.

<sup>460</sup> Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009, párr. 156.

mayor será el tiempo que se considerara razonable. Pero esto únicamente será así cuando la prolongación de las actividades jurisdiccionales se encuentre vinculada a tal complejidad. En efecto, no basta determinar que un caso es complejo para justificar un retraso, debe también demostrarse que la prolongación se encuentra directamente conectada con tal condición y que no se debe, por ejemplo, a la inactividad de las autoridades judiciales.

En cuanto a los criterios para determinar la complejidad<sup>461</sup>, la Corte ha señalado varios. Entre los más importantes son: la extensión de las investigaciones y la amplitud de las pruebas<sup>462</sup>, el número de incidentes e instancias<sup>463</sup>, la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales<sup>464</sup> y presuntas víctimas<sup>465</sup>, el número y naturaleza de los delitos que se están juzgando, la imposibilidad de detener a los inculpados<sup>466</sup>, el tiempo transcurrido desde la violación<sup>467</sup>, el contexto en el que ocurrió la violación<sup>468</sup>, si el asunto comprende debates técnicos, la necesidad de obtener la opinión de peritos<sup>469</sup>, si se trata de asuntos de gran relevancia y/o que requieran de un cuidado especial, así como de si supone procesos usuales para los Estados<sup>470</sup>.

Respecto a la actividad procesal del interesado se deben evaluar los “comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación

<sup>461</sup> Estos criterios son sistematizados por Ibañez, 2014: 228.

<sup>462</sup> Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 78 y Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 157.

<sup>463</sup> Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 78 y Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 165

<sup>464</sup> Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 106 y Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 133.

<sup>465</sup> Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 152; Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 103 y; Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009, párr. 113.

<sup>466</sup> Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 156.

<sup>467</sup> Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 150 y Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 245.

<sup>468</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 184; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 293 y; Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 156.

<sup>469</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párrs. 163 y 176, y Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 165.

<sup>470</sup> Corte IDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 67.

judicial interna”, con el objeto de verificar si fue la actividad del interesado o presunta víctima la que entorpeció o demoró los procesos judiciales. Para arribar a tal conclusión, es necesario observar si el propio interesado ha contribuido a prolongar indebidamente la duración del proceso, o si ha mostrado desinterés en avanzar en la resolución del mismo. De acuerdo con la Corte IDH, no califica como entorpecimiento la interposición de medios de impugnación reconocidos por la legislación interna<sup>471</sup>.

En cuanto a la actividad procesal de las autoridades judiciales<sup>472</sup>, se debe evaluar si estas han actuado con diligencia y celeridad, teniendo en cuenta, si las autoridades realizan diligencias inútiles dirigidas a demorar la tramitación del proceso o si no realiza acción alguna para su consecución<sup>473</sup>. Por ejemplo, la Corte ha declarado violada la garantía del plazo razonable cuando una investigación ha sido abandonada sin llegar a la identificación y a la sanción de los responsables, o cuando las autoridades no aceleran el proceso a su cargo y no tienen en cuenta los efectos que el tiempo tendría sobre los derechos de los implicados<sup>474</sup>.

Respecto a la afectación generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, cabe notar que este criterio solo fue incorporado en la jurisprudencia de la Corte el año 2008, en el caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Dicho criterio exige una mayor diligencia por parte de las autoridades judiciales en los casos en que el paso del tiempo incide o afecta de manera relevante la situación jurídica del individuo. De esta manera, no se respetan las exigencias del plazo razonable cuando no se tienen en cuenta los derechos e intereses en juego en el proceso, o las afectaciones significativas, irreversibles e irremediabiles que el retraso en la decisión judicial puede generar en la situación jurídica y los derechos de las personas involucradas<sup>475</sup>.

En el caso *Comunidad Indígena Xákmoc Kásek* la Corte hace aplicable, por primera vez, este cuarto elemento a un caso específico, en los siguientes términos:

---

<sup>471</sup> Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 79.

<sup>472</sup> Se consideran como tales las autoridades judiciales y las autoridades públicas que actúan en todos aquellos procesos o procedimientos no judiciales que de alguna manera inciden en la causa. Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 131.

<sup>473</sup> Salmon y Blanco, 2012: 216.

<sup>474</sup> Corte IDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 70; Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrs 179-186 y; Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, párr. 227.

<sup>475</sup> Corte IDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 76.

En cuanto al cuarto elemento, para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. El Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. En el presente caso la demora en la obtención de una solución definitiva al problema de la tierra de los miembros de la Comunidad ha incidido directamente en su estado de vida. Esta situación es analizada en profundidad en el Capítulo VII infra [sobre Derecho a la vida]<sup>476 477</sup>.

La Corte IDH constata que la prolongación excesiva (por más de 17 años) del procedimiento administrativo de reivindicación de tierras<sup>478</sup> obligó a la comunidad indígena Xákmok Kásek a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino que en condiciones de miseria<sup>479</sup>. La estrecha vinculación que ha establecido la Corte IDH entre el derecho a la propiedad indígena y el derecho a una vida digna<sup>480</sup> hace posible entender la fuerte incidencia que tiene el paso del tiempo (en relación con el proceso de reivindicación de tierras) sobre la situación jurídica de los miembros de las comunidades indígenas (particularmente en su calidad de vida) y, por lo tanto, pone de manifiesto la necesidad de desarrollar este tipo de procedimientos de reivindicación de tierras con una especial diligencia.

En el caso *López Mendoza* se hace un desarrollo extensivo de este elemento, recogiendo lo dicho por la Corte Europea<sup>481</sup>. En concreto, sostiene que los

<sup>476</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 136.

<sup>477</sup> Como hemos señalado anteriormente, la Corte IDH recoge este cuarto elemento de la jurisprudencia de la Corte Europea. Esta última, en general, ha sido bastante casuística para efectos de definir cuándo el peticionario arriesga demasiado y cuándo requiere, por tanto, una actitud "especialmente diligente" por parte de las autoridades. Ver: Boletín Trimestral con Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, N° 3/2009, pp. 9 y 10.

<sup>478</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 137.

<sup>479</sup> *Ibidem*, párr. 215.

<sup>480</sup> *Ídem*.

<sup>481</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. Caso H. Vs. Reino Unido. Sentencia de 8 de julio de 1987, párrs.71-86; Caso X Vs. Francia. Sentencia de 31 de marzo de 1992, párr. 32 y; Caso Silva Pontes

intereses de la víctima –considerando su situación jurídica– deben equilibrarse con la complejidad del asunto para determinar el plazo razonable; especialmente, cuando el proceso puede tener por objeto la determinación de la constitucionalidad de una norma con efecto *erga omnes*:

La Corte observa que si bien en el presente caso el señor López Mendoza tenía un especial interés en la celeridad de la solución del recurso para concretar su postulación a las elecciones de noviembre de 2008, dicha situación en sí misma no habría justificado que las autoridades judiciales sacrificaran el apropiado desarrollo del proceso y la determinación de la constitucionalidad o no de la norma bajo análisis que, en definitiva, tenía efectos generales que trascendían el interés particular de la víctima. Así, el Tribunal resalta que los intereses de la persona afectada, en que se tome una decisión tan pronto como sea posible, tienen que sopesarse frente a la exigencia de un examen cuidadoso del caso y una celebración apropiada de los procedimientos<sup>482</sup>.

Por último, es importante destacar algunas pautas generales que ha desarrollado la Corte en torno al plazo razonable. En primer lugar, la idea de la razonabilidad del plazo también debe aplicarse para la determinación de un plazo mínimo, puesto que el proceso debe dar oportunidad a las partes para presentar sus pruebas y para objetar las del contradictor, y debe dar al/la juez/a la posibilidad de poder estudiar y fundamentar su decisión. El problema tiene estrecha relación con una de las garantías mínimas del inculpado, la de tener el tiempo y los medios adecuados para la defensa, y en los casos no criminales, con el concepto de “debidas garantías” y el principio de contradicción.

Quizás si la contribución más significativa que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha hecho en esta materia es el de aclarar que, pasado un plazo que el Comité estima es normal para el desarrollo de un juicio, corresponde al Estado justificar la demora; si ese plazo no ha transcurrido, corresponde al peticionario demostrar que este plazo, en principio normal, era excesivo para su caso<sup>483</sup>. En el sistema interamericano, la Corte IDH ha señalado que no proceden alegatos sobre circunstancias internas de los Estados, como la sobrecarga de trabajo de los tribunales, respecto de la obligación de administrar

---

Vs. Portugal. Sentencia de 23 de marzo de 1994, párr. 39.

<sup>482</sup> Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 179.

<sup>483</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Douglas vs. Jamaica. Comunicación No. 571/1994. Resolución de 25 de julio de 1996., párr. 9.3 y Caso Stephen vs. Jamaica. Comunicación No. 373/1989. Resolución de 18 de octubre de 1995, párr. 9.8.

justicia en un plazo razonable. La Corte ha indicado que le corresponde al Estado exponer y probar las razones por la que se ha requerido más tiempo del que sería en principio razonable para dictar sentencia definitiva en un caso particular. Así lo estableció la Corte en el caso *Anzualdo Castro*, añadiendo que en caso que el Estado no logre probar, la Corte tendrá amplias competencias para hacer sus propias evaluaciones:

En todo caso, corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable. Si no lo demuestra, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto<sup>484</sup>.

En definitiva, la determinación de la razonabilidad del plazo nunca es una operación matemática, no es posible establecer un plazo fijo que se considerara razonable en todos los supuestos. Tal evaluación debe realizarse caso por caso y depende de circunstancias particulares de la causa. Para los efectos del artículo 8.1, en los asuntos criminales el plazo debe contarse desde que se le hace de alguna manera una imputación de un delito a un individuo, que a menudo va acompañado de la detención del mismo<sup>485</sup>. En cuanto al momento hasta cuándo se cuenta el plazo, la norma general será cuando haya sentencia firme en el proceso. Así lo dice la Corte Interamericana en el caso *Genie Lacayo*<sup>486</sup> y en el caso *Suárez Rosero*<sup>487</sup>.

#### **1.4.4. Derecho a un fallo razonado**

Ni el artículo 8.1 de la CADH, ni el artículo 14.1 del PIDCP establecen como un requisito del debido proceso el de que el fallo que decida un caso sea razonado, pero es evidente que las debidas garantías podrían verse anuladas si no se exigiera al tribunal que fundara sus decisiones, tanto en los hechos probados en el caso, como en el derecho que se aplica. La ausencia de razones impediría el derecho de las partes a presentar sus argumentos y sus pruebas con el fin de apoyar sus pretensiones, e impediría además fundamentar un recurso de apelación como corresponde.

<sup>484</sup> Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009, párr. 156.

<sup>485</sup> Corte IDH. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 20 de enero de 1999, párr. 70 y; Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 81.

<sup>486</sup> *Ídem*.

<sup>487</sup> Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 71.

La Corte IDH ha indicado que el deber de motivación de los fallos constituye una de las garantías del debido proceso. Se destaca por la Corte que este deber tiene por objeto evitar la arbitrariedad y, reiterando su jurisprudencia constante, la Corte IDH extiende el alcance de éste a los actos administrativos<sup>488</sup>:

[...] El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las 'debidas garantías' incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso<sup>489</sup>.

La Corte ha precisado que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha<sup>490</sup>. Sin embargo, ha indicado que cuando la decisión implica una sanción, este deber se ve reforzado:

[...] [S]i efectivamente se tratase de una sanción disciplinaria [...] la exigencia de motivación sería aún mayor, ya que el control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público y, por ende, correspondería analizar la gravedad de

---

<sup>488</sup> Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 119; Caso Escher y otros Vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 208 y; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142.

<sup>489</sup> Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 118. En el mismo sentido: Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 153 y Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 78.

<sup>490</sup> Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 154. En el mismo sentido: Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"). Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 90.

la conducta y la proporcionalidad de la sanción. En el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad para justificar que un juez no permanezca en el cargo. En el presente caso, aún cuando la Corte no pudo concluir que el acto que dejó sin efecto el nombramiento de la señora Chocrón Chocrón tuviera naturaleza sancionatoria [...], el Tribunal considera que la discrecionalidad no fundamentada transformó el acto administrativo de remoción en un acto arbitrario que, al afectar indebidamente su derecho a la estabilidad en el cargo, vulneró el deber de motivación<sup>491</sup>.

### **1.5. Garantías relativas específicamente al proceso penal**

Como se dijo anteriormente, el artículo 8.2 de la Convención y el artículo 14.2 del Pacto establecen ciertas garantías especiales mínimas para el inculpado, que coexisten con las garantías generales del inciso primero de dicho artículo y están destinadas a precisar la protección de aquél que es objeto de un juicio penal, por el efecto que este tipo de juicio tiene sobre algunos derechos humanos de la persona, como el de su libertad personal y su honra<sup>492</sup>.

#### **1.5.1. Principio general de presunción de inocencia**

La presunción de inocencia es uno de los pilares del procedimiento penal. Dada su importancia, la Corte ha señalado que este principio “constituye un fundamento de las garantías judiciales”, en la medida que afirma la idea “de que una persona es inocente mientras su culpabilidad no sea demostrada”<sup>493</sup>.

El segundo párrafo del artículo 8 de la Convención garantiza a toda persona inculpada de delito el “derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por su parte, el artículo 14.2 del PIDCP establece que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. La presunción de inocencia hace explícito el hecho de que el Estado no puede afectar ningún derecho humano sin que haya una justificación para ello. Puesto que una condena en un juicio penal trae como consecuencia una disminución significativa de la capacidad de una persona de ejercer y gozar de varios de

<sup>491</sup> Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 120.

<sup>492</sup> Sobre este tema, véase: Rodríguez, 1998.

<sup>493</sup> Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77 y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 183.

sus derechos humanos, parece propio que mientras no se demuestre la culpabilidad de una persona, la persona no sufra esa consecuencia.

Luego, a primera vista, el principio implica tanto que la persona debe ser tratada como si fuera inocente hasta que no sea encontrada culpable por una sentencia judicial, como que nadie puede ser condenado a menos que el Estado pruebe a satisfacción razonable del tribunal que la persona es culpable del hecho que se le imputa. El Comité de Derechos Humanos ha establecido claramente ambos criterios y extrae algunas consecuencias; en primer lugar, establece que “[e]n virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable”<sup>494</sup>. Por otra parte, respecto del trato que debe darse a toda persona acusada de un delito señala: “la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso”<sup>495</sup>.

En este sentido, del principio de presunción de inocencia se pueden extraer tres dimensiones o reglas. En primer lugar, tal principio impone la carga de la prueba en quien acusa:

“La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado”<sup>496</sup>.

En segundo lugar, este principio exige que toda persona inculpada de un delito sea tratada como inocente mientras no recaiga sobre ella una sentencia condenatoria firme. Esto quiere decir, por ejemplo, que toda autoridad pública tiene el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados del juicio a través de comentarios públicos sobre la culpabilidad del acusado. Además, tal como señala el Comité:

---

<sup>494</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, párr. 7.

<sup>495</sup> *Ídem*.

<sup>496</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 182.

los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia<sup>497</sup>.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha precisado que el derecho a ser tratado como inocente no solo debe ser respetado por las autoridades judiciales, sino por toda autoridad pública. En el caso *J. vs. Perú*, la víctima había sido tratada públicamente por las autoridades de gobierno como si hubiese estado establecido que era culpable del delito de terrorismo, sin esperar el resultado del juicio donde debía determinarse su responsabilidad en los hechos. En este sentido, la Corte IDH, siguiendo al Comité de Naciones Unidas y a la Corte Europea, indicó que respecto de J. se había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por parte de las autoridades públicas:

La Corte considera que la presentación de la señora J. ante la prensa por la DINCOTE, donde fue señalada como miembro de Sendero Luminoso relacionada con la redacción de El Diario, así como las declaraciones de distintos funcionarios estatales, sin calificaciones o reservas en distintos momentos, ha fomentado una creencia en la sociedad peruana sobre su culpabilidad, cuando no ha sido condenada por los delitos por los cuales se le acusa, y ha prejuzgado la evaluación de los hechos por una autoridad judicial competente, por lo cual el Estado violó la presunción de inocencia de la señora J., consagrada en el artículo 8.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma<sup>498</sup>.

Respecto a los operadores de justicia en este caso la Corte IDH indicó:

[...] en el marco del proceso penal en sí mismo, los señalamientos de culpabilidad por parte de funcionarios tales como fiscales y procuradores no constituyen una violación a la presunción de inocencia, las declaraciones de estos funcionarios a la prensa, sin calificaciones o reservas, infringen la presunción de inocencia en la medida en que fomenta que el público crea en la culpabilidad de la persona y prejuzga la evaluación de los hechos por una autoridad judicial competente. Esta Corte [...] advierte que la presunción de inocencia exige que las autoridades estatales

<sup>497</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32, párr. 30.

<sup>498</sup> Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 258.

sean discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal<sup>499</sup>.

En cuanto al rol de las demás autoridades públicas, la Corte IDH señala:

[...] las autoridades estatales deben tener en cuenta que los funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política –tales como la lucha contra el terrorismo en el Perú– precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado. La presunción de inocencia no impide que las autoridades mantengan debidamente informada a la sociedad sobre investigaciones penales, pero requiere que cuando lo hagan, guarden la debida discreción y circunspección necesaria para garantizar la presunción de inocencia de los posibles involucrados<sup>500</sup>.

Es relevante que la Corte IDH extienda el deber de respeto y garantía de la presunción de inocencia a toda autoridad pública y desarrolle estándares específicos respecto a la forma en que esto debe ser compatibilizado con el deber de información, ya que en las democracias contemporáneas se evidencia una tensión constante entre el deber del Estado de perseguir y castigar a los culpables de los delitos de terrorismo y de respetar y garantizar los derechos humanos de los/las acusados/as en los procesos penales.

Finalmente, la presunción de inocencia opera como regla de juicio, es decir, ante prueba incompleta o dudas sobre si al acusado le cabe participación punible, no procede condena, sino absolución<sup>501</sup>. Así lo ha resaltado la Corte IDH:

Asimismo, el Tribunal ha sostenido que tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, dicho principio exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. Así, la falta de prueba plena de la responsabilidad penal en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia, el cual es un elemento

---

<sup>499</sup> *Ibidem*, párr. 244.

<sup>500</sup> *Ibidem*, párr. 247.

<sup>501</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 120 y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 183.

esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompañamiento al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme<sup>502</sup>.

Sin perjuicio de lo indicado en el capítulo sobre libertad personal, la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia sirve como fundamento de la excepcionalidad que debe regir a toda privación de libertad en ausencia de sentencia condenatoria. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que el respeto de este principio supone para los Estados la obligación de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. En consecuencia, una prolongación desproporcionada de una prisión preventiva podría equivaler a anticipar la pena y, con ello, violar el derecho a la presunción de inocencia. Así lo señaló la Corte:

Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos<sup>503</sup>.

### **1.5.2. Derecho de defensa**

Como bien ha establecido la Corte IDH, el derecho de defensa parte de la premisa que las partes o intervinientes que actúan en el proceso son sujetos de derecho y no meros objetos del mismo. De acuerdo con la Corte, el derecho

<sup>502</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 183.

<sup>503</sup> Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 111.

a defensa “obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto”<sup>504</sup>.

En términos generales, el derecho de defensa exige que el “justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”<sup>505</sup>. En materia penal, implica que el imputado tiene derecho a ser oído en todas las etapas del proceso, formulando las alegaciones y haciendo uso de los medios de prueba que estime conveniente, dentro de los causes previstos por las leyes procesales.

Estas garantías específicas son concreción de los principios generales. Es claro que en el proceso de positivización de los derechos asociados al debido proceso no se dejó espacio de duda respecto de ciertos aspectos que son esenciales para garantizar un debido proceso en materia penal. Estas son manifestaciones concretas, pero no únicas de estos principios. Por tanto, es perfectamente posible aplicar algunas de ellas en otros procesos distintos al penal, o bien, ampliar estas garantías específicas en casos que las circunstancias así lo obliguen para la satisfacción de los principios de contradicción e igualdad de partes.

El derecho a defensa en la CADH se descompone en una serie de garantías a favor del imputado. Los tratados de derechos humanos consagran las garantías más importantes o tradicionales a este respecto, aunque sin pretensiones de exhaustividad. La CADH, por ejemplo, establece en el artículo 8.2 algunas de las garantías que integran el derecho a defensa:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

<sup>504</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 29 y Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 117.

<sup>505</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 117 y 119.

- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Es importante notar que este conjunto de garantías constituyen una unidad en virtud del sentido que las orienta: todas tienen como propósito que el inculpado pueda efectivamente defenderse de las imputaciones que contra él se formulan en un proceso penal.

Además de las garantías que lo componen, es muy relevante establecer el momento a partir del cual se goza el derecho de defensa y el momento en que deja de operar. Al respecto, la Corte IDH ha resaltado que el derecho de defensa, necesariamente, debe “poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena”<sup>506</sup>.

Para la Corte, es de suma relevancia que el imputado cuente con sus garantías desde el inicio del proceso, pues de lo contrario se “deja abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención”<sup>507</sup>. En idéntico sentido, también señaló que “impedir que la persona ejerza su derecho de defensa, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona”<sup>508</sup>.

<sup>506</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 29.

<sup>507</sup> *Ídem*.

<sup>508</sup> *Ídem* y Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 117.

Por su parte, la CIDH ha vinculado el derecho a defensa con el derecho a ser oído, sosteniendo que no sería posible afirmar que un justiciable ha ejercido su derecho a ser escuchado por un tribunal, si se le han vulnerado sistemáticamente las garantías que componen el derecho a defensa. En este sentido, la CIDH destacó:

Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones inculporatorias por contradictorias o por falsas; oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra. Está probado que el inculporado no tuvo acceso a estos derechos en todas las etapas previas al auto de detención, el cual en la práctica no le permitía defenderse en libertad. Dicho en otras palabras, a Reinaldo Figueredo Planchart se le dictó auto de detención sin haber sido oído con todas las garantías del debido proceso en la sustanciación de la acusación penal en su contra<sup>509</sup>.

### **1.5.2.1. Derecho a traductor o intérprete**

Parece obvio que el artículo 8.2, letra a) de la CADH establezca el “derecho del inculporado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”, puesto que éste, para poder defenderse, debe estar en situación de entender de qué se le acusa. La palabra “inculporado” en esta disposición debe también entenderse de manera amplia, ya que el derecho debe existir desde el momento en que se haga necesario que la persona que ha entrado en contacto con la justicia se comunique con la autoridad respectiva. El PIDCP establece el mismo derecho en su artículo 14.3.f).

En su jurisprudencia, la Corte IDH ha indicado que el proceso “debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”<sup>510</sup>. Para que las personas que son llevadas a justicia gocen en condiciones de igualdad sus derechos, es necesario que el Estado tome medidas para corregir los obstáculos que se puedan dar en el ejercicio de los derechos, una

<sup>509</sup> CIDH. Caso Reinaldo Figueredo Planchart Vs. Venezuela. Caso No. 11.298. Resolución de 13 de abril de 2000, párr. 112.

<sup>510</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 117.

de estas medidas es precisamente la provisión de un traductor e intérprete que permita a la persona conocer las circunstancias en las que se encuentra. Como ha indicado la Corte, “[s]i no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”<sup>511</sup>.

En el caso de los extranjeros, como veremos más adelante, este derecho se concreta en el derecho a la asistencia consular.

### **1.5.2.2. Derecho a que se le comunique la acusación**

Una vez que se formula una acusación, de conformidad con el artículo 8.2.b) de la CADH, ésta debe ser comunicada de manera “previa y detallada” al inculpado, y según el artículo 14.3.a) del PIDCP, la comunicación deberá ser “sin demora, en un idioma que comprenda” y contener información sobre “la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”. La palabra “previa” parece fijar un momento anterior al tiempo que se asigne al acusado para articular su defensa. La palabra “detallada” parece indicar la diferencia que existe entre esta comunicación y aquella que debe hacerse al detenido en cumplimiento de la obligación del artículo 9.2 del PIDCP<sup>512</sup>; esta última puede hacerse en términos más generales, puesto que la obligación debe cumplirse “sin demora”, lo que impedirá un análisis exhaustivo que permita la formulación de una acusación precisa. La ampliación del Pacto es pertinente, ya que desarrolla de mejor forma los requisitos de esta garantía, a cuyo respecto ha señalado el Comité:

El apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de las personas no detenidas. El Comité observa también que el derecho a ser informado “sin demora” de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando

<sup>511</sup> Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 202.

<sup>512</sup> “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”.

la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa<sup>513</sup>.

La comunicación previa y detallada de la acusación es también un derecho que entra a regir en el mismo momento en que se torna exigible el derecho a la defensa, por ser justamente una de las garantías que hacen posible su efectivo ejercicio. La Corte IDH ha establecido que la comunicación previa y detallada de la acusación debe hacerse al momento de iniciarse las primeras diligencias de investigación:

[...] el artículo 8.2.b convencional [comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada] rige incluso antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública<sup>514</sup>.

La Corte IDH establece que su exhaustividad dependerá del avance del procedimiento:

Para satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. La Corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa (...)<sup>515</sup>.

Evidentemente, el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo [...] cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen<sup>516</sup>.

En consecuencia, si bien el derecho a la comunicación previa y detallada de los cargos es un derecho exigible a contar del inicio de la investigación penal, el nivel de precisión y detalle con que deberá cumplirse variará según el estado de desarrollo del proceso. Cuando recién han comenzado las primeras indagaciones y se carece de suficientes antecedentes, el Estado deberá, al

---

<sup>513</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, párr. 8.

<sup>514</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 30.

<sup>515</sup> *Ibidem*, párr. 28.

<sup>516</sup> *Ibidem*, párr. 31.

menos, cumplir con otorgar un mínimo de información al sujeto investigado, cual es, los hechos que se le imputan. Al respecto, la Corte IDH se ha pronunciado respecto a la compatibilidad del éxito de la investigación con el derecho de defensa de los inculcados:

En este sentido, esta Corte ha señalado que es admisible que en determinados casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante una investigación en un proceso penal, de modo de garantizar la eficacia en la administración de justicia. Asiste al Estado la potestad de construir un expediente tomando las medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas. Sin embargo, esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan.

[...] La Corte recuerda que la transición entre 'investigado' y 'acusado' -y en ocasiones incluso 'condenado'- puede producirse de un momento a otro, por lo cual no puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada para proporcionarle la información de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa<sup>517</sup>.

El umbral de exigencia se elevará conforme el avance del proceso, hasta alcanzar su máximo punto en la formulación oficial de la acusación penal. En este momento, el Estado deberá comunicar al imputado no sólo los hechos que se le atribuyen, sino también, los motivos que hacen al Estado suponer su participación, los indicios y elementos de prueba en los que se apoya y la calificación jurídica que otorga a estos hechos.

Asimismo, en el caso *Barreto Leiva*, la Corte IDH puntualiza las características que debe tener esta comunicación al inculcado, para satisfacer la efectividad del derecho a defensa:

[...] Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos [...]<sup>518</sup>.

El cumplimiento de este deber recae exclusivamente en el Estado, por lo que la posibilidad del inculcado de tomar conocimiento, por otros conductos, de las acusaciones que sobre él pesan, no exime al Estado de su obligación de efectuar una comunicación que satisfaga las antedichas características. Así se pronunció la Corte IDH en el caso *Barreto Leiva*:

<sup>517</sup> Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrs. 196 y 197.

<sup>518</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 28.

El hecho de que el señor Barreto Leiva hubiese podido conocer por los medios de comunicación o por su declaración previa ante el Congreso (...) el tema de la investigación que se estaba realizando, no relevaba al Estado de cumplir con lo dispuesto en el artículo 8.2.b de la Convención. El investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan [...] <sup>519</sup>.

### **1.5.2.3. Concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa**

La CADH, en su artículo 8.2.c) establece el derecho del inculpado a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; lo mismo establece el Pacto en su artículo 14.3, letra b). La Corte IDH ha señalado que este derecho comprende la obligación del Estado de permitir “el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra” <sup>520</sup>. La Corte decidió en el caso *Castillo Petruzzi y otros* que Perú había violado la obligación puesto que, de acuerdo al Código de Justicia Militar aplicado al caso por el tribunal militar peruano, una vez producida la acusación fiscal, se concedía a la defensa doce horas para conocer de los autos, tiempo a todas luces insuficiente para poder prepararla adecuadamente <sup>521</sup>. Por su parte, el Comité ha señalado algunos criterios para considerar este plazo: deberá considerarse el acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa; además, deberá fijarse un período que haga posible al acusado contratar a un abogado y comunicarse con éste <sup>522</sup>.

En el caso *Barreto Leiva* la Corte IDH fijó un estándar general para poder restringir este derecho:

Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención <sup>523</sup>.

---

<sup>519</sup> *Ibidem*, párr. 47.

<sup>520</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 170. En el mismo sentido: Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 54.

