

JURISPRUDENCIA DESTACADA

2016 - 2018

Instituto Nacional de Derechos Humanos

JURISPRUDENCIA DESTACADA

Instituto Nacional de Derechos Humanos

2016 - 2018



JURISPRUDENCIA DESTACADA INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2016-2018

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consuelo Contreras Largo (Directora)
Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
José Aylwin Oyarzún
Carolina Carrera Ferrer
Sebastián Donoso Rodríguez
Carlos Frontaura Rivera
Debbie Elena Guerra Maldonado
Branislav Ljubomir Marelic Rokov
Sergio Micco Aguayo
Margarita Valeria Romero Mendez
Eduardo José Saffirio Suarez

Equipo de trabajo

Julio Cortés Morales (Coordinador)
Alexis Aguirre Fonseca
Federico Aguirre Madrid
Carolina Alvear Durán
Javier Araya Rodríguez
David Bahamondes González
Rodrigo Bustos Bottai
Italo Jaque Ribera
María Daniela Lara Escalona
Marcos Rabanal Toro
Pablo Rivera Lucero
Milena Sánchez Caro

Edición de textos

Ana María Campillo Bastidas

Diseño y diagramación

Michèle Leighton Palma

Impreso en

Ograma

ISBN: 978-956-6014-12-6

Registro de Propiedad Intelectual: A-298415

Primera edición

1.000 ejemplares

Santiago de Chile, diciembre 2018

Índice

PRÓLOGO	7
---------------	---

PRIMERA PARTE: ACCIONES CONSTITUCIONALES

1.Sentencia de la Corte Suprema en recurso de amparo por control de identidad a niños mapuche. <i>Federico Aguirre y Marcos Rabanal.</i>	11
2.Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena en recurso de protección por revisiones con desnudamiento a niños, niñas y adolescentes en visitas de cárcel <i>Italo Jaque.</i>	24
3.Sentencias de Amparo de la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema en dos casos de expulsiones de extranjeros por razones políticas. <i>Alexis Aguirre y Julio Cortés.</i>	35
4.Sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique y la Corte Suprema en recurso de amparo a favor de migrante por revocación de permanencia definitiva y orden de abandono. <i>Javier Araya.</i>	44
5.Sentencia de la Corte Suprema en apelación de amparo sobre voto de personas privadas de libertad en Arica. <i>Rodrigo Bustos.</i>	51
6.Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en recurso de amparo por condiciones sanitarias y acceso a agua potable en Colina I. <i>María Daniela Lara.</i>	60
7.Sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco y Corte Suprema en recurso de amparo en favor de comunera mapuche. <i>Carolina Alvear.</i>	68
8.Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica en recurso de amparo en el Caso Cerro Chuño <i>David Bahamondes.</i>	83

SEGUNDA PARTE: ACCIONES PENALES

9.Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas por el delito de trata de personas con fines de explotación laboral en perjuicio de niñas ecuatorianas. <i>Alexis Aguirre.</i>	94
10. Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno por del delito de tráfico de migrantes y trata de personas con fines de trabajos forzosos en Río Negro y otras localidades. <i>Milena Sánchez.</i>	108

11.Sentencia de la Corte Suprema que entrega competencia del caso José Huenante a la justicia ordinaria

Julio Cortés..... 118.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en recurso de apelación por exclusión de INDH como querellante en "Caso Lissette".

Pablo Rivera..... 127

Prólogo

La presente publicación constituye el segundo volumen de la serie Jurisprudencia Destacada y reúne en este caso un conjunto de comentarios en relación a sentencias que se han dictado en el período 2016-2018, como resultado del ejercicio de acciones judiciales por parte del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Las facultades judiciales del INDH aparecen expresamente consagradas en la Ley 20.405, que por una parte le entrega a la institución la misión de “promover y proteger los derechos humanos de todas las personas que habiten en el territorio de Chile” (artículo 2), y más en concreto señala que le corresponderá especialmente “deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia” (artículo 3 N° 5).

La primera versión de Jurisprudencia Destacada del INDH abarcó sentencias del período 2010-2016, es decir, desde la instalación del Instituto y sus primeros seis años de funcionamiento. En esa versión se hizo una distinción en tres capítulos, abordando acciones penales, acciones constitucionales y un tercer capítulo que incluyó sentencias del Tribunal Constitucional y resoluciones administrativas (como resultado de acciones ante la Contraloría General de la República y el Consejo Nacional de Televisión).

Para contextualizar adecuadamente esta segunda versión es necesario tener en cuenta que a partir del año 2015 el INDH inició la instalación de sedes regionales, proceso que ha continuado hasta llegar a contar actualmente con sedes en 14 regiones del país.

Este crecimiento institucional ha fortalecido y ampliado la labor integral de promoción y protección de derechos por parte del INDH, y dentro de ese proceso se ha incrementado también la capacidad de litigación, a través de los/as abogados/as de las distintas sedes regionales, en coordinación con la Unidad Jurídica y Judicial que funciona desde el nivel central.

Por este motivo es que en el breve lapso de dos años que cubre esta segunda versión de Jurisprudencia Destacada existe un número considerable de sentencias como producto del ejercicio de nuestras acciones judiciales, de las cuales se han seleccionado las que se consideran más relevantes desde el punto de vista de la doctrina de derechos humanos, y que hemos dividido en una primera parte relativa a acciones constitucionales, y una segunda sobre acciones penales.

Entre los temas abordados hay sentencias por acciones constitucionales relativas a la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, tanto en relación a procedimientos policiales en la

Araucanía como a procedimientos de revisión que se aplican a personas menores de edad que visitan a sus parientes en las cárceles; acciones en defensa de los derechos de las personas privadas de libertad, incluyendo lo relativo a condiciones de privación de libertad, procedimientos de registro, atención médica y la cuestión del derecho a voto de las personas privadas de libertad no impedidas constitucionalmente de ejercer ese derecho; acciones de protección de derechos de migrantes y personas extranjeras expulsadas del territorio nacional por razones políticas, así como un caso de protección de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En cuanto a acciones penales, se comentan sentencias condenatorias por las figuras penales aun relativamente recientes de trata de personas y tráfico de migrantes, así como la resolución de la Corte Suprema que finalmente ordenó el traspaso del conocimiento del "Caso Huenante" (adolescente desaparecido tras ser detenido por la policía de Carabineros en Puerto Montt el año 2005) desde la justicia militar a la civil, y un caso en que se discute sobre el alcance de las facultades judiciales del INDH, en relación a una de las causas penales abiertas en razón de la muerte de niños/as bajo custodia del Servicio Nacional de Menores.

Cabe destacar que no todas las sentencias han sido seleccionadas en base a una valoración positiva de sus contenidos, sino que más bien atendiendo a la relevancia de los temas sobre los que se pronuncian, incluso en casos en que las sentencias revelan problemas en la incorporación de estándares internacionales de derechos humanos, y que por ello merecen comentarios críticos.

En la elaboración de los comentarios participaron abogados/as de la Unidad Jurídica Judicial del nivel central y de distintas sedes regionales del INDH. Cada comentario parte con un resumen, para luego explicar los antecedentes relevantes del caso, extractos seleccionados de las sentencias pertinentes, y finalizar con el comentario de lo resuelto y su relevancia para efectos de la doctrina de derechos humanos. Más allá de compartir esta misma estructura básica, se ha procurado respetar los diversos estilos de redacción y análisis de las distintas personas que asumieron la labor de comentar las sentencias.

Los extractos de las sentencias comentadas en esta publicación fueron editados para corregir errores de tipeo que son bastante usuales en la redacción de las resoluciones judiciales. En un mínimo de casos en que fue necesario corregir errores de redacción las modificaciones efectuadas están señaladas entre corchetes.

Ofrecemos estos materiales como un aporte para dar a conocer el accionar del INDH en su dimensión judicial, pero sobre todo esperando que sirvan para poder apreciar el grado de aplicación que los tribunales de la nación van dando a los diversos estándares de derechos humanos que emanan desde el nivel internacional.

Creemos que el camino de la efectivización de los derechos fundamentales de las personas depende de múltiples factores sociales, políticos y culturales, pero es en gran medida en el ámbito de las acciones y decisiones judiciales donde se juega una parte importante del esfuerzo por hacer avanzar, en los términos planteados por el jurista español Alejandro Nieto, el Derecho normado o de papel hasta convertirlo en Derecho practicado o vivido.

Primera parte

Acciones Constitucionales

1. Sentencia de la Corte Suprema en recurso de amparo por control de identidad a niños mapuche¹

Federico Aguirre y Marcos Rabanal, Sede INDH Región de La Araucanía

ABSTRACT/RESUMEN

El presente caso trata de una acción de amparo constitucional interpuesta en favor de tres niños/as mapuche que fueron objeto de un control de identidad por parte de funcionarios de Carabineros, en un sitio eriazo en la comuna de Ercilla, Región de La Araucanía. La acción fue rechazada en la Corte de Apelaciones de Temuco, pero la Corte Suprema, conociendo el recurso de apelación, revocó el fallo y acogió la acción. En su sentencia, la Corte Suprema reiteró el criterio conforme al cual las facultades de los policías, para restringir el derecho a la libertad ambulatoria y someter a una persona a interrogatorios o registros en la vía pública, son de carácter excepcionalísimo y solo proceden en aquellos casos expresamente contemplados en la ley, en consideración a que dichas conductas representan una severa limitación al derecho a la libertad personal, como a los derechos a la privacidad, indemnidad y a guardar silencio.

Mayor celo en el ejercicio de aquellas facultades es exigible a los agentes del Estado cuando las personas objeto de dichas medidas son niños, niñas o adolescentes (NNA). La Corte recuerda que, siendo los amparados niños o niñas, no podían ser objeto de control de identidad preventivo, por expresa prohibición legal, y tampoco podían ser interrogados. Se reprocha igualmente que de este procedimiento policial no haya quedado ningún tipo de registro.

Palabras clave: control de identidad, derechos del niño, libertad personal, privacidad, derecho a guardar silencio.

1. Corte Suprema, Rol 10868-2018, sentencia del 30 de mayo de 2018.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

El día jueves 22 de marzo de 2018, alrededor de las 17:00 h, los estudiantes mapuche E. J. H. R. (12 años), H. B. H. R. (14 años), J. J. H. N. (14 años) y T. S. H. Ñ. (12 años), todos domiciliados en la comunidad de Huañaco Millao, comuna de Ercilla, Región de La Araucanía, se dirigían a su domicilio, momento en el que fueron interceptados por un furgón policial del cual descendieron tres carabineros.

De acuerdo al testimonio recabado por el INDH, la niña, de iniciales T. S. H. N., se asustó y evitó ser controlada, mientras que los otros tres niños habrían sido conducidos hasta un sitio eriazo.

En aquel lugar, los funcionarios policiales habrían revisado sus pertenencias registrando sus mochilas, y además, realizado un allanamiento corporal mediante palpaciones. Posteriormente, siempre de acuerdo a los testimonios recibidos, los habrían obligado a sacarse los zapatos y a bajarse los pantalones. Luego, les habrían pedido que se sacaran la ropa interior, sin embargo, los niños se habrían negado, a pesar de las amenazas que habrían recibido. Conforme al relato recibido, en el mismo acto los niños habrían sido objeto de interrogatorios y consultados por conocidos dirigentes de su comunidad.