<sup>521</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 138 y 141.

<sup>522</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, párr. 9.

<sup>523</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 55.

#### **1.5.2.4. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor**

La letra d) del artículo 8 de la CADH permite al inculpado ya sea asumir su defensa personal o hacerse asistir por un defensor de su elección y de comunicarse con él libre y privadamente. La Corte IDH ha usado como parámetro de medición del cumplimiento de esta disposición el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados<sup>524</sup>. El artículo 14.3.d) del PIDCP consagra este mismo derecho y el Comité se ha preocupado de establecer ciertos criterios respecto de la actuación de los abogados: este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones, y los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte<sup>525</sup>.

#### **1.5.2.5. Derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado si el inculpado no se defiende por sí mismo ni nombrare defensor**

El artículo 8.2.e) de la CADH establece el derecho a tener asistencia jurídica como un derecho irrenunciable, a pesar de que podría discutirse si es siempre posible nombrar un defensor a un inculpado que se niega a tenerlo o si ello sólo debe hacerse cuando el interés de la justicia lo requiera, como sugiere el artículo 14.3.d) del Pacto. Otro elemento que debe tenerse en consideración es el momento desde el cual este derecho nace; sin duda, el acceso a un abogado debe darse desde las primeras actividades iniciadas en contra del sujeto por cualquier autoridad, aun cuando éstas no sean de carácter judicial.

La Corte IDH se ha preocupado de determinar el momento en el que empieza a regir el derecho a defensa. En el caso *Barreto Leiva*, señala que:

[...] el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado se encuentre

<sup>524</sup> Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 27-8 a 7-9 de 1990.

<sup>525</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, párr. 9.

en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención [...] <sup>526</sup>.

Conforme la jurisprudencia de la Corte IDH desde el caso *López Álvarez vs. Honduras* <sup>527</sup>, el derecho a la defensa rige desde el inicio de las investigaciones que recaen sobre una persona a quien se atribuye una posible participación en un hecho punible. Sin perjuicio de ello, en el caso *Barreto Leiva*, la Corte precisa, además, que el derecho a defensa comprende incluso la etapa de ejecución de la pena, por lo que el proceso no culminaría con la mera dictación de sentencia definitiva, como se estimara anteriormente <sup>528</sup>.

La determinación del momento a partir del cual debe poder ejercitarse el derecho a defensa, marca a su vez la vigencia efectiva de garantías específicas que informan y concretizan dicho derecho. Tal es el caso del derecho a contar con la defensa técnica de un abogado(a) y el derecho a conocer en forma previa y detallada el contenido de la acusación que motiva la persecución penal.

Como lógica consecuencia del momento a partir del cual comienza a regir el derecho a la defensa, en el caso *Barreto Leiva*, la Corte IDH establece la oportunidad en que se hace exigible también el derecho a la defensa técnica:

El derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona [...] el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.

---

<sup>526</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 29.

<sup>527</sup> Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 129. Previo a este caso, refiriéndose al derecho a ser oído en un plazo razonable, la Corte, en el caso Tibi vs. Ecuador, señaló que el primer acto procesal que marcaba el inicio del proceso (a contar del cual se tiene derecho a defensa) consistía en "la aprehensión del individuo" o, si dicha medida no era aplicable, comenzaría cuando la "autoridad judicial toma conocimiento del caso. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 168.

<sup>528</sup> Hasta el caso López Álvarez Vs. Honduras, se entendía que el proceso concluía con la dictación de sentencia definitiva.

[...] el señor Barreto Leiva tenía, conforme a la Convención Americana, el derecho de ser asistido por su abogado defensor y no por el Ministerio Público, cuando rindió las dos declaraciones pre procesales [...]<sup>529</sup>.

Esta asistencia en ningún caso puede ser suplida por otros funcionarios que intervienen en el proceso y que desarrollan labores diversas o antagónicas a las que corresponden al abogado(a) defensor(a).

En el caso *Vélez Loor* la Corte IDH analizó la exigibilidad del derecho a defensa técnica respecto de otros procedimientos. En este caso, respecto de un extranjero sometido a un procedimiento administrativo sancionatorio, por infracción de regulaciones migratorias. La Corte IDH señaló que era deber del Estado proporcionarle defensa técnica gratuita si es que aquel no contaba con los medios para proveerse la asistencia de un abogado. Para ello, la Corte tuvo en consideración las características del procedimiento en cuestión y, particularmente, los efectos –de carácter punitivo– de la decisión adoptada por la autoridad en el marco del referido procedimiento administrativo. En este sentido, la Corte consideró que la posible deportación, expulsión o privación de libertad del señor Vélez Loor hacía imperativo que éste contara con defensa técnica desde el inicio del procedimiento:

[...] Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento [...]

La Corte ha considerado que, en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia<sup>530</sup>.

Además de referirse al momento en que empieza a regir este derecho y cuando culmina, la Corte IDH también se ha manifestado en torno a las condiciones que se deben dar para que este derecho sea efectivo. El Tribunal ha resaltado la importancia de la comunicación libre y privada entre el inculpa-

<sup>529</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párrs. 62 y 64.

<sup>530</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrs. 132 y 146.

y su defensor/a<sup>531</sup> y que el tiempo en que se desarrolle esta comunicación sea razonable. En el caso *J. vs. Perú* la Corte IDH indicó que la comunicación privada con el/la defensor/a sólo puede ser restringida siguiendo los requisitos generales, no pudiendo el Estado justificar la supervisión de la comunicación únicamente en el éxito de la investigación y la confidencialidad de la misma<sup>532</sup>.

En cuanto a la efectividad del derecho, la Corte IDH ha resaltado la importancia de que si la defensa es proporcionada por el Estado, esto no sea solo una formalidad para satisfacer los requerimientos convencionales, sino que también la defensa debe llevarse a cabo con diligencia:

[...] el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados<sup>533</sup>.

#### **1.5.2.6. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia de testigos o peritos**

El artículo 8.2.f) de la CADH establece lo que se conoce como el principio de contradicción<sup>534</sup>, que implica la noción de que el inculpado tiene derecho a usar todos los medios probatorios a su alcance y puede objetar todos los medios de prueba que se presenten por el Estado ante el tribunal; su redacción, sin embargo, no fue feliz para hacerla comprensiva de esta idea, sin perjuicio de que es evidente que esto se desprendería de una lectura correcta del artículo 8.1 de la CADH. Respecto de la norma del 14.3.e) del PIDCP, el Comité ha vinculado este derecho con el principio de la 'igualdad de armas': "Esta disposición tiene por objeto garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogar y repreguntar a éstos de que dispone la acusación"<sup>535</sup>. En el caso *Castillo Petruzzi y otros*, la Corte IDH estimó violada esta garantía porque el peticionario había sido condenado en última instancia

<sup>531</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrs. 146 y 148.

<sup>532</sup> Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 206.

<sup>533</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 155.

<sup>534</sup> En el caso *Loayza Tamayo*, la Corte IDH encontró una evidente violación al principio de contradicción ya que la ley "prohibía a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas" (Caso *Loayza Tamayo* Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 62).

<sup>535</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, párr. 12.

“con base en una prueba nueva, que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir”<sup>536</sup>.

#### **1.5.2.7. Derecho a estar presente en el juicio**

Las garantías mínimas contenidas en el artículo 8.2 de la CADH no contienen expresamente el derecho a estar presente en el juicio, pero éste se deriva sin duda, entre otros derechos, del derecho del acusado de defenderse personalmente y de objetar las pruebas presentadas en su contra. Este derecho, en cambio, sí está establecido expresamente en el artículo 14.3.d) del PIDCP.

Los derechos de defensa y a estar presente en el juicio implican que, en principio, los juicios *in absentia* no son compatibles con el Derecho Internacional. Sin embargo, esta regla puede tener excepciones: el propósito del juicio es definir la culpabilidad o inocencia de una persona, pero también poder aplicar la sanción penal a aquél que se ha hecho merecedor de ella. Por lo tanto, no parece justo que un acusado impida que se haga justicia a través del expediente de sustraerse voluntariamente del juicio. Como no parece justo tampoco que una persona que no pretenda eludir la justicia, pueda ser juzgado sin su presencia, y esperar su aparición puede ser muy perjudicial para la recolección de la evidencia del caso, es posible que se permita el juicio *in absentia*, a condición de que, si la persona aparece, se le dé la oportunidad de defenderse. Al respecto, el Comité de Derechos humanos ha indicado:

En realidad, las actuaciones *in absentia* son admisibles en algunas circunstancias (por ejemplo, cuando el acusado aunque informado de las actuaciones con suficiente anticipación, renuncia a ejercer su derecho a estar presente) en beneficio de la buena administración de justicia. Sin embargo, el ejercicio efectivo de los derechos que figuren en el artículo 14 presupone que se tomen las medidas necesarias para informarse con anticipación al acusado de las actuaciones iniciadas contra él (art. 14, párr. 3 a). Los procesos *in absentia* requieren que, pese a la comparecencia del acusado, se hagan todas las notificaciones para informarle de la fecha y lugar de su juicio y para solicitar su asistencia. De otra forma, el acusado, en especial, no dispondrá del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (art.14, párr.3 b), no podrá defenderse por medio de defensor de su elección (art.14, párr.3 d), ni tendrá oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y

<sup>536</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 140.

obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados (art. 14, párr. 3 e)<sup>537</sup>.

### **1.5.2.8. Derecho de asistencia consular**

Cuando una persona debe afrontar un proceso que supone su privación de libertad en un país del cual no es nacional, se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, fundada en el posible desconocimiento del idioma y del sistema jurídico al que se enfrenta. Ante esto, el derecho de asistencia consular—regulado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares— busca resguardar el derecho al debido proceso y el efectivo acceso a la justicia de quienes son juzgados en un país del cual no son nacionales. En este sentido, la Corte IDH ha precisado que este derecho forma parte de las “garantías mínimas” contempladas en el artículo 8.2 que establece la Convención Americana en favor de toda persona inculpada de un delito:

Es pertinente recordar que el derecho de un detenido extranjero a solicitar la ayuda del consulado de su país ha sido considerado como un componente de las “garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa”. Es así que la Corte ha destacado varios actos relacionados con la defensa en los que el cónsul puede asistir al detenido [...]<sup>538</sup>.

Esta garantía fue tratada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva sobre “El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, dentro del marco de un procedimiento penal donde se consideró que, en caso de no existir este tipo de asistencia, el inculpado no podría ejercer de forma cabal sus derechos<sup>539</sup>. No obstante, es preciso destacar que en el caso *Vélez Loor*, en cambio, la Corte IDH analizó la exigibilidad de este derecho respecto de un inmigrante sometido a un proceso administrativo de regularización migratoria:

La Corte observa que los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar

<sup>537</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Mbengue vs. Zaire. Comunicación No. 16/1977. Resolución de 25 de marzo de 1983, párr. 14.1.

<sup>538</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 157.

<sup>539</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 120 y ss.

que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses<sup>540</sup>.

En cuanto al contenido de esta garantía, la Corte IDH destacó en el caso *Vélez Loo*, que ésta comprendía al menos tres elementos esenciales<sup>541</sup>: el derecho del detenido a ser informado de los derechos que le aseguraba la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; la posibilidad de comunicarse efectivamente con el funcionario consular; y el derecho a la asistencia consular misma. Adicionalmente, la Corte IDH puntualizó que el derecho a comunicarse efectivamente con el funcionario consular comprende a su vez dos prerrogativas: el derecho del detenido a comunicarse libremente con el o los funcionarios consulares y el derecho a recibir visitas de ellos. Este último aspecto puede revertir particular importancia, ya que según la Corte IDH, su observancia puede repercutir no sólo en la protección del derecho a defensa del detenido, sino incluso proyectarse en la salvaguarda de sus derechos a la integridad y a la libertad:

En cuanto al acceso efectivo a la comunicación consular, la Convención de Viena dispone que al detenido se le debe permitir: 1) comunicarse libremente con los funcionarios consulares; y 2) recibir visitas de ellos [...] Las visitas de los funcionarios consulares deberían ser con miras a proveer la "protección de los intereses" del detenido nacional, particularmente los asociados con "su defensa ante los tribunales". De esta manera, el derecho a la visita consular presenta un potencial para garantizar y dar efectividad a los derechos a la libertad personal, la integridad personal y la defensa<sup>542</sup>.

<sup>540</sup> Corte IDH. Caso *Vélez Loo* Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 152.

<sup>541</sup> *Ibidem*, párr. 153.

<sup>542</sup> *Ibidem*, párr. 158.

### **1.5.3. Calidad de público y oralidad del juicio; fallo público.**

El artículo 8.5 de la CADH establece que el “proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 14.1 del PIDCP, la CADH sólo exige que el proceso penal sea público, no así otros tipos de proceso. Es éste un requerimiento formal, que intenta asegurar la transparencia de la justicia por medio de permitir la presencia de terceros cuando el juicio se efectúa; la obligación del Estado es, pues, hacer de hecho y de derecho posible que la vista del juicio sea accesible al público. La exigencia de que el proceso sea público intenta no sólo proteger al acusado, sino que es también un derecho de toda la comunidad, ya que todos deben poder controlar a través de su presencia el modo cómo se ejerce la justicia en una sociedad democrática. Al respecto la Corte IDH ha indicado que la publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia<sup>543</sup>.

Por su parte, el Comité ha señalado que la calidad de pública de la audiencia “constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general”<sup>544</sup> y ha recalcado la importancia de la presencia de la prensa en el proceso y de la presencia de público en la lectura del fallo<sup>545</sup>. Aunque la Convención Americana no establece que esta lectura debe ser pública, como el fallo es la culminación del proceso, y éste es público, también la lectura del mismo debe serlo.

Es necesario hacer presente que el hecho de que el proceso deba ser público no significa que se deba hacer publicidad en torno al juicio. A este respecto, los tribunales deben tener siempre presente que se debe proteger al acusado del escarnio innecesario.

Es posible suspender la presencia de público en un proceso. El Pacto establece las razones que hacen esto posible en su artículo 14.1. La Convención no lo hace, pero la Corte Interamericana estableció en el caso *Cantoral Benavides* que

---

<sup>543</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 168.

<sup>544</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 13, párr. 6.

<sup>545</sup> *Ídem*.

corresponde al Estado demostrar que la publicidad debía ser restringida por ser ello “necesario para preservar los intereses de la justicia”<sup>546</sup>.

Como hemos podido ver, el derecho de defensa constituye una concreción de los principios que uniforman el debido proceso, aplicados al caso concreto para materializar la posibilidad de contradicción en condiciones de igualdad, en un espacio especialmente complejo como es el penal, donde la titularidad del *ius puniendi* está radicado en el actor más poderoso: el Estado.

#### **1.5.4. No declarar contra sí mismo**

El artículo 8.2 g) establece el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Esta garantía enfatiza la idea de que es el Estado el que debe demostrar la culpabilidad de la persona sometida a proceso y está asociada, primordialmente, con la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>547</sup>. Lo importante de esta garantía es que ella anula la posibilidad de utilizar una confesión como prueba contra el inculpado cuando ella ha sido arrancada haciendo uso de este tipo de tratamiento. La CADH reitera esto cuando establece en el artículo 8.3 que “[l]a confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”<sup>548</sup>.

En el caso *Castillo Petruzzi y otros*, la Corte IDH consideró que la mera exhortación a los inculpados a decir la verdad, no constituía violación del artículo 8.3, cuando no había constancia en autos de que “esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad”. La Corte hizo presente que tampoco había prueba de que se hubiera pedido a los inculpados rendir juramento o formular promesa de decir verdad; de haber ello ocurrido, habría contrariado “el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo”<sup>549</sup>.

El Comité de Derechos Humanos se ha referido expresamente al alcance de esta garantía en su Observación General N°32, recalcando la necesidad de que se excluya la confesión obtenida con métodos de coerción:

Por último, el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 garantiza el derecho a no verse obligado a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable. Esta salvaguardia debe interpretarse en el sentido de que no

<sup>546</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 148.

<sup>547</sup> Artículo 5 CADH y artículo 7 del PIDCP.

<sup>548</sup> Véase supra, derecho a la integridad personal.

<sup>549</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 167.

debe ejercerse presión física o psicológica directa o indirecta alguna sobre los acusados por parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiesen culpables. Con mayor razón es inaceptable tratar a un acusado de forma contraria al artículo 7 del Pacto a fin de obligarlo a confesar. El derecho interno debe establecerse que las pruebas y las declaraciones o confesiones obtenidas por métodos que contravengan el artículo 7 del Pacto quedarán excluidas de las pruebas, salvo que se utilicen para demostrar que hubo tortura u otros tratos prohibidos por esta disposición, y que en tales casos recaer sobre el Estado la carga de demostrar que las declaraciones de los acusados han sido hechas libremente y por su propia voluntad<sup>550</sup>.

### **1.5.5. Derecho a recurrir**

Un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales. En este sentido, dentro de este conjunto de requisitos, específicamente en relación con el ámbito penal (artículo 8.2), se contempla el derecho que tienen las personas, de recurrir del fallo frente a un tribunal superior. Por su parte, el PIDCP también consagra este derecho en los siguientes términos: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley” (artículo 14.5).

Asimismo, otros instrumentos específicos de derechos humanos también contemplan este derecho, como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 40.2.b.v señala que: “a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”.

En el conocimiento de casos contenciosos que han llegado al SIDH, tanto la Comisión como la Corte IDH han tenido la oportunidad de precisar el contenido y alcance del derecho contemplado en el artículo 8.2 letra h) de la CADH. Así, han delimitado sus principales características, señalando que el derecho a la

---

<sup>550</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 32, párr. 41.

revisión sólo se satisface mediante un recurso que cumpla con las siguientes características:

- a) La sentencia recurrida por el acusado debe ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.
- b) Dicho tribunal debe tener competencias ordinarias para conocer con amplitud todos los planteamientos del recurrente.
- c) El medio de impugnación en cuestión debe ser un recurso ordinario eficaz que garantice un examen integral de la decisión recurrida.
- d) Por ello el recurso, en cuanto a sus motivos de procedencia, debe estar desprovisto de restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo.
- e) En cuanto a los requisitos de admisibilidad, el medio de impugnación debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho<sup>551</sup>.

Antes de analizar en concreto las características que debe tener la revisión de un fallo condenatorio de manera de cumplir con el mandato de la CADH, nos referiremos al objeto de esta garantía y su relación con otros derechos establecidos en la CADH.

En concepto de la Corte IDH, este derecho tiene por finalidad procurar la corrección de las decisiones judiciales contrarias a derecho<sup>552</sup>. Como sostiene Ferrajoli, “siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen”<sup>553</sup>. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que este derecho busca otorgar mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado<sup>554</sup>.

Considerando su finalidad, este derecho no puede ser mirado de manera aislada en el conjunto de garantías del debido proceso, así como tampoco respecto de otros derechos protegidos en la CADH. La Corte IDH ha destacado la importancia del derecho al recurso en relación a otros derechos consagrados en la CADH:

<sup>551</sup> Esta sistematización de las características que debe tener un recurso judicial para satisfacer los estándares internacionales, ha sido realizada por Pastor, 2002: 257 y ss.

<sup>552</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 161.

<sup>553</sup> Ferrajoli, 2006.

<sup>554</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 89 y Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párr. 97.

Asimismo, la Corte destaca que, sin perjuicio de que cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados [...] <sup>555</sup>.

Específicamente, en relación con el derecho a defensa, la Corte IDH ha señalado que el derecho de impugnar el fallo busca proteger este derecho, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona <sup>556</sup>.

El derecho a recurrir del fallo se enmarca dentro del conjunto de garantías que conforman el debido proceso legal, las cuales se encuentran indisolublemente vinculadas entre sí <sup>557</sup>. Por lo tanto, el derecho a recurrir el fallo debe ser interpretado de manera conjunta con otras garantías procesales si las características del caso así lo requieren. A modo de ejemplo, cabe mencionar la estrecha relación que existe entre el derecho a recurrir el fallo y una debida fundamentación de la sentencia, así como con la posibilidad de conocer las actas completas del expediente incluyendo las actas del juicio en el caso de los sistemas orales <sup>558</sup>.

A continuación, analizaremos de manera detallada una de las características de este derecho.

- Tribunal competente: La Corte IDH ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado en la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo

---

<sup>555</sup> Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párr. 119.

<sup>556</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 158; Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 88 y; Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párr. 98.

<sup>557</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 120.

<sup>558</sup> CIDH. Caso Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupé y otros Vs. Chile, párr. 263.

legitiman para conocer del caso concreto<sup>559</sup>. Además, es necesario que el tribunal o juez que revise la sentencia penal condenatoria sea distinto y de superior jerarquía orgánica<sup>560</sup>.

- **Accesibilidad:** La accesibilidad dice relación con que los requisitos para interponer el recurso, no deben revestir mayores complejidades, de manera tal que no se vuelva ilusorio este derecho<sup>561</sup>. La Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente<sup>562</sup>.
- **Eficacia de la revisión:** La eficacia del recurso, implica que debe procurar resultados o respuestas para el fin para el cual fue concebido<sup>563</sup>. En concepto de la Corte IDH, para que la revisión sea eficaz, debe permitir el examen integral de la sentencia condenatoria:

Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Parte y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria<sup>564</sup>.

Desde el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en que la Corte IDH señaló que el derecho al recurso exigiría la revisión integral de la sentencia, se generaron sendas controversias en la región en torno a los alcances que debía darse a esta afirmación. Esto, porque interpretar la afirmación en un sentido amplio, implicaba que

<sup>559</sup> Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 160. En el mismo sentido: Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 159 y Caso Lori Berenson Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 192.

<sup>560</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 158.

<sup>561</sup> *Ibidem*, párr. 164.

<sup>562</sup> Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párr. 99.

<sup>563</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 161 y Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 90.

<sup>564</sup> Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 245.

la mayoría de los sistemas procesales penales de la región no satisfacían este estándar, ya que en modelos acusatorios donde la intermediación es un principio fundamental, se establecen recursos de casación o nulidad donde la posibilidad de revisión de los aspectos fácticos es limitada. Sin embargo, en su más reciente jurisprudencia, la Corte IDH aclaró este punto, señalando que si bien se debe tender a una revisión integral, esto no significa la realización de un nuevo juicio:

Además, el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio<sup>565</sup>.

A este respecto, la doctrina ha precisado que la doctrina sentada por la Corte IDH no exige que deba crearse un nuevo recurso, sino que, cualquiera sea el medio de impugnación, debe permitir una revisión integral del fallo que propicie una mayor garantía para las partes<sup>566</sup>.

- **Ámbito de la revisión:** En el caso *Mohamed vs. Argentina*, se discutió acerca de la compatibilidad con la Convención Americana, de un sistema penal que no permitiera la revisión judicial de un fallo condenatorio de segunda instancia. En este caso, una persona había sido absuelta en primera instancia, pero en segunda instancia este fallo fue revocado. El Estado alegó que en el derecho comparado existía una excepción al derecho de recurrir de una sentencia condenatoria (inciso 2 artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) respecto de quien haya sido condenado después de un recurso en contra de su absolución. Por su parte, tanto la Comisión como los representantes, entendieron que ésta es una garantía establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte en su jurisprudencia<sup>567</sup>.

En esta controversia, la Corte IDH precisó los alcances del derecho al recurso, bajo la consideración de que las garantías que contempla el artículo 8.2 deben

---

<sup>565</sup> *Ibidem*, párr. 246.

<sup>566</sup> Salazar, 2004: 21.

<sup>567</sup> Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párrs. 65 y 67.

ser respetadas en todas las etapas procesales, puesto que éstas tienen por objeto evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo del Estado:

El artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de “[t]oda persona inculpada de delito”. En el último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena.

Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención<sup>568</sup>.

En este sentido, la Corte IDH precisa que este es un derecho que asiste al condenado (con irrelevancia de la etapa procesal en la que haya sido impuesta la condena):

Para confirmar la interpretación de esta Corte de que se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “[t]oda persona declarada culpable de un delito”. En otra oportunidad la Corte ha manifestado que dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2.h de la Convención Americana<sup>569</sup>.

Por tanto, conforme a la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH, podemos sostener que el derecho al recurso tendría un ámbito amplio, que comprendería

<sup>568</sup> *Ibidem*, párrs. 91 y 92.

<sup>569</sup> *Ibidem*, párr. 93.

la posibilidad de que se revise el fallo condenatorio, sin importar la etapa procesal o estadio en que éste se haya impuesto. Esto, pues lo que estaría en el centro de este derecho, sería evitar la arbitrariedad y el error en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Lo anterior, en conformidad con lo que ha señalado la jurisprudencia interamericana, respecto a que el debido proceso es una garantía que se extiende durante todo el proceso penal:

Si bien es cierto que la garantía del debido proceso parece referirse fundamentalmente a la fase de sustanciación en primera instancia del juicio o de comprobación de la incriminación o exculpación del acusado, la cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores, por cuanto es ante los mismos donde esos vicios se corrigen [...] <sup>570</sup>.

### 1.5.6. *Ne bis in idem*

El artículo 8.4 de la Convención Americana establece que “el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”, consagrando, así, el principio *ne bis in idem*.

Respecto de esta garantía, resulta pertinente recordar lo que la Corte falló en el caso *Loayza Tamayo* y que repite en el caso *Mohamed*: el principio *ne bis in idem* busca proteger los derechos de las personas que han sido procesadas por determinados hechos, para que no vuelvan a ser enjuiciadas por los mismos hechos, a diferencia de lo establecido, por ejemplo, en el Pacto, en que quien haya sido enjuiciado por un determinado delito, no pueda volver a ser procesado por el mismo delito. De esta forma, la protección de la Convención Americana es más amplia <sup>571</sup>.

En este sentido, la situación regulada por el artículo 8.4 de la CADH supone dos momentos <sup>572</sup>:

- i) la realización de un primer juicio que se pronuncia sobre el fondo del asunto <sup>573</sup>, y

<sup>570</sup> CIDH. Caso López Aurelli y otros Vs. Argentina. Caso No. 9850. Resolución de 4 de octubre de 1990, párr. 18.

<sup>571</sup> Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 66 y Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 noviembre de 2012, párr. 121.

<sup>572</sup> Ibáñez, 2014: 247.

<sup>573</sup> Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 202. En el mismo sentido: Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 137.

- ii) la culminación del mismo en una sentencia firme de carácter absolutorio<sup>574</sup>, es decir, con una decisión adoptada de forma definitiva y obligatoria que absuelve al inculpado.

Teniendo en consideración estos dos presupuestos, la Corte declaró que en el caso *Mohamed* no se había configurado una violación al artículo 8.4 de la Convención Americana, pues la sentencia de segunda instancia no constituye un nuevo juicio, atendido que la sentencia de primera instancia no se encuentra ejecutoriada mientras no se fallen todos los recursos ordinarios en su contra.

La Corte IDH ha indicado que el principio *ne bis in ídem* no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando:

- i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia<sup>575</sup>.

Para la Corte IDH una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. En este sentido, ha indicado que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in ídem*<sup>576</sup>.

## 1.6. Principio de legalidad y no retroactividad

El artículo 9 de la Convención establece que:

[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el

<sup>574</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 137 y Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párr. 121.

<sup>575</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154.

<sup>576</sup> *Ídem*.

momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En un caso reciente, la Corte IDH ha desarrollado los principales estándares sobre esta materia.

En este sentido, la jurisprudencia constante de la Corte al respecto ha sostenido que la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Asimismo, el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, indica que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará de ello. El Tribunal también ha indicado que el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible<sup>577</sup>.

En cuanto a la tipificación y el rol del/la juez/a, señala la Corte IDH:

La Corte ha enfatizado que corresponde al juez, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. La elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta inculpada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Asimismo, este Tribunal subraya que la tipificación de conductas reprochadas penalmente implica que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara que sea posible; es decir, de manera expresa, precisa, taxativa y previa<sup>578</sup>.

Para la Corte, la aplicación *in actum* de las normas procesales no contraviene la Convención:

Esta Corte considera que la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata, no vulnera el artículo 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar

---

<sup>577</sup> Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 60.

<sup>578</sup> *Ibidem*, párr. 61.

el acto procesal y no aquél de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es justamente, el momento de la comisión del delito. Es decir, los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene *per se*, el principio de legalidad<sup>579</sup>.

La excepción a este criterio serían aquellos casos en que la nueva norma procesal pueda tener un impacto sustantivo, sea en la tipificación o en la imposición de penas:

En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal. Frente a ello, la Corte verificará si dicho supuesto se actualiza para efectos del presente caso<sup>580</sup>.

### 1.7. Niños, niñas y adolescentes

Además del derecho general a protección, la CADH y el PIDCP reconocen a los niños y niñas el derecho a un trato especial cuando son detenidos o acusados de una infracción penal. En efecto, ambos establecen el derecho del niño o niña acusado “a ser llevado ante la justicia con la mayor celeridad posible”. Adicionalmente, el PIDCP establece que en “el procedimiento aplicable a menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social” (artículo 14.2). Por su parte, la CADH reconoce el derecho de los niños y niñas a ser llevados ante tribunales especiales (artículo 5.5).

En sintonía con lo anterior, la Corte IDH ha establecido que, como es obvio, a los niños y niñas se les aplican todas las garantías y derechos establecidos en el artículo 8 de la Convención. Adicionalmente, también reconoce que, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, es necesario

<sup>579</sup> *Ibidem*, párr. 69.

<sup>580</sup> *Ibidem*, párr. 70.

adoptar ciertas medidas especiales con el fin de que puedan ejercer sus derechos de manera tal que pueda sostenerse que gozan efectivamente de ellos. Así lo señaló la Corte IDH:

Esta Corte ha señalado que las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías<sup>581</sup>.

Algunas de las medidas especiales que ha mencionado la Corte son:

[E]n el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso<sup>582</sup>.

Por su parte, la CDN, en su artículo 40, establece las normas que deben guiar el establecimiento de un sistema penal para niños y niñas infractores de ley. En el primer párrafo de dicho artículo, la CDN establece los principios generales que deben orientar tal sistema:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad<sup>583</sup>.

El segundo párrafo del artículo 40 reafirma y adapta las garantías del debido proceso reconocidas por el DIDH. Se consagran, por ejemplo, el derecho a ser informado sin demora de los cargos, el derecho a que se presuma su

---

<sup>581</sup> Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 209.

<sup>582</sup> *Ibidem*, párr. 211.

<sup>583</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.1.

inocencia, el derecho a una asistenta jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa. En el tercer párrafo establece una de las reglas más importantes en materia de justicia penal para niños y niñas, a saber, la obligación de desarrollar un sistema de justicia especializado:

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

Tomando a la CDN como parámetro, la Corte ha afirmado la necesidad de no juzgar a los niños como adultos y, subsecuentemente, ha obligado a los Estados a establecer tribunales especializados y procedimientos especiales para juzgar a los niños y niñas infractores de leyes penales:

Este Tribunal ha sostenido que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal. En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes<sup>584</sup>.

## 2. Debido proceso en el sistema procesal penal chileno

Como señalamos en la introducción, la segunda parte de este capítulo estará destinada a estudiar ciertos aspectos de nuestro proceso penal que se estiman problemáticos o deficientes a la luz de los estándares internacionales en materia de debido proceso. Este examen no pretende ser exhaustivo, es decir, no busca dar cuenta de todos los posibles problemas que presente nuestro derecho procesal penal, sino solamente de algunos. Para la selección de los problemas nos basamos en un listado de temas que nos entregó la Defensoría Penal Pública.

<sup>584</sup> Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 210.

Antes de analizar en específico las problemáticas del debido proceso en nuestro sistema nacional, nos referiremos brevemente a su regulación y concepto en Chile.

El debido proceso, con dicha denominación, no se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República. Sin embargo, la doctrina ha entendido que su reconocimiento emana del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República que establece que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

La escueta redacción constitucional se explica porque los comisionados entendieron el debido proceso como un principio que comprende múltiples otras garantías judiciales y consideraron favorablemente la posibilidad de que su consagración cumpliera una función integradora de los derechos fundamentales<sup>585</sup>. Es precisamente esta escueta redacción la que ha permitido que por vía jurisprudencial se integren garantías específicas que forman el contenido del debido proceso. La reforma procesal penal, que dota al juez de garantía de un rol relevante en el resguardo de los derechos fundamentales, le impone el deber de la utilización de los “principios constitucionales como estándares frente a los cuales debe enfrentarse ya no sólo la legislación, sino también la conducta de los agentes de la persecución penal”<sup>586</sup>. Una de las formas en que la jurisprudencia complejiza el concepto del debido proceso, es a través de la utilización de estándares internacionales que concretan su contenido. Como veíamos en el capítulo II de este estudio, la noción de bloque de constitucionalidad ha permitido utilizar las normas sobre derechos humanos consagradas en tratados internacionales como una herramienta interpretativa de los principios y normas constitucionales. En el caso del debido proceso, esto se refleja en la ampliación de su concepto, incorporando como parte de su contenido a través de la jurisprudencia, el derecho al recurso<sup>587</sup> o la presunción de inocencia<sup>588</sup>. En cuanto a su contenido, la jurisprudencia ha entendido que comprende:

Que, al respecto, como cuestión previa principal, es necesario precisar que el debido proceso [...] constituye un derecho asegurado por la

---

<sup>585</sup> López, 2006.

<sup>586</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>587</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 29 de abril de 2008, rol 6053-2007.

<sup>588</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 21 de agosto de 2007, rol 739-2007 y sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 993-2008.

Constitución Política de la República, en cuya virtud toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental, en el artículo 19 N° 3 inciso 5°, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. Es así, que en torno a los aspectos que contempla el derecho a un debido proceso, no hay pareceres discrepantes en cuanto lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y las leyes, entregan a las partes de la relación procesal, asegurándose que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes con la decisión, que se respeten los procedimientos establecidos en la ley, se dicten resoluciones motivadas o fundadas, etc.; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden garantías individuales de que gozan las personas en relación a la organización judicial del Estado, como son el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referida también a que los asuntos criminales deben ser conocidos por tribunales instituidos por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y finalmente, a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de manera tal que no exista compromiso con las partes, porque en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los responsables de los delitos, como también la absolución del inocente, ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano establecido por el Estado precisamente con ese objetivo, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del imputado, debiendo al mismo tiempo el tribunal actuar con imparcialidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes, independiente y desinteresada sobre el objeto y fin del proceso<sup>589</sup>.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que “el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los

---

<sup>589</sup> Corte Suprema. Sentencia de 15 de septiembre de 2009, rol 3909-2009, considerando 9. En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 12 de noviembre de 2008, rol 4954-2008 y; Corte Suprema. Sentencia de 19 de mayo de 2009, rol 1414-2009.

derechos fundamentales de los participantes en un proceso<sup>590</sup>. Pese a la amplitud que tiene el concepto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el núcleo básico de garantías que lo componen estaría compuesto por 1) oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, 2) bilateralidad de la audiencia, 3) aportación de pruebas pertinentes y, 3) derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador<sup>591</sup>.

La doctrina procesal penal, por su parte, ha indicado que el debido proceso constituye “el derecho que garantiza al ciudadano la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías procesales constitucionalizadas”<sup>592</sup>, destacándose, sin embargo, la dificultad de llegar a un concepto uniforme en atención a su vaguedad, pues la fórmula constitucional no dice nada acerca de las “características” que debe tener el proceso legalmente tramitado<sup>593</sup>.

Las principales discusiones que exponemos a continuación en torno al debido proceso en Chile, se analizan considerando que el contenido al debido proceso regulado en la Constitución y en el Código Procesal Penal, deben complementarse e interpretarse a la luz de las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado al ratificar tratados internacionales y cuyo contenido hemos desarrollado en este capítulo en consideración a la jurisprudencia internacional.

## 2.1. Presunción de inocencia

El artículo 4 del CPP consagra el principio de presunción de inocencia. Tal como lo señalamos anteriormente<sup>594</sup>, este principio tiene dos facetas, una de fondo y otra de forma. Ambas son reconocidas por el artículo 4 del CPP. Al establecer que la persona no será considerada culpable (fondo) ni tratada como tal (forma) en tanto no fuere condenada por una sentencia firme, se está marcando un límite a la acción del Estado, no sólo en cuanto a las actuaciones de sus órganos, sino que también en cuanto a las actuaciones de todos los actores involucrados en el proceso, incluidos los privados, principalmente los medios de comunicación. De acuerdo con lo preceptuado por este artículo 4 del CPP, a la luz del derecho internacional, el Estado asume la obligación de no afectar directamente el principio de inocencia a través de sus agentes, pero

---

<sup>590</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 7 de julio de 2011, rol 1838-2010, considerando 10.

<sup>591</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 21 de octubre de 2010, rol 1518-2010, considerando 23.

<sup>592</sup> Bandres, 1992: 111. Citado por: Horvitz y López, 2002: 69.

<sup>593</sup> *Ídem*.

<sup>594</sup> *Supra*, 1.5.1.

también la obligación de garantizar que éste no sea afectado por la actuación de privados, debiendo tomar todas las medidas adecuadas a dicho fin.

Además, este artículo 4 establece una limitación clara al artículo 1 del CPP. En efecto, no basta con que la condena sea dictada por una sentencia fundada de un tribunal imparcial, sino que además esta deberá ser respetuosa del derecho a la presunción de inocencia, en cuanto el tribunal, para condenar a una persona, deberá haber acreditado el hecho y la participación en forma total y sin lugar a dudas. En este sentido, hay que señalar que, aunque está destinado en principio a establecer la exclusividad de la investigación penal, el artículo 3 del CPP consagra una importante obligación del Ministerio Público con respecto al imputado, al imponerle la obligación de investigar también los hechos que acrediten la inocencia de éste.

A partir de la reforma procesal penal, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema han reconocido la importancia de este principio en el contexto del nuevo sistema y cada tribunal desde su perspectiva lo ha considerado una garantía constitucional susceptible de control constitucional.

Las posiciones de ambas instancias judiciales han sido diferentes<sup>595</sup>. El Tribunal Constitucional ha evolucionado en su razonamiento: en un primer momento –luego de la reforma procesal penal– consideró que era una garantía infraconstitucional y que, por lo tanto, no podía conocer de vulneraciones hacia éste<sup>596</sup>; luego, en un segundo momento, considera la posibilidad de su concreción como garantía constitucional a partir de otros derechos –como la prohibición de presumir responsabilidad penal y la libertad personal– y de una interpretación hermenéutica de los tratados internacionales que lo consagran<sup>597</sup>. En cambio, la Corte Suprema le ha reconocido rango constitucional al principio de inocencia, por estar consagrado en tratados internacionales que son parte material de nuestra Constitución dada la norma de reenvío del artículo 5.2<sup>598</sup>.

Ambos tribunales han entendido que el principio de inocencia tiene una doble dimensión, tanto como fundamento de las garantías judiciales como regla de

<sup>595</sup> En este sentido, seguimos el esquema de análisis de Milos, 2011.

<sup>596</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 12 de enero de 2007, rol 568-2006, considerando 6; sentencia de 12 de enero de 2007, rol 561-2006, considerando 6 y; sentencia de 12 de enero de 2007, rol 661-2006, considerando 6.

<sup>597</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 1 de agosto de 2007, rol 739-2007, considerando 7.

<sup>598</sup> Corte Suprema. Sentencia de 25 de abril de 2005, rol 740-2005, considerando 2. En el mismo sentido: sentencia de 13 de noviembre de 2007, rol 3419-2007, considerando 14; sentencia de 29 de abril de 2008, rol 6053-2007, considerando 14.

tratamiento al imputado<sup>599</sup>. Destacan algunas interpretaciones aportadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema en virtud de las cuales el principio de inocencia es considerado una garantía política del ciudadano ante el Estado y también como una directriz que insta al Estado a que respete esta condición hasta la sentencia condenatoria<sup>600</sup>. No obstante la aplicación del principio de inocencia como regla de tratamiento al imputado en ciertos casos en forma interesante y provechosa, existen otros en que no se considera vulnerado este principio. Cabe destacar que la Corte Suprema ha tenido una tendencia más progresista en esta materia que el Tribunal Constitucional.

Ambos tribunales han entendido que existe una vinculación entre presunción de inocencia y debido proceso. Destaca la visión de la Corte Suprema que reconoce que las garantías que otorga el debido proceso son indispensables para cuestionar el estado de inocencia que tiene todo ciudadano<sup>601</sup>.

En particular, ambas instancias judiciales destacan como implicancia del principio de inocencia que la carga de la prueba debe estar en manos de la parte acusadora, poniendo énfasis en el rol que le corresponde al Ministerio Público en el nuevo proceso penal<sup>602</sup>. También el Tribunal Constitucional reconoce las limitaciones que impone este principio en las presunciones de responsabilidad y en la imposibilidad de adelantar la pena<sup>603</sup>. En cambio, la Corte Suprema ha desarrollado el estándar probatorio que debe cumplir una sentencia para condenar a una persona y la necesidad de motivar las sentencias<sup>604</sup>.

Si bien podemos reconocer un importante desarrollo de algunas de las implicancias que tiene el principio de inocencia en materia de debido proceso, encontramos casos en los cuales el razonamiento no es el esperable y en donde podrían aplicarse los estándares internacionales en torno a este principio de modo adecuado al caso que es de su conocimiento.

En cuanto a la relación entre estas garantías, el mayor desarrollo ha sido de parte de la Corte Suprema. En el caso del Tribunal Constitucional, en algunas sentencias deja en evidencia la existencia de esta relación, pero aborda el

---

<sup>599</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 21 de agosto de 2007, rol 739-2007, considerando 8 y Corte Suprema. Sentencia de 26 de enero de 2009, rol 5898-2008, considerando 15.

<sup>600</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia de 26 de enero de 2009, rol 5898-2008, considerando 15.

<sup>601</sup> Corte Suprema Chile. Sentencia de 11 de agosto de 2004, rol 2600-2004, considerando 5.

<sup>602</sup> Tribunal Constitucional Chile. Sentencia de 15 de abril de 2010, rol 1341-2009, considerando 42 y Corte Suprema. Sentencia de 26 de enero de 2009, rol 5898-2008, considerando 17.

<sup>603</sup> Tribunal Constitucional Chile. Sentencia de 21 de octubre de 2010, rol 1518-2009.

<sup>604</sup> Corte Suprema Chile. Sentencia de 25 de abril de 2005, rol 740-2005, considerando 2.

tema subsidiariamente y no encontramos casos en que éste sea el tema central a analizar. Sin embargo, el Tribunal Constitucional reconoce limitaciones a las medidas cautelares como la excepcionalidad, la provisionalidad y la necesidad de justificación de la medida, reconociendo que corresponden a un efecto del respeto del principio de inocencia como regla de tratamiento al imputado<sup>605</sup>. La Corte Suprema en cambio, ha reconocido que el principio de inocencia impone ciertas limitaciones a la prisión preventiva y a las medidas cautelares en general, reconociendo como principios limitantes la excepcionalidad de la medida, la proporcionalidad y la subsidiariedad de su aplicación<sup>606</sup>.

En el desarrollo más reciente de la Corte Suprema encontramos un cambio de visión respecto del ámbito de aplicación del principio de inocencia. Algunas sentencias hacen aplicación expresa de este principio en procedimientos administrativos sancionadores –en un caso el Tribunal Constitucional también hizo esta aplicación extensiva<sup>607</sup>– o respecto de medidas cautelares reales<sup>608</sup>. En particular resulta interesante una sentencia de la Corte Suprema en donde considera los estándares internacionales en relación a los/las adolescentes infractores de ley para otorgarle un contenido y alcance particular al principio de presunción de inocencia<sup>609</sup>.

Es importante este alcance amplio del principio de presunción de inocencia a la hora de argumentar ante los tribunales nacionales, ya que el debido proceso es la única forma en que se puede revertir esta presunción de inocencia y por tanto, será de cargo del Estado, a través de la argumentación que entregue el tribunal quien tiene la responsabilidad de aportar los antecedentes que le sirvan de base para condenar a una persona a una pena de carácter penal.

<sup>605</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia fecha 1 de agosto de 2007, rol 739-2007, considerando 8.

<sup>606</sup> Corte Suprema. Sentencia de 13 de enero de 2009, rol 192-2009, considerando 4.

<sup>607</sup> Corte Suprema. Sentencia de 25 de enero de 2010, rol 7432-2009, considerando 4 y Tribunal Constitucional. Sentencia de 21 de octubre de 2010, rol 1518-2009.

<sup>608</sup> Corte Suprema Chile. Sentencia de 10 de septiembre de 2008, rol 3731-2008, considerando 11.

<sup>609</sup> “Que a estos efectos, además, han de tenerse en consideración los criterios que siguen. En primer lugar, toda vez que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia puesto que el juicio se encuentra pendiente, el adolescente J.A.R.M. debe ser tratado como inocente, siendo por ello de carácter excepcional y transitoria toda cautelar que afecte sus derechos. También incide su condición de imputado adolescente que de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos siempre ha de pretenderse la readaptación social del menor. Además, el ya citado derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la especie resulta aún más exigible, desde que el artículo 10.2 apartado b) del citado pacto dispone que los menores serán llevados a juicio con la mayor celeridad posible”, Corte Suprema de Chile. Sentencia de 11 de noviembre de 2008, rol 6811-2008, considerando 3°.

## 2.2. Control judicial

El artículo 9 del CPP exige autorización judicial previa cada vez que una actuación del procedimiento prive, restrinja o perturbe o pudiere privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero el ejercicio de los derechos que la Constitución asegura; dispone también que en casos urgentes, la autorización podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro.

El artículo 9 representa un avance en contra de la arbitrariedad de los actos restrictivos de derechos en el proceso. El poder del Estado, manifestado a través del aparato punitivo, tiene que estar controlado por instancias judiciales, ajenas a la investigación propiamente tal, que representen un efectivo resguardo de los derechos fundamentales de la persona.

Este artículo desarrolla también la obligación del Estado de intervenir cuando haya la posibilidad de que se cometan violaciones de los derechos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales al señalar que el control judicial procederá en todo lo que “pudiere” producir efectos sobre derechos del inculpado, limitando el campo de acción de las autoridades a cargo del desarrollo del procedimiento. El control judicial, por lo tanto, debe ser aplicado ampliamente y no sólo respecto de los actos que restrinjan o perturben el ejercicio de derechos, sino que respecto de todo acto que restrinja, perturbe o amenace su efectivo y pleno ejercicio y goce.

Es positivo que la disposición no elimine la exigencia en casos urgentes; el inciso tercero del artículo 9 sólo modifica el mecanismo para obtener la autorización.

La protección judicial preventiva debe ser rápida y eficaz, dotada de recursos efectivos y con un procedimiento que garantice el debido proceso y que sancione sus incumplimientos con medidas efectivas. Al respecto es pertinente considerar que es deber del Estado “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>610</sup>. Esta interpretación amplia del artículo 9 del CPP se desprende de lo preceptuado en los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención y en los artículos 2 y 14 del PIDCP.

Por su parte, el artículo 10 establece un mecanismo para cautelar las garantías del imputado, que permite al juez garantizar el pleno y efectivo goce de sus derechos y libertades fundamentales a la luz del DIDH y adoptar medidas

---

<sup>610</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

efectivas con dicho fin, asegurando de esta forma recursos efectivos para la protección de los derechos convencionales, tal como lo exigen los artículos 25 de la Convención y 2.3 del Pacto.

Es ésta una norma especialmente importante para los efectos de controlar el debido proceso. Su amplitud permite un uso garantista de insospechada efectividad en materia procesal penal. El objetivo del artículo es garantizar que el imputado pueda ejercer todos los derechos consagrados en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En cuanto a la legitimación activa, es una medida que puede ser solicitada por cualquiera de las partes afectadas, o bien, decretada de oficio por el juez. Las “medidas necesarias” serán aquellas pertinentes y adecuadas al fin, esto es, toda medida que conduzca efectivamente a obtener el resultado exigido por la ley; las medidas que no conduzcan efectivamente al resultado, o que sean sólo en apariencia eficaces, no cumplirán con la norma. El baremo para determinar la efectividad de la medida será su resultado.

El artículo 10 dispone que, en caso de que dichas medidas no fueren suficientes para evitar una afectación sustancial de los derechos del inculpado, se suspenderá el procedimiento y se citará a los intervinientes a una audiencia, seguida la cual el juez resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo. Algunos alcances son necesarios. Primero, la “suficiencia de las medidas” debe ser analizada, insistimos, conforme a los estándares internacionales a que nos hemos referido en este trabajo; la suficiencia es sinónimo de eficacia, esto es, capacidad de obtener el resultado buscado en la realidad; por tanto, es una obligación de resultado y no de medios. Segundo, el criterio establecido por el CPP es que la afectación de los derechos del imputado debe ser “sustancial”; esto parece oponerse a la causal de nulidad del procedimiento establecida en el artículo 159 del CPP, que dispone que existe perjuicio “cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes”, sin calificaciones. Están también, por último, los artículos 373 y siguientes, que reglan el recurso de nulidad, que pueden entenderse en aparente discrepancia con lo anterior.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, todos los derechos del imputado se entienden esenciales para un debido proceso. La práctica judicial deberá encontrar un camino para armonizar las disposiciones del CPP mismo y éstas con la normativa internacional, de acuerdo con los criterios de rigurosidad que permean el nuevo proceso penal en materia de protección de los de-

rechos del inculpado. Como señalan López y Horvitz<sup>611</sup>, la cautela de garantías es una herramienta poderosa en la protección preventiva de las garantías, pero para que el artículo 10 pueda ser el instrumento preciso para que los jueces integren efectivamente los estándares internacionales sobre debido proceso en el proceso penal chileno, tanto llenando los vacíos que éste presenta, como delineando los criterios para la interpretación de aquéllos que están efectivamente recogidos en el texto constitucional y legal, es necesario realizar una aplicación de buena fe y útil de sus disposiciones.

### 2.3. Derecho de defensa

El artículo 8 del CPP establece algunos de los derechos de defensa del imputado: el derecho a tener asistencia de letrado, a formular planteamientos y alegaciones, y a intervenir, en general, en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento.

De acuerdo a la normativa internacional, (artículo 8.2.d) de la CADH y 14.3.d) del PIDCP) el inculpado tiene derecho ya sea a asumir su defensa personal o a hacerse asistir por un defensor de su elección y de comunicarse con él libre y privadamente.

La Constitución Política de la República de Chile de 1980, reformada el año 2005 por la Ley N° 20.050, señala en el capítulo II De los Derechos y Deberes Constitucionales en su artículo 19 n° 3, lo siguiente:

La Constitución asegura a todas las personas:

3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

---

<sup>611</sup> Horvitz y López, 2002.

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

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

La Constitución establece un derecho con alcance general, donde el debido proceso se aplica a todo procedimiento y no solo al judicial<sup>612</sup>. A través de la reforma constitucional de 1997 este derecho se amplió a la etapa de investigación del proceso penal.

De acuerdo con la Convención, éste es un derecho irrenunciable, por lo que el artículo 8 del CPP deberá ser complementado con la norma internacional. Otro aspecto importante de tener presente es el hecho de que el imputado tiene derecho a la defensa letrada desde la primera actuación que se dirige en su contra. Este derecho está recogido en el artículo 7 del CPP, lo que implica que el Estado ha asumido expresamente una obligación activa de proveer dicha defensa, en ciertos casos, y crear los mecanismos pertinentes para hacerla efectiva.

El inciso segundo del artículo 8 del CPP plantea el derecho del inculpado a actuar en el proceso. Esta materia también ha sido ampliamente desarrollada por los instrumentos internacionales, los que deben servir de guía al momento de determinar a qué se refieren los “planteamientos y alegaciones” a los que puede recurrir el imputado en su defensa. De esta forma, es claro que aplicando el

<sup>612</sup> “Se trata de un texto aplicable a cualquier autoridad, expresión sinónima de ‘órgano’ en la Constitución, que ejerza jurisdicción, o sea, que deba cumplir funciones o ejercer atribuciones que afecten derechos de las personas. Además, dejamos establecido que la expresión “sentencia” no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, sino a cualquier resolución, de cualquier autoridad, que ejerciendo sus atribuciones afecte derechos constitucionales o legales”. Evans, 2004: 143.

principio de contradicción analizado arriba, el inculpado tiene derecho a usar todos los medios probatorios a su alcance y puede objetar todos los medios de prueba que se presenten por el Estado ante el tribunal. Cualquier limitación al pleno ejercicio de este derecho constituirá una violación de las garantías procesales del inculpado, ya sea que dicha restricción provenga de actos directos del Estado y sus agentes, o bien, por medios indirectos como el de no entregar las facilidades necesarias para que se actúe eficazmente en el proceso.

Consecuencialmente, la legislación procesal penal contempla el derecho de defensa tanto desde un punto de vista material (ejercicio de los derechos en el

proceso) como técnica (contar con asistencia letrada). Un completo desarrollo de los derechos en el proceso se consagran en los artículos 93<sup>613</sup>, 94<sup>614</sup> y 95<sup>615</sup> del CPP.

<sup>613</sup> Artículo 93: "Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.

"En especial, tendrá derecho a:

- a) Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes;
- b) Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación;
- c) Solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen;
- d) Solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación;
- e) Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare;
- f) Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare;
- g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: "Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra;
- h) No ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- i) No ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía."

<sup>614</sup> Artículo 94: "Imputado privado de libertad. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:

- a) A que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad y, salvo el caso de delito flagrante, a que se le exhiba la orden que la dispusiere;
- b) A que el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión le informe de los derechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 135;
- c) A ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención;
- d) A solicitar del tribunal que le conceda la libertad;
- e) A que el encargado de la guardia del recinto policial al cual fuere conducido informe, en su presencia, al familiar o a la persona que le indicare, que ha sido detenido o preso, el motivo de la detención o prisión y el lugar donde se encontrare;
- f) A entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto;
- g) A tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare, y
- h) A recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, salvo lo dispuesto en el artículo 151."

<sup>615</sup> Artículo 95. Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la

### **2.3.1. Derecho a un intérprete**

El derecho a contar con un intérprete no se encuentra consagrado dentro de las garantías mínimas establecidas en el artículo 93 del CPP. Sí se establece una referencia a este derecho en el artículo 291 que se encuentra en el Título III del CPP relativo al juicio oral, indicando que:

El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral.

Sin embargo, quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes.

El acusado sordo o que no pudiese entender el idioma castellano será asistido de un intérprete que le comunicará el contenido de los actos del juicio.

A partir de una interpretación conjunta de las normas nacionales con las contenidas en los tratados de derechos humanos, podemos concluir que en materia de proceso penal, es exigible el derecho a contar con un intérprete de manera que la persona sometida a la acción de la justicia pueda desarrollar su defensa en condiciones de igualdad.

Esto es particularmente relevante en el ámbito sancionatorio administrativo, esto es, en materia de expulsión de extranjeros. En este ámbito, contar con la presencia de un intérprete es esencial por la naturaleza del sujeto titular de derechos.

### **2.3.2. Derecho a que se le comunique la acusación**

Como hemos visto, el artículo 93 contempla este derecho, lo mismo que una serie de normas relativas a las actuaciones judiciales (artículos 25, 33, 36, 232, 259 del CPP).

Claramente el sistema recoge el principio contenido en los instrumentos internacionales relativo a la necesidad de que la persona que se ve sometida a un proceso penal, conozca con detalle los hechos y la calificación jurídica que se

---

libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes. El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior. Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

le imputa. Esta es la única forma en que se produzca una consistencia entre la acusación y la sentencia. La Corte IDH, como vimos, ha señalado:

La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado "principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia" implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación<sup>616</sup>.

El principio de congruencia a que se hace referencia, en nuestra legislación está recogido en el artículo 259 del CPP en relación con el artículo 341 del CPP (sentencia definitiva). La congruencia debe estar referida a los hechos sobre los que se funda la acusación. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia. De esta forma se resguarda el derecho a defensa del imputado.

La jurisprudencia ha precisado los momentos en que el Tribunal puede variar la calificación jurídica sin afectar el derecho a defensa:

Que, sentencia condenatoria tiene como marco jurídico el contenido de la acusación, en este caso de la querrela, que no puede ser excedido, de manera que no resulta posible sancionar por hechos no comprendidos en ella. Puede, sin embargo, calificar los hechos de un modo diverso a como lo hizo la acusación, querrela, y para ello dispone de dos momentos. El primero se presenta cuando el tribunal advirtiere, durante el desarrollo del juicio, tal posibilidad, para lo cual debe advertir a los intervinientes durante la audiencia, siendo insuficiente que uno de ellos, por su cuenta, plantee una calificación jurídica distinta a modo de defensa, pues se trata de una actividad del tribunal que no puede ser suplida o reemplazada por la de las partes. La segunda oportunidad se presenta cuando, durante

<sup>616</sup> Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 67.

la deliberación, se advierte la posibilidad de estar frente a una figura delictiva diversa de la que fue motivo de la acusación, en cuyo caso se debe reabrir la audiencia, con el preciso objeto de que las partes puedan debatir sobre el particular.

Que, en este mismo orden de ideas es preciso dejar en claro, y ello en cuanto tiene relación, con la causal invocada conjuntamente con la que es objeto de nuestro análisis, esto es, cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga, como decía, es interesante dejar establecido que, la correlación entre acusación y sentencia implica que solo pueden ser objeto del juicio y de la sentencia los hechos y circunstancias contenidas en la acusación. En otras palabras, la congruencia procesal se refiere al sustrato fáctico de la acusación, y tiene por objeto evitar el poner en riesgo una adecuada defensa material del imputado, estableciéndose de esta manera la prohibición de sorpresa como manifestación del derecho a defensa que asiste a todo imputado<sup>617</sup>.