Con posterioridad al episodio de desnudamiento e interrogatorio descrito por los niños, estos manifestaron una serie de dificultades, tanto en el sueño como en su vida cotidiana, experimentando angustia, miedo, y cambiando notoriamente su comportamiento, todo lo cual fue registrado y valorado por informes periciales confeccionados por un equipo de cuatro profesionales (psicólogos/as). Dichos informes se realizaron conforme a los estándares fijados en el Protocolo de Estambul "Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

Sobre la base de esos testimonios, el Centro de Investigación y Defensa SUR (Cidsur), dedujo acción de amparo constitucional el 08 de mayo de 2018, la que se tramitó ante la Corte de Apelaciones de Temuco bajo el Rol N° 50-2018, al que se adhirió el INDH. La acción constitucional fue dirigida en contra de la IX Zona de Carabineros Araucanía, representada por el general Andrés Gallegos Durán.

La pretensión sostenida en el recurso y la adhesión deducida descansa en tres fundamentos, que dan cuenta de hechos constitutivos de vulneración del derecho a la libertad ambulatoria y la seguridad individual, amén de otras infracciones a derechos fundamentales, consagrados tanto en el ámbito constitucional como en el derecho internacional de los derechos humanos.

Una primera idea fuerza es que las niñas y los niños amparados, al momento de ocurrencia de los hechos, no se encontraban en situación de flagrancia de comisión de ningún delito, de manera que la actuación de los agentes del Estado respecto de los amparados solo podría explicarse, al menos formalmente, en el contexto de un control de identidad.

Con todo, aun en ese supuesto, las acciones desplegadas en perjuicio de los amparados son ilegales o arbitrarias en la medida en que dicha actuación debe respetar la condición de niño o niña, que ostentan los amparados, lo que exige a la autoridad policial no solo mayor celo en el cumplimiento de sus deberes, sino la satisfacción de requisitos adicionales, como lo es el abstenerse de realizar controles de identidad preventivos, tal cual lo prescribe el art. 12 de la Ley 20931, que autoriza un control de identidad sin necesidad de algún indicio, pero solo respecto de personas mayores de 18 años.

El segundo reproche apunta a la arbitrariedad de la actuación policial, toda vez que, como señala el INDH en su escrito:

(...) asilados en un supuesto control de identidad ajustado a presuntas normas legales, se efectúan por funcionarios policiales, ciertas diligencias como registro personal, sin dejar constancia alguna de ello, sin hacer lectura de derechos, sin informar al Ministerio Público, todo lo cual informa un procedimiento abusivo e irregular, donde debe hacerse una referencia especial al registro de vestimentas que sobrepasa toda prudencia o decoro, si se considera cómo se lleva a cabo, respecto de quiénes se realiza, despreciando el pudor, recato, vergüenza, humillación de los afectados que, evidentemente, no es una 'molestia' connatural a dicho control, y que, en definitiva, como se viene sosteniendo, vulnera la seguridad personal de los amparados, y su integridad síquica².

Con el objeto de reforzar la ilegalidad de la actuación, se sostiene en el escrito de adhesión que el desnudamiento de detenidos/as en contextos de procedimientos policiales ha sido objeto de reproche penal. Así, el Juzgado de Garantía de Talcahuano, en una sentencia condenatoria en contra de funcionarios de la PDI, describe los hechos de la causa y razona como sigue:

(...) se dispone un registro de vestimentas de trabajadoras, encargadas de aseo, dicho registro o requisa personal, en abierta infracción a los pasos previos que exige un control de detención, referidos precedentemente y con ello invadiendo además el ámbito del derecho a la intimidad, que aquél tutela al ser humano en esa intimidad o privacidad, a la cual es acreedor por el solo hecho de ser tal, se le protege por las molestias, pesadumbre o desazón que le produce el hecho que terceros tomen conocimiento de hechos personales que desea guardar para sí, pues con ello se vulnera su sentido de decoro, pudor natural o dignidad personal (...) que la vida privada está constituida por aquellos

2. Escrito de adhesión INDH ROL 50-2018 Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco.

fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato (...) y, siendo el registro ya señalado una diligencia marcadamente intrusiva, para proceder a ella deben existir motivos suficientes, esto es, antecedentes serios y objetivos, indicios, que en casos fundados ameriten y justifiquen proceder al examen de su cuerpo, vestimentas, pues, de lo contrario, sin ninguna razón aparente, se conculcaría constitucionalmente el derecho a la intimidad. En un Estado de derecho democrático se debe tutelar la tranquilidad de sus ciudadanos y su esfera de intimidad, sin que puedan verse afectados por antojadizas o arbitrarias actuaciones del poder estatal y de las autoridades constituidas por ellos y, en la especie, cuando se disp[uso] tal registro no se daba ninguno de los supuestos que la norma infringida, artículo 85, señala, y funcionarias policiales que lo llevan a cabo, dada su larga experiencia funcionaria, debieron representar, al policía que estaba a cargo del Procedimiento, la irregularidad de su orden, verbalmente, y de persistir en ello, por escrito. No lo hicieron, faltando a su deber y, más aún, no dejaron constancia alguna de la diligencia o procedimiento que realizaron, como tampoco informaron a las “imputadas” los derechos que tenían a negarse^{3 4}.

En tercer lugar, se razona por los recurrentes en orden a que realizar interrogatorios a niños y niñas, aun cuando sea en espacios públicos, contraviene la seguridad personal de los amparados, invocándose en este punto lo dispuesto por la Convención sobre Derechos del Niño. En efecto, dicho instrumento prescribe lo siguiente en su artículo 3.2:

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

Tal como se describió, durante el procedimiento policial los niños fueron interrogados en busca de información respecto de dirigentes de su comunidad. En este sentido, los recurrentes invocan lo dispuesto en el artículo 37 de la referida Convención, la que señala que:

Los Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...); b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente (...); c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto 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 (...).

Por último, se advierte que los amparados pertenecen a grupos que son considerados de mayor vulnerabilidad en nuestra sociedad; esto, debido a que, además de ser niños o niñas, pertenecen a

3. RUC N° 1010018637-9; RIT N° 3427-2010; Juzgado de Garantía de Talcahuano.

4. Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol 798-2014 Reforma Procesal Penal.

un pueblo indígena. Incluso, la vulnerabilidad es mayor respecto de uno de ellos: E. J. H. R., quien, adicionalmente, presenta condiciones de discapacidad cognitiva.

Por su lado, la parte recurrida, mediante Informe de la Prefectura de Malleco a la Corte de Apelaciones de Temuco, sostiene que, en circunstancias en que funcionarios policiales desarrollaban un patrullaje preventivo, se percataron de un fuerte olor a marihuana, pudiendo divisar la silueta de tres personas, por lo que procedieron a aproximarse a ellas, advirtiendo solo en el último momento que se trataba de jóvenes.

De acuerdo a su versión de los hechos, en esas circunstancias los funcionarios policiales interrogan a los niños acerca de lo que estaban haciendo, y por el olor a marihuana. Carabineros, en su informe, afirma que en ningún momento tomó contacto físico con los niños o con las especies que ellos portaban. Niega todas las imputaciones formuladas, incluyendo el hecho de haber realizado un control de identidad; que se les haya revisado las pertenencias o vestimentas y que se les haya desnudado, concluyendo que su actuar siempre estuvo sujeto a la legalidad y en caso alguno se perturbó, amenazó o menoscabó los derechos garantizados por la acción de amparo constitucional. Agregan que, antes de irse, realizaron con los niños una actividad pedagógica sobre el consumo de cannabis.

La Corte de Apelaciones de Temuco desestima la acción de amparo sosteniendo que la controversia gira en torno a una cuestión de hecho:

(...) pues el recurso se funda en la existencia de un procedimiento policial ilegal y arbitrario, que la parte recurrida niega por completo. En efecto, en síntesis, el recurso indica que los menores en cuyo favor se acciona, se vieron enfrentados a un control de identidad fuera de las hipótesis legales, siendo sometidos además en el marco de dicho procedimiento a una serie de vejámenes, entre ellos a palpaciones y el retiro de sus ropas, siendo además interrogados (...)⁵.

Estando la *litis* centrada en hechos, el Tribunal de primera instancia razona en orden a que se trata de una cuestión de prueba, estimando en este aspecto que:

(...) no se ha logrado satisfacer la exigencia probatoria (...). Lo anterior, por cuanto los instrumentos (pericias psicológicas), sobre los cuales se estructura el recurso, no han logrado formar convicción en estos sentenciadores, ni el estándar de indicio del que se viene hablando⁶.

5. Corte de Apelaciones de Temuco, ROL 50-2018, 18 de mayo de 2018.

6. *Ibid.*, Considerando Sexto.

Y agrega "Que no estando acreditada la privación o perturbación de la libertad de los amparados en los términos expuestos en el recurso, se hace inoficioso analizar la normativa invocada"⁷.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

1º) Que de lo expuesto por los recurrentes y la recurrida, aparece no controvertido que el día 22 de marzo del año en curso, funcionarios de Carabineros ingresaron a un predio en que se encontraban los amparados, percatándose en ese momento que se trataba de menores de edad, interrogándolos sobre las actividades que realizaban en forma previa a su arribo, realizando luego *"una labor educativa respecto del consumo de drogas"*.

2º) Que las facultades de los policías para detener o retener a un ciudadano en la vía pública con el objeto de interrogarlo o registrarlo, están expresamente regladas en la ley, pues constituyen una limitación o restricción al derecho a la libertad personal, así como a los derechos a la privacidad, intimidad y a guardar silencio consagrados constitucionalmente, facultades que, además, por disposición del artículo 5, inciso 2º, del Código Procesal Penal, deben interpretarse restrictivamente.

3º) Que, en este contexto, siendo los amparados menores de edad, no podían ser sujetos al control de identidad preventivo reglado en el artículo 12 de la Ley N° 20931, minoría de edad que debía presumirse dada[s] sus vestimentas, como accesorios -mochilas-, señalando, además, el referido artículo 12, que *"En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad"*.

4º) Que, por otra parte, en relación al control de identidad previsto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, esta norma no autoriza para interrogar a la persona controlada, menos aún tratándose de menores de edad, pues conforme al artículo 31 de la Ley N° 20084, ante la ausencia de su defensor, las consultas deben dirigirse únicamente a acreditar su identidad.

5º) Que, todavía más, de ser efectivo lo señalado por la recurrida, esto es, que los agentes policiales abordaron a los amparados ante el *"hedor a marihuana"* o que uno de estos había reconocido haber consumido antes de su llegada un *"pito de marihuana"*, en ese caso debió haberse denunciado el hecho a la Fiscalía en el caso de los dos menores de 14 años de edad, conforme al artículo 84 del Código Procesal Penal, procediendo conforme al artículo 124 del mismo texto y a los artículos 53 y 54 de la Ley N° 20000, y poniendo al menor de 12 años a disposición del tribunal de familia a fin de que este procure su adecuada protección o entregándolo inmediata y directamente a sus padres y personas que lo tengan a su cuidado, todo ello, según el artículo 58 de la Ley N° 20084. Muy

7. Ibid., Considerando Décimo.

por el contrario, de este encuentro y de las actuaciones policiales durante él ejecutadas no se dejó registro ni constancia alguna, en contradicción a lo prescrito en el artículo 228 del Código Procesal Penal, así como del inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20931, impidiendo de esa forma el control administrativo por sus superiores en la misma institución, por el Ministerio Público, como el reclamo de los terceros afectados.