Nuevamente, el problema respecto de este derecho lo encontramos en el ámbito de los procesos administrativos sancionatorios. En materia de migrantes y privados de libertad que son objeto de sanciones, no se contempla esta garantía, lo que constituye una violación del estándar establecido en el 8.2.b).

### **2.3.3. Derecho a preparar la defensa**

El artículo 8 inciso 2 del CPP establece que “El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”. Por su parte, el artículo 93 e) del mismo Código señala que el imputado tiene derecho a que “se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare”.

Sobre la materia, la Corte Suprema se ha referido al vínculo que existe entre la información que debe recibir la persona sometida a una investigación penal con el derecho a la defensa:

el derecho del imputado a imponerse sobre el contenido de la investigación, consagrado en el artículo 93 letra e) del Código Procesal Penal, resulta indispensable no sólo para elaborar la estrategia defensiva, sino

---

<sup>617</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 17 de diciembre de 2010, rol 215-2010, considerandos 6 y 7.

también para el adecuado contrainterrogatorio de los testigos de cargo –o peritos–; pues no es posible que la defensa quede en condiciones de adoptar alguna decisión sobre su postura o teoría del caso si no conoce íntegramente todos los elementos de cargo. Es el escenario que le muestra la investigación del fiscal y que recibe junto con la acusación, con el tiempo suficiente antes de la audiencia de preparación del juicio oral, lo que le permite discernir sobre la mejor forma de enfrentar el juicio y defender los derechos de su representado”<sup>618</sup>.

Así la Corte Suprema establece un parámetro relevante relativo a la importancia de la comunicación de la investigación y de la acusación al imputado, de forma que pueda preparar con el tiempo adecuado su mejor estrategia de defensa y utilizar los medios probatorios necesarios según sus intereses.

### **2.3.4. Defensa técnica: comienzo y renunciabilidad**

#### **2.3.4.1 Comienzo**

Uno de los aspectos del derecho a defensa técnica que ha sido discutido en doctrina, es el momento en el que surge para el Estado la obligación de designar un defensor penal público<sup>619</sup> –correlativa al derecho de quien no ha nombrado un defensor de su confianza a que el Estado le designe uno–. La discusión surge por la aparente contradicción entre el artículo 8 y 102 del CPP. Mientras el primero establece que “el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”, el segundo señala “la designación del defensor debe tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado.”

El problema, por supuesto, se produce cuando el momento de la primera actuación del procedimiento dirigido en contra del imputado no coincide con la primera audiencia. En este caso, algunos señalan que si bien antes de la primera audiencia el imputado tendría derecho a designar un defensor penal de su confianza, no tendría, hasta ese momento, un derecho a que el Estado le designe un defensor penal público<sup>620</sup>.

Esta interpretación, sin embargo, contradice el estándar internacional sobre la materia y trae como consecuencia una vulneración al derecho a la igual protección de la ley. La Corte IDH ha sido categórica al señalar que el derecho a

<sup>618</sup> Corte Suprema. Sentencia de 17 de junio de 2013, rol 2855-2012, considerando 18.

<sup>619</sup> Horvitz y López, 2002: 243.

<sup>620</sup> Fiscalía Nacional del Ministerio Público. Instructivo N° 20.

defensa técnica comienza en el mismo momento que el derecho de defensa, a saber, desde que se ordena investigar a una persona. En particular, la Corte enfatiza que tal derecho debe surgir antes de la diligencia en la que se recibe la declaración del imputado:

Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo<sup>621</sup>.

Esto quiere decir que el derecho “a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo” –como dispone el PIDCP–, se goza desde la primera actuación del procedimiento, coincida este o no con la primera audiencia. Interpretar lo contrario vulneraría, además, el derecho a la igual protección de la ley, pues, si así fuese, quienes cuentan con recursos para contratar un defensor privado gozarían del derecho a defensa técnica desde la primera actuación del procedimiento, mientras que quienes no cuentan con recursos suficientes, solo gozarían de tal derecho desde un acto procesal que puede ser posterior a la primera actuación.

Por lo tanto, frente a dos interpretaciones posibles de los artículos en cuestión, debemos desechar la que contradice los estándares internacionales, y adoptar la que los cumple, esta es, la que afirma que el imputado tiene derecho a que se le designe un defensor penal público desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, coincida o no ese momento con la primera audiencia.

#### **2.3.4.2 Renunciabilidad**

Luego de la reforma Constitucional introducida por la Ley N° 20.516, se ha generado una discusión en torno a la compatibilidad entre el nuevo inciso cuarto del artículo 19 N° 3 y el inciso segundo del artículo 91 del CPP. El primero establece el derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado proporcionado por el Estado si el imputado no nombra uno en la oportunidad establecida por la ley. Y el segundo señala que el imputado podrá declarar ante agentes de la policía con autorización y bajo la responsabilidad del fiscal, aun en ausencia del abogado defensor, si manifiesta su deseo de hacerlo.

---

<sup>621</sup> Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 62.

Una interpretación sería armonizar ambas normas señalando que su ámbito de aplicación no es el mismo. Así, el derecho irrenunciable a contar con un abogado proporcionado por el Estado empezaría a operar en el momento señalado por el artículo 102 del CPP. Este artículo establece que en caso que el imputado no designe un abogado defensor, el tribunal deberá hacerlo y que tal designación deberá ocurrir, en todo caso, antes de la primera audiencia. De acuerdo con esta interpretación, este sería el momento en que surge el derecho irrenunciable contemplado en el artículo 19 N° 3 de la CPR. Por su parte, el artículo 91.2 se refiere a un momento anterior a la primera audiencia. Su ámbito de aplicación es la declaración del imputado ante la policía que, se supone, es anterior a dicho momento. De esta manera, la contradicción se diluye, antes de la primera audiencia no habría un derecho irrenunciable a contar con un abogado defensor, por lo que el imputado podría renunciar a la asesoría de este en el momento de declarar ante la policía.

Sin embargo, se podría proponer una segunda interpretación. Es claro, dado lo que establecen los artículos 7, 8 y 93 del CPP, que el imputado cuenta con el derecho a designar y ser asistido por un abogado defensor desde la primera actuación del procedimiento dirigida en su contra. Como señalamos en su momento, el derecho a ser asistido por un abogado proporcionado por el Estado empieza desde tal momento, es decir, antes de la primera audiencia judicial. La pregunta entonces sería, desde cuándo este derecho es irrenunciable. De acuerdo con esta segunda interpretación, tal momento dependerá de cuándo la actividad del abogado defensor se vuelva necesaria a fin de impedir que el imputado quede en indefensión o que esta se vuelva probable. Debido a la “atmósfera coercitiva” que probablemente estará presente en un interrogatorio policial y a la falta de preparación jurídica que le impide al imputado ver todas las consecuencias de su posible declaración, esta segunda interpretación sostiene que el derecho a ser asistido por un abogado defensor es irrenunciable en el momento de una declaración ante la policía.

La pregunta que corresponde formularse en este estudio es ¿cuál de estas interpretaciones puede contar con el aval del derecho internacional de los derechos humanos? Lo primero que debemos señalar al respecto es que no existe un estándar internacional que se refiera directamente a este asunto, es decir, ni la Corte IDH ni la CIDH ni el Comité de Derechos Humanos se han pronunciado respecto a desde cuándo el derecho a ser asistido por un abogado es irrenunciable. Sin embargo, sí existen ciertos estándares sobre declaraciones de imputados ante la policía. Por ejemplo, la CIDH señaló:

“El derecho a la asistencia letrada está también íntimamente ligado a la protección del acusado contra confesiones forzadas. En particular, la Comisión ha sostenido que el derecho al asesoramiento dispuesto en el artículo 8(2) (d) de la Convención, junto con el derecho del acusado, consagrado en el artículo 8(3), a no confesar su culpabilidad bajo coacción, comporta su prerrogativa de que esté presente un abogado en todas las etapas importantes del proceso, en especial cuando el acusado está detenido, así como su derecho a que esté presente un abogado cuando brinda declaraciones o es interrogado. Ello es necesario para asegurar que toda confesión de culpabilidad por parte del acusado sea vertida en un ambiente sin presión, intimidación o coerción, y sea, por tanto, realmente voluntaria”<sup>622</sup>.

La última parte de este párrafo es muy importante para nuestro problema. De acuerdo con la CIDH, el derecho de ser asistido por un abogado en el momento de ser interrogado o brindar declaración es una garantía del derecho a que toda confesión de culpabilidad sea vertida en un ambiente sin coerción y sea, por consiguiente, voluntaria. Es decir, toda confesión de culpabilidad que se haya efectuado en un cuartel policial sin la presencia del abogado defensor es sospechosa de haberse logrado a través de la intimidación o el engaño; por tanto, para evitar que una posible confesión esté revestida de tal sospecha, es necesario que el derecho a contar con la asistencia de un abogado defensor sea irrenunciable<sup>623</sup>.

### **2.3.5. Derecho a conocer la prueba y la identidad de los testigos de identidad reservada**

Uno de las discusiones más relevantes en materia de debido proceso en Chile, se relaciona con la compatibilidad de la existencia de testigos con identidad reservada y el derecho a conocer la prueba. El artículo 308 del CPP establece la protección de testigos en los siguientes términos: “El tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario. De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del

<sup>622</sup> CIDH. Caso Derrick Tracey Vs. Jamaica. Caso No. 12.447. Resolución de 20 de julio de 2006, párr. 28.

<sup>623</sup> La Corte, aunque no de manera tan explícita como la CIDH, también ha señalado la importancia de que el imputado cuente con un abogado defensor en el momento de brindar declaración. Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 152.

interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección”.

Por su parte, en el artículo 15 de la Ley N° 18.314 (“Ley antiterrorista”), establece una regla especial: “Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas”. El artículo 16 se refiere en concreto a la protección de la identidad del testigo: “El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio. La infracción de estas prohibiciones será sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su director, además, una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos”.

A continuación, veremos los principales debates que se dan a propósito de esta regulación.

### **2.3.5.1. Derecho a conocer los medios probatorios**

En un fallo reciente, la Corte Suprema señala al respecto que:

no existe discusión en cuanto a que el nuevo sistema procesal penal consagra como sustento básico el principio del contradictorio que, como tal, está integrado al derecho a defensa del acusado. De este modo, ha de considerarse que el referido principio se manifiesta claramente por el derecho de las partes al contraexamen de los testigos y peritos, lo cual está reconocido no sólo en las disposiciones antes citadas del Código Procesal Penal, sino que también en tratados internacionales vigentes, como ocurre en el artículo 14 N° 3, letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 N° 2 letra f) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos<sup>624</sup>.

<sup>624</sup> Corte Suprema. Sentencia 17 de junio de 2013, rol 2855-2012, considerando 21.

En nuestro ordenamiento ya sea en materia penal, civil, laboral, militar o administrativo, se establecen claramente las etapas probatorias de cada procedimiento en donde las partes pueden hacer valer todos los medios probatorios que estimen pertinentes y a la vez impugnar las pruebas presentadas por la otra parte. Como ya analizamos, los procedimientos reformados de familia, laboral y penal, son orales y públicos que involucran la inmediatez y el acercamiento del juez con las pruebas que deberán rendirse en la audiencia respectiva, de manera que los jueces, tendrán mayor conocimiento de lo presentado y hecho valer durante el juicio, permitiendo que se formen una opinión más directa y fallen según su sana crítica:

El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, sujeto procesal que en cuanto conductor del procedimiento desde una posición neutral, no tiene la calidad de interviniente, por tanto, en materia probatoria, sólo puede recibir las probanzas que hubiesen sido ofrecidas por los intervinientes ajustándose a la legalidad vigente, vetando cualquier iniciativa probatoria que se aparte de ella, lo que constituye un derecho para el imputado y garantiza, a su vez, el carácter adversarial o contradictorio del proceso penal<sup>625</sup>.

Diferente es el sistema procesal civil que sigue siendo escriturado y prácticamente el juez no tiene intermediación con la prueba, a excepción de la inspección personal del tribunal donde su labor no puede ser suplida. De todas formas en éste sistema las partes podrán presentar sus pruebas y objetar o contradecir las contrarias, debiendo el juez evaluarlas según lo prescrito en la ley, el sistema de prueba legal tasada, remitiéndose al valor probatorio que la ley le entrega a determinadas pruebas, siendo algunas más valoradas e importantes que otras.

A pesar de estas diferencias en cuanto a la producción, presentación y valoración de la prueba existente entre el sistema oral y el escriturado, las partes tienen el derecho y la oportunidad procesal para rendir sus pruebas y rebatir las contrarias, etapa que no puede ser omitida lo que ocasionaría un vicio de nulidad.

En el caso de un ejecutivo del Banco Central de Chile acusado de violar en forma reiterada a sus tres hijas de 3, 4 y 9 años, en un primer momento fue absuelto por el Tribunal de Juicio Oral y la Corte de Apelaciones anuló el juicio. En el segundo proceso, el Cuarto Tribunal de Juicio Oral de Santiago, declaró culpable al imputado con las mismas pruebas rendidas en el primer juicio y lo condenó a 60 años de prisión. La Corte Suprema, en sentencia de la Segunda Sala del 17 de junio de 2013, anuló el juicio porque ciertas pruebas periciales fueron extemporáneas al plazo de investigación, vulnerando su derecho a defensa. La

---

<sup>625</sup> *Ibidem*, considerado 15.

sentencia de la Corte Suprema señala en su considerando décimo cuarto que el principio del debido proceso establece que la legalidad de un procedimiento dependerá directamente de un proceso previo, y de una investigación, ambos racionales y justos. En su fallo el tribunal manifiesta que:

Esta garantía tiene su antecedente en la Declaración de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto de San José de Costa Rica, esto es, forma parte de la temática de los Derechos Humanos y nació hacia el interior de la defensa de ellos en todo orden de situaciones y en especial en el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las disposiciones establecidas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional y especialmente en el plano de aquella referida a la que regula el proceso penal<sup>626</sup>.

La Corte Suprema consideró que el Tribunal Oral en lo Penal

incurrió de manera sustancial en violación de las garantías constitucionales que aseguran el respeto al debido proceso, toda vez que la decisión de condena aparece como consecuencia de la posición desventajosa en que quedó la defensa, a consecuencia de privársele del derecho a conocer íntegramente la prueba de cargo, a confrontar y controvertir las afirmaciones de los testigos de los acusadores y a valerse de cualquiera prueba de descargo<sup>627</sup>.

En el considerando décimo séptimo, señala que el TOP utilizó ésta prueba extemporánea, a pesar de afirmar que no serían ponderadas, recurriendo a ella para

acreditar la reiteración de conductas delictivas, para refrendar la prueba de la participación del imputado, para justificar la agravación de la pena, por la vía de la reiteración, todo lo cual mermó las posibilidades de actuación de la defensa, causándole un grave perjuicio, pues en desconocimiento del contenido de tales pruebas ésta ha debido soportar los efectos adversos de su valoración en un caso que era improcedente, sin permitírsele siquiera, ya desde la etapa de investigación, la posibilidad de acceder a aquellos testimonios que serían presentados como elementos de cargo, impidiéndole efectuar un contraexamen debidamente informado en términos de ejercer una adecuada defensa y de litigar en igualdad de condiciones respecto de los acusadores<sup>628</sup>.

Para el máximo tribunal no hay duda que

<sup>626</sup> *Ibidem*, considerando 14.

<sup>627</sup> *Ibidem*, considerando 16.

<sup>628</sup> *Ibidem*, considerando 17.

la defensa fue puesta en una posición desfavorable o desventajosa, afectándose el debido proceso, ya que se vio privada de la posibilidad de ejercer a cabalidad sus derechos como interviniente –que debe estar en absoluta igualdad de posiciones frente a su oponente–, al extenderse el relato de los peritos a aspectos no comprendidos en sus informes<sup>629</sup>.

Con ésta sentencia podemos mostrar la importancia de la garantía señalada en el artículo 8.2. letra f) de la CADH y que se encuentra reconocida en el artículo 19 N°3 de nuestra Carta Fundamental. La Corte IDH reconoce la importancia del derecho de la defensa para conocer las pruebas que serán presentadas en su oportunidad por los persecutores, de manera de preparar en forma efectiva su defensa, para concontrainterrogar a los testigos y peritos, desvirtuar las pruebas y hacer valer en igualdad de armas sus derechos e intereses durante el juicio.

A pesar de este reconocimiento en la Constitución Política de la República, el Estado de Chile fue condenado por la Corte IDH por vulnerar ésta garantía en el caso *Palamara Iribarne vs Chile*, proceso seguido por la justicia militar y que presenta una etapa investigativa de carácter secreto, de manera que el inculpado no tiene conocimiento de las actuaciones realizadas por el Fiscal, los medios de prueba reunidos y cuáles serán los objetos de la acusación, sin que pudiera preparar en forma efectiva su defensa, recabar las pruebas suficientes o adecuadas para enfrentar los cargos, examinar a los testigos que declararían en su favor o en su contra en igualdad de condiciones, de manera de que existiera un equilibrio entre las partes para presentar una defensa adecuada de sus derechos e intereses. Por éstas razones la Corte IDH condenó al Estado de Chile, en lo específico, por no permitir al inculpado el acceso a los medios probatorios necesarios o suficientes para la preparación de su defensa, situación que el Estado deberá solucionar prontamente para dar cumplimiento a lo dispuestos por la Corte, reformando de manera sustancial la justicia Militar.

### **2.3.5.2. Testigos protegidos**

En el caso *Norín Catrimán y otros*, la Corte IDH condenó al Estado de Chile, entre otras cosas, por la manera en que este utilizó testigos de identidad protegida (testigos secretos) en una serie de juicios penales contra personas de la etnia mapuche. En tales procesos, los/as jueces/zas de garantía respectivos decretaron a petición del Ministerio Público, mantener en secreto la identidad de algunos testigos y la prohibición de fotografiarlos o captar su imagen por

---

<sup>629</sup> *Ibidem*, considerando 19.

otro medio, fundándose en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal y en los artículos 15 y 16 de la ley N° 18.314.

En este caso, por primera vez, la Corte tuvo la oportunidad de establecer los estándares que deben cumplirse para que el uso de testigos secretos en las jurisdicciones nacionales esté acorde con el artículo 8 de la CADH, en especial con el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigo o perito, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (art. 8.2 letra f). Es importante notar que en esta materia la Corte IDH adopta los estándares que ha desarrollado la Corte Europea en su jurisprudencia.

En primer lugar, la Corte IDH señaló cómo este tipo de medidas afecta el derecho de defensa de los acusados:

“[...] La Corte ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada”<sup>630</sup>.

Aunque la reserva de identidad de los testigos afecta el derecho de defensa, la Corte considera que tal restricción puede estar justificada en el deber del Estado de garantizar los derechos a la vida, la integridad, la libertad y seguridad de quienes declaran en el proceso penal<sup>631</sup>.

Como medida que restringe un derecho, no basta que esté justificada en un fin legítimo, además requiere cumplir con una serie de condiciones para ser compatible con la CADH. De acuerdo con la Corte, es necesario que tal medida esté sujeta a un control judicial, fundado en los principios de necesidad y proporcionalidad, y que se adopten una serie de medidas a fin de contrarrestar los efectos que tienen los testigos secretos sobre el derecho de defensa del imputado:

La Corte pasará a analizar si en los procesos concretos de las referidas tres presuntas víctimas de este caso las medidas de reserva de identidad de testigos se adoptaron sujetas a control judicial, fundándose en los

<sup>630</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 242.

<sup>631</sup> *Ibidem*, párr. 243.

principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo [...].

Para pronunciarse en el presente caso, la Corte también tomará en cuenta si en los casos concretos el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes : a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración, y b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración<sup>632</sup>.

Aunque tales medidas significan un contrapeso importante, no logran neutralizar la limitación al derecho de defensa que implican los testigos secretos. Por eso la Corte ha impuesto una condición más: “la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones por testigos de identidad reservada”<sup>633</sup>. Entendiendo que lo “decisivo” del peso de un medio de prueba dependerá “de la existencia de otro tipo de pruebas que corroboren aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada”<sup>634</sup>.

En el caso que hemos estado revisando, la Corte IDH determinó que el Estado de Chile incumplió dos de las tres condiciones necesarias para la legitimidad de los testigos secretos. En primer lugar, señaló que el control judicial de la medida fue insuficiente. Esto porque la resolución judicial que autorizó la reserva de identidad de los testigos no estaba fundamentada de manera adecuada en base a criterios objetivos y pruebas que justificaran el alegado riesgo para los testigos y sus familias. Y en segundo lugar, la Corte IDH estableció que en el caso de uno de los inculpados, su condena se basó en grado decisivo en la declaración de un testigo de identidad reservada.

---

<sup>632</sup> *Ibidem*, párrs. 245 y 246.

<sup>633</sup> *Ibidem*, párr. 247.

<sup>634</sup> *Ídem*.

De esta manera, la Corte IDH no consideró que la ley antiterrorista y el Código Procesal Penal vulneraran directamente el derecho de la defensa de interrogar a los testigos de cargo, sino que la vulneración se producía por el modo en que los tribunales aplicaban tales normas. Así, los estándares desarrollados por la Corte en esta materia permiten complementar por vía jurisprudencial los vacíos de la legislación nacional.

### **2.3.6. Concesión de tiempos adecuados para la defensa y abandono o renuncia del abogado defensor**

Para que el derecho de defensa sea efectivo es necesario que el inculpado y su abogado cuenten con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de su estrategia de defensa. Es evidente que sin esta garantía, el derecho de defensa perdería su eficacia y el juicio su carácter contradictorio, pues en tal caso se frustraría el equilibrio necesario que debe existir entre acusador y acusado para que el proceso penal sea justo.

Respecto del tiempo que se considera necesario o adecuado para preparar la defensa, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que este depende de las circunstancias del caso; no existe una fórmula matemática para saber cuál es el tiempo adecuado. Para condenar a un Estado por la violación de esta garantía, el Comité ha declarado que los imputados o sus abogados deben solicitar el aplazamiento del juicio, pues si no, se entiende que aceptan el tiempo que tuvieron para preparar la defensa. Así lo ha señalado el Comité:

[...] Lo que constituye “tiempo adecuado” depende de las circunstancias de cada caso. Si los abogados consideran razonablemente que el plazo para la preparación de la defensa es insuficiente, son ellos quienes deben solicitar un aplazamiento del juicio [...] Existe la obligación de aceptar las solicitudes de aplazamiento que sean razonables, en particular cuando se impute al acusado un delito grave y se necesite más tiempo para la preparación de la defensa<sup>635</sup>.

La última parte de este párrafo es muy importante ya que dota de contenido a esta garantía. Esto lo hace especificando la obligación que pesa sobre los Estados: cuando el acusado, sea este o su abogado, efectúe una solicitud de aplazamiento que se sustente sobre fundamentos razonables, el Estado estará obligado a acogerla y conceder un plazo que sea adecuado.

<sup>635</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 32, párr. 32.

Para calificar a un período de tiempo como razonable o adecuado para preparar una defensa en particular, es necesario tomar en cuenta una serie de criterios. Como vimos, el Comité de Derechos Humanos señala uno: la gravedad del delito. Es decir, mientras más grave sea un delito, más tiempo será necesario para preparar de forma adecuada la defensa. Pero este no es el único criterio. La CIDH, en un caso contra Cuba, señaló una serie de funciones o tareas que típicamente le corresponden al acusado y que determinan cuan largo debe ser el tiempo para preparar su defensa:

En este punto, la Comisión enfatiza que para proteger los derechos fundamentales de las víctimas se requería que aún mediante la utilización de un proceso sumarísimo se asegurase a las víctimas el tiempo adecuado para preparar la defensa. Esto incluye al menos la necesidad de tiempo para revisar el expediente, para conocer anticipadamente los cargos que se le formulan, la posibilidad de identificar, citar, hacer comparecer a testigos, y de entrevistarse personal y privadamente con el defensor de su elección por un tiempo adecuado<sup>636</sup>.

Así, de acuerdo con la CIDH, el tiempo debe permitir realizar de manera eficaz una serie de tareas: revisar el expediente; conocer los cargos que se formulan; identificar, citar y hacer comparecer a los testigos; y entrevistarse personal y privadamente con el defensor. A esto podríamos agregar, como lo hace la Corte, la revisión de todo el acervo probatorio de la causa, incluyendo la prueba de cargo y descargo<sup>637</sup>.

En el caso de nuestro proceso penal, el problema en relación al tiempo adecuado para preparar la defensa se da especialmente en casos de renuncia o abandono del abogado defensor. El Código se pone en esta situación, señalando cómo proceder en caso que el defensor abandone o renuncie a su labor durante el juicio oral:

Artículo 286 [...] La no comparecencia del defensor a la audiencia constituirá abandono de la defensa y obligará al tribunal a la designación de un defensor penal público, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 106. No se podrá suspender la audiencia por la falta

---

<sup>636</sup> CIDH. Caso Oscar Elías Biscet y otros Vs. Cuba. Caso N° 12.476. Resolución de 21 de octubre de 2006, párr. 182.

<sup>637</sup> En un caso la Corte condenó al Estado de Perú por el plazo que este concedió a unos imputados para su defensa: "el plazo otorgado para ejercer su defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado." Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 83.

de comparecencia del defensor elegido por el acusado. En tal caso, se designará de inmediato un defensor penal público al que se concederá un período prudente para interiorizarse del caso.

Por su parte, el artículo 106 señala lo siguiente:

Artículo 106.- Renuncia o abandono de la defensa. La renuncia formal del defensor no lo liberará de su deber de realizar todos los actos inmediatos y urgentes que fueren necesarios para impedir la indefensión del imputado.

En el caso de renuncia del defensor o en cualquier situación de abandono de hecho de la defensa, el tribunal deberá designar de oficio un defensor penal público que la asuma, a menos que el imputado se procurare antes un defensor de su confianza. Con todo, tan pronto este defensor hubiere aceptado el cargo, cesará en sus funciones el designado por el tribunal.

De esta manera, el código se pone en dos situaciones. En un caso, si en la audiencia de juicio oral, es un defensor elegido por el acusado quien abandona de hecho la defensa, el tribunal no podrá suspender la audiencia, sino que solo conceder un tiempo prudente al defensor penal público designado para interiorizarse del caso. En el segundo caso, si quien abandona de hecho la defensa, no compareciendo a la audiencia, es un defensor público (no elegido por el acusado), entonces, *a contrario sensu*, el tribunal podrá suspender la audiencia y aplicar el artículo 283.

El problema del artículo 286 es su tosquedad, carece de una distinción básica que lo dote de legitimidad. El inciso segundo de dicho artículo contempla una sanción para el caso en que el defensor elegido por el imputado no compareciese a la audiencia de juicio: esta no podrá suspenderse. Sin embargo, aunque la sanción es para el imputado, el artículo 286 no exige que la no comparecencia del defensor le sea imputable. Simplemente supone que eso es así dado que el defensor ha sido elegido por el propio imputado.

Justamente el problema es que pueden existir varios motivos no imputables al acusado por los cuales el defensor se ausente de la audiencia. Por esa razón, no concederle en ese caso un tiempo prudente para preparar su defensa junto al nuevo abogado implica una vulneración de la garantía consagrada en el artículo 8.2 letra c) de la CADH.

La forma como regula el artículo 286 el abandono o renuncia del abogado defensor, contrasta con la manera en que trata este problema el artículo 269 del CPP. Dicho artículo se refiere al abandono de la defensa que se produce en la audiencia de preparación del juicio oral y señala que en el caso que no compareciese

el abogado defensor, “el tribunal declarará el abandono de la defensa, designará un defensor de oficio al imputado y dispondrá la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de cinco días, a objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso”. Como se aprecia, en este caso el legislador no distingue entre abogado designado por el imputado y abogado penal público. En ambos casos se aplica la misma regla: el tribunal deberá suspender la audiencia por un plazo máximo de cinco días.

Respecto al plazo de suspensión, cabe aplicar los criterios desarrollados por la jurisprudencia internacional para determinar el tiempo necesario para preparar la defensa. De acuerdo con esta, mientras mayor sea la gravedad del delito y la complejidad de los cargos imputados, del expediente de investigación y del acervo probatorio, más tiempo será necesario para preparar la defensa. Así, el juez de garantía deberá considerar dichos criterio para definir el plazo de suspensión de la audiencia de preparación del juicio oral.

Esta misma perspectiva habría que asumir si el abandono o renuncia de la defensa se produjese antes de otras audiencias o diligencias importantes. En dichos casos, el juez de garantía debiese suspender tales diligencias por el tiempo necesario para que la defensa se prepare, según los criterios recién expuestos.

### **2.3.7. Derecho a no declarar contra sí mismo o autoincriminarse**

Como una garantía para garantizar el derecho de toda persona a no ser objeto de actos de tortura, se consagra el derecho del imputado a guardar silencio, o en caso de prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, según lo establece el artículo 93 letra g) del CPP. Este derecho a guardar silencio debe ser informado al imputado y no le generará ninguna consecuencia legal adversa, pero todo lo declarado podrá ser usado en su contra. Este ha sido un paso esencial para evitar el fomento de actuaciones de la autoridad propias de los procesos inquisitorios donde la confesión era la principal de las pruebas.

En la letra d), el derecho a solicitar al juez que cite a una audiencia para prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación y la letra h) del mismo artículo señala que el imputado no puede ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta norma es concordante con el artículo 195 del mismo cuerpo legal el que prohíbe en forma absoluta todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar, por lo que no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa:

Artículo 195. Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis.

Sobre los alcances de la prohibición de autoincriminación, la jurisprudencia ha aclarado que alcanza sólo a la persona del imputado:

Que la incorporación como testigos de otros convictos en los mismos hechos, que ya fueron condenados, no está prohibida por norma legal alguna, en otras palabras, nada impide que coimputados puedan comparecer al juicio en esa calidad. El derecho a guardar silencio y la prohibición de autoincriminación alcanza a la persona del inculcado sobre hechos propios y del que puedan arrancarse corolarios jurídicos que le sean perniciosos en relación a los acontecimientos específicos ventilados en la litis, pero nada obsta a que puedan ser llamados como testigos sobre hechos de terceros de los que, por cualquier medio, han tomado conocimiento. Su condición de enjuiciado, incluso hasta la completa ejecución de la sentencia, en nada altera lo dicho... En todo caso, la testifical que se rinda se sujeta con el mismo rigor a las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio, por lo tanto el apego al principio de contradicción no afecta al derecho de defensa, porque la posibilidad del contra examen siempre permanece vigente para la contraria<sup>638</sup>.

Lo anterior solo vale en la medida que la información inculcatoria haya sido comunicada a un civil, pues si se la hace a un agente del Estado (policía) deberán adoptarse las prevenciones legales, a fin de que la renuncia a su garantía sea libre y voluntaria, entre ellas está que el imputado pueda ser asesorado por un abogado según se desprende del inciso primero del artículo 91 en relación con los artículos 7° y 8°, todos del Código Procesal Penal<sup>639</sup>.

## 2.4. Sistema de recursos

### 2.4.1. Recursos en materia penal

Conforme lo dispuesto en los artículos 8.2.h) de la CADH, en los juicios criminales existe el derecho para el inculcado de recurrir del fallo ante un tribunal superior, garantía que se aplica a todo juicio criminal, por pequeña que sea su envergadura. La disposición exige, entonces, que el ordenamiento jurídico

<sup>638</sup> Corte Suprema. Sentencia de 11 de julio de 2012, rol 3738-2012, considerando 15.

<sup>639</sup> Dorn, 2003.

nacional establezca un recurso contra el fallo de primera instancia, el que debe ser conocido por un tribunal superior, es decir, de mayor jerarquía. La disposición es también aplicable respecto de juicios criminales que tengan procedimientos especiales, como, por ejemplo, juicios de que conoce en primera instancia un tribunal superior como consecuencia del fuero personal del acusado.

Un recurso puede implicar la revisión completa de los hechos y el derecho, o puede implicar una revisión de la aplicación de las normas que evalúan la prueba y de las normas substantivas, o puede consistir en una revisión del derecho, pero limitada a ciertos aspectos del proceso. Es éste un punto delicado de resolver, porque hay que tener en consideración que una de las garantías del acusado consiste en que las pruebas se presenten en un juicio público, ante la presencia del juez, y que el principio de inmediación, que permite al juez formarse una impresión propia de las pruebas, es un aspecto importante de confiabilidad de las bases fácticas en que se funda la sentencia.

En lo que nos parece el criterio de mayor relevancia para el análisis de los recursos internos, la Corte IDH ha señalado cuál es el criterio básico que debe cumplir un recurso penal para ser compatible con la Convención: “lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”<sup>640</sup>. En este sentido, refiriéndose en concreto al caso en estudio, pero a través de esto fijando los alcances de su interpretación acerca del derecho en cuestión, la Corte considera que no satisface el derecho a un recurso si la legislación interna no permite “que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”<sup>641</sup>.

Como es sabido, el sistema procesal penal chileno está basado en el principio de inmediación (artículo 266 CPP), de ahí que el sistema de recursos busque ser coherente con este principio estructurante del sistema y no contemple, por tanto, la posibilidad de una apelación en términos amplios, esto es, una revisión de los hechos y del derecho por una instancia superior. Esto ha hecho surgir la duda de la compatibilidad de nuestro sistema recursivo con los estrictos estándares internacionales en la materia<sup>642</sup> y de los que hemos dado cuenta *supra*.

Nuestro sistema solo contempla, respecto de las sentencias definitivas, un recurso y es el recurso de nulidad consagrado en el artículo 372 del CPP. Este

---

<sup>640</sup> Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 165.

<sup>641</sup> *Ibidem*, párr. 167.

<sup>642</sup> Por todos, véase: Del Río, 2012; Fuentes, 2009 y; DPP, 2012.

recurso se caracteriza en caso de ser acogido, por anular la sentencia y la correspondiente obligación de realizar un nuevo proceso. Nuestros tribunales superiores han hecho una interpretación amplia que consagra el derecho a un recurso como derecho esencial para la configuración del debido proceso penal. La Corte Suprema reconoce la existencia del “derecho a recurso”, aunque este no se encuentre expresamente contemplado en la Constitución, configurando así jurisprudencialmente un derecho constitucional a partir de las normas internacionales en los siguientes términos: “[s]i bien este derecho no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Carta fundamental, resulta igualmente obligatorio porque los pactos mencionados fueron ratificados por Chile y se hallan actualmente vigentes, en virtud de lo prescrito en el artículo 5° de la Constitución Política de la República”<sup>643</sup>.

También, el Tribunal Constitucional, ha considerado que las normas internacionales ratificadas por Chile son derecho vigente en nuestro país y que “[...] el derecho al recurso del imputado criminal es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. [...] Dichas reglas, que el Estado debe promover y respetar, son normas jurídicas vigentes y obligatorias. Desde el punto de vista constitucional, se constituyen en parámetro de constitucionalidad o, al menos, en contenido sustancial de un debido proceso”<sup>644</sup>.

De esta forma, los tribunales nacionales reconocen este derecho.

En cuanto al contenido del mismo, la Corte IDH ha entendido este recurso en forma amplia, lo que parece no adecuarse con los estándares restrictivos de nuestra nueva legislación procesal penal en materia de recursos. Esta situación debiera exigir una revisión de nuestra legislación antes de vernos expuestos a una sentencia condenatoria en el sistema internacional.

En el caso *Norín Catrín y otros vs. Chile*, uno de los temas debatidos era, precisamente, el derecho a un recurso en materia penal. La Corte IDH estableció una serie de cuestiones relevantes para nuestro análisis, por una parte, los criterios generales sobre recursos en materia penal, por otra su aplicación en Chile y, finalmente, la forma correcta de interpretación de la normativa nacional para hacerla compatible con los estándares internacionales.

<sup>643</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia de 29 de abril de 2008, rol 6053-2007, considerando 11.

<sup>644</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de enero de 2008, rol 986-2007, considerando 23. En el mismo sentido: Tribunal Constitucional. Sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 933-2007, considerando 3.

En cuanto a los criterios generales que deben servir de base para el diseño institucional en materia de recursos, señaló:

En particular, considerando que la Convención Americana debe ser interpretada teniendo en cuenta su objeto y fin, que es la eficaz protección de los derechos humanos, la Corte ha determinado que debe ser un recurso ordinario, accesible y eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, esté al alcance de toda persona condenada y respete las garantías procesales mínimas:

**a.** Recurso ordinario: el derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

**b.** Recurso accesible: su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

**c.** Recurso eficaz: no basta con la existencia formal del recurso, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Este requisito está íntimamente vinculado con el siguiente:

**d.** Recurso que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido: debe asegurar la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. Por lo tanto, debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. De tal modo se podrá obtener la doble conformidad judicial, pues la revisión íntegra del fallo condenatorio permite confirmar el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al paso que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.

**e.** Recurso al alcance de toda persona condenada: el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Debe ser garantizado inclusive frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria.

**f.** Recurso que respete las garantías procesales mínimas: los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al artículo 8 de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral<sup>645</sup>.

Aplicando estos criterios al caso chileno, la Corte Interamericana analizó dos resoluciones que resolvieron sendos recursos de nulidad. Respecto de una (sentencia de la Corte Suprema), la Corte señaló que la decisión del tribunal superior no realizó un examen de fondo acerca de si la sentencia condenatoria cumplía con las exigencias legales para dar probados los hechos ni sobre las razones de derecho que sustentaron la calificación jurídica de los mismos, sino que solo describió los argumentos ofrecidos por el tribunal inferior y evaluó su coherencia interna<sup>646</sup>. Sobre la otra (sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco), dijo que el tribunal superior no resolvió los problemas sobre valoración de la prueba impugnados por los recurrentes, que decían relación con objeciones concretas sobre puntos o medios de prueba y la ausencia de valoración de ciertas pruebas de descargo<sup>647</sup>.

En consecuencias, en ambos casos la Corte declaró que el Estado de Chile había violado el derecho al recurso consagrado en el artículo 8.2 letra h) de la CADH.

Luego, la Corte examinó si la fuente de dichas vulneraciones estuvo en las normas del CPP que regulan el recurso de nulidad, es decir, evaluó si el Estado cumplió su obligación de adecuar las normas de derecho interno a los estándares contemplados en la CADH. Para esto, analizó la amplitud de las causales de dicho recurso, reguladas en los artículos 373 y 374 del CPP.

Principalmente, la Corte IDH se enfocó en la causal establecida en el artículo 374.e). Como se sabe, dicha causal otorga la posibilidad de impugnar el fallo

<sup>645</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 270.

<sup>646</sup> *Ibidem*, párr. 279.

<sup>647</sup> *Ibidem*, párr. 289.

cuando en la sentencia no se observen los requisitos que el artículo 342 del CPP le impone al juez, entre los cuales se encuentra hacer una “exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”. A su vez, el artículo 297 fija como criterios de apreciación de la prueba “los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”, establece la obligación de “hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubie[se] desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo” e impone “el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados” y que “[tal] fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”<sup>648</sup>.

De acuerdo con la Corte, la causal del artículo 374.e) “permite que el recurrente interponga argumentos que no sólo se refieran a la rectitud interna de la fundamentación del fallo condenatorio y su apreciación de la prueba, sino que también posibilita que se ofrezca como parámetro para sustentar esos argumentos aquellas actuaciones y pruebas rendidas en el juicio oral que, según estime el recurrente, fueron indebidamente valorados y sus conclusiones indebidamente fundamentadas en la sentencia condenatoria”<sup>649</sup>.

Finalmente, aunque observa que la interpretación de los tribunales de dicha causal es equívoca y que algunas sentencias afirman la imposibilidad de analizar cuestiones relativas a la fijación de los hechos en el juicio oral, la Corte estima que los elementos aportados al proceso no le permiten concluir que las normas del Código Procesal Penal que regulan las causales de procedencia del recurso de nulidad contravienen los estándares de recurso eficaz y “revisión integral” que se desprenden del artículo 8.2.h) de la CADH. Así lo estableció la Corte:

La Corte considera que los elementos aportados no son suficientes para concluir que la causal del artículo 374.e) del Código Procesal Penal no cumple con el estándar de recurso eficaz garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención en lo que respecta a su amplitud para comprender la impugnación de cuestiones fácticas por medio de argumentaciones referidas al juicio probatorio realizado por el tribunal inferior. Tomando en

---

<sup>648</sup> *Ibidem*, párr. 294.

<sup>649</sup> *Ibidem*, párr. 295

cuenta que existen mutuas implicaciones entre las dimensiones fáctica, probatoria y jurídica de la sentencia penal, la Corte considera que, no siendo una conclusión derivable del texto de la causal referida, no ha sido probado que bajo la misma no sea posible impugnar cuestiones relativas a la base fáctica del fallo por medio del examen del juicio probatorio del mismo. Por lo tanto, la Corte concluye que en el presente caso el Estado no violó el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el derecho de recurrir del fallo consagrado en el artículo 8.2.h de la misma, en perjuicio de las ocho presuntas víctimas del presente caso<sup>650</sup>.

Sin embargo, la Corte Interamericana le envía un mensaje a los tribunales nacionales para que estos aseguren, a través de su interpretación de la causal del artículo 374.e), la posibilidad de impugnar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en las que se funda la sentencia condenatoria:

No obstante, esta Corte insiste en que la interpretación que los tribunales internos realicen de la referida causal debe asegurar que se garanticen el contenido y criterios desarrollados por este Tribunal respecto del derecho a recurrir el fallo. El Tribunal reitera que las causales de procedencia del recurso asegurado por el artículo 8.2.h) de la Convención deben posibilitar que se impugnen cuestiones con incidencia en el aspecto fáctico del fallo condenatorio ya que el recurso debe permitir un control amplio de los aspectos impugnados, lo que requiere que se pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en las que está fundada la sentencia condenatoria<sup>651</sup>.

En conclusión, aunque la Corte considera que las normas del CPP no vulneran en abstracto los estándares que dan contenido al derecho al recurso, lo cierto es que impone a los tribunales nacionales la obligación de interpretar de manera amplia las causales del recurso de nulidad, en especial la contenida en el artículo 374 letra e).

#### **2.4.2. Abandono del recurso**

En el ámbito procesal penal, la institución del “abandono del recurso” está regulada en el artículo 358 del Código del ramo. Dicho artículo señala que el tribunal que conoce del recurso deberá declarar su abandono respecto de los recurrentes que no comparecieron a la vista de la causa. Cabe señalar que este

<sup>650</sup> *Ibidem*, párr. 297

<sup>651</sup> *Ibidem*, párr. 298.

artículo está inserto en el título I del Libro III del CPP, que establece las disposiciones generales sobre recursos en materia penal; por lo que tal artículo se aplica tanto al recurso de apelación como al recurso de nulidad.

El problema de esta disposición del Código está en la falta de imputabilidad de la sanción que establece. El abandono del recurso es una sanción de carácter procesal frente al incumplimiento de una carga por parte del recurrente. Y es una sanción grave, pues su efecto no es otro que dar por concluido la tramitación del recurso. Esto significa, en el caso del imputado, perder la oportunidad de impugnar la sentencia condenatoria. Por ello, el abandono solo se debiese declarar, respecto del imputado, cuando la falta de comparecencia, ya sea de este o de su abogado, le sea imputable.

En caso contrario se estaría afectando el derecho al recurso, toda vez que este exige que el régimen o procedimiento recursivo cumpla las garantías mínimas necesarias para que la resolución de los recursos se lleve a cabo a través de un debido proceso. En el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, la Corte señaló que el derecho al recurso contemplado en el artículo 8.2.h) exige que la tramitación de tales mecanismos de impugnación debe respetar las garantías procesales mínimas:

- f) Recurso que respete las garantías procesales mínimas: los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al artículo 8 de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral<sup>652</sup>.

No cabe duda que tales garantías exigen que la pérdida de la oportunidad de impugnar la sentencia condenatoria por parte del imputado –como vimos, este es el efecto que produce la declaración de abandono del recurso– se produzca por motivos que le son imputables, pues si no, se le estaría aplicando una sanción por una conducta de la que no es responsable. Por esta razón, el artículo 358 al exigir la declaración de abandono ante la falta de comparecencia de un recurrente, vulnera el derecho al recurso, en la medida que no respeta las garantías mínimas que deben garantizarse en la tramitación de los recursos.

### **2.4.3. Recurso de revisión penal**

La revisión en materia penal (artículo 473 CPP) ha sido configurada en el ordenamiento jurídico chileno, como una acción de carácter extraordinario, que tiene por objeto que prime la justicia por sobre la cosa juzgada, de manera de

---

<sup>652</sup> *Ibidem*, párr. 270.

evitar que el sistema jurídico legitime situaciones que pugnen con la noción de justicia. Desafortunadamente, en su aplicación por parte de los tribunales de justicia, ha existido una interpretación restringida de sus causales de procedencia, específicamente, en cuanto al alcance de la letra d) del artículo 473 del CPP. En la práctica, con la actual interpretación se dejan fuera otras hipótesis de injusticia manifiesta, en que si bien no son la inocencia plena del condenado, sí entran en contradicción con la función de los derechos fundamentales de ser la fuente de legitimidad de la función estatal, particularmente la aplicación del *ius puniendi*, tal vez la expresión más evidente del poder estatal. Así, por ejemplo, la siguiente sentencia de la Corte Suprema:

Que la existencia de todos los requisitos son indispensables para que pueda anularse una resolución de esa índole, ya que de otro modo dejaría de ser un recurso extraordinario que se encuentra sometido a formalidades y normas estrictas, sobre lo cual no hay duda alguna. Ellas deben ser tangibles y objetivas, sin que sea permitido hacer interpretaciones que alteren el significado netamente formalista que tiene este recurso dentro nuestra estructura procesal<sup>653</sup>.

Bajo esta interpretación de los alcances del recurso, una persona que tiene antecedentes para que su condena sea reducida en atención de que hay una ley más favorable, o existen hechos o documentos que al momento de imponerse su sanción eran desconocidos por el tribunal, no tiene la posibilidad de que su injusta situación sea conocida por los tribunales de justicia, en este sentido, tiene restringido su derecho de acceso a la justicia y al recurso en los términos en los que han sido configurados por los tratados y la jurisprudencia internacional que hemos hecho parte de nuestro sistema constitucional.

En cuanto al acceso a la justicia, la limitación está dada porque la interpretación de las causales que hacen procedente la acción, es extremadamente restringida, lo que genera que las acciones que buscan corregir dichas injusticias, sean rechazadas de plano por el tribunal. Por tanto, no existe un acceso a la justicia que sea libre (se ponen condicionamientos excesivos que hacen ilusoria la existencia del derecho, como hemos visto, las acciones ni siquiera llegan a ser vistas por los tribunales) ni tampoco efectivo, pues la acción no conduce al fin para el cual ha sido creada: corregir situaciones de injusticia. En efecto, para el juez chileno actualmente solo un tipo de injusticia extrema tendría amparo en el ordenamiento jurídico: la del inocente que está condenado de manera errónea.

<sup>653</sup> Corte Suprema. Sentencia de 17 de junio de 2008, rol 718-2008, considerando 6.

Como vimos en el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al acceso a la justicia, que el acceso sea libre, no significa que no existan condiciones para la interposición de acciones, pero sí implica que estas condiciones no hagan ilusorio el fin buscado por la acción de revisión. En este sentido, para que las restricciones para acceder al recurso sean compatibles con el derecho, debieran perseguir un fin que sea acorde a la administración de justicia, y deben ser proporcionadas y adecuadas en atención a ese fin. Conforme ha señalado la Corte Suprema en su jurisprudencia, esta acción tiene un carácter extraordinario y restringido, con el objeto de evitar el abuso en la interposición de acciones que carezcan de fundamento (considerando que no tiene plazo para ejercerse) y proteger la seguridad jurídica configurada por la cosa juzgada. Si bien este es un objetivo legítimo en nuestro ordenamiento jurídico, debemos preguntarnos si la excesiva restricción en la interpretación de las causales de procedencia de la revisión, es proporcional y adecuada al fin que se busca. Considerando que la negación de esta acción a una persona que está privada de libertad, puede significar que ésta permanezca más del tiempo que legalmente debería permanecer en la cárcel, con la consecuente afectación de la libertad personal y otros derechos (integridad personal, por ejemplo), se puede señalar que la afectación de derechos que se genera en la persona del condenado, no es proporcionada al fin que se persigue con la restricción. En efecto, hay otros medios que se pueden utilizar para proteger estos fines, por ejemplo, un conocimiento del fondo del asunto por parte del tribunal y una resolución fundada, permiten garantizar la inexistencia de afectaciones ilegítimas o indebidas a la seguridad jurídica, debiendo rechazarse de plano sólo aquellas acciones que no cumplan con los requisitos formales de interposición de la acción o aquellas cuya falta de fundamento sea evidente, no por una interpretación restrictiva de las causales de procedencia de la acción, sino por inexistencia de antecedentes que funden el requerimiento.

Por tanto, considerando los estándares constitucionales e internacionales respecto al derecho de acceso a la justicia y derecho al recurso, podemos señalar que la manera en que se ha venido interpretando la procedencia de la acción de revisión penal por parte de los tribunales de justicia, no es compatible con las obligaciones constitucionales e internacionales que ha asumido el Estado, ya que respecto a la revisión penal, el acceso a la justicia no es libre ni efectivo.

Por otra parte, como vimos, el derecho al recurso es un derecho que le asiste al condenado, con irrelevancia de la etapa procesal en que se haya impuesto la condena, y que tiene por fin evitar el error en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En este sentido, podemos señalar que es procedente analizar la

revisión penal chilena bajo la óptica del derecho al recurso tal como ha sido configurado en el DIDH. En efecto, no sólo es coincidente la finalidad de la acción, sino que también el titular de la misma.

Conforme ha señalado la jurisprudencia de la Corte IDH, el recurso debe ser efectivo, es decir, debe procurar respuestas para el fin para el cual fue concebido. Para la Corte Suprema, este derecho está íntimamente ligado con las posibilidades de defensa del imputado y condenado, siendo necesaria su garantía en el ordenamiento jurídico. En el ámbito específico del recurso en contra de la sentencia penal condenatoria, la efectividad dice relación con que las causales de procedencia del recurso, deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados en la sentencia. Este es uno de los aspectos más problemáticos de la revisión penal chilena al momento de analizar su compatibilidad con los estándares constitucionales e internacionales. En efecto, la supuesta “integralidad” que debiera tener la revisión penal, no es tal cuando la interpretación de las causales que hacen procedente la acción, no permiten el análisis de otras hipótesis que no sean las de la de establecer la plena inocencia del condenado. Si existen errores, arbitrariedades, omisiones, todos antecedentes nuevos o desconocidos para el tribunal al momento de imponer la condena, el tribunal ante el cual se interpone la pretensión, debe necesariamente examinar estos antecedentes en un examen de fondo del asunto, de manera de garantizar el derecho al recurso en condiciones de igualdad y no discriminación. En este sentido, la integralidad exigida, si bien no implica la realización de un nuevo juicio por parte de la Corte Suprema, sí le exige conforme a los estándares constitucionales e internacionales, entrar a conocer de todos los casos que lleguen a su conocimiento (si existen antecedentes suficientes que hagan necesaria la revisión) a fin de determinar la inocencia del condenado, o bien la posibilidad de que a éste se le imponga una menor condena en un nuevo juicio.

La limitada revisión de los aspectos que se presentan ante el Tribunal, provocada por una interpretación restrictiva de las causales que hacen procedente la acción, hace que el condenado (no inocente), pero respecto del cual hay antecedentes que le permitirían obtener una rebaja de condena en un nuevo juicio, no tenga garantizado el derecho al recurso en Chile, ya que respecto de él el mecanismo de revisión no es efectivo. En efecto, este mecanismo –tal y como viene siendo aplicado por la jurisprudencia– no le permite remediar una situación que perpetúa la arbitrariedad o injusticia. Nuestros tribunales superiores deben preguntarse si esta es una situación razonable en una sociedad democrática.

La actual interpretación literal que hacen los jueces del articulado del CPP en materia de revisión, es incompatible con las obligaciones que impone la CADH

respecto del derecho de acceso a la justicia y derecho al recurso. Por una parte, el principio *pro persona* exige que hagamos una interpretación restringida de los límites (en este caso, procurar que la restricción al derecho no haga ilusoria su existencia, como ocurriría si le diéramos cabida a una interpretación que habilite la interposición de la acción sólo para las hipótesis de presunta inocencia) y por otra, dispone la interpretación extensiva de los derechos. En este sentido, existiendo dos interpretaciones posibles (aquella seguida por la Corte Suprema, que restringe las hipótesis de revisión, y la propuesta por la doctrina nacional de una lectura sistemática de la normativa procesal penal), debe preferirse aquella que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos.

En base a estos parámetros, es que proponemos una lectura del artículo 473 letra d) del CPP que busca armonizar esta disposición, con las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado respecto al derecho al recurso y acceso a la justicia. Esta lectura propone que el artículo 473 letra d), interpretado sistemáticamente en el contexto del CPP, contempla tres hipótesis que hacen procedente la revisión:

1. Cuando existen documentos o antecedentes desconocidos por el tribunal al momento de imponer la condena, que demuestren la absoluta inocencia del condenado. En esta hipótesis, el tribunal anula la condena y dicta una de reemplazo disponiendo su absolucón;
2. Cuando existen documentos o antecedentes desconocidos por el tribunal al momento de imponer la condena, que generen una duda razonable al tribunal, acerca de la inocencia del condenado. En esta hipótesis, el tribunal anula la condena y reenvía los antecedentes al Ministerio Público para la realización de un nuevo juicio y;
3. Cuando existen documentos o antecedentes desconocidos por el tribunal al momento de imponer la condena, que habiliten que el condenado, en un nuevo juicio, tenga una rebaja de pena. En este caso, el tribunal anula la sentencia y reenvía los antecedentes al Ministerio Público para la realización de un nuevo juicio<sup>654</sup>.

Esta interpretación, es la que garantiza de mejor manera el derecho de acceso a la justicia y el derecho al recurso, puesto que ésta no pone obstáculos en el acceso (no existiría rechazo *in limine* de las acciones por estimar que no configuran la causal) y hace efectivo el derecho, al permitir una revisión integral de la sentencia condenatoria, permitiendo que se corrijan situaciones de injusticia, que actual-

---

<sup>654</sup> Sobre esta propuesta, véase: Nash, 2013.

mente no tienen amparo en el ordenamiento jurídico. Asimismo, esta interpretación evita que el Estado incurra en responsabilidad internacional y concretiza la obligación que tienen los jueces de realizar un control de convencionalidad en el ejercicio de sus funciones.

Uno de los límites que la misma Corte IDH ha señalado para la interpretación *pro persona*, es la estabilidad y coherencia del sistema<sup>655</sup>. Consideramos que aplicar el control de convencionalidad y el *principio pro persona* en la manera reseñada, no pone en riesgo al sistema, toda vez que no se está proponiendo una interpretación que no tiene sustento legal (como vimos, encuentra fundamento en el mismo CPP en una interpretación sistemática de los artículos 473 letra d), 478, 479 y 480), ni altera el régimen de intermediación propio del nuevo sistema procesal penal (el tribunal solo absuelve si hay convicción de inocencia, pero hay nuevo juicio si hay antecedentes que permitan la duda razonable de la inocencia o la rebaja de la pena). Por el contrario, esta interpretación permite dar efectividad a los fines de la revisión y concreción a los derechos de acceso a la justicia y al recurso respecto del condenado.

## 2.5. Aplicación no discriminatoria de la ley penal

Dos aspectos han sido tratados por la Corte IDH respecto de Chile en materia de discriminación, uno relativo a la orientación sexual y otro respecto a la etnia.

En el caso de la orientación sexual, en el caso *Atala Riffo e hijas*, la Corte IDH señaló:

La Corte resalta que algunos actos discriminatorios analizados en capítulos previos se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales [...], particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. En esta línea a continuación se analizarán las solicitudes de la Comisión y los representantes<sup>656</sup>.

En el caso de la etnia, caso *Norín Catrimán y otros*, la Corte Interamericana señaló respecto de la aplicación discriminatoria de la ley, lo siguiente:

<sup>655</sup> Corte IDH. Asunto Viviana Gallardo y otras Vs. Costa Rica. Resolución de 15 de julio de 1981, párr.16.

<sup>656</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 267.

Puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado<sup>657</sup>.

En relación con los estereotipos, la Corte ha señalado:

Los estereotipos constituyen pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. Asimismo, la Corte ha indicado que las condiciones discriminatorias "basadas en estereotipos [...] socialmente dominantes y socialmente persistentes, [...] se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de [las autoridades]"<sup>658</sup>.

Una de las cuestiones interesantes para Chile, es que la Corte IDH señala cuáles son los elementos que deben tenerse presente para saber si estamos ante un razonamiento discriminatorio:

Para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales<sup>659</sup>.

Finalmente, la Corte IDH fija un criterio estricto para considerar estos casos como violatorios de los derechos humanos:

La Corte considera que la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento<sup>660</sup>.

---

<sup>657</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 223.

<sup>658</sup> *Ibidem*, párr. 224.

<sup>659</sup> *Ibidem*, párr. 226.

<sup>660</sup> *Ibidem*, párr. 228.