6°) Que, de ese modo, aparece que las actuaciones de Carabineros, incluso de haber sucedido como la recurrida plantea, constituyen una vulneración a la libertad personal y seguridad individual de los amparados, desde que se los somete a un control e interrogatorio informal, que limitó y afectó, aunque sea brevemente, los señalados derechos, sin autorización legal, motivo por el cual el recurso deberá ser acogido en la forma pedida para adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho e impedir que tales actuaciones ilícitas se reiteren contra los recurrentes o contra terceros que se encuentren en las mismas condiciones.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5, 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 20084, **se revoca** la sentencia apelada de dieciocho de los corrientes dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco en el Ingreso Rol N° 50-2018 y, en su lugar, se declara que **se acoge la acción de amparo** deducida en favor de E. J. H. R., H. B. H. R., J. J. H. N. y T. S. H. Ñ., por lo que se declara la vulneración de su derecho a la libertad personal y seguridad individual consagrado en el N° 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y, en particular, se declara la ilegalidad del control al que fueron sometidos, adoptándose las siguientes medidas para restablecer el imperio del derecho:

- a) Carabineros de Chile, IX Zona de Carabineros Araucanía, deberá adecuar tanto sus protocolos como sus actuaciones a lo establecido en las leyes, en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, informando a la Corte de Temuco acerca de las medidas concretas que se adopten para dicho cumplimiento;
- b) Carabineros deberá instruir los sumarios internos respectivos que permitan dilucidar las responsabilidades administrativas involucradas y adoptar las medidas necesarias para impedir que se repitan actos que importen atentados a la libertad personal y a la seguridad individual.
- c) Remítase copia de esta resolución y de los antecedentes de esta causa a la Fiscalía Regional de [L] a Araucanía.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

La extensión temporal de la detención o retención -con determinados fines lícitos- de una persona, por parte de las Policías, si bien no acarrea mayor discusión en su límite máximo, no suele estar tan clara en su límite mínimo, lo que es una cuestión relevante, pues estamos en presencia de restricciones al ejercicio de la libertad personal como derecho fundamental.

En la medida que el lapso en que una persona es privada del goce de dicho derecho es menor, se tiende a relativizar la existencia de privación, perturbación o amenaza del mismo. Es en esta línea temática que la sentencia comentada es explícita y clarificadora en reconocer que la extensión temporal del ejercicio de la libertad personal, por mínima que sea, es apta para provocar vulneración; así, se señala que “las actuaciones de Carabineros (...) aunque sea brevemente” constituyen una vulneración a la libertad personal y seguridad individual de los amparados, lo que resulta acorde con estándares de derechos humanos, particularmente con la Convención Americana de Derechos Humanos, en aplicación de la cual la Corte IDH señaló:

(...) 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 las personas y, por ende, en tanto limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a los que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando esta sea compatible con la Convención.⁸

Relacionado con lo anterior, la exigencia de que los procedimientos policiales, por breves que sean, deben imperativamente ser registrados, es una cuestión que fue resaltada en el fallo de la Excelentísima Corte Suprema cuando reprochó el hecho de que no se dejó registro ni constancia alguna de estas actuaciones policiales, en contradicción con lo prescrito en el artículo 228 del Código Procesal Penal, y el inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20931, “impidiendo de esa forma el control administrativo por sus superiores en la misma institución, por el Ministerio Público, como el reclamo de los terceros afectados”⁹.

Sin perjuicio de las normas legales citadas, ello se aviene además a las exigencias de los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, como se desarrolla por la Corte IDH en el caso Torres Millacura y otros vs. Argentina:

(...) la detención del señor Torres Millacura, aun si fue realizada para fines de identificación, tuvo que haber sido debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la

8. Corte IDH, Caso Fleury y otros vs. Haití. Sentencia del 23 de noviembre de 2011. Serie C N° 236, Párrafo 54; en el mismo sentido, Corte IDH, Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Sentencia del 26 de agosto de 2011, Párrafo 76.

9. Corte Suprema 30 de mayo de 2018. Rol N° 10868-2018 Considerando Quinto.

detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como constancia de que se dio aviso al juez de instrucción competente, en su caso, como mínimo. Al no haber sido registrada la detención del señor Torres Millacura, la Corte considera que los policías incumplieron uno de los requisitos previstos en la Ley 815 y que, por lo tanto, el Estado violó los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento¹⁰.

En otro aspecto, no resulta indiferente, de la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, la extensión que se pretende de sus efectos, teniendo en consideración el carácter preventivo de la acción constitucional incoada:

(...) el recurso deberá ser acogido en la forma pedida para adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho e impedir que tales actuaciones ilícitas se reiteren contra los recurrentes o contra terceros que se encuentren en las mismas condiciones¹¹.

Es en virtud de este considerando resolutivo que la Corte Suprema dispone la ejecución de medidas concretas. En eso se vincula a lo resuelto por la Corte IDH en cuanto a la "obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no solo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas para garantizarlos (obligación positiva)"¹².

Así, se entiende que en la disposición de impedir que las actuaciones ilícitas denunciadas se reiteren contra los recurrentes o contra terceros que se encuentren en las mismas condiciones, si bien -en una primera mirada desde el efecto relativo de las sentencias- parece llamativa la referencia a terceros, lo cierto es que resulta pertinente desde la obligación de garantizar los derechos del Estado, así como desde el principio de igualdad y no discriminación aplicado a terceros ajenos al recurso intentado y que sean expuestos a similares hechos, tal como ha señalado la Corte IDH en una Opinión Consultiva sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados:

(...) el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico¹³.

Los amparados en la acción constitucional incoada son sujetos de derechos de especial protección, niños y niñas, lo cual se tiene en consideración en la sentencia comentada en lo referente a la normativa particular que les es aplicable en la eventualidad de que se encontraren involucrados

10. Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina. Sentencia del 26 de agosto de 2011; Párrafo 76.

11. Corte Suprema, 30 de mayo de 2018. Rol N° 10868-2018, Considerando Sexto.

12. Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130. Párr. 173.

13. Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, N° 18. Párr. 101.

en un hecho que pudiera revestir caracteres de delito; no obstante ello, en materia de estándares solo se menciona la Convención de los Derechos del Niño como parte de los instrumentos que justifican lo resolutivo y en una de las medidas concretas dictaminadas; sin embargo, se extrañan razonamientos explícitos en torno a dicho instrumento, que enriquezcan el fundamento en relación a las medidas adoptadas, como en su oportunidad lo hizo la Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia confirmada por la Corte Suprema, donde sostuvo lo siguiente:

A la luz de la Convención de los Derechos del Niño y de la Infancia, de [la] cual Chile es parte, es deber de los Estados procurar el máximo desarrollo de los niños en un clima de paz y seguridad, teniendo en vista la materialización del principio fundamental del interés superior del niño, el cual si bien no lo ha definido, se ha entendido como la plena satisfacción de los derechos fundamentales de niños y niñas (C. A. de Temuco, causa Rol 1136-2011), principio que ya ha sido recogido por esta misma Corte en fallos sobre amparo de niños mapuche y ratificados por la Corte Suprema en diversas sentencias, tales como las recaídas en las causas roles: 7132-2012, 7551-2013, 12.164-2015; esta última otorgó una definición más amplia de lo que debe entenderse por este concepto y señaló: "Principio interés superior del niño implica considerar necesidades materiales, afectivas, emocionales y psicológicas del niño y efectos que en su fuero interno puede provocar cualquier cambio de situación en su vida presente", todo lo que autoriza a esta Corte para dictar las medidas conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados, como lo dispone la Carta Fundamental¹⁴.

Teniendo presente lo anterior, hay que señalar que este recurso de amparo fue construido y presentado sobre la base de los relatos de los niños y la niña amparados, levantados por peritos psicólogos en sus respectivos informes periciales. De este modo se expresaron y ejercieron su derecho a ser oídos, lo cual resultaba relevante tener presente a la hora de decidir sobre el asunto, de conformidad con el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño. Tal como señala Unicef:

Debe tenerse presente que el niño o niña puede ser oído no solo mediante una entrevista o toma de declaración. Muchas veces, los niños no quieren o no pueden dar a conocer su opinión o relato ante los tribunales, por lo que es necesario que se busquen otras vías para concretar el ejercicio de este derecho. Y estas vías (diversas a la entrevista o declaración personal) son sus representantes y los informes periciales¹⁵.

Pues bien, en la especie, los informes periciales llevaron a la Corte la opinión de los/as niños/as amparados/as. Sin embargo, su opinión no fue recogida de modo explícito, ni en la sentencia comentada ni en aquélla de la C. A. de Temuco que inicialmente rechazó la acción incoada. Así, en

14. C.A. de Temuco, Rol N° Amparo-74-2017, Sentencia de fecha 20 de junio de 2017; confirmada por la C. S. causa Rol N° 33.715-17, Considerando Séptimo.

15. "Consideraciones relativas al derecho del niño a ser oído" (Artículo 12 de la Convención Sobre Derechos del niño); Unicef, septiembre 2013; documento entregado por Unicef Chile a la Presidencia de la C. A. de Temuco.

cumplimiento del estándar que se viene reseñando, correspondía que la sentencia que decidía sobre la cuestión planteada se hiciera cargo de los dichos y opiniones de los niños y las niñas, como parte de su derecho a ser oídos, tal como se señala en una importante sentencia de la Corte IDH:

“El hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por el niño o niña en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o niña¹⁶.

Profundizando en ello, Etcheberry y Fuentes señalan que “la sentencia judicial o la decisión administrativa deben contener una referencia a la declaración del niño, en que se entienda que su opinión fue tomada en cuenta”¹⁷, de lo que se desprende una carga argumentativa que “exige dos actividades específicas por parte del juez: explicar de qué manera evaluó las declaraciones y preferencias de las niñas y, posteriormente, razonar sobre la relevancia de dichas opiniones”¹⁸. Así entonces, en definitiva, el estándar exige razonamientos concretos directamente relacionados con las particularidades de los NNA, en tanto “no parece ser suficiente el uso de argumentos genéricos aludiendo al interés superior u otros criterios abstractos de valoración”¹⁹.

Se extraña también en la sentencia una consideración específica respecto de la identidad cultural de los amparados (NNA mapuche), como se venía explicitando en cierta jurisprudencia precedente:

(...) la actuación de investigación se ha realizado de manera desproporcionada, desde que ha afectado a menores indígenas que, de conformidad con el Derecho Internacional, merecen doble especial tutela por parte del Estado de Chile, pues son menores y son indígenas²⁰.

Este dato, por cierto, agrega matices al análisis del caso propuesto, por ejemplo, en la ponderación del interés superior. De acuerdo al Comité de los Derechos del Niño:

La aplicación del principio del interés superior del niño requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos²¹.

16. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero de 2012; párrafo 206.

17. Etcheberry, Leonor y Claudio Fuentes, “El derecho de los niños a ser oídos”, en *Constitución Política e Infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Unicef, 2017, página 120.

18. *Ibid.*, pág.141.

19. *Ídem*.

20. C. A. de Temuco, Sentencia de fecha 6 de julio de 2013, causa Rol N° 435-2013.

21. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 11 (2009), Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la

Además, el Comité hace ver que “el índice de encarcelamiento de niños indígenas suele ser desproporcionadamente alto y que en algunos casos puede atribuirse a discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad”²², lo que se relaciona directamente con la situación fáctica que da lugar a este recurso, dado el contexto descrito por el Informe de Carabineros de Chile en lo referente a las solapadas imputaciones a los mismos NNA amparados.