## VI. Estado de derecho, garantías y argumentación

---

### 1. Las transformaciones a la Justicia y derechos humanos

#### 1.1. Centralidad de la discusión sobre derechos humanos

El derecho constitucional y el internacional han desarrollado un acervo normativo y jurisprudencial relevante sobre derechos humanos durante los últimos 60 años, que ha comenzado a impactar en los sistemas nacionales y que ha aportado nuevos elementos para el análisis de los temas que han sido propios del ámbito de la judicatura.

Este proceso de creación dogmática y jurisprudencial en el sistema constitucional e internacional ha tenido impacto particular en el sistema interamericano. Principalmente el constitucionalismo latinoamericano ha recogido el debate europeo y los avances doctrinarios y jurisprudenciales internacionales. Donde mayor desarrollo ha habido en materia de una concepción de los derechos fundamentales es en la jurisprudencia constitucional latinoamericana<sup>661</sup>. En efecto, a partir de los años 90', como consecuencia de modificaciones constitucionales de relevancia en lo normativo, así como de una nueva praxis jurisprudencial, se ha producido una convergencia entre los sistemas constitucionales y el sistema internacional de derechos humanos. El desarrollo de un proceso de gestación de nuevos textos constitucionales (Brasil, Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia), de reforma de los mismos (Chile, Argentina y México) o la creación de nuevas

---

<sup>661</sup> Este tema lo he tratado in extenso en mi tesis de doctorado sobre la concepción de derechos fundamentales que emana de parte importante de la jurisprudencia constitucional latinoamericana, ver Nash, 2010.

instancias jurisdiccionales (Costa Rica), han permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional<sup>662</sup>.

Un primer paso en este proceso de convergencia ha sido la recepción formal del derecho internacional y, en especial, de los instrumentos internacionales en la normativa interna al que ya nos hemos referido en este libro<sup>663</sup>. Un segundo paso es la incorporación del acervo normativo internacional, esto es, la incorporación de los estándares internacionales –reflejados en los principios y de la jurisprudencia internacional– en el razonamiento jurisprudencial nacional relativo a derechos fundamentales. Casos relevantes en este proceso lo constituyen Argentina, Costa Rica, Colombia y, más recientemente, México<sup>664</sup>.

Todo este desarrollo ha tenido un elemento unificador que ha sido el lugar central que ha ocupado la discusión sobre los derechos humanos y cuál es la mejor forma en que el diseño institucional y la práctica de sus órganos puede darle concreción a estos derechos.

## 1.2. Reformulación del Estado de derecho

Uno de los efectos de esta centralidad de los derechos humanos ha sido la reconfiguración de lo que hoy entendemos por Estado de Derecho. En efecto, se configura en nuestra región un nuevo panorama para la relación entre los ámbitos nacionales e internacionales de protección de los derechos individuales. Estamos en presencia de una nueva concepción del Estado de Derecho democrático que no se amolda a los estándares tradicionales desarrollados, ni por el Estado Legislativo de Derecho, ni por el Estado Constitucional de Derecho, sino que se acerca a una nueva concepción democrática constitucional que incorpora elementos tanto del constitucionalismo nacional como del derecho internacional de los derechos humanos<sup>665</sup>.

Esta visión ampliada del constitucionalismo, planteada por Ferrajoli reconoce la existencia de un cambio en el constitucionalismo democrático, que provendría de la incidencia del DIDH en los sistemas internos estatales, reconociendo así, un constitucionalismo de carácter “supranacional”. Plantea Ferrajoli que “(s)e trataría, evidentemente, en el caso del constitucionalismo europeo, y todavía más, del constitucionalismo internacional, de un tercer cambio de paradigma:

---

<sup>662</sup> Fix-Zamudio, 2003: 201-232.

<sup>663</sup> Supra capítulo II.

<sup>664</sup> Un análisis detallado de este proceso en Nash, 2010.

<sup>665</sup> Para un estudio sobre los alcances del debate Estado Legislativo/Estado Constitucional en el sistema europeo, ver Ferrajoli, 2003: 13-30.

después del derecho jurisprudencial, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho, un cuarto modelo, el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales”<sup>666</sup>.

Tomando en consideración que la Corte IDH ha señalado que todo sistema democrático debe resolver una tríada inseparable: Estado de Derecho, derechos humanos y medios de garantía<sup>667</sup>, haremos referencia a sus características basándonos en estas consideraciones de la Corte y, también, en lo establecido por la doctrina sobre las particularidades de un Estado social y democrático de derecho:

En primer lugar, destacamos entre sus características la fuerza renovada de la Constitución (normativa, no programática) y la redefinición de los poderes en función de los fines del Estado; muchas veces auxiliado y complementado por el DIDH. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución se entiende que las normas que la componen son vinculantes y tienen un contenido que las hace exigibles<sup>668</sup>.

En segundo término, constatamos la promoción de un sistema robusto de derechos fundamentales basado en los sistemas constitucional e internacional, donde la normativa, la hermenéutica y la praxis judicial interactúan tanto en sede constitucional como internacional. En la configuración de esta concepción robusta de derechos humanos, el sistema internacional de derechos humanos tiene un rol fundamental, no sólo porque complementa los contenidos de los catálogos con otros derechos, sino también porque aporta estándares para su correcta interpretación<sup>669</sup>.

En tercer lugar, se destaca en un Estado constitucional ampliado la necesidad de protección jurisdiccional de los derechos. Esta garantía está guiada por una idea básica: los mecanismos de control y protección con base constitucional e internacional deben buscar la efectividad de los derechos<sup>670</sup>. Se ha considerado que un Estado social y democrático de derecho no puede obviar las situaciones

<sup>666</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>667</sup> “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de sus componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de fecha 23 de junio de 2005, párr. 191).

<sup>668</sup> Landa, 2010.

<sup>669</sup> Nash, 2010.

<sup>670</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 846-00.

de discriminación y desventaja material de las personas y, de acuerdo a ello, se hace necesario un control judicial constitucional que repare las posibles violaciones de derechos sociales<sup>671</sup>. Entendiendo que los/as jueces/zas actúan bajo el límite del contenido dado por la consagración constitucional e internacional de estos derechos y teniendo por objetivo no más que maximizar la vigencia de los derechos<sup>672</sup>.

Por último, se ha destacado como elemento clave, el rol de la sociedad civil. La construcción de un Estado social y democrático ampliado, reconoce en la sociedad civil un sujeto relevante para plantear nuevos derechos y reconfigurar los clásicos. También para activar los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales y, para supervisar a la autoridad y a los propios órganos de control y protección; en definitiva, para hacer efectivos los derechos<sup>673</sup>.

La consagración de un Estado constitucional ampliado de derecho en Chile no sólo juega un rol relevante para robustecer nuestro sistema democrático, sino que también tiene por objeto hacer frente a una serie de desigualdades sociales y discriminaciones sectoriales, que dificultan el goce efectivo de derechos humanos en condiciones de igualdad<sup>674</sup>.

Por tanto, si bien desde una lectura exegética al texto constitucional, sea difícil construir este sistema basado en derechos<sup>675</sup>, sí parece factible hacer una relectura de las normas constitucionales para determinar la factibilidad de construir una interpretación constitucional que le dé sentido a la expresión “democracia” que contempla nuestro artículo 4 de la Constitución: “Chile es un república democrática”.

Ya hemos analizado en el capítulo II la forma en que puede lograrse una recepción formal y sustantiva conforme a estándares internacionales y que doten de efectividad a los derechos. Ahora nos interesa centrarnos en el rol que puede

---

<sup>671</sup> Arango, 2004, pp. 124-125.

<sup>672</sup> Gerardo Pisarello señala: “El contenido mínimo e indisponible de los derechos sociales constitucionales, de hecho, comporta vínculos y límites para todos los poderes públicos. No sólo para el legislador o la administración sino también para los propios jueces que tienen el deber, y no la simple facultad de promover la reparación de las vulneraciones de derechos sociales que puedan tener lugar, bien por acción, bien por omisión. No se trata, en consecuencia, de legitimar cualquier actuación de los jueces en materia de derechos, sino sólo aquellas dirigidas a maximizar su vigencia, o dicho de otro modo, a denunciar y participar en la reparación de las violaciones resultantes del fracaso o la insuficiencia de las garantías primarias”, Pisarello, 2007: 42.

<sup>673</sup> Arango, 2004: 112-113.

<sup>674</sup> Pisarello, 2007: 34.

<sup>675</sup> Un excelente estudio sobre la historia constitucional chilena en Pablo Ruiz-Tagle, 2006: 79-143.

cumplir la Defensa Pública en concretar este proceso a través de sus atribuciones legales.

Partimos de la base que si el obstáculo normativo no es absoluto, la construcción de un Estado constitucional ampliado de derechos podría ser factible mediante una estrategia jurisprudencial. Evidentemente éste no es un camino fácil, pero creemos que hay un espacio o comienza a abrirse uno, que puede ser utilizado inteligentemente y en eso el rol de los/as defensores/as públicos/as puede ser determinante.

## 2. Reforma procesal penal como parte del proceso de centralidad de los derechos humanos en Chile

Es importante tener además en consideración que este proceso de convergencia ha ido más allá de lo constitucional, y explica también la transformación legislativa en materia de procedimientos y estructuras institucionales de justicia, por solo mencionar algunos. Asimismo, la incorporación de los estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de procesos penales, marca una nueva forma de entender los derechos de los individuos frente al poder punitivo del Estado. En este sentido, nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, la obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, los alcances de la presunción de inocencia, entre otros, no serían explicables sin un desarrollo de estas temáticas desde el ámbito internacional<sup>676</sup>.

La reforma procesal penal en Chile es un buen ejemplo de aquello. En el año 2000 se comenzó a implementar la reforma que buscó cambiar el modelo inquisitivo de persecución penal, por uno de tipo acusatorio. Este cambio tenía por objeto implementar un proceso penal que cumpliera las exigencias de un juicio público y contradictorio y que fuera una profundización de las instituciones democráticas. En efecto, el mensaje que acompaña a la reforma indica que “esta reforma resulta[ba] exigida por la idea y el principio de los derechos humanos que fundan el sistema político y que constituyen, como es sabido, uno de los compromisos más delicados del Estado ante la comunidad internacional”<sup>677</sup>. Entre las fuentes inspiradoras de la reforma se citan la Constitución Política de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan al Estado, “habiéndose tenido en cuenta especialmente entre estos últimos

<sup>676</sup> García Sayán, 2006: 325-384. En este trabajo se hace una excelente reseña de los principales temas donde la jurisprudencia de la Corte ha impactado en el ámbito nacional.

<sup>677</sup> BCN. Historia de la ley N°19.696, p. 7.

a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>678</sup>.

Esta influencia del DIDH no solo se refleja en los motivos que impulsaron la reforma al proceso penal, sino también en su normativa. Así por ejemplo, entre las garantías que asisten al imputado no solo se contemplan aquellas consagradas en la Constitución y las leyes, sino también las de tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 10 CPP). Asimismo, entre las causales que habilitan la interposición del recurso de nulidad se considera la vulneración sustantiva de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados Chile (artículo 373 a) CPP).

Si bien este proceso normativo es relevante, es la jurisprudencia constitucional latinoamericana la que ha experimentado el mayor desarrollo en materia de una concepción de los derechos fundamentales. Debemos tener en consideración que desde los 60' y, en particular, a partir de 1990, se ha producido en el sistema interamericano un importante desarrollo de la justicia constitucional, constituyendo desde entonces un tema relevante de estudio<sup>679</sup>. En efecto, a partir de los años 90', como consecuencia de modificaciones constitucionales de relevancia en lo normativo, así como de una nueva praxis jurisprudencial, se ha producido una convergencia entre los sistemas constitucionales y el sistema internacional de derechos humanos.

### **3. La recepción sustantiva del DIDH como parte del proceso de centralidad de los derechos humanos en Chile**

La recepción del DIDH como vimos en el capítulo II de este estudio no solo ha sido formal, sino también sustantiva. Esto se manifiesta como decíamos arriba, en modificaciones normativas que tienen en su centro la búsqueda de la garantía de los derechos humanos, pero también ha sido la jurisprudencia la que a través de la interpretación, ha incorporado estándares internacionales como parte central de su razonamiento, lo que ha permitido, en definitiva, una mayor protección de los derechos humanos.

Para determinar cuál es la medida de lo posible en materia de interpretación, es importante partir desde los estándares que han desarrollado las instancias superiores de justicia. En un sistema de codificación jerárquica, el efecto de

---

<sup>678</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>679</sup> Fix-Zamudio, 2003: 201-232.

irradiación que puede obtenerse desde resoluciones de tribunales superiores para uniformar prácticas de agentes estatales, puede ser determinante. Hasta hace menos de un década los casos eran aislados y más bien anecdóticos, en cambio hoy tenemos un cuerpo jurisprudencial sólido que nos puede acompañar en este proceso.

Centraremos este análisis en la ejemplificación, mediante casos conocidos por nuestros tribunales con jurisdicción constitucional, de tres temas relevantes para la construcción de un Estado constitucional ampliado: el contenido prestacional de los derechos fundamentales, la recepción constitucional del DIDH y los mecanismos de garantía eficaces para que los derechos fundamentales cumplan su rol de validación de la actividad del Estado. Más que los aspectos sustantivos, me interesa analizar el razonamiento integrador que se da en estos casos.

En primer lugar, cabe destacar un fallo del Tribunal Constitucional chileno en el que se aprecia una apertura hacia una interpretación adecuada de las obligaciones prestacionales del Estado<sup>680</sup>. En una sentencia de inaplicabilidad<sup>681</sup> relativa al caso ISAPRES (órganos de administradoras privadas de salud), este tribunal argumentó acerca de las obligaciones que surgen para el Estado en materia de derechos prestacionales (concretamente el derecho a la salud). Sobre el derecho a la salud establece que “[...] el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado social en la democracia constitucional contemporánea”<sup>682</sup>. Sobre la conexión que pueda haber entre el derecho a la protección de la salud y otros derechos, señala “[...] esta magistratura no puede dejar de enfatizar que el derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho social en los términos antes explicados, se halla sustancialmente ligados a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr. El derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad

<sup>680</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 26 de junio de 2008, rol 976-2008.

<sup>681</sup> A partir de la reforma constitucional de 1985, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 82 el Tribunal Constitucional puede: “6°. Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento”.

<sup>682</sup> *Ibidem*, considerando 29.

ya aludida”<sup>683</sup>. Concluye el tribunal “[...] siendo la Carta fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente [...]”<sup>684</sup>.

Por último, cabe destacar que en materia de fuerza normativa de la Constitución, el Tribunal Constitucional señala:

[...] que lo expresado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella<sup>685</sup>.

Por otra parte, como hemos visto *supra*, en el año 2009, el Tribunal Constitucional emitió una interesante sentencia, en donde reconoció el derecho a la identidad como garantía constitucional (derecho que no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Constitución, pero sí en diversos tratados internacionales de derechos humanos) y, en base a ese derecho, construyó la argumentación para acoger un requerimiento que buscaba declarar una norma del Código Civil inaplicable por inconstitucionalidad<sup>686</sup>.

En este caso, un juez de familia solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciara acerca de la constitucionalidad de un artículo del Código Civil que establece un plazo desde la muerte de una persona, para que sus supuestos hijos puedan interponer una acción de reclamación de filiación contra los herederos del fallecido<sup>687</sup>. En su sentencia, el Tribunal señaló que aun cuando la Constitución no reconocía en su texto el derecho a la identidad, se le debía brindar una adecuada protección por su estrecha vinculación con la dignidad humana establecida en el artículo 1 y, en concordancia con el artículo 5 de la

---

<sup>683</sup> *Ibidem*, considerando 32.

<sup>684</sup> *Ibidem*, considerando 34.

<sup>685</sup> *Ibidem*, considerando 35.

<sup>686</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 29 de noviembre de 2009, rol 1340-2009..

<sup>687</sup> El artículo 206 del Código Civil establece: “Si el hijo póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

Constitución, por encontrarse consagrado este derecho en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, remitiéndose a la CADH, al PIDCP, y a la CDN.

De esta forma, el Tribunal reconoció un derecho como fundamental –en circunstancias que éste no se encuentra establecido explícitamente en nuestro catálogo constitucional–, le dio contenido recurriendo a tratados internacionales y lo sometió a un juicio de ponderación con otros derechos constitucionales, para finalmente, declarar inaplicable la norma civil por ser ésta contraria al artículo 5 inciso 2 de la Constitución. Esto abre una puerta relevante, ya que aún en caso de no considerarse a los tratados internacionales como una norma constitucionalizada por el artículo 5, sí se puede recurrir a ellos para un control de constitucionalidad, lo que implica la plena operatividad de un bloque de constitucionalidad en Chile.

Esta tendencia también ha sido desarrollada por la jurisprudencia, respecto a casos relacionados con el nuevo sistema procesal penal. En una serie de sentencias recientes, de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, existe una remisión –haciendo referencia al artículo 5 de la Constitución– a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile para determinar la existencia o el alcance de un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Destaca una sentencia de la Corte Suprema que reconoce la existencia del “derecho a recurso”, sin que este se encuentre expresamente contemplado en la Constitución, configurando así jurisprudencialmente un derecho constitucional a partir de las normas internacionales en los siguientes términos: “[s]i bien este derecho no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Carta fundamental, resulta igualmente obligatorio porque los pactos mencionados fueron ratificados por Chile y se hallan actualmente vigentes, en virtud de lo prescrito en el artículo 5° de la Constitución Política de la República”<sup>688</sup>.

También, resulta interesante lo señalado por el Tribunal Constitucional, en otra ocasión, al considerar que las normas internacionales ratificadas por Chile son derecho vigente en nuestro país: “[...] el derecho al recurso del imputado

<sup>688</sup> Corte Suprema. Sentencia de fecha 29 de abril de 2008, rol 6053-2007, considerando 11. En este mismo sentido, respecto del derecho a defensa, ver Corte Suprema. Sentencia de 13 de noviembre de 2007, rol 3419-2007, considerando 14. En una reciente sentencia del mismo tribunal se señala: “Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5° de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes [...]”. En: Corte Suprema. Sentencia de 13 de abril de 2010, rol 9758-2009, considerando 18.

criminal es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. [...] Dichas reglas, que el Estado debe promover y respetar, son normas jurídicas vigentes y obligatorias. Desde el punto de vista constitucional, se constituyen en parámetro de constitucionalidad o, al menos, en contenido sustancial de un debido proceso”<sup>689</sup>.

En este mismo sentido, la Corte Suprema ha utilizado los tratados internacionales vigentes en Chile, para determinar el alcance que tienen las garantías judiciales respecto de adolescentes infractores de ley. En esta sentencia señala: “[t]ambién incide su condición de imputado adolescente que de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos siempre ha de pretenderse la readaptación social del menor. Además, el ya citado derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la especie resulta aún más exigible, desde que el artículo 10.2 apartado b) del citado pacto dispone que los menores serán llevados a juicio con la mayor celeridad posible”<sup>690</sup>.

Podemos ver, como resulta cada vez más clara la tendencia jurisprudencial a considerar a las normas de derecho internacional de derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad que reconoce los derechos fundamentales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a las prácticas judiciales relativas a una efectiva protección de derechos, es interesante una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>691</sup> –confirmada por la Corte Suprema<sup>692</sup>– en la que, resolviendo una acción de protección de derechos constitucionales, determinó que la situación en la que se encontraban 22 personas privadas de libertad en una cárcel en la capital de Chile (Centro Penitenciario Colina II), constituía una violación de derechos constitucionales y, en razón de aquello, la autoridad debía adoptar medidas efectivas para superar dicha situación.

Para la Corte de Apelaciones, las condiciones carcelarias vulneraban el derecho a la seguridad individual consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución<sup>693</sup>, comprometiendo también el derecho a la vida y la integridad física

---

<sup>689</sup> Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia 30 de enero de 2008, rol 986-2007, considerando 23. En el mismo sentido: Tribunal Constitucional. Sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 933-2007, considerando 3.

<sup>690</sup> Corte Suprema. Sentencia de 11 de noviembre de 2008, rol 6811-2008, considerando 3.

<sup>691</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 31 de agosto de 2009, rol 2154-2009.

<sup>692</sup> Corte Suprema. Sentencia de 7 de septiembre de 2009, rol 6243-2009.

<sup>693</sup> El Artículo 21 N°1 de la Constitución señala: “Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por

y psíquica de las personas privadas de libertad<sup>694</sup>. La Corte de Apelaciones acoge el recurso, ordenando al Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II adoptar todas las medidas necesarias para la implementación de recursos financieros, humanos y materiales que fueren menester, con el objeto de otorgar a los internos –incluidos los aislados en celdas de castigo– un lugar digno dada su calidad de persona humana. Además, se le impone el deber de informar dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de la sentencia, sobre los cambios efectivos que en favor de los internos en aislamiento y castigo, se hubieren adoptado. Cabe resaltar que la Corte Suprema confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

#### **4. Defensoría Pública como un actor relevante en un escenario con un mayor conocimiento y uso del sistema interamericano por parte de la sociedad civil**

Como hemos visto, un factor que configura esta nueva realidad del Estado democrático es una nueva percepción del sistema que se traduce en la cada vez mayor utilización de sus mecanismos de protección por la sociedad civil. En la medida en que la sociedad civil percibe que el sistema interamericano es capaz de solucionar temas que en el ámbito local no son posibles de ser solucionados, esta vía se ha ido transformando en una más de las posibilidades con las que cuentan las personas en la defensa de sus derechos. De esta forma, el sistema se torna en una posibilidad para todos los y las habitantes y no sólo de una cierta elite.

Esto ha llevado a que se sumen nuevos actores al sistema de protección de derechos humanos; ya no son sólo un par de organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos las preocupadas del tema, sino que nuevos actores se incorporan. Uno en particular interesa destacar, que es la acción a nivel internacional de instituciones dependientes del Estado<sup>695</sup>. Esto demuestra, precisamente, el interés de nuevos actores, con toda la complejidad que puede

---

cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

<sup>694</sup> El artículo 19 N°1 consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica en los siguientes términos: “La Constitución asegura a todas las personas: 1°. - El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”.

<sup>695</sup> En el caso de Fermín Ramírez con Guatemala, la presentación del caso ante la CIDH la hizo el Instituto de Defensa Penal, ver: Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia de 20 de junio de 2005.

presentar el hecho que sean instituciones estatales que litigan en sede nacional e incluso internacional, en pro de la protección de los derechos humanos.

En este escenario, es que corresponde preguntarse qué rol juega la Defensoría Penal Pública chilena para la defensa de los derechos humanos en el contexto nacional e internacional. Como indica López Puleio, “hoy lo que debemos discutir es cómo hacer frente a las exigencias que presenta la necesidad de cobertura íntegra del derecho a defensa, y su incursión en ámbitos y escenarios no previstos tradicionalmente”<sup>696</sup>. Relatando el caso de Argentina, señala que cuando la legislación “prevé la asignación de un defensor público para patrocinar y asistir técnicamente a quienes soliciten a la Defensoría General acceder a los organismos internacionales de protección de derechos humanos, e impone la realización de todas las acciones conducentes para la defensa de esos mismos derechos y la facilitación de acceso a la justicia de los sectores discriminados [...] está pensando no sólo en una función social del ejercicio profesional, sino en el desempeño de un rol protagónico en la dinámica general de actuación de la justicia”<sup>697</sup>.

#### 4.1. Garante formal

La figura del defensor penal público nace en Chile con la creación de la Defensoría Penal Pública en el año 2001. Esta institución se crea tras la reforma procesal penal con la finalidad de proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado<sup>698</sup>.

En la historia de la ley que crea la Defensoría Penal Pública, se pone de relieve la importancia de la defensa penal para los imputados dentro de las garantías del debido proceso. En particular, se recalca que el respeto del derecho de defensa constituye un componente esencial de la noción misma de proceso. La creación misma de la figura del defensor penal público, obedece al imperativo de dar plena fisonomía al debido proceso e implica que actualmente toda persona tenga derecho a defensa penal mediada por un agente letrado (defensa material y defensa técnica).

De esta forma, el/la defensor/a penal público, se constituye en un garante formal de los derechos del imputado al materializar no solo una garantía constitucional

---

<sup>696</sup> Puleio, 2008: 187.

<sup>697</sup> *Ídem*.

<sup>698</sup> Artículo 2 Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública.

que asiste al imputado, sino también al constituir una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas<sup>699</sup>.

La defensa penal pública en Chile, se regula a través de la Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública; el Código Procesal Penal; y la Constitución Política de la República que se remite a los tratados internacionales de derechos humanos que consagran este derecho.

#### 4.2. Garante real

El derecho a defensa corresponde a la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe.

Como sabemos, la defensa técnica tiene como fundamento la necesidad de garantizar la igualdad de posiciones en el proceso penal, y aunque resulte complejo igualar el poder de la persecución penal estatal, la ley prevé diversos tipos de mecanismos para garantizar una cierta igualdad de armas. Esta defensa técnica permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no pueda aplicarlos de forma idónea o adecuada<sup>700</sup>.

Esta garantía, se encuentra contemplada en la Constitución Política en el artículo 19 No.3 incisos 2 y 3, y en el artículo 8 inciso 1 del CPP, en los siguientes términos:

La Constitución dispone:

[...] Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida [...] La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos [...] Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley [...]

El CPP señala:

[...] El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra [...]

<sup>699</sup> CEJA, 2006: 20.

<sup>700</sup> Vásquez, 1986: 53 y ss.

Como hemos visto *supra*, se consagra el derecho a defensa técnica desde la primera actuación del procedimiento dirigido en contra del imputado, hasta la completa ejecución de la sentencia. Un principio fundamental, es que el defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal (artículo 104 del CPP). Este artículo hay que concordarlo con el artículo 7 del CPP que establece “las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”.

Los estándares de defensa de la Defensoría Penal Pública<sup>701</sup> consagran respecto a la competencia profesional del abogado en las actividades de defensa, que “el defensor o defensora resguarda en todo momento los intereses de imputadas e imputados, desde el inicio del procedimiento dirigido en su contra hasta su completa terminación, proporcionando una asesoría jurídica técnico penal adecuada, relativa al caso”. En este sentido, si el defensor debe velar en todo momento por los intereses de los imputados, proporcionando una asesoría jurídica técnico penal adecuada, podemos sostener que se encuentra dentro de sus facultades acceder al sistema interamericano ya que este es un mecanismo contemplado en la legislación nacional para proteger derechos fundamentales (y en este sentido puede resguardar los intereses del imputado), pudiendo ser la asesoría técnica adecuada al caso.

## 5. Garantía argumentativa: Derecho a la defensa y tribunales nacionales

En el escenario normativo y jurisprudencial que hemos descrito y que consagra una perspectiva garantista para la protección de las personas sometidas a un proceso penal, el proceso argumentativo seguido por los tribunales superiores es relevante para poder irradiar el sistema interno y, en definitiva, velar por la efectividad de los derechos humanos. Tal como lo ha sostenido Atienza “[L]a constitución del ‘Estado Constitucional’ no supone solo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales (‘el principio dinámico del sistema jurídico político’), sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos

---

<sup>701</sup> Resolución 3389 exenta, deja sin efecto la resolución No.1307 de 2006, y aprueba nuevos estándares básicos para el ejercicio de la defensa penal pública: “Estándares para el ejercicio de la defensa penal pública”.

fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho<sup>702</sup>.

Esto trae como consecuencia que no basta con la existencia formal de la defensa, sino que su efectividad está condicionada porque los y las defensoras penales, velen porque los derechos humanos sean garantizados para el imputado. Ello se logra con argumentaciones que permitan a los tribunales de justicia tener los elementos para conducir el proceso con pleno respeto de las garantías, para que finalmente el fallo que concluya el proceso sea legítimo no solo desde el punto de vista formal, sino también sustantivo. El proceso argumentativo a que hacemos referencia y que deben llevar a cabo los y las defensoras se vincula con la idea de democracia en tanto razones justificatorias de la actividad estatal<sup>703</sup> y, por tanto, centrales en la actividad judicial.

En materia procesal penal, resulta interesante hacer mención a la jurisprudencia nacional respecto al derecho a defensa técnica, ya que se ha entendido este derecho en un sentido amplio que permite incorporar argumentativamente elementos no solo de origen nacional sino que también internacional:

Que, en todo caso, es válido tener presente que el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política del Estado, que consagra el derecho constitucional a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos ciudadanos, en cuanto toda persona tiene asegurada su defensa jurídica en la forma que la ley señala y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida, tal concepción ha de entenderse en términos amplios, dado que no sólo se refiere a la defensa, sino que incluso al asesoramiento respecto de los derechos que poseen las personas, y los medios que pueden hacer valer para su adecuada protección y a todo tipo de materias, reconociendo la actuación del letrado en todo asunto y ante toda potestad frente a la cual se haga valer o se reclame de la conculcación de un derecho, conforme a las exigencias de un racional y justo procedimiento que le permita ejercer la defensa de ciertas garantías que han sido atropelladas, limitadas o desconocidas o que puedan serlo, por un tribunal o autoridad pública, de cualquier naturaleza o categoría”

Que a lo anterior y conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, el reconocimiento del derecho a la defensa debe extenderse

<sup>702</sup> Atienza, 2004.