Con todo, la sentencia comentada se constituye en un importante insumo formativo para los fines de determinar de manera concreta las facultades de las Policías en el contexto de controles de identidad a NNA, útil en la labor de promoción y protección de los derechos humanos.

Convención, Párr. 30.

22. Ídem. Ant.

2. Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena en recurso de protección por revisiones con desnudamiento a niños, niñas y adolescentes en visitas de cárcel¹

Italo Jaque, Sede INDH Región de Coquimbo

ABSTRACT/RESUMEN

El fallo analizado trata sobre la revisión corporal de niños, niñas y adolescentes (NNA), mediante el desprendimiento de sus vestimentas, en el contexto de la revisión a visitas de personas privadas de libertad en el Complejo Penitenciario de La Serena y el Centro de Detención Preventiva de Ovalle. Todo lo anterior, fundado en las disposiciones reglamentarias de Gendarmería de Chile.

El fallo, confirmado en todas sus partes por la Corte Suprema², es interesante porque la Corte cita profusamente estándares internacionales de derechos humanos aplicables a NNA, especialmente en consideración al Principio del interés superior del niño, y porque prohíbe a Gendarmería de Chile aplicar su propia normativa interna en materia de revisión a visitas, no solo respecto de los amparados por el recurso, sino respecto de cualquier niño o niña que visite estos recintos penitenciarios. Se examinan en este comentario los alcances en cuanto al efecto relativo de la sentencia, y la eventual aplicación de un control de convencionalidad por parte de la Corte de Apelaciones de La Serena a las disposiciones reglamentarias de Gendarmería de Chile, con sus implicancias en el futuro para otros cuerpos reglamentarios eventualmente contrarios a garantías constitucionales.

Palabras clave: Derechos de los/as niños/as, revisión corporal, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

1. Rol 1378-2017 de la ICA de La Serena.

2. Rol 39695-2017.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

Durante una de las visitas rutinarias de observación que el INDH realiza periódicamente a los establecimientos penitenciarios, en el mes de mayo del año 2017, un grupo de personas, internos e internas pertenecientes al Complejo Penitenciario (CP) de La Serena y al Centro de Detención Preventiva (CDP) de Ovalle, denunciaron a profesionales del Instituto que los niños, niñas y adolescentes (NNA) que visitaban a estas personas³ eran sometidos a un procedimiento de revisión corporal denigrante en el contexto de su ingreso al establecimiento penitenciario. En efecto, denunciaron que los NNA eran regularmente obligados a desprenderse de sus vestimentas, incluyendo su ropa interior, resultando de este modo parcialmente desnudos durante el proceso. Informaron, además, que la revisión corporal era acompañada normalmente de la obligación de realizar ejercicios físicos consistentes en sentadillas, en presencia de personas adultas también sometidas al mismo tipo de revisión, cuestión especialmente frecuente en el caso de adolescentes. Todo lo anterior era siempre observado por un funcionario de Gendarmería de Chile a cargo del procedimiento.

Sobre estos hechos, hacia fines del mes de junio del año 2017, el INDH presentó un recurso de amparo⁴ ante la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena⁵, en contra de la Dirección Regional de Gendarmería, en el que solicitó a la Corte que instruyera a Gendarmería el cese de la práctica de revisión de NNA mediante desprendimiento parcial o total de sus vestimentas; que aplicara otras medidas no invasivas de revisión, y que prohibiera la aplicación de la normativa de carácter reglamentario que permitía que este tipo de revisiones corporales se produjese⁶, adecuando de este modo su actuar a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, aplicables al caso.

3. Se trata de hijos/as, nietos/as, sobrinos/as, hermanos/as o personas menores de 18 años con otras relaciones de parentesco o afinidad con los/as internos/as.

4. Para la elaboración del recurso, los/as profesionales de la sede regional de Coquimbo del INDH tomaron contacto con los familiares a cargo de cada NNA, y luego de varias entrevistas, fue posible acotar un grupo de siete NNA respecto de quienes sus familiares identificaron exactamente los días y horas en los que acudieron a cada establecimiento penitenciario y fueron sometidos a la revisión descrita, descartándose de la muestra para la presentación del recurso aquellos casos donde los familiares no tenían claridad sobre esta información. Una psicóloga especialista en infancia y adolescencia entrevistó a cada NNA y elaboró un informe en cada caso, con el objeto de reforzar en materia probatoria la afectación psíquica a la que eran sometidos como resultado de esta revisión.

5. Causa Rol N° 1378-2017, ICA de La Serena. El recurso fue ingresado mediante una acción de amparo, pero la Corte le dio tramitación de protección, al considerar que los hechos expuestos se avenían más con dicha acción constitucional.

6. Esta última solicitud se expresó más adelante mediante una solicitud de "téngase presente", formulada por el INDH a la Corte, antes de la vista de la causa.

Posiciones jurídicas invocadas por el INDH y por la recurrida Gendarmería de Chile

Posición jurídica del INDH

Para fundamentar su posición, el INDH sostuvo dos órdenes de ideas en el recurso:

Primero, que el desnudamiento de NNA, como medida de seguridad penitenciaria, no obedece en cada caso al mero capricho o voluntad de los funcionarios de Gendarmería a cargo del procedimiento de revisión a las personas que visitan a sus familiares privados de libertad, sino que responde a un marco normativo⁷ de carácter reglamentario, esencialmente contrario a las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de derechos humanos, particularmente en lo que respecta a la consideración que merecen los NNA como sujetos de especial protección.

En segundo lugar, el INDH sostuvo que la práctica de revisión a NNA mediante desnudamientos parciales o totales viola la obligación del Estado de abstenerse de adoptar medidas que supongan una vulneración de derechos esenciales que el Estado se obliga a respetar: en el caso, el derecho a la integridad psíquica, el del interés superior del niño o niña, y el derecho del NNA que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular⁸.

7. El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios delega en el Director Nacional la potestad de determinar la regulación de los procedimientos de revisión a las visitas. En este sentido, la presentación del INDH explicó que la Resolución N° 1234 de 24 de mayo de 1999 de Gendarmería de Chile, que "Aprueba procedimientos de ingresos, registros y controles de visitas y regula visitas de menores de edad parientes o vinculados afectivamente con los internos", dispone que el procedimiento de revisión consistirá, por regla general, en un registro corporal realizado por personas del mismo sexo, y que "el ingreso de los menores a los Establecimientos estará sujeto a los mismos procedimientos que se emplean para las visitas de adultos". Luego, la Circular N° 105 de Gendarmería de Chile, de fecha 13 de marzo de 2015, que "Imparte instrucciones en relación a los controles y registros que se deben efectuar a las visitas de internos que concurren a Establecimientos Penitenciarios", dispone que el procedimiento de revisión corporal de las visitas "se realizará sin excepción a la visita, con desprendimiento integral de la vestimenta, incluyendo calzado, sin embargo, este registro en ningún caso se realizará de manera intrusiva". Por último, esta misma circular establece que "Excepcionalmente, quedará a criterio del funcionario a cargo de la visita el determinar la forma y oportunidad de registro de personas en condiciones tales como: (...) menores de edad, lactantes". De ahí que el INDH haya sostenido en su presentación que, en definitiva, desnudar o no a un NNA durante el procedimiento de revisión a visitas de personas privadas de libertad es una cuestión permitida por el marco reglamentario que Gendarmería se ha dictado a sí misma en el uso de su potestad reglamentaria, y que dependerá del funcionario a cargo del procedimiento si emplea tal modo de revisión u otro distinto.

8. El razonamiento expuesto en el recurso, en términos generales, fue el siguiente: 1. Obligar a un NNA a desnudarse para visitar a sus familiares privados de libertad constituye un trato denigrante que afecta su desarrollo psíquico; 2. Tampoco toma en cuenta el interés superior del niño, como principio rector que debe guiar todas las actuaciones del Estado en las materias que les conciernen, toda vez que su consideración necesariamente supone la prohibición absoluta de someter a un NNA a cualquier procedimiento denigratorio durante la revisión de visitas a establecimientos penitenciarios, y; 3. Supedita la mantención y desarrollo del vínculo directo y regular que debe existir entre padres e hijos, cuando los primeros están privados de libertad, al hecho de permitir una revisión corporal invasiva, afectando de este modo las relaciones personales y contacto directo de modo regular que debe existir entre padres/madres e hijos/as, y con ello, su desarrollo personal.

Estas alegaciones, como se dijo, se fundaron en la existencia y aplicación de la normativa de Gendarmería de Chile relativa a las revisiones de NNA, contenida en disposiciones de carácter reglamentario. El INDH argumentó que dichas disposiciones eran abiertamente inconstitucionales, en particular, contrarias al derecho a la integridad física y psíquica, y atacó ya no solamente los hechos concretos relativos a fechas, horas y establecimientos penitenciarios determinados donde los NNA protegidos por el recurso fueron sometidos a un proceso de revisión denigrante para visitar a sus familiares privados de libertad, sino también el marco normativo reglamentario que permitía que revisiones de esa naturaleza fuesen posibles. Por lo mismo, dada su evidente inconstitucionalidad, y apelando a las facultades conservadoras de los Tribunales de Justicia para velar porque todos los poderes públicos actúen en el marco de sus atribuciones, y, en especial, para velar porque las garantías constitucionales consagradas por la Constitución Política sean siempre respetadas, el INDH solicitó a la Corte que prohibiera a Gendarmería de Chile la aplicación de su normativa interna en lo que respecta al procedimiento de revisión de NNA, por ser contraria a lo dispuesto en la Constitución y la Convención de los Derechos del Niño.

Para construir el estándar internacional de derechos humanos aplicables al caso, el INDH invocó el derecho a la integridad psíquica y protección contra malos tratos, y el derecho del niño a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte del Estado, ambos contenidos en los artículos 5.1 y 19, respectivamente, de la CADH; este último también referido, en términos similares, en el artículo 24.1 del PIDCP. Además, citó el Principio del interés superior del niño, expresado en el artículo 3.1 de la CDN y desarrollado en la OG N° 14 del Comité de Derechos del Niño. Tuvo a la vista también la obligación del Estado de otorgar medidas especiales de protección a todos los NNA que se encuentren bajo su jurisdicción, norma contenida en el artículo 3.2, y el derecho de los NNA, que estén separados de uno o ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, establecido en el artículo 9, ambos de la CDN. El INDH sostuvo, por último, que todos los instrumentos jurídicos internacionales invocados se entienden incorporados al bloque de Derechos Fundamentales mediante la aplicación del artículo 5° de nuestra CPR.

En el ámbito de las recomendaciones de órganos internacionales en materia de Derechos Humanos, citó las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), y Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok). También tuvo a la vista el Informe N° 38/96 de la CIDH, en el caso "X e Y vs. Argentina", en que la Comisión se pronunció sobre un asunto de igual naturaleza.

Posición jurídica de Gendarmería de Chile

En su defensa, Gendarmería de Chile sostuvo, sobre la base de los informes emitidos por el CP de La Serena y el CDP de Ovalle, que las revisiones a NNA eran realizadas siempre en presencia de la madre, padre o adulto responsable a cargo del NNA, solo bajo su autorización, por un funcionario del mismo sexo, no incluyendo su ropa interior, jamás a la vista de otras personas, y que en caso alguno se les obligaba a realizar algún tipo de ejercicio físico. En todo caso, sostuvo, en síntesis, que no eran efectivos los hechos denunciados por el INDH, especialmente en cuanto a las fechas en las que se habrían producido las revisiones acusadas.

Luego, explicó que las visitas de los internos son un derecho de todas las personas privadas de libertad, que debe ser regulado con medidas de seguridad, teniendo en cuenta que:

(...) a quienes se visita son personas que han sido condenadas por delitos en contra de la sociedad, y estas instancias [las visitas] han servido en innumerables ocasiones para ingresar al interior de la unidad penal elementos prohibidos, [como] sustancias ilícitas y armamentos, constituyendo un deber de Gendarmería tomar todos los resguardos para no permitir que sucedan estos hechos.

Agrega que el registro corporal es un acto voluntario y que, por tanto, quienes visitan a personas privadas de libertad, incluyendo a NNA, deben someterse voluntariamente también a las medidas de seguridad que Gendarmería dispone para estos efectos.

Por último, aborda la normativa de carácter reglamentario que regula el procedimiento de revisión de visitas, para destacar que dicha normativa establece que “[l]os registros corporales de los menores serán efectuados con el debido cuidado y respeto de la condición de niños, por funcionarios del mismo sexo”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

QUINTO: Que, no obstante las aseveraciones de la recurrida, en orden a negar los hechos, y teniendo especialmente presente los informes psicológicos acompañados al recurso, correspondientes a los menores cuya protección se solicita, y que en sus conclusiones evidencian los efectos psicológicos que los niños y niñas examinados han sufrido como consecuencia de las situaciones que se describen en el recurso, a juicio de estos sentenciadores resulta acreditada la efectiva ocurrencia de los hechos que motivan la acción constitucional que nos ocupa, por lo que se desestiman las alegaciones de la recurrida Gendarmería de Chile.

SEXTO: Que, estando establecidos los hechos eventualmente vulneratorios de garantías fundamentales de los menores afectados, se hace necesario analizar si la normativa que, según la recurrida, legitima sus acciones de registro o revisión de visitas, se ajusta a los parámetros que fija tanto la Constitución Política de la República como los instrumentos internacionales que sobre la materia ha ratificado nuestro país, y que se encuentren vigentes.

SÉPTIMO: Que, en este sentido, Gendarmería de Chile señala que serían dos los cuerpos normativos que avalan su proceder: el Oficio Circular N° 105, de fecha 13 de marzo de 2015, y la Resolución Exenta N° 1234, de fecha 24 de mayo de 1999, cuyas disposiciones específicas aplicables en la materia ya han sido transcritas en el motivo cuarto de la presente resolución. Llama la atención que se trate de normas reglamentarias y no de rango legal, como lo obliga el artículo 26° de la Constitución Política de la República cuando señala que los preceptos legales que regulen o complementen las garantías constitucionales, o las limiten, no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones que impidan su libre ejercicio, de lo que se deduce el principio de legalidad, tratándose de materias reguladas en el oficio y resolución señaladas, como lo son precisamente los registros corporales; y asimismo, llama la atención que dicha normativa interna entregue al criterio del funcionario respectivo la forma y oportunidad de hacer el registro de las personas que se señalan en el Oficio N° 105, entre ellas precisamente los menores de edad, lo que no se condice con la disposición constitucional referida.

OCTAVO: Sin perjuicio de lo razonado precedentemente, el solo hecho de que los procedimientos de registro de las visitas se encuentren definidos en normas previamente establecidas, ello no exime al ente administrativo de adecuar su conducta y reglamentación internas a los parámetros y límites que fija el respeto a las garantías fundamentales de todas las personas que acuden a los centros penitenciarios en calidad de visitas a aquellos que se encuentran privados de libertad en dichos centros. La sola circunstancia de que la normativa interna de Gendarmería establezca un trato igual al de los adultos, para los menores que concurren a visitar a familiares u otras personas privadas de libertad, sin considerar su especial condición de mayor vulnerabilidad, y que además deje a criterio de un funcionario la forma de practicar el registro a tales menores, se divisa como una eventual vulneración de las garantías fundamentales de quienes, atendida su corta edad, muchas veces no están en condiciones de hacerlas efectivas.

NOVENO: Que, por otra parte, la Convención de Derechos del Niño, ratificada por nuestro país el año 1990, prevé la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho de todo niño, que esté separado de uno o ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo y regular con ellos, además de la evidente protección que le otorga contra todo maltrato. Finalmente, cabe tener presente el deber del Estado de orientar todo su actuar en pos del interés superior del niño, directriz que alcanza el actuar de Gendarmería de Chile.

Dicha obligación no es más que la concreción del principio fundamental señalado en nuestra Carta Fundamental, en su artículo 5º, que señala que el ejercicio de la soberanía de la nación reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza 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 y que se encuentren vigentes.

DÉCIMO: Que, en consecuencia, las conductas precedentemente descritas, desplegadas por funcionarios de Gendarmería de Chile, consistentes en registrar a los menores de edad que visitan a internos obligándolos a despojarse de su ropa interior en presencia de extraños, constituye una perturbación ilegítima en el ejercicio del derecho a la honra de los menores afectados, derecho contemplado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Magna, y además vulneran lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que obliga a los Estados Partes a que:

(...) en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En efecto, el ser sometido a semejantes tratamientos, consistentes en ser obligado a desnudarse, a exhibir su cuerpo a personas extrañas, en un ambiente también extraño, ajeno a la realidad cotidiana, evidentemente constituye un trato degradante para un niño, niña o adolescente de pocos años de vida, que afecta su autoestima, y que atenta directamente contra su dignidad como persona.

Por estas consideraciones y atendido, además, lo dispuesto por el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, SE ACOGE, sin costas, la acción constitucional deducida por el Instituto Nacional de Derechos Humanos a favor de los menores de edad (...) en los términos que a continuación se indican:

1.- Que Gendarmería de Chile, tanto en el Complejo Penitenciario de La Serena como en el Centro de Detención Preventiva de Ovalle, no podrá aplicar, respecto de los menores de edad individualizados ni de ningún otro, las disposiciones contenidas en el Oficio Circular N° 105, de fecha 13 de marzo de 2015, ni la Resolución Exenta N° 1234, de fecha 24 de mayo de 1999, en cuanto implique la desnudez total o parcial de los menores, debiendo hacer cesar inmediatamente dicha práctica.

2.- Que Gendarmería de Chile, tanto en el Complejo Penitenciario de La Serena como en el Centro de Detención Preventiva de Ovalle, deberá en lo sucesivo adecuar su actuar en materia de visitas de niños, niñas y adolescentes a los centros penitenciarios, a las normas constitucionales y tratados internacionales sobre derechos de las personas y de los niños a que se ha hecho referencia, absteniéndose en lo sucesivo de practicar la revisión total o parcial de los niños y niñas mediante la

desnudez total o parcial, aplicando otras medidas no invasivas y revisión superficial de las vestimentas de tales menores de edad.

3.- Que Gendarmería de Chile de la Región de Coquimbo deberá informar a esta magistratura, dentro del plazo de 15 días corridos, contados desde que el presente fallo quede ejecutoriado, de cuáles son las medidas concretas y específicas implementadas con el fin de dar cumplimiento a lo decretado precedentemente.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

Aunque no se trata de una cuestión asociada de manera evidente a los estándares internacionales citados en el caso, es destacable que la Corte da por acreditados los hechos denunciados en el recurso teniendo especialmente a la vista los informes psicológicos de los NNA protegidos por esta acción constitucional, que contienen tanto el relato de los afectados, así como su valoración profesional por una experta independiente. Es una cuestión para tener en cuenta en la interposición de otras acciones judiciales de similar naturaleza.

En los aspectos de fondo, en primer lugar, la Corte apunta en la dirección correcta cuando llama la atención sobre el carácter reglamentario, y no legal, de las normas que regulan el registro corporal de las visitas a personas privadas de libertad, en circunstancias que la normativa observada se refiere a cuestiones que regulan o limitan una garantía constitucional, cuestión reñida con el principio de legalidad contenido en el artículo 19.26 de la CPR, y por el cual se entiende que “las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida de restricción del ejercicio de un derecho humano deben estar establecidas por ley”⁹.

En segundo lugar, además de reconocer la obligación general del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos de los NNA que se encuentren bajo su jurisdicción,¹⁰ la Corte recoge varios de los estándares internacionales de derechos humanos para la protección de NNA, e invocados por el INDH en su presentación, a saber: a) la consideración del NNA como sujeto de especial protección,

9. Claudio Nash, La protección internacional de los derechos humanos. (En “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su Repercusión en los Órdenes Jurídicos Nacionales”, Suprema Corte de Justicia de México y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, 2008), 59.

10. Cuestión que la Corte explicita en su considerando noveno, cuando señala: “Dicha obligación no es más que la concreción del principio fundamental señalado en nuestra Carta Fundamental, en su artículo 5º, que señala que el ejercicio de la soberanía de la nación reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza 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 y que se encuentren vigentes”. Se examinará dicho razonamiento más adelante a propósito de la eventual aplicación al caso del Bloque de Constitucionalidad.

atendida su condición de mayor vulnerabilidad, y, consecuentemente, la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para su protección^{11 12}; b) el derecho de los NNA que estén separados de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular^{13 14}; c) el derecho a la protección del NNA contra cualquier forma de maltrato^{15 16}, y; d) el Principio del interés superior del niño, para señalar a su respecto que el Estado debe “orientar todo su actuar en pos [de su] interés superior”^{17 18}. Esto último es especialmente llamativo, toda vez que la Corte delimita este principio y sus directrices mediante una definición muy similar a la interpretación que hace el Comité en su OG N°14, citada por la presentación del INDH, según la cual el Estado está obligado a “garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas”¹⁹.

A continuación²⁰, la Corte parece reconocer la tesis propuesta por el INDH en relación al artículo 5° de la CPR, en el sentido de que las normas de carácter internacional en materia de derechos humanos se encuentran incorporadas al derecho interno, al menos con rango constitucional, en virtud del concepto del “bloque de constitucionalidad”, referido a “la existencia de normas constitucionales, o al menos supraleales, que no aparecen directamente en el texto constitucional”²¹, pero bajo cuya premisa es posible incorporar directamente normas contenidas en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que no están expresamente contempladas en la Constitución, para su aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que la Corte reconozca el deber de los órganos del Estado de respetar y proteger los derechos fundamentales contenidos en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos²².

De este modo, sobre la base de la normativa expuesta, la Corte concluye que las conductas denunciadas constituyen un trato degradante, y vulneran el derecho a la honra, a la integridad psíquica, al principio del interés superior del niño, y a la dignidad de los NNA expuestos a las revisiones descritas. Es honesta la Corte cuando declara: “[e]l ser sometido a semejantes tratamientos, consistentes en ser obligado a desnudarse, a exhibir su cuerpo a personas extrañas, en un ambiente también extraño,

11. Considerando octavo.

12. Artículo 19 CADH; artículo 24.1 PIDCP; artículo 10 PIDESC; Artículo 3.2 CDN.

13. Considerando noveno.

14. Artículo 9 CDN.

15. Considerando noveno.

16. Artículo 5.1 PIDCP.

17. Considerando noveno.

18. Artículo 3.1 CDN.

19. Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 14, 2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párrafo 6.

20. Considerando noveno.

21. Claudio Nash, Estudio introductorio: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en Chile (Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012), 43.