<sup>703</sup> Atienza, 2007.

también a aquéllos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes [...]”<sup>704</sup>.

Este cariz de interpretación amplia toma aún más relevancia cuando la Corte Suprema hace referencia al contenido de los tratados internacionales para interpretar el derecho a defensa, ya que se amplía también el cuerpo normativo aplicable<sup>705</sup>. En este sentido, vemos que en torno a la defensa existe un cuerpo normativo amplio, que tiene por objeto final garantizar el efecto útil de dicho derecho mediante el otorgamiento de amplias facultades a los/as defensores/as, en todas las etapas del procedimiento.

Desde este entendimiento amplio del derecho de defensa podemos valorar la complejidad del proceso argumentativo en materia de proceso penal y derechos humanos, donde no son suficientes los elementos normativos formales, sino que es necesario un proceso argumentativo que dé razones suficientes de cada decisión jurisdiccional vinculada con el goce y ejercicio de derechos humanos.

### 5.1. Argumentación y convencimiento

Frente a un sistema normativo como el procesal penal que tiene una estructura compleja, no es posible un proceso simplificado de subsunción como método argumentativo. Es necesario dotar de contenido a derechos que se expresan como principios y es necesario coordinar y dotar de un contenido preciso en el caso concreto. Ese es un ejercicio argumentativo que permite otorgar razones que buscan convencer acerca de la solución propuesta. Tal como señala Guastini “[U]n argumento interpretativo es, simplemente, la razón –el argumento, precisamente– que un intérprete ofrece para sostener una tesis interpretativa, sea que se trate de una tesis cognitiva o decisoria”<sup>706</sup>.

Para corroborar si el ejercicio interpretativo y argumentativo es correcto, es necesario contrastar esta solución provisoria con el sistema general de obligaciones del Estado y sus límites (lo que vimos en el capítulo I de este libro). Nos parece que el vínculo entre estos estándares y la solución del caso interno, si bien se basa en criterios de corrección, tiene su mejor expresión en el proceso

<sup>704</sup> Corte Suprema. Sentencia de 13 de noviembre de 2007, rol 3419-2007, considerando 13 y 14. Esta jurisprudencia se reitera en Corte Suprema. Sentencia de 29 de abril de 2008, rol 6053-2007, considerando 13.

<sup>705</sup> Otras sentencias que han ampliado el cuerpo normativo –en esta materia– mediante la incorporación de tratados internacionales: Corte Suprema. Sentencia de 29 de abril de 2008, rol 6053-2007, considerando 11 y Corte Suprema. Sentencia de 13 de abril de 2010, rol 9758-2009, considerando 18.

<sup>706</sup> Guastini, 2014: 261.

discursivo, entendiendo este, como lo hace Alexy en tanto una teoría (la del discurso) “que se compone de una concatenación de los conceptos de corrección, de juicio y fundamentación racionales y de discurso racional”<sup>707</sup>.

Debemos tener cuenta que en un sistema basado en principios (mandatos de optimización) que ha establecido ciertos mínimos normativos, el ejercicio de interpretación y argumentación es lo que nos permite aplicarlo a los casos concretos<sup>708</sup>. Las normas de derechos humanos no son máximos, sino que son concreciones mínimas a partir de las cuales el Estado construye la legitimidad del uso del sistema punitivo<sup>709</sup>. Por ello, la argumentación es un ejercicio para proyectar esos mínimos al caso concreto y en algunos casos poder ampliarlos a situaciones no previstas.

Es en este proceso de concreción, donde una mirada integrada del derecho de origen nacional y el internacional nos permite encontrar las mejores soluciones para cada caso concreto. En esta lógica el sistema internacional no es una traba ni una mera anécdota, sino que es parte del sistema aplicable que tiene usos y objetivos concretos.

El objetivo que se busca con el razonamiento basado en derechos es encontrar una solución al caso concreto que le dé efectividad a los derechos de la persona que es objeto de un proceso penal y que dicha solución le permita al Estado cumplir con sus obligaciones constitucionales, internacionales y legales. Estos son “factores de corrección” que nos permiten tomar decisiones acerca de la mejor interpretación en el caso concreto<sup>710</sup>.

La efectividad es una cuestión práctica que se resuelve en cada caso, al sustentar aquella interpretación que le permita a la persona un mejor goce y ejercicio de los derechos a la luz del contenido y alcance del derecho que integra los elementos de origen nacional e internacional.

Al contrastar el contenido y alcance del derecho con el caso concreto, es posible llegar a una conclusión de la forma en que debe ser resuelto el caso concreto.

<sup>707</sup> Alexy, 2010: 70.

<sup>708</sup> Alexy, 2002 (a): 81-115.

<sup>709</sup> “El estado constitucional se distingue del estado de derecho en que no solo garantiza la seguridad jurídica, la legalidad de la administración y la independencia del poder judicial, sino que, por encima de ello, garantiza también la constitucionalidad de cada uno de los tres poderes”, Alexy, 2010: 90.

<sup>710</sup> Para Rawls la característica de la justicia procesal imperfecta es “que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad”, Rawls, 2002: 90.

Lo que aportaremos a continuación son argumentos que permitan que la decisión judicial considere la base normativa ampliada al DIDH. Asimismo, presentar los antecedentes jurisprudenciales existentes hoy que en un sistema jerárquico como el nuestro hace difícil la decisión de apartarse de estas decisiones sin incurrir en incumplimientos legales, constitucionales e internacionales.

Finalmente, es importante basar estos elementos sólidamente en la normativa vigente, ya que esto permite de mejor forma hacerse cargo de la idea de que los/as jueces/zas, como expresión de su independencia, podrían aplicar o no estándares internacionales según su criterio personal. Debemos tener claro que la independencia judicial es una garantía, pero no una excepcionalidad al cumplimiento de la ley.

## **5.2. Razonamiento de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional**

Como hemos visto en los primeros capítulos de este libro, el DIDH es un sólido cuerpo normativo que es recepcionado en el ámbito interno e impacta en la base normativa e interpretativa de nuestro ordenamiento jurídico. Dicho proceso de recepción sustantiva del DIDH ha sido lento en nuestro país. No solo existe una cierta dosis de conservadurismo que rechaza la idea de derechos humanos<sup>711</sup> que aunque marginal, es relevante su influencia teórica y otras voces que los últimos años reviven visiones neo soberanistas<sup>712</sup>. En ese proceso es fundamental la forma en que estos temas se presenten en la discusión jurídica ante los tribunales. No basta con que el sistema normativo exista y sea obligatorio, sino que también se hace necesario que se presente ante los tribunales de una forma que se haga difícil ignorarlo.

El razonamiento que utilizan preferentemente nuestros tribunales superiores es el del reenvío, esto es, a partir de la norma constitucional del artículo 5.2 se amplía el sistema normativo hacia aquel de origen internacional. Esto le permite a nuestros tribunales a) suplir lagunas y, b) darle concreción a ciertos derechos que se encuentran expresados como principios que es necesario dotar de cierto contenido y alcance ciertos para resolver los casos que llegan a nuestros tribunales<sup>713</sup>.

Un ejemplo del uso del DIDH en casos en que no hay una norma interna que permita una interpretación conforme a las obligaciones internacionales del Estado (laguna) es la que nos aporta la Corte Suprema. Nuestro máximo tribunal

---

<sup>711</sup> Atria, 2003.

<sup>712</sup> Zúñiga, 2012.

<sup>713</sup> Nash, 2012 (b).

de Justicia utiliza el artículo 5 de la Constitución directamente, considerando que las normas de derechos humanos han sido constitucionalizadas. Así, en el caso Rol 6953-2007 de abril de 2008, establece la constitucionalidad del derecho a un recurso a partir de las normas internacionales de derechos humanos.

En otros casos, el razonamiento se da en el sentido de dar concreción a un derecho expresado como principio. Así, en un caso relativo a los derechos de niños/as, la Corte Suprema señaló:

Que, sin perjuicio de lo anterior, es dable recordar que la ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente, introdujo un sistema especial y privilegiado en procura de mejorar el actual tratamiento de infracciones a la ley penal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años, superando los sistemas de inimputabilidad absoluta y relativa, que gobernaban la materia con anterioridad a la dictación del aludido cuerpo normativo. Al mismo tiempo, se estableció un régimen penal diferenciado del aplicable a los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos al celebrar tratados internacionales sobre la materia y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los adolescentes infractores, principalmente emanados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

[...]

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

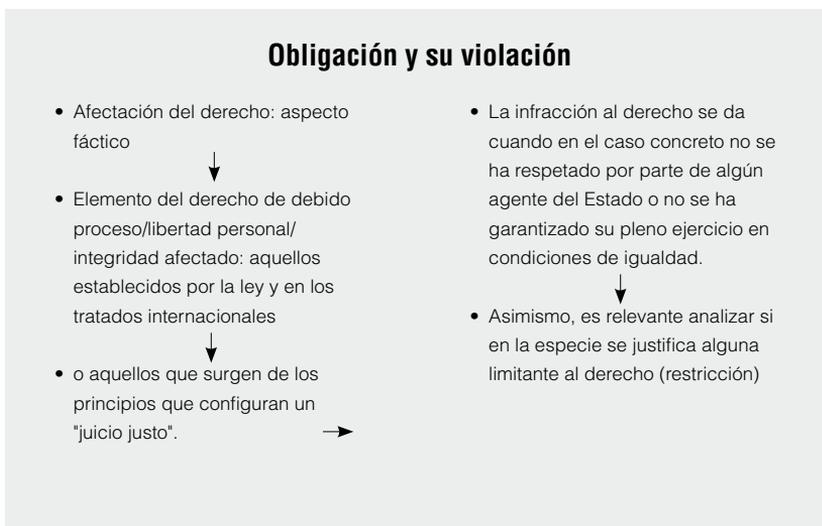
apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción (apartado 4)<sup>714</sup>.

Estos son ejemplos de la forma de razonamiento de la Corte Suprema que pueden ser utilizados en diversas instancias procesales. Hagamos un ejercicio de abstracción para ver cuál es ese razonamiento tipo que puede ser utilizado por los/as defensores/as en sus planteamientos ante los/as Jueces/zas de Garantía, Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, Cortes de Apelaciones y Suprema.

### 5.3. Argumentos estandarizados aplicables a cada situación particular

Hay un elemento común a toda forma de razonar en materia de derechos fundamentales y es que estamos ante una obligación para el/la juez/a. En efecto, la recepción del DIDH en el ámbito interno tiene como consecuencia interna que este pasa a ser derecho nacional y por tanto, el juez debe aplicarlo al momento de resolver un caso (cuerpo normativo ampliado). Atendido que aún existen jueces/zas que no asumen plenamente la consecuencia de esta decisión estatal de someterse a ciertos estándares tanto normativos como jurisprudenciales, es importante hacerlo presente al momento de plantear una defensa.

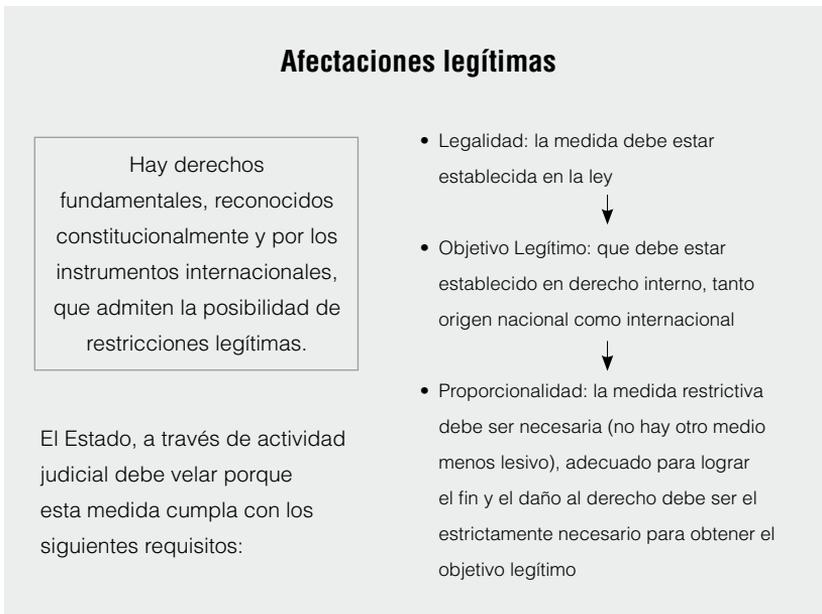
Una primera cuestión es plantear cuál es la obligación que tiene el/a juez/a como representante del Estado en un tema tan delicado como es el ejercicio del *ius puniendi*:



<sup>714</sup> Corte Suprema. Sentencia de 14 de julio de 2008, rol 316-2008, considerandos 6 y 12.

Aquí tenemos los elementos centrales de todo análisis jurídico: hechos respecto de los cuales se aplica un cierto sistema normativo que mediante el proceso interpretativo permite dar solución al caso concreto. Lo que agregamos es que los hechos deben ser mirados a la luz de un sistema normativo ampliado y por tanto, incluso de las normas legales, internacionales y constitucionales y sus desarrollos jurisprudenciales. Asimismo, que este conjunto normativo es lo que permite hablar de un “juicio justo” al que tiene derecho toda persona en una sociedad democrática. Además, nos permite incorporar argumentativamente todos los estándares que hemos visto en los capítulos precedentes de este libro.

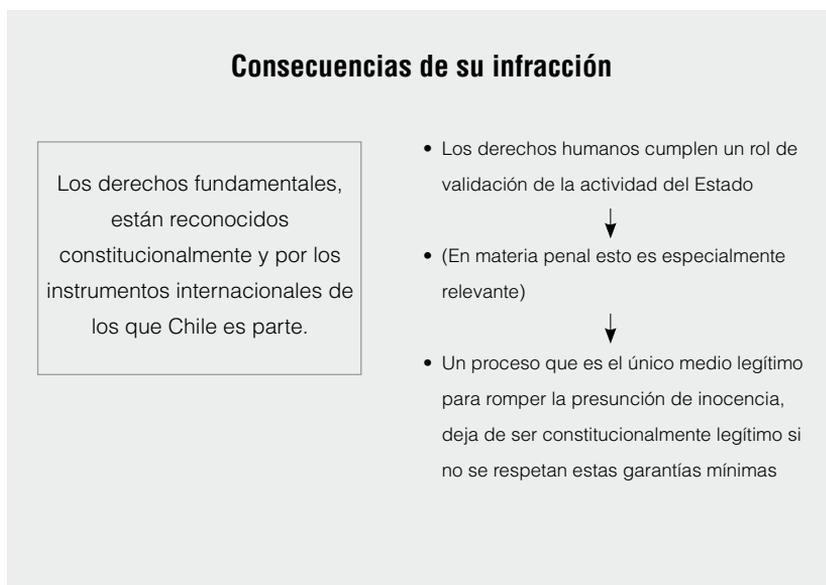
Respecto de las restricciones de derechos, que son propias del ámbito en el que desarrolla sus funciones la Defensoría Penal Pública, es posible el siguiente esquema:



En este esquema queda claro que la carga de la justificación de la medida restrictiva queda en manos del Estado, representado en este caso por el Ministerio Público y el/la juez/a; que la restricción de derechos no es una cuestión discrecional; y, que la decisión debe tomarse a la luz de los antecedentes del caso concreto.

Finalmente, las consecuencias de una infracción de las obligaciones del Estado, a través de uno de sus agentes como es el/la juez/a, también pueden

hacerse presente a través de una cierta argumentación estándar aplicable a distintas situaciones. Una buena forma de llamar la atención de la judicatura sobre los alcances de la decisión y lo grave que sería apartarse del planteamiento integrador de estas bases normativas y jurisprudenciales es mediante el siguiente planteamiento:



A través de este esquema, que puede ser aplicado en diversas situaciones, se deja claro que la decisión que adopte el/la juez/a en el caso concreto, es una decisión que involucra al Estado y la responsabilidad del mismo. Además, deja claro que la única forma en que se legitime el uso del instrumento penal en el caso concreto es mediante el pleno cumplimiento de las obligaciones constitucionales, internacionales y legales aplicables en la especie.

### **5.3.1. Líneas de argumentación**

La argumentación se debe basar en cierto proceso lógico que asume la complejidad de la estructura de los derechos fundamentales asociados al proceso penal. De ahí que los estándares internacionales junto a los de origen nacional permiten dotar de un sustento fuerte a las alegaciones concretas en los procesos penales.

Si bien cada caso presenta particularidades, es posible utilizar un cierto esquema argumentativo. Para analizar casos penales desde la perspectiva del DIDH,

resulta de utilidad seguir el siguiente esquema de análisis. En este caso se ha tomado como ejemplo el derecho de defensa:

#### **Argumentación desde la Constitución**

¿Cuál es el derecho afectado por los hechos del caso concreto?

Este derecho de defensa es parte sustancial del debido proceso, el que se encuentra consagrado en la Constitución (art. 19.3) y se ve complementado con las normas internacionales en materia de derechos humanos (art. 5 inc. 2).

La concreción legal de este principio constitucional se encuentra en el art. 8 del Código Procesal Penal y en la regulación de los medios de garantía. Asimismo, son aplicables en la especie, los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por tanto, si en el caso concreto no se han considerado todos los estándares que nazcan de estas normas, se ha incurrido en una infracción legal, constitucional y se están incumpliendo las obligaciones internacionales del Estado chileno.

Una segunda línea de argumentación, que busca el mismo resultado, es hacer el argumento desde la base del sistema hacia su cúspide.

#### **Argumentación hacia la Constitución**

¿Cuál es el derecho afectado por los hechos del caso concreto?

El derecho a un debido proceso se encuentra consagrado en el art. 8 y los medios de garantía asociados. Asimismo, son aplicables en la especie los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos según la norma de reenvío del art. 5 inc. 2 constitucional.

Por tanto, en este caso concreto al no haberse / haberse hecho lo descrito, se ha incurrido en una infracción a los derechos básicos que legitiman la actuación punitiva del Estado.

Asimismo, al ser el derecho de defensa parte esencial del derecho a un debido proceso, la infracción cometida implica una violación constitucional y se están incumpliendo las obligaciones internacionales del Estado chileno.

Lo interesante es que en ambos esquemas argumentativos podemos incorporar el razonamiento ampliado tanto a la normativa de origen nacional (CPP) e

internacional (normas y jurisprudencia), de acuerdo con la línea argumental preferida por quien debe resolver.

### **5.3.2. Defensa penal y grupos en situación de discriminación o vulnerabilidad**

En ciertos casos nuestro esquema de razonamiento debe ser complejizado atendidas la situación en la que se encuentran los titulares de derechos o características personales de quienes recurren a la asistencia legal de la Defensoría Penal Pública.

Partiremos de la premisa fundamental de que los derechos humanos han sido consagrados en distintos instrumentos, tanto a nivel interno o nacional como externo o internacional. Sin embargo, los derechos humanos se insertan en un contexto histórico definido, por lo que tienden a aplicarse a la luz de ciertos criterios culturales propios de cada época. Esto, entonces, tiene como consecuencia que su aplicación debe considerar precisamente esos factores culturales, particularmente a la luz de un determinado sujeto protegido.

Tradicionalmente, el paradigma sobre el cual se aplicó el catálogo de derechos consistió en un sujeto con características particulares: hombre, propietario, de cierto grupo étnico, adulto, modelo de protección claramente restrictivo.

Frente a esta interpretación ampliamente excluyente, surge la necesidad de corregir estas prácticas de exclusión en atención al principio de universalidad, puesto que todas las personas son titulares de los mismos derechos. Y es que la efectividad de un sistema de protección de derechos humanos radica necesariamente en la realización del principio de universalidad, y por consiguiente, de la adopción de medidas particulares en atención a los distintos titulares de derechos. De esta forma, se justifica entonces un tratamiento diferenciado a ciertos titulares de derecho: por la lectura restrictiva que se ha dado a los derechos humanos y por la realización del principio de universalidad.

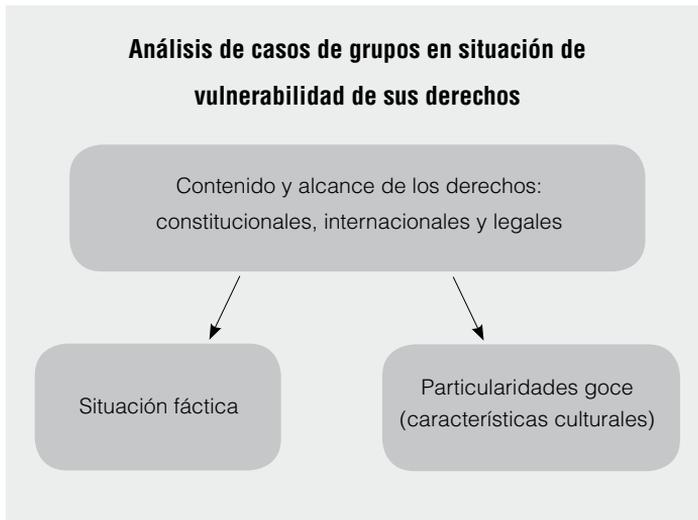
Para lograr la plena vigencia de este principio de universalidad es fundamental el esfuerzo de interpretación y argumentación desde la Defensa Penal Pública. El trabajo de especialización tiene sentido en la medida que aporte argumentos diferenciados respecto de ciertos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos.

En algunos casos el elemento central es el contexto en el que se encuentran los titulares de derechos. En estos casos estamos ante situaciones de exclusión y marginación basados preferentemente en elementos históricos que llevan a que la interpretación de derechos respecto de los miembros de ese grupo sea diferenciado, sin permitir el pleno goce y ejercicio de derechos. La situación

de las mujeres, privados/as de libertad y migrantes son un ejemplo de cómo el contexto impide el pleno goce y ejercicio de derechos y eso obliga al operador de justicia a tomar las medidas desde el punto de vista del enfoque del caso, desde una perspectiva de derechos que permita el ejercicio de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

En otros casos, serán los elementos propios de los titulares de derechos los que serán determinantes para el goce y ejercicio de derechos. Sin medidas especiales que tomen en consideración estas particularidades, no es posible un ejercicio pleno de derechos. Ejemplo de esta situación es la de niños/as en que su condición de ser sujetos en desarrollo es determinante. En otros casos, el elemento determinante será la especificidad cultural de sus titulares, como en el caso de miembros de comunidades indígenas.

En todos estos casos, desde un punto de vista argumentativo lo que se modifica es la forma de dotar de contenido y alcance a los derechos y a las obligaciones generales del Estado. El ejercicio se complejiza, ya que tendremos que incorporar estos elementos situacionales o personales para interpretar el contenido y alcance de los tipos penales, de las normas procesales y de ejecución de las sentencias<sup>715</sup>.



<sup>715</sup> Este mandato en el contexto de la DPP se ha concretizado en la creación de unidades de defensa penal especializada, que tienen por objeto otorgar una defensa que satisfaga los requerimientos del/a defendido/a. De esta forma, el servicio de defensa contempla: a) defensa juvenil; b) defensa indígena; c) defensa de migrantes; e) defensa de privados de libertad y; f) defensa de género.

Este enfoque ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia. Así por ejemplo, en el caso de las particularidades de ciertos grupos en consideración al contexto en el que se encuentran, la judicatura ha indicado que las personas migrantes se encuentran en una condición particular de vulnerabilidad. En un caso referido a las condiciones de detención en que personas migrantes esperaban la resolución de sus respectivas órdenes de expulsión, la Corte de Apelaciones de Santiago inició el análisis del caso tomando en consideración las particularidades del titular del derecho:

En un mundo 'globalizado', con grandes consensos sobre principios y reglas de convivencia, la realidad da cuenta que el fenómeno de la migración ha alcanzado a estas alturas grados de intensidad y de universalidad tales, que llega a ser cierto que no existe país en el mundo que no experimente el ingreso de personas extranjeras. Entre otras derivaciones, ello trae consigo que el poder estatal para gestionar los movimientos migratorios no puede prescindir de la consideración de derechos fundamentales e inalienables, que derivan de la condición de ser humano, protegidos tanto por los ordenamientos internos como por los diversos instrumentos de Derecho Internacional. En lo que atañe a nuestro Derecho, cabe recordar que el catálogo 'de primera generación', contemplado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, se proclama como asegurado 'a todas las personas', sin distinción alguna, de modo que el imperativo de respeto y promoción de tales derechos esenciales, en los términos a que alude el artículo 5° de la Carta Fundamental, se hace extensivo a los no nacionales que se encuentran en el territorio de Chile. Ese deber de respeto y promoción adquiere ribetes especiales cuando se trata de extranjeros, en la medida que ellos se encuentran en una indudable situación de vulnerabilidad, de momento que carecen de redes de apoyo familiares y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio. En un contexto como el reseñado, existen ciertos derechos particularmente atingentes al caso y, entre ellos, por cierto, el derecho a la libertad personal, en todas sus dimensiones<sup>716</sup>.

Como vemos, el esquema de argumentación que hemos desarrollado con anterioridad se repite, pero se complejiza al considerar que de las obligaciones generales del Estado se derivan deberes especiales en atención al titular del derecho<sup>717</sup>. En el caso de las mujeres, este acercamiento particular exige la inclusión

---

<sup>716</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 9 de marzo de 2013, rol 351-2013, considerando 3. Confirmada por Corte Suprema. Sentencia de 25 de marzo de 2013, rol 1651-2013.

<sup>717</sup> Para consultar jurisprudencia en el mismo sentido, véase: DPP, 2013.

de una perspectiva de género en la defensa penal pública, lo que supone considerar que en todas las sociedades, la estructura social condiciona los tipos de delitos, su frecuencia y distribución, según cómo se expresen estos en los distintos grupos sociales y que operan, asimismo, mandatos culturales que imponen una “verdad” –aunque los hechos demuestren lo contrario– y reafirman jerarquías establecidas<sup>718</sup>.

Respecto de los pueblos indígenas, el acercamiento jurisprudencial es aún más complejo, ya que el esquema de argumentación se amplía no solo respecto a cómo deben ser interpretadas las obligaciones del Estado en general, sino que existen instrumentos internacionales específicos que se refieren a la materia. En ámbito penal, el Convenio 169 de la OIT otorga diversas herramientas para garantizar en condiciones de igualdad, el pleno goce y ejercicio de los derechos por parte de los pueblos indígenas, a través de la consideración de la situación particular en la que se encuentran (pobreza y exclusión) y de sus particularidades culturales.

Por ejemplo, se contempla que al aplicar la legislación nacional se debe tomar en consideración las costumbres (artículo 8); en la medida de lo posible se debe permitir el uso de los métodos tradicionales en la ejecución de castigos (artículo 9); los tribunales penales deben tener en consideración las costumbres y tradiciones (artículo 9) y; en la imposición de penas, se debe tener en cuenta el factor cultural, así como preferir las penas no privativas de libertad (artículo 10).

De esta forma, con base en el Convenio, se puede argumentar un cambio en la aplicación de tipologías penales (por ejemplo, en lo referente a prácticas sexuales, abandono de menores y usurpación de tierras), y aplicar ciertos eximentes de responsabilidad y atenuantes (error de prohibición, estado de necesidad, etc.).

A este respecto, uno de los casos más relevantes en que se comenzó a incorporar al razonamiento jurídico el Convenio 169 de la OIT, es el denominado caso *La Pastora*. Los hechos que originaron este caso ocurrieron el año 2007, cuando Gabriela Blas Blas (aymará) denunció ante Carabineros la pérdida de su hijo mientras ella pastoreaba en la zona altiplánica. Circunstancias posteriores develaron la muerte del menor, lo que llevó a Gabriela Blas a ser juzgada en sede penal. Lo interesante de este caso es que la defensa introdujo la vigencia del Convenio 169 de la OIT para que se considerara que los hechos se dieron

---

<sup>718</sup> DPP, 2009.

en el contexto de la práctica de una costumbre ancestral de pastorear junto a los hijos. Pese a que la utilización del Convenio no redundó en un juicio a favor de la imputada (porque no se logró probar la costumbre), resulta relevante destacar que el tribunal al momento de analizar la normativa nacional respecto a la costumbre indígena, consideró el Convenio como un elemento relevante en el análisis:

Que es necesario pronunciarse respecto de la aplicación de la ley indígena, número 19.253 y las normas relativas al Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Al respecto es del caso señalar, que en Chile se regula de manera genérica la situación de los pueblos indígenas, aplicando las garantías y derechos constitucionales comunes a todo ciudadano. No obstante, el artículo 5 de la Carta incorpora a ésta los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, a través de los cuales se reconoce el deber de los Estados de considerar y proteger las culturas de las minorías étnicas que se encuentran en sus territorios, por lo demás Chile ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, a nivel interno, rige la Ley Indígena, la que estipula en el artículo 54, el derecho de hacer valer la costumbre en los juicios siempre que ésta no contravenga la Constitución. También la ley otorga la facultad a los jueces de aplicar como eximente o atenuante de responsabilidad la costumbre indígena, por su parte el convenio 169 establece que debe tomarse en consideración el derecho consuetudinario de los pueblos, respetando así el derecho de éstos ha [sic] conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los pactos internacionales reconocidos [...] <sup>719</sup>.