22. Considerando noveno.

ajeno a la realidad cotidiana, evidentemente constituye un trato degradante para un niño, niña o adolescente de pocos años de vida, que afecta su autoestima, y que atenta directamente contra su dignidad como persona”.

Sin embargo, la sección más llamativa del fallo ocurre en su parte resolutive: La Corte decide admitir la solicitud del INDH, en orden a prohibir a Gendarmería la aplicación de su propia normativa interna, en lo que respecta a la revisión de personas menores de edad, en cuanto implique su desnudez total o parcial. No solo en relación a los niños y niñas protegidos por este recurso, sino respecto de cualquier otra persona que visite a algún interno privado de libertad en el CP de La Serena y en el CDP de Ovalle. Le ordena además cesar de inmediato dicha práctica, reemplazarla por una revisión no invasiva, de carácter superficial, y adecuar su actuación a las normas constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos citados en el fallo.

Examinemos esta decisión. Además de exceder los efectos relativos de la sentencia, ampliando su campo de protección a cualquier persona menor de edad que se encuentre en la hipótesis prevista por la resolución de la Corte, el considerando octavo hace referencia expresa a que la reglamentación interna de la recurrida debe adecuarse a los parámetros y límites que fija el respeto a las garantías fundamentales. Es decir, la Corte afirma que la normativa interna de Gendarmería de Chile, que se dicta a sí misma en el ejercicio de su potestad reglamentaria, debe adecuarse a lo previsto por la Constitución, y a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile.

Como la Corte prohíbe a la recurrida la aplicación de su propia normativa, sobre la base de las garantías constitucionales y el estándar internacional en materia de derechos humanos aplicables al caso, no cabe sino concluir que la Corte admitió la tesis del INDH en orden a que dichas disposiciones reglamentarias infringían la Constitución.

Dicho esto, ¿ejerció la Corte un control de convencionalidad²³ de la normativa interna de Gendarmería de Chile? Tal vez, si observamos que el marco normativo fundamental de la sentencia descansa especialmente en la consideración al Principio del interés superior del niño y otros derechos contenidos en la CDN, y que la Corte hace mención expresa al deber de respeto y promoción de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales que versan sobre la materia, en virtud del artículo 5° de la CPR.

Desde luego, esto abre una interesante ventana a la revisión de normativas de carácter reglamentario que resulten eventualmente reñidas con garantías constitucionales, con miras a prohibir su aplicación en el futuro. No olvidemos que este fallo fue íntegramente confirmado en todas sus partes por la

23. Entendida como 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 [u otro instrumento internacional] y su jurisprudencia de las normas y prácticas nacionales”. En Nash, 2012, 52.

Corte Suprema,²⁴ lo que eventualmente da cuenta de su conformidad con esta posibilidad. Además, de manera estable, el Tribunal Constitucional ha declarado inadmisibles los recursos que intentan declarar inconstitucionales los actos administrativos,²⁵ como lo son aquellos que crean disposiciones internas en el uso de la potestad reglamentaria de los órganos de la administración del Estado.

Teniendo este antecedente y el fallo comentado a la vista, tal vez habrá que acudir a las Cortes para impugnar otros cuerpos normativos de carácter reglamentario que resulten contrarios a los derechos humanos, por la vía de la protección.

24. En la causa rol 140-2017 de la ICA de Valdivia, la Corte también prohibió la aplicación de normativa interna, igualmente de Gendarmería de Chile, en tal caso por ser contraria a la CPR, a la CADH, e incluso a las Reglas de Bangkok y al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Sin embargo, dicho fallo no fue conocido por la Corte Suprema. Es examinado en otro apartado de esta misma publicación.

25. Marlyen Filloy y María de los Ángeles Soto, *Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Análisis jurisprudencial del período de marzo del año 2006 a marzo del año 2010 en cuanto a los criterios de admisibilidad*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. (Santiago de Chile Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010), 52 y siguientes. Disponible en: <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107059>> [consulta: 16-8-2018]

3.Sentencias de Amparo de la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema en dos casos de expulsiones de extranjeros por razones políticas¹

Alexis Aguirre y Julio Cortés, Unidad Jurídica y Judicial

ABSTRACT/RESUMEN

En este comentario se aborda la situación de ciudadanos extranjeros que fueron expulsados del país a principios del 2017 en razón de haber sido señalados por la PDI como participantes de actividades antisistémicas ligadas al anarquismo. En uno de estos casos el recurso de amparo interpuesto por el INDH fue rechazado en primera instancia, pero en definitiva fue acogido por la Corte Suprema, que declaró que ante su falta de fundamentos la orden de expulsión era un mero acto de autoridad. El segundo caso comentado fue acogido en primera instancia. En ambos se detallan las infracciones que la autoridad pertinente cometió, tanto en relación al marco normativo interno, como a estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Palabras clave: anarquismo, extranjería, expulsión, razonabilidad, debido proceso

1. Rol N° 332-2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago y Rol N° 7080-2017 de la Corte Suprema; Rol N° 1919-2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

Durante los meses de enero y febrero del año 2017 se conocieron varios casos de expulsiones de ciudadanos/as extranjeros/as desde el territorio nacional, decretados por Intendencias Regionales y basados en su supuesta participación en “actividades antisistémicas con la Escena Anarco Libertaria de Chile, alterando el orden social del país y constituyendo de esta manera un peligro para el Estado”, de acuerdo a informes elaborados por la Policía de Investigaciones.

El primer caso del que se tuvo noticia, bastante publicitado en su momento en diversos medios de comunicación, fue el del ciudadano italiano L. S., que se encontraba en Chile becado por la Unión Europea trabajando como periodista en apoyo de organizaciones sociales y sindicales. Al ser detenido a inicios de febrero en un cuartel de la PDI en Santiago para notificarle la orden de expulsión, L. S. fue sacado del país por vía aérea en menos de 24 horas.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó en primera instancia el recurso de amparo presentado por el INDH y tramitado conjuntamente con el recurso similar interpuesto por el Movimiento de Acción Migrante, pero la Corte Suprema, al conocer de la apelación contra dicha decisión, la revocó acogiendo la acción de amparo constitucional y dejando sin efecto la prohibición de ingreso de L. S. al territorio nacional.

Posteriormente, se supo de la medida de expulsión, a fines de enero, desde la ciudad de La Serena, de cuatro estudiantes de nacionalidad peruana que habían ingresado a Chile por tierra, y que, tras participar en algunas actividades culturales en el norte del país, planificaban viajar hasta la ciudad de Santiago. La orden de expulsión mencionaba su participación en foros anarquistas, en los cuales iban a exponer una investigación sobre un sindicato anarcosindicalista en Perú, y fue efectivizada también en menos de 24 horas desde su notificación.

Adicionalmente se expulsó, también por motivos políticos, a un ciudadano ecuatoriano desde Santiago, y a un argentino desde Valparaíso, ambos durante el mes de febrero. En ambos casos había informes de la PDI dando cuenta de la “participación en actividades antisistémicas”, ligadas a la “escena anarco libertaria de Chile”, y las expulsiones se ejecutaron de inmediato, en menos de 24 horas.

Luego de la sentencia de la Corte Suprema en el primer caso, los otros tres recursos fueron acogidos en primera instancia. Comentamos a continuación el primero y el último caso, puesto que es posible apreciar cómo los argumentos basados en estándares de derechos humanos se fueron consolidando hasta llegar a un mayor nivel de detalle.

Cabe destacar que en estos cuatro casos los decretos de expulsión se basaban en el artículo 15 N° 1 del Decreto Ley 1094, que establece como causal de prohibición de ingreso el que los extranjeros:

(...) propaguen o fomenten de palabra o por escrito, o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado².

El recurso de amparo presentado por el INDH por el caso de L. S. se dirigió contra la Intendencia Metropolitana, de donde emanó la orden de expulsión, y contra el director de la PDI. Se señaló que el procedimiento adoptado era ilegal, al no respetar el debido proceso, invocando la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, diversas sentencias de la Corte IDH y su Opinión Consultiva N° 18 sobre Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados. Además, se señala que la resolución es ilegal por no haber respetado los principios de razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación del acto administrativo, y por haberse ejecutado la expulsión estando pendientes los recursos administrativos del artículo 59 de la Ley 19880.

Por parte de la PDI, se señaló en su informe a la Corte que actuaron dentro del ámbito de sus atribuciones y en razón de las facultades otorgadas por el Decreto Ley 1094 y su Reglamento.

La Intendencia sostuvo, en primer lugar, que el recurso debía ser declarado inadmisibles, toda vez que, encontrándose L. S. fuera de Chile, no podría existir una situación de privación, perturbación o amenaza de su derecho a la libertad personal y seguridad individual. En cuanto al fondo, sostiene que no existe un acto ilegal ni arbitrario, toda vez que sobre la base de lo indicado en el respectivo Informe policial sobre este ciudadano italiano, se había dado aplicación a la legislación vigente sobre extranjería.

2. Esta disposición trae a la memoria el artículo 8° de la Constitución de 1980, que señalaba: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales".

En diciembre del 2013, el art. 15 N° 1 del DL 1094 fue usado para negarle el ingreso al país al anarquista italiano Alfredo María Bonanno, según consta en el Oficio de 31 de enero de 2014, en que la PDI responde la consulta formulada por el INDH en relación a los motivos para dicha prohibición de ingreso.

La sentencia de primera instancia entendió que la expulsión no era ilegal, pues se ajustaba a la normativa vigente, y que, en efecto, el ciudadano italiano había sido detectado por la PDI participando en "actividades antisistémicas". Así las cosas, la Corte entiende que

(...) los fundamentos contenidos en el decreto de expulsión se ajustan a la preceptiva legal y reglamentaria vigentes y al mérito del procedimiento incoado, acto administrativo que por ende ha sido pronunciado por la autoridad competente y dentro del ámbito de sus atribuciones (Rol 332-2017).

En cambio, según la Corte Suprema

(...) la resolución que motiva el recurso, carece de motivación fáctica, transformando el acto administrativo en una mera afirmación de autoridad, sin respaldo y sin dar al afectado posibilidad alguna de ejercer sus defensas, lo que resulta inaceptable en cualquier actuación de la Administración Pública (Rol 7080-2017).

En el caso del ciudadano argentino R. S., la acción de amparo constitucional difiere en cierta medida del resto porque acá jamás le fue exhibida la orden de expulsión, sino que R. S. fue interceptado en la vía pública con el pretexto de que se la iba a realizar un control de identidad en un cuartel policial, y ya en dicho cuartel se le comunicó verbalmente que había sido expulsado y se le llevó de inmediato al paso Los Libertadores para ser devuelto a Argentina. Por esta razón, este recurso fue dirigido en contra de la PDI y la Intendencia Regional Metropolitana.

El recurso de amparo del INDH señala que el procedimiento de expulsión fue ilegal por no haber respetado el debido proceso, el amparado no tuvo conocimiento de que existía un procedimiento sancionatorio en su contra, no le fue informado el motivo de su expulsión, no se le entregó o notificó acto administrativo alguno, no tuvo la posibilidad de designar un abogado defensor, de presentar sus descargos o pruebas y de ejercer el derecho a un recurso judicial o administrativo efectivo. Además, se sostuvo la ilegalidad por falta de fundamentación del acto administrativo de expulsión, al igual que en el caso del Sr. L. S.