En esta línea, e interpretando el artículo 54 de la Ley Indígena a la luz del Convenio, la Corte Suprema en el caso Alto Bío Bío aceptó la aplicación de una aminorante de la conducta, al considerar las características sociales y culturales del pueblo pehuenche. En efecto, en este caso se consideró que la violencia perpetrada por los agresores al desalojar por medio de la fuerza a un grupo de personas que ocupaba un territorio, se explica por la importancia del amparo de la tierra y de la identidad cultural, lo que revela que para el pueblo pehuenche las infracciones que vulneran la propiedad son de una gravedad relevante. Esto llevó a la Corte Suprema a concluir que era procedente la aplicación de una aminorante de la sanción:

---

<sup>719</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica. Sentencia de 11 de octubre de 2010. RIT 221-2009, considerando 14.

[...] esta Corte atendido las conclusiones del informe antropológico de fojas 1729, que corresponde a una experticia confeccionada en virtud del mandato estatuido en el artículo 54 de la Ley N° 19.253 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, en armonía con lo preceptuado en los artículos 5, 6, 8, 9 y 10 del Convenio N° 169, de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, normativas acordes, además, con lo preceptuado en los artículos 5° de la Constitución Política de la República, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado este último en el Diario Oficial con data 29 de abril de 1989, dará aplicación a su contenido por considerarlo atingente al caso.

En efecto, tales preceptos hacen plenamente aplicable la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, la que constituye derecho, siempre que no sea incompatible con la Carta Magna del Estado, práctica que en materia penal "...puede servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad...", lo que en el caso sub lite, si bien no califica para darle el tratamiento de eximente de responsabilidad penal, existen antecedentes suficientes y coherentes para considerarla como "aminorante" de la conducta demostrada por los enjuiciados, recepcionando así el derecho consuetudinario y hábitos del pueblo pehuenche como fuente de derecho, de modo de hacer compatible la sanción penal prevista en nuestra legislación general con las características económicas, sociales y culturales de esa etnia<sup>720</sup>.

En el caso de niños/as y adolescentes, este enfoque se refleja en la especialidad de la justicia penal adolescente. La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente<sup>721</sup> consagró un sistema especializado de justicia penal para adolescentes, que tuvo por objeto adecuar las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política y la CDN y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile<sup>722</sup>.

Considerando estos objetivos, la Corte Suprema, al resolver casos relacionados con adolescentes infractores de ley penal, ha considerado los principios

<sup>720</sup> Corte Suprema. Sentencia de 11 de enero de 2012, rol 2683-2010, considerando 3.

<sup>721</sup> Ley N°20.084: establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, 2005.

<sup>722</sup> Mensaje del Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (boletín N° 3021-07), 6 de agosto de 2002, Legislatura 347ª Ordinaria, p. 72.

que inspiran la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, interpretando sus normas a la luz de los derechos y obligaciones que consagra la CDN. Así, por ejemplo, en el caso rol 5428-2012, se discutía acerca de si era posible imponer a un adolescente la pena accesoria de inclusión de su huella digital en un registro nacional de condenados. Para resolver el asunto, la Corte Suprema se refirió a los principios que inspiran la ley a la luz de las obligaciones que establece la CDN:

Que la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos<sup>723</sup>.

La Corte Suprema indica que si bien la ley 19.970 no distingue si es aplicable a adultos o adolescentes, por los principios citados no corresponde su aplicación a adolescentes infractores de ley, concluyendo que al habersele aplicado esa pena al adolescente afectado en este caso, se había vulnerado la CDN:

Que, en concepto de esta Corte, todo lo anterior deriva en que la decisión de extender al adolescente \*\*\*\*\* al momento de ser sentenciado, y luego compelido de comparecer para la tomas de muestras biológicas para ser incorporadas al registro respectivo, importa una afectación a su respecto, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder de los recurridos se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso, amenazándose en forma concreta la garantía la libertad personal del amparado, lo que hace a todas luces procedente el recurso aquí interpuesto<sup>724</sup>.

<sup>723</sup> Corte Suprema. Sentencia de 18 de julio de 2012, rol 5428-2012, considerando 1.

<sup>724</sup> *Ibidem*, considerando 5.

En este sentido, la Corte Suprema busca que la aplicación de la sanción al adolescente se ajuste a los parámetros de la CDN, con el fin de lograr la efectividad de la protección que consagra esta Convención. Para ello, la Corte Suprema interpreta el campo de aplicación de la ley 19.907 y excluye a los adolescentes.

En estos casos podemos esquematizar los razonamientos:

**Argumentación grupos situación de vulnerabilidad en sus derechos**

¿Cuál es el derecho afectado por los hechos del caso concreto?

El contenido del derecho (sustantivo o procesal) a la luz de la Constitución, normas internacionales (disposiciones convencionales y jurisprudenciales) y legales es el siguiente (...)

La concreción de este derecho a la luz de la (situación o características personales del titular) es la siguiente (...) conforme a las normas internacionales (Convención Derechos Niño/a / Convenio 169 / Convención Eliminación toda forma de discriminación contra la Mujer, etc).

Por tanto, en el caso concreto, estos estándares nos debieran llevar a la siguiente conclusión (...) de forma tal de cumplir con las obligaciones constitucionales, internacionales y legales del Estado a través de la resolución que debe dictarse en esta causa.

El sentido de este argumento es ver cómo es posible incorporar estos elementos particulares, sea situacional o personal, dentro de un mismo esquema argumentativo.

## 6. Conclusión

El proceso de centralidad de los derechos humanos ha tenido consecuencias institucionales, normativas y jurisprudenciales que han ido haciendo posible una convergencia creciente entre el derecho de origen nacional e internacional en materia de derechos humanos.

La Defensoría Penal Pública cumple un rol central en la concreción de esta centralidad de los derechos humanos en un ámbito especialmente delicado, cual es, el proceso penal. En este sentido, la sólo existencia de esta institución es central para la vigencia de los derechos humanos. Además, a través de su actuar es posible que la labor de los defensores aporte en la forma en que nuestros tribunales están recepcionando el DIDH.

La sola recepción formal no es suficiente. Asimismo, la interpretación no garantiza la aplicación de los estándares de mayor garantismo en cada caso concreto.

De ahí que sea necesario avanzar en la argumentación jurídica que permite de mejor manera este proceso de convencimiento en el ámbito judicial.

Este diseño argumentativo debe hacerse cargo de una mirada compleja de nuestro sistema normativo interno, que contempla elementos de origen nacional e internacional y que además requiere el cumplimiento de ciertas reglas hermenéuticas propia del subsistema jurídico de los derechos humanos.

Este proceso argumentativo no estaría completo si no nos hacemos cargo de dos elementos centrales de los titulares de derechos: el contexto en que estos se encuentran y las características personales que nos obligan a un ejercicio interpretativo/argumentativo diferenciado para permitirles un pleno goce y ejercicio de derechos a nivel judicial.

# BIBLIOGRAFÍA

---

## 1. Doctrina

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. 2004. Los derechos sociales como derechos exigibles. Editorial Trotta, Madrid.
- ALEXY, R. 2002 (a). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España.
- \_\_\_\_\_ 2002 (b). "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales". En: Revista Española de Derecho Constitucional, 66.
- \_\_\_\_\_ 2004. "Los derechos constitucionales y el sistema jurídico". En: Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales. Cátedra Ernesto Garzón Valdés. Editorial Fontamara, México.
- \_\_\_\_\_ 2010. La construcción de los derechos fundamentales. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina.
- ATRIA, F. 2003. "La hora del derecho: los derechos humanos, entre la política y el derecho". En: Revista de Estudios Públicos (91), Santiago.
- AGUILÓ, P., MILOS, C. y NASH, C. 2013. Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile. Análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
- ARANGO, R. Derechos, constitucionalismo y democracia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ATIENZA, M. 2004. Argumentación jurídica y Estado Constitucional. Novos Estudios Jurídicos, 9 (1).
- \_\_\_\_\_ 2007. Constitución y argumentación. Anuario de Filosofía del Derecho, (24).
- BANDRES, J. 1992. Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional. Editorial Aranzadi, Madrid.
- BENADAVA, S. (et al). 1992 (a). Nuevos enfoques del derecho internacional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- \_\_\_\_\_ 1992 (b) "Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos". En: LEÓN, A. (Coord). Nuevos desafíos del derecho internacional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- BERNAL, C. 2003. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- \_\_\_\_\_ 2005. "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales". En: El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- BOROWSKI, M. 2000. "La restricción de los derechos fundamentales". En: Revista Española de Derecho Constitucional, 59.
- BUSTAMANTE, M., NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2014. Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: estándares internacionales para procesos de consulta. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
- CANÇADO, A. 2001. El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. 2ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- CASTILLA, K. 2001. "El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la sentencia Radilla Pacheco". En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 11.
- \_\_\_\_\_ 2009. El principio pro persona en la administración de justicia. En: Revista Mexicana de Cuestiones Constitucionales (20).
- CASAS, L. y LAGOS, C. 2014. "Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos". En: Anuario de Derechos Humanos, (10).
- CEBADA, A. 2002. Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave, a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los estados por hechos ilícitos. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales.
- CEJA y PNUD. 2006. Manual de defensoría penal pública para América Latina y el Caribe. Santiago.
- Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile. 2011. Revista Debates Penitenciarios, (15). Santiago.
- DEL RÍO, C. 2012. Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. En: Revista de Estudios Constitucionales, 1 (10). Santiago.
- DORN, C. 2003. El testimonio de oídas y el privilegio de no autoincriminación. Revista de Derecho (3), Santiago.
- DPP. 2009. Evaluación de las concepciones de género de los/as defensores/as penales públicos. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Santiago.
- \_\_\_\_\_ 2012. Seminario: problemas actuales del derecho al recurso en el proceso penal. Santiago.
- \_\_\_\_\_ 2011. La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia. Documento de Trabajo N° 1/2011, Unidad de Defensa Penitenciaria. Santiago.
- \_\_\_\_\_ 2013. Informe de jurisprudencia sobre defensa de migrantes. Departamento de Estudios y Proyectos. Santiago.

- DULITZKY, A. 1996. "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano". En: Estudios especializados de derechos humanos, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José.
- EVANS, E. 2004. Los Derechos Constitucionales, Tomo II, 3ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- FAVOREU, L. 1991. "Ponencia francesa". En: El Bloque de Constitucionalidad, Editorial Civitas S.A., Madrid.
- FERRAJOLI, L. 1996. Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia. En: Nueva Doctrina Penal, Editorial Del Puerto, 1996.
- \_\_\_\_\_. 2003. "Pasado, presente y futuro del Estado de Derecho". En: CARBONELL, M. (Ed). Neocostitucionalismo (s). Trotta, Madrid.
- FERRER MAC-GREGOR, E. 2011. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García Montiel Flores Vs. México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (131).
- FIX ZAMUDIO, H. 2003. "Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos". En: Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante, Tomo II. IIDH, San José.
- FUENTES, C. 2009. Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios. Revista CEJIL, 5 (4).
- GARCÍA, A. 2006. "Tratados internacionales según la reforma del 2005". En: Revista de Derecho Público (68), Santiago.
- GARCÍA, D. 2006. "Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos". En: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. Corte IDH, San José.
- GOLDRICK M.C. 1994. The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights. Clarendon Press – Oxford.
- GUASTINI, R. 2014. Interpretar y argumentar. Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, Madrid, España.
- HENRÍQUEZ, M. 2008. "Jerarquía de los tratados de derechos humanos. Análisis jurisprudencial desde el método de casos". En: Revista de Estudios Constitucionales, año 6 (2), Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca.
- \_\_\_\_\_. 2013. "¿Hacia una ampliación del hábeas corpus por la Corte Suprema?" En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 20 (2).
- IBÁÑEZ, M. 2014. Derecho a las garantías judiciales. En: STEINER, C. y URIBE, P. Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. Konrad Adenauer Stiftung, Bolivia.

- ILC. 2001. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Naciones Unidas, Ginebra.
- INDH. 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago.
- \_\_\_\_\_ 2013 (a) Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago.
- \_\_\_\_\_ 2013 (b) Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos. Santiago.
- LANDA, C. 2010. La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, ponencia presentada en la II Reunión de Trabajo del Grupo de Estudios en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Montevideo-Uruguay.
- LANGBEIN, J. 2004. The legal history of torture. En: LEVINSON, S. Torture. A Collection. Oxford University Press.
- LÓPEZ, J. y HORVITZ, M. 2002. Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- LÓPEZ, J. 2006. "Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas". En: BORDALÍ, A. Justicia constitucional y derechos fundamentales". Editorial Lexis Nexis, Santiago.
- MELGAR, M. 1998. "El derecho humano de acceso a la justicia". En: CORTE IDH. Liber Amicorum, Vol I. San José.
- MEDINA, C. 1994. Constitución, tratados y derechos esenciales. Introducción y selección de textos. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago.
- \_\_\_\_\_ 2003. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
- MEDINA, C. y NASH, C. 2003. Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina. Documentos Oficiales, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- MILOS, C. 2011. El principio de presunción de inocencia: análisis comparado de la jurisprudencia del sistema internacional de derechos humanos y de los tribunales superiores de justicia chilenos. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
- MORESO, J. 2003. "Conflictos entre principios constitucionales". En: CARBONELL, M. (Ed). Neoconstitucionalismo (s). Editorial Trotta, Madrid.
- NASH, C. y MUJICA, I. (Eds.) 2010. Derechos Humanos y Juicio Justo. COLAM, Lima.
- NASH, C. 2006. "La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena". En: GÓMEZ, A. (et.al). La aplicación judicial de los tratados internacionales. Serie Democracia y Judicatura, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá.

- \_\_\_\_\_. 2009. Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007), 2ª ed. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
- \_\_\_\_\_. 2010 (a) "La relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos". Ponencia presentada en Simposio Humboldt: Internacionalización del derecho constitucional constitucionalización del derecho internacional", Universidad de Buenos Aires, Disponible [en línea] <<http://www.transparenciacdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/f39.pdf>> [consulta: 29 de septiembre de 2014].
- \_\_\_\_\_. 2010 (b) La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales. Editorial Fontamara, México.
- \_\_\_\_\_. 2012 (a). Informe en Derecho: el derecho a defensa ante el SIDH, la figura del defensor interamericano y su implementación en Chile. Departamento de estudios defensoría penal pública.
- \_\_\_\_\_. 2012. (b) Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
- \_\_\_\_\_. 2013 (a). Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación. Editorial Porrúa, México.
- \_\_\_\_\_. 2013 (b). Informe en derecho para defensoría penal pública. El recurso de revisión a la luz de los estándares internacionales sobre derechos humanos.
- \_\_\_\_\_. 2014 (a). Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena. Editorial Thomson Reuters, Santiago.
- \_\_\_\_\_. 2014 (b). El derecho a la integridad personal. En: STEINER, C. y URIBE, P. Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. Konrad Adenauer Stiftung, Bolivia.
- \_\_\_\_\_. 2014 (c). "Autogobierno y Derechos Humanos: una mirada desde el derecho internacional". En Problemáticas Actuales del Derecho Constitucional. Actas Jornadas Constitucionales, Temuco 2013. Ediciones Universidad Mayor, Temuco, Chile..
- NASH, C. y IRARRÁZABAL, P. 2010. "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales en Chile 2009-2010". En: NASH, C. y BAZÁN, V. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza Normativa de la Constitución. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay.
- NOGUEIRA, H. 1996. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". En: Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, 23 (2).

- \_\_\_\_\_. 2007. "Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales". En: Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 5 (1).
- NORRIS, R.E. y REITON, P.D. 1980. "The suspension of guarantees: A comparative analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties". En: American University Law Review, 30.
- NOWAK, M. 2003. Introduction to the International Human Rights Regime. Martinus Nijhoff. Leiden y Boston.
- NÚÑEZ, C. 2014. Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- RAWLS, J. 2002. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica, México.
- RODLEY, N. 2002. The treatment of prisoners Under International law. 2ª ed. Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ, V. 1998. "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En: CORTE IDH. Liber Amicorum, Vol I. San José.
- RUIZ TAGLE, P. 2001. "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile". En: Revista de Derecho Público Facultad de Derecho Universidad de Chile (63). Santiago.
- \_\_\_\_\_. 2006. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano. LOM, Santiago.
- OSPINA, L. 2006. "Breve aproximación al Bloque de Constitucionalidad en Francia". En: Elementos de juicio, Revista de Estudios Constitucionales, 1(2).
- PASTOR, D. 2002. "Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia. ¿La casación penal condenada? (A propósito del caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". En: Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal [Casación], Nº 4, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- PALACIOS, P. 2006. La No discriminación. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago.
- PINTO, M. 1997. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.) La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. CELS y Editores del Puerto, Buenos Aires.
- PISARELLO, G. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- PRIETO, L. 2003. "Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicancias". En: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Trotta, Madrid.
- PULEIO, M.F. 2008. "El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos". En: Revista del Ministerio Público de Defensa Argentina, (4).

- RUIZ-TAGLE, P. El Constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia. En CRISTI, R. Y RUIZ-TAGLE, P. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano. Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Santiago-Chile, 2006.
- SALMÓN, E. y BLANCO, C. 2012. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- SALAZAR, R. 2004. Nuevo Enfoque de la Casación Penal Costarricense (Consecuencias del Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica). En: Revista de la Judicatura. Poder Judicial. San José, Costa Rica.
- SAGÜÉS, N. 2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Revista de Estudios Constitucionales, 8 (1).
- SCHWELB, E. 1967. Some aspects of international jus cogens as formulated by the International Law Commission. En: The American Journal of International Law, Vol. 61.
- UPRIMNY, R. 2001. "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal". En: O'DONELL, D., UPRIMNY, M. y VILLA, A. (Comp.). Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, Bogotá.
- \_\_\_\_\_. 2006. Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Colombia.
- VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G.J.H. 1998. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. SIM, Kluwer Law International, La Haya – Londres – Boston.
- VASQUEZ ROSSI, J. 1986. El proceso penal. Teoría y práctica. Editorial Universidad, Buenos Aires.
- ZUÑIGA, F. 2012. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica: En: NOGUEIRA, H. (Coord.) El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Editorial Librotecnia, Santiago.

## 2. Jurisprudencia

### 2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### **Casos contenciosos**

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.

Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16

Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36

Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83.

Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.

Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

- Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
- Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.
- Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.
- Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No 141.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No 152.

Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179.

Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187.

Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207

Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206

Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

- Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.
- Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No 218.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
- Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.
- Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.
- Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C No. 228.
- Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233
- Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232.
- Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.
- Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.
- Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.
- Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226.
- Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

- Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.
- Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.
- Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.
- Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249.
- Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.
- Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253.
- Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C No. 255.
- Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.
- Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.
- Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.
- Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266.
- Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.
- Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.
- Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

**Opiniones consultivas**

Asunto de Viviana Gallardo y otras. Resolución de 13 de noviembre de 198, Serie A No. 101.

La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

**2.2. Corte Europea de Derechos Humanos**

Caso Campbell y Fell Vs. Reino Unido. Sentencia de 28 de junio de 1984. No. 7819/77 y No. 7878/77.

Caso H Vs. Reino Unido. Sentencia de 8 de julio de 1987. No. 9580/81.

Caso Langborger Vs. Suecia. Sentencia de 22 de enero de 1989. No. 11179/84.

Caso X Vs. Francia. Sentencia de 31 de marzo de 1992. No. 18020/91.

Caso Silva Pontes Vs. Portugal. Sentencia de 23 de marzo de 1994. No. 14940/89.

**2.3. Corte Suprema**

Sentencia de 11 de agosto de 2004, rol 2600-2004.

Sentencia de 17 de noviembre de 2004, rol 517-2004.

Sentencia de 25 de abril de 2005, rol 740-2005.

Sentencia de 4 de julio de 2006, rol 3165-2006.

Sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004.

- Sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004.
- Sentencia de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006.
- Sentencia de 13 de noviembre de 2007, rol 3419-2007.
- Sentencia de 24 de enero de 2008, rol 1528-2006.
- Sentencia de 29 abril de 2008, rol 6053-2007.
- Sentencia de 17 de junio de 2008, rol 718-2008.
- Sentencia de 18 de junio de 2008, rol 2054-2008.
- Sentencia de 14 de julio de 2008, rol 316-2008.
- Sentencia de 10 de septiembre de 2008, rol 3731-2008.
- Sentencia de 11 de noviembre de 2008, rol 6811-2008.
- Sentencia de 12 de noviembre de 2008, rol 4954-2008.
- Sentencia de 13 de enero de 2009, rol 192-2009.
- Sentencia de 26 de enero de 2009, rol 5898-2008.
- Sentencia de 19 de mayo de 2009, rol 1414-2009.
- Sentencia de 7 de septiembre de 2009, rol 6243-2009.
- Sentencia de 15 de septiembre de 2009, rol 3909-2009.
- Sentencia de 25 de enero de 2010, rol 7432-2009.
- Sentencia de 8 de junio de 2010, rol 3981-2010.
- Sentencia de 19 de octubre de 2010, rol 6305-2010.
- Sentencia de 7 de diciembre de 2010, rol 9276-2010.
- Sentencia de 3 de junio de 2011, rol 2346-2013.
- Sentencia de 11 de enero de 2012, rol 2683-2010.
- Sentencia de 18 de julio de 2012, rol 5428-2012.
- Sentencia de 23 de julio de 2012, rol 5538-2012.
- Sentencia de 25 de marzo de 2013, rol 1651-2013.
- Sentencia de 4 de junio de 2013, rol 3563-2013.
- Sentencia de 17 de junio de 2013, rol 2855-2012.
- Sentencia de 2 de julio de 2013, rol 4321-2013.
- Sentencia de 19 de noviembre de 2013, rol 9031-2013.
- Sentencia de 30 de diciembre de 2013, rol 17103-2013.
- Sentencia de 3 de abril de 2014, rol 7425-2014.
- Sentencia de 7 de abril de 2014, rol 3501-2014.

Sentencia de 19 de mayo de 2014, rol 4450-2014.

Sentencia de 10 de julio de 2014, rol 11994-2014.

Sentencia de 12 de agosto de 2014, rol 12908-2014.

## **2.4. Cortes de Apelaciones**

Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 7 de julio de 2008, rol 53-2008.

Corte de Apelaciones de Arica. Sentencia de 19 de abril de 2011, rol 97-2011.

Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 21 de agosto de 2007, rol 193-2007.

Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, rol 49-2012.

Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 7 de diciembre de 2013, rol 68-2013.

Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 7 de diciembre de 2012, rol 1449-2012.

Corte de Apelaciones de Copiapó. Sentencia de 16 de abril de 2013, rol 109-2013.

Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia de 17 de febrero de 2004, rol 16-2004.

Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia de 19 de noviembre de 2010, rol 326-2012.

Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia de 24 de julio de 2014, rol 68-2014

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de septiembre de 2006, rol 1596-2006.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de noviembre de 2007, rol 2414-2007.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 16 de diciembre de 2008, rol 7244-2008.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 31 de agosto de 2009, rol 2154-2009.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 9 de marzo de 2013, rol 351-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 26 de febrero de 2014, rol 282-2014.

Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 14 de julio de 2014, rol 1008-2014.

Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 16 de septiembre de 2010, rol 1162-2010.

Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 30 de junio de 2009, rol 282-2009.

Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 28 de diciembre de 2010, rol 636-2010.

Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 8 de enero de 2014, rol 7271-2013.

Corte de Apelaciones de Rancagua. Sentencia de 6 de junio de 2010, rol 22-2014.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 17 de agosto de 2011, rol 711-2011.

Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 13 de marzo de 2013, rol 8-2013.

Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 11 de marzo de 2013, rol 39-2013.

Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 17 de mayo de 2013, rol 252-2013.

Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 19 de junio de 2013, rol 83-2013.  
 Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 16 de noviembre de 2013, rol 1522-2013.  
 Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 24 de noviembre de 2013, rol 149-2013.  
 Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 4 de marzo de 2014, rol 35-2014.  
 Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 3 de abril de 2009, rol 36-2009.  
 Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 17 de diciembre de 2010, rol 215-2010.  
 Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 4 de marzo de 2014, rol 8-2014.  
 Corte de Apelaciones de Coyhaique. Sentencia de 30 de agosto de 2003, rol 17-2003.

### **2.5. Tribunal Constitucional**

Sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.  
 Sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346-2000.  
 Sentencia de 12 de enero de 2007, rol 568-2006.  
 Sentencia de 12 de enero de 2007, rol 561-2006.  
 Sentencia de 12 de enero de 2007, rol 661-2006.  
 Sentencia de 1 de agosto de 2007, rol 739-2007.  
 Sentencia de 21 de agosto de 2007, rol 739-2007.  
 Sentencia de 30 de enero de 2008, rol 986-2007.  
 Sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 993-2008.  
 Sentencia de 26 de junio de 2008, rol 976-2008.  
 Sentencia de 25 de agosto de 2009, rol 1288-2009.  
 Sentencia de 15 de abril de 2010, rol 1341-2009.  
 Sentencia de 21 de octubre de 2010, rol 1518-2010.  
 Sentencia de 7 de julio de 2011, rol 1838-2010.  
 Sentencia de 17 de junio de 2014, rol 2492-2013.

## **3. Resoluciones e informes de organismos internacionales**

CIDH. Caso López Aurelli y otros Vs. Argentina. Caso No. 9850. Resolución de 4 de octubre de 1990.  
 CIDH. Caso Raquel Martin de Mejía Vs. Perú. Caso No. 10.970. Resolución de 1 de marzo de 1996.  
 CIDH. Caso X y Y Vs. Argentina. Caso No. 10.506. Resolución de 15 de octubre de 1996.

CIDH. Caso Reinaldo Figueredo Planchart Vs. Venezuela. Caso No. 11.298. Resolución de 13 de abril de 2000.

CIDH. Caso Corumbiara Vs. Brasil. Caso N° 11.556. Resolución de 11 de marzo de 2004.

CIDH. Caso Derrick Tracey Vs. Jamaica. Caso No. 12.447. Resolución de 20 de julio de 2006.

CIDH. Caso Oscar Elías Biscet y otros Vs. Cuba. Caso N° 12.476. Resolución de 21 de octubre de 2006.

CIDH. Informe sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 diciembre 2011.

Comité de Derechos Humanos. Caso Larry James Pinkney Vs. Canada, Comunicación No. R./27 de 25 de noviembre de 1977.

Comité de Derechos Humanos. Caso Massera et. al Vs. Uruguay. Comunicación N° 5/1977. Resolución de 15 de agosto de 1979.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N°13. "Artículo 14. Administración de justicia", U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154, 1982.

Comité de Derechos Humanos. Caso Mbengue Vs. Zaire. Comunicación No. 16/1977. Resolución de 25 de marzo de 1983.

Comité de Derechos Humanos. Caso Van Alphen Vs. Países Bajos. Comunicación N° 305/1988. Resolución de 15 de agosto de 1990.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18. "No discriminación", U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1989.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N°21 "Trato humano de las personas privadas de libertad". U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176, 1992.

Comité de Derechos Humanos. Caso Stephen Vs. Jamaica. Comunicación No. 373/1989. Resolución de 18 de octubre de 1995.

Comité de Derechos Humanos. Caso Douglas Vs. Jamaica. Comunicación No. 571/1994. Resolución de 25 de julio de 1996.

Comité de Derechos Humanos. Caso Osbourne Vs. Jamaica. Comunicación N° 759/1997. Resolución de 13 de abril de 2000.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 29. Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción", U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 215, 2001.

Comité de Derechos Humanos. Caso Corey Brough Vs. Australia. Comunicación N° 1184/2003. Resolución de 17 de marzo de 2006.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 31. "La Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto", CCPR/C/21/REV.1/ADD.13, 2004.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N°32 "El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia". CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.

Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Caso GK Vs. Suiza. CAT/C/30/D/219/2002, 7 de mayo de 2003.

Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto de Chile. CAT/C/CHL/CO/5, 23 de junio de 2009.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General N° 3. "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)". U.N. Doc. E/1991/23, 1990.

Informe presentado por el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura. "Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención". E/CN.4/2003/68, 7 de diciembre de 2002.





Diseño y producción:  
Gráfica Metropolitana

La presente obra de 1.200 ejemplares se terminó de imprimir  
en diciembre de 2015





**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

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