Defendiendo su posición, la Intendencia solicitó que el recurso se declarara inadmisibles, dado que el amparado no se encuentra en territorio nacional al haberse ejecutado la expulsión. En cuanto al fondo, indica que el amparado fue sorprendido participando en diversas actividades antisistémicas, alterando el orden social del país y constituyendo un peligro para el Estado, además de reafirmar la legalidad formal, en cuanto a sus atribuciones, respecto del acto impugnado.

Policía de Investigaciones se limitó a informar el hecho de la expulsión por la Intendencia Regional Metropolitana y la denuncia realizada por el Departamento de Policía Internacional a la Intendencia Regional Metropolitana, ambos actos del mismo día 19 de enero de 2017.

La sentencia de primera instancia declaró el carácter ilegal de la expulsión practicada por vulnerar el debido proceso, dado que el afectado “no tuvo conocimiento real de la actuación policial, lo cual hubiese posibilitado la presencia de letrado y provocar los recursos administrativos y ordinarios pertinentes”, invocando directamente el artículo 8 de la Convención Americana y la Opinión Consultiva N° 16/99 de 1 de octubre de 1999, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías de un Debido Proceso. Esta sentencia no fue apelada por las partes recurridas.

EXTRACTOS DE LAS SENTENCIAS

Sentencia del caso de L. S., Corte Suprema

CUARTO: Que establecido someramente el marco fáctico y normativo que fundó la medida, es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad.

QUINTO: Que atendiendo a estos conceptos y para lo que ha de resolverse, es menester asentar que el Informe Policial N° 476 que sirve de antecedente a la resolución recurrida y la propia Resolución Exenta N° 77/2017, si bien refieren la participación del amparado en “actividades antisistémicas”, carecen de una descripción fáctica de la conducta que se le atribuye, consistente en hechos positivos y objetivos concretos, que permitan sustentar que la permanencia en Chile del amparado sería contrari[a] a los intereses de Chile o constituiría un peligro para el Estado.

SEXTO: Que en el escenario descrito, resulta que la resolución que motiva el recurso, carece de motivación fáctica, transformando el acto administrativo en una mera afirmación de autoridad, sin respaldo y sin dar al afectado posibilidad alguna de ejercer sus defensas, lo que resulta inaceptable en cualquier actuación de la Administración Pública.

SEPTIMO: Que por las razones explicitadas, la resolución impugnada es ilegal y resulta, además, arbitraria, de modo que con su pronunciamiento se ha conculcado la libertad personal del amparado.

Sentencia del caso de R. S., Corte de Apelaciones de Santiago

SÉPTIMO: Que, en este escenario, precisando que el amparado mantenía visa de turista por 90 días, vigente a la fecha de su detención, el procedimiento empleado para la expulsión del amparado -notificado en forma verbal del decreto respectivo- resulta contrario a los estándares de un debido

proceso en la materia, precisamente pues no tuvo conocimiento real de la actuación policial, lo cual hubiese posibilitado la presencia de letrado y provocar los recursos administrativos y ordinarios pertinentes.

Así, el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, vigente en Chile desde el año 1991, trasluce el derecho a que toda persona debe ser oída dentro de un plazo razonable ante las autoridades que competen, al margen de otros derechos, como lo es el derecho de defensa, inexistente en el actual caso que nos ocupa.

En igual sentido, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos anota los derechos de toda persona, entre otros, de ser informada sin demora de la naturaleza de la acusación en su contra y a disponer de tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; ambas situaciones en ningún momento han sido ejercidas por el amparado y, lo que es grave, tampoco la autoridad ha permitido el uso del derecho que le asiste.

Aflora en este escenario legal el artículo 90 de la Ley de Extranjería, en términos de que la medida de expulsión debe ser notificada por escrito al efecto, todo lo cual permita revelar la intención de recurrir en contra de la medida o, lo más importante, imponerse cabalmente de ella.

Más aún, tampoco se ha respetado en el procedimiento de expulsión la Asistencia Consular de la cual goza todo extranjero en Chile. De allí que la ausencia de comunicación a la autoridad consular de la República Argentina permite concluir la responsabilidad de la administración policial encargada del trámite. Lo anterior tiene como aval jurídico la Opinión Consultiva N° 16/99 de 1 de octubre de 1999, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías de un Debido Proceso y en estrecha relación con lo establecido con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

OCTAVO: Que, en este escenario normativo, es importante señalar que la Autoridad ejecutora de la expulsión no ha explicitado, fundadamente, los motivos consecuenciales y la[s] razones de lo que ha denominado "actividades antisistémicas" por el amparado, en relación a lo que se denomina "Escena Anarco Libertaria de Chile". Es decir, se debió precisar los antecedentes respecto de sus acciones que conllevasen a alterar el orden social del país y el peligro para el Estado. Nada de eso se ha explicitado por la autoridad.

Los argumentos que se esgrimen conducen a una privación, perturbación y amenaza del derecho constitucional consagrado en el numeral 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, la libertad personal del amparado, precisamente ante la presencia de un acto ilegal y arbitrario consistente en la expulsión decretada por el Ministerio del Interior sin que existan antecedentes fácticos y legales al efecto.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

Llama la atención, en el caso del ciudadano italiano L. S., el razonamiento de la Corte de Apelaciones, que entiende de manera extremadamente formal el asunto, declarando que en la medida en que la orden de expulsión se basaba en un informe de la PDI, que daba cuenta de “actividades antisistémicas”, la acción no podía estimarse ilegal ni arbitraria.

La Corte Suprema, en cambio, señala claramente que, para entender que los actos de las autoridades son legítimos, es necesario ir más allá de la legalidad meramente formal, e incorporar la necesaria dimensión de su razonabilidad. En este punto es que el procedimiento aplicado a L. S. -idéntico en los otros tres casos referidos- aparece como manifiestamente ilegal, por falta de fundamentación. En efecto, al no señalar en concreto en qué consistieron tales “actividades”, ni el nivel o forma de participación que el ciudadano extranjero tuvo en ellas, ni tampoco la forma en que tal participación en dichas actividades, ponía en riesgo al Estado de Chile por la vía de alterar el orden social.

De esta forma, la expulsión de L. S. constituyó, en los hechos, una forma de represión política, basada exclusivamente en su supuesta adhesión a la ideología anarquista. Dicha forma de represión ideológica está contemplada en el DL 1094 del año 1975, instrumento normativo que de manera evidente surge en un contexto de “guerra fría”, basado en la doctrina de la seguridad nacional, y no se ajusta al nivel actual de desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además del Derecho Migratorio.

Lo destacable del razonamiento de la Corte Suprema es que, mediante la exigencia de la razonabilidad y fundamentación de este tipo de decisiones de la autoridad, susceptibles de afectar gravemente derechos fundamentales, concluye que la expulsión de L. S. fue una “mera afirmación de autoridad”.

El caso de R. S. es un claro ejemplo de lo que no debe hacer un Estado al momento de ejecutar una expulsión sin comprometer las obligaciones internacionales emanadas de los instrumentos internacionales. En la sucesión de hechos, sorprende y genera bastantes dudas que el mismo día en que el Departamento de Policía Internacional informó, a la Intendencia de Santiago, que el amparado había sido detectado participando activamente en diversas actividades antisistémicas -por cierto, no especificadas-, se lo expulsara del país evidenciando una eficacia anómala, tanto en el cumplimiento de órdenes de expulsión como en la dictación de la medida; en este sentido, resulta pertinente preguntarse: ¿qué particular interés tuvo el Sr. Intendente de Santiago en el presente caso? Además, llama poderosamente la atención el hecho de que, al momento de la detención, la policía pretextara un control de identidad -sin la existencia de algún indicio-, para luego notificarle al amparado la orden de expulsión. Sin duda, inquieta la forma en que se operó: ¿El amparado se encontraba vigilado e investigado con anterioridad al levantamiento de la denuncia? ¿En virtud de qué autorizaciones se habrían realizado estos supuestos seguimientos? ¿Por qué nunca se especifica las acciones que

habría ejecutado el amparado, y que constituyeron, a juicio del Sr. Intendente, un peligro para la seguridad del Estado? Son dudas cuyas respuestas exceden los propósitos de este comentario.

Las infracciones al debido proceso fueron manifiestas, estableciéndose por la ltma. Corte de Apelaciones la vulneración del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, vigente en Chile desde el año 1991, explicitando la vulneración al derecho a ser oído y al derecho a defensa efectiva. Se declaró infringido el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, calificando los sentenciadores como "grave" el hecho de que el amparado no pudo ejercer su derecho a defensa, ya que fue la propia Policía de Investigaciones de Chile quien se lo impidió. Además, se estableció el no cumplimiento del artículo 36 de la Convención de Viena, que señala la obligación, por parte de Policía de Investigaciones, de comunicarse con las autoridades consulares del país de la persona que se encuentra privada de libertad, considerando como aval jurídico del precitado procedimiento la Opinión Consultiva N° 16/99, del 1 de octubre de 1999, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías de un Debido Proceso.

En el ámbito legal, no se respetó el artículo 90 de la Ley de Extranjería, ya que la expulsión nunca fue notificada al amparado; nunca conoció el contenido del acto que ordenaba su egreso compulsivo del país; no tuvo posibilidad alguna de recurrir en contra de la medida.

Las infracciones enunciadas, sumadas a la falta de motivación del acto de expulsión, configuraron un acto de mera autoridad, que violentó todas las garantías del debido proceso, situación inaceptable en un Estado de Derecho y respecto de la cual no se entregó ninguna garantía de reparación y no repetición de estos hechos. Sin duda, mediaron obscuras motivaciones y procedimientos fuera de toda norma, lo que refleja la cara más peligrosa de un Estado y la importancia de un control judicial efectivo frente a restricciones y privaciones de la libertad individual.

Al respecto, la Corte IDH señaló, en el caso *Ricardo Baena Ricardo contra Panamá, 2001, párr. 124*:

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

Respecto de ambos casos, es posible concluir que ha quedado asentado en estas sentencias que la mera identificación de una persona con una doctrina política radical, como el anarquismo, no constituye un motivo para aplicar medidas restrictivas de su libertad personal (en estos casos: orden de expulsión y prohibición de ingreso al territorio nacional).

Es necesario reafirmar la necesidad de que este tipo de medidas cuenten con un fundamento razonable y respaldo empírico, pues de lo contrario se asemeja a lo que en el ámbito del sistema penal formal se conoce como "derecho penal de autor".

Además, hay que destacar que la protección de derechos humanos, desde el bloque de constitucionalidad conformado por la Carta Fundamental y los tratados internacionales, es indiferente a la ideología política de las personas que puedan ser objeto de vulneraciones de derechos. Al contrario de cómo ha sido entendido por algunos tribunales superiores chilenos³, la Constitución protege a todas las personas, al punto de que, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, "protege también a quienes la niegan"⁴.

3. Ver, a modo de ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza el recurso de amparo Rol N° 553-2009, del 23 de marzo de 2010, en cuyo considerando sexto se sostiene que: "En la especie, no se advierte ejercicio legítimo alguno por parte de la recurrente si se tiene en cuenta que (...) la recurrente se encuentra ligada al "Centro Social y Autónomo y Biblioteca Johnny Cariqueo", en cuyas pancartas allí citadas, se trata de la pasividad del Estado, amenazando públicamente, que ni la muerte ni las jaulas, los derrotarán, refiriendo más tarde una guerra civil que contra el Estado y el Capital, mantiene ese centro, y que seguirán en pie "contra el poder", lo cual no implica sino hechos claramente antijurídicos que deslegitiman toda acción protectora que la Constitución Política haya creado para mantener el Estado de Derecho y la paz social de que hoy goza la República".

4. Sentencia del Tribunal Constitucional español 176/1995, del 11 de diciembre de 1995. Citada por el Tribunal Constitucional chileno en Sentencia Rol N° 567, del 2 de junio de 2010, considerando Vigésimo Tercero, que rechazó el requerimiento de inconstitucionalidad planteado por un grupo de parlamentarios en relación al Movimiento Patria Nueva Sociedad.

4. Sentencias de la Corte de Apelaciones de Iquique y la Corte Suprema en recurso de amparo a favor de migrante por revocación de permanencia definitiva y orden de abandono¹

Javier Araya, Sede INDH Región de Tarapacá

ABSTRACT/RESUMEN

La Excm. Corte Suprema revoca sentencia dictada por la lltma. Corte de Apelaciones de Iquique, acogiendo finalmente el recurso de amparo presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en contra de Resolución Exenta dictada por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública que revocaba la permanencia definitiva de un ciudadano de nacionalidad peruana ordenando el abandono del país. Se invocaron como argumentos la vulneración de la libertad individual y seguridad personal del amparado, así como también la afectación de los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA), consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Palabras Clave: migrante, extranjero, orden de abandono, permanencia definitiva, proporcionalidad, libertad personal, familia.

1. Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 44-2018, sentencia de fecha 02 de mayo de 2018. Corte Suprema, Rol N° 8576-18, sentencia del 15 de mayo de 2018.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

El INDH interpone recurso de amparo constitucional ante la Corte de Apelaciones de Iquique, en contra de la Resolución Exenta emitida por el Departamento de Extranjería y Migración (DEM) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que revocaba la permanencia definitiva de un ciudadano de nacionalidad peruana y ordenaba su abandono del país, por haber sido condenado por dos delitos de manejo en estado de ebriedad. El recurso es rechazado en primera instancia, por lo que se presenta recurso de apelación, el que es acogido por la Excma. Corte Suprema dejando sin efecto la Resolución Exenta emitida por el DEM del Ministerio recurrido.

El amparado ingresa de manera regular a Chile a fines de la década del 90, y obtiene su permanencia el año 2000. El año 2004 recibe en Chile el Certificado de Reconocimiento de su título de Profesor de Educación Secundaria, profesión cursada en el Perú, por lo que comienza a desempeñarse como docente en colegios de Iquique y Alto Hospicio hasta el año 2010. Además, durante el mismo periodo se titula como Ingeniero en Ejecución de Administración de Empresas.

En los años 2008 y 2009 resulta condenado por dos delitos de manejo en estado de ebriedad sin resultado de lesiones ni daños, y da cumplimiento a ambas condenas.

Posteriormente, el amparado fue notificado de la Resolución Exenta emitida por el DEM del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que revocaba su permanencia definitiva y ordenaba el abandono del país, frente a lo cual presentó varias cartas y oficios ante la autoridad migratoria solicitando reconsiderar la medida aplicada, en atención a su proyecto migratorio y al arraigo social que mantenía en Chile, sin ser notificado de su respuesta. Así, desde mediados del año 2010 en adelante, el amparado se vio forzado a vivir en la clandestinidad temiendo su expulsión en cualquier momento. Además, todo lo anterior le significó un menoscabo social importante, dado que no pudo seguir ejerciendo su profesión de docencia y perdió oportunidades laborales, lo que lo llevó finalmente a mudarse a una toma de terreno por no poder costear el pago de un arriendo.

Un hito importante ocurre el año 2012. El amparado viaja a su país natal por el fallecimiento de un familiar, pero al intentar reingresar por paso fronterizo habilitado se le impide su ingreso debido a que consta sobre él la orden de abandono del país, por lo que se ve forzado a reingresar de manera irregular.

El INDH, conociendo del caso, presentó recurso de amparo buscando dejar sin efecto la resolución que revocó su permanencia definitiva y ordenó el abandono del país, para así propender a la regularización de la situación migratoria del amparado basándose en la afectación de la libertad personal, la proporcionalidad de la sanción, la afectación de derechos de NNA, reconocidos en la Convención sobre Derechos del Niño y la institución de la Familia, que nuestra propia Carta Fundamental reconoce como el núcleo fundamental de nuestra sociedad.

El recurrido, por su parte, sostuvo en su informe que actuó dentro de la normativa legal vigente, reconociendo entre otras cosas que, efectivamente, el amparado había hecho abandono del país el día 13 de febrero del año 2012, e ingresado posteriormente de forma clandestina, hecho que fundamentaría el rechazo de sus solicitudes de reconsideración de la medida adoptada por la autoridad. Solicitó el rechazo del recurso interpuesto por el INDH señalando la inexistencia de un accionar ilegal por parte de la autoridad, dado que el acto fue pronunciado por autoridad competente en el marco de sus atribuciones, por causal legal expresa y por existir fundamentos de hecho plausibles.

EXTRACTOS DE LAS SENTENCIAS

Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique

QUINTO: Ahora bien, como se discute la razonabilidad de la decisión recurriéndose en el alegato al interés superior del niño, principio fundamental en materia de familia, y aun siendo innecesario en el ámbito de la acción de que se trata, se señalará que la argumentación de inadecuación de la expulsión a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y motivación -todo ello desde la perspectiva del artículo 1 de la Constitución Política de la República, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado debe protegerla y propender a su fortalecimiento, aspectos también consagrados en tratados internacionales sobre la materia-, es irrelevante e inconducente para el propósito perseguido por el recurso, porque tales pautas, reglas, creencias u opiniones, necesariamente deben ser analizados a la luz de la particular situación del amparado, ciudadano extranjero que libremente se puso en la situación de cometer dos ilícitos penales y que abandona el país por paso habilitado, sin haber cumplido el beneficio de la reclusión nocturna otorgado en la segunda condena, evidentemente luego de habersele negado la reconsideración de la medida, sin que a su retorno clandestino, en fecha indeterminada, haya procurado satisfacer el saldo de la pena que le restaba en la forma que hubiere sido procedente.

A lo anterior debe añadirse que si bien la familia es el pilar fundamental de la sociedad y que son innegables los deberes del Estado a su respecto, lo cierto es que aun cuando el amparado efectivamente satisfaga las necesidades económicas de los hijos de su conviviente con su remuneración de \$200.00.-, y/o que también ayude a su hija adulta en la mantención de sus nietos con el mismo dinero, todos esos niños tienen progenitores, padre y madre que, cumpliendo el mandato legal del artículo 321 del Código Civil, deben sufragar los gastos de vida de sus hijos.

SEXTO: Por las razones expuestas imposible resulta dejar de aplicar la normativa legal sobre la materia, menos cuando el amparado puede, hoy, a través de las medidas implementadas por el Ejecutivo, solicitar un nuevo permiso de residencia en Chile.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia sobre la materia, SE RECHAZA el recurso de amparo interpuesto en favor de L. E. C. L.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema

Se reproduce la sentencia apelada, con excepción de sus fundamentos cuarto, quinto, sexto, que se eliminan. [...]

4.- Que según consta del mérito de los antecedentes, la sanción de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo impuesta en la causa RUC 0700916089-7 fue cumplida a cabalidad, en tanto la sanción de 301 días de presidio menor en su grado mínimo se la tuvo por cumplida insatisfactoriamente, en audiencia del 17 de noviembre de 2010, ante el Juzgado de Garantía de Iquique, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 18216, extinguiendo la responsabilidad penal del amparado. De igual modo, la medida de abandono del país la cumplió en febrero de 2012.

5.- Que, además, de los antecedentes se desprende que L. E. C. L. cuenta con arraigo social en la ciudad de Iquique, quien trabajó como profesor en dos colegios, entre los años 2004 y 2011, luego de convalidar su título obtenido en el Instituto Superior Pedagógico. Además, se tituló de Ingeniero en Ejecución de Administración de Empresas en la Universidad de Los Lagos, sede Iquique, y hace dos años mantiene una relación de convivencia con doña V. G. Asimismo, apoya económicamente a su hija E. C. y sus nietos A., U. y N.

6.- Que, en consecuencia, los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones sancionadas; y considerando la afectación que de manera irremediable producirá en su medio familiar, la presente acción constitucional será acogida al afectar la libertad ambulatoria del ciudadano peruano individualizado, dejándose sin efecto la Resolución Exenta 40228 del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública del 6 de julio de 2010, por la cual se revocó el permiso de residencia definitiva.

Por estas consideraciones, y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 69 del DL 1094 y 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la sentencia de dos de mayo del año en curso, y en su lugar se dispone que **se acoge** el recurso de amparo deducido en favor de L. E. C. L. y, consecuencialmente [sic], se deja sin efecto la Resolución Exenta 40228 del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de 6 de julio de 2010, por lo que tal dictamen no podrá invocarse como impedimento para el ingreso del amparado al territorio.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

El presente caso plantea interesantes circunstancias y argumentaciones que son sopesadas por nuestro máximo Tribunal al acoger finalmente el recurso de amparo constitucional, las que, a la vez, debiesen ser parámetros y criterios que la autoridad administrativa -como lo es en el presente caso el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública- debiese ponderar al momento de emitir pronunciamientos que impliquen la vulneración de derechos fundamentales, como la libertad personal y los derechos de NNA. Por otro lado, la interposición del amparo constitucional es la materialización del Derecho a recurrir ante un accionar ilegal y arbitrario del Estado, que afecta directamente el derecho a la libertad personal y seguridad individual establecido en el artículo 19, numeral 7 de la Constitución Política de la República, siendo además la manifestación de lo dispuesto en el artículo 22, número 4² de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

En primer lugar, refiere el fallo de la Excm. Corte Suprema que la decisión de la autoridad administrativa, al revocar la permanencia definitiva del amparado y ordenar su abandono del país, afectará irremediablemente su "entorno familiar". Nuestro máximo Tribunal hace eco de lo que dispone nuestra Carta Fundamental en su artículo 1, el cual dispone en su inciso segundo que "*la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*", lo que es complementado por el inciso cuarto de la misma norma al señalar que:

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

En el mismo sentido, distintos instrumentos internacionales reconocen la importancia de la familia en la sociedad y el deber de resguardo que los Estados tienen a su respecto. Como referencia, se puede citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que plantea en su artículo 17, numeral 1, que "*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*". Pero el fallo comentado no se queda ahí, ya que al señalar que el amparado cuenta con un arraigo social en Chile, hace expresa referencia a la relación de convivencia que mantiene con una ciudadana chilena, así como también al apoyo económico prestado a su hija, mayor de edad, y a sus nietos, ampliando el concepto tradicional de familia generalmente ligado al matrimonio, y haciendo extensible su protección a las distintas formas y configuraciones actuales

2. Artículo 22, número 4: "Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión".

de la misma, cumpliendo así con estándares internacionales, como lo dispuesto en los artículos 4³ y 44⁴ de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Ligado a lo anterior, al referirse el fallo a la existencia de arraigo social, mencionando especialmente a los nietos del amparado y el apoyo económico prestado por este último, la Excma. Corte Suprema hace aplicable los estándares internacionales referentes a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA). Como referencia podemos citar la propia Convención de Derechos del Niño, la cual establece diversas obligaciones para los Estados en orden a garantizar los derechos de NNA, entre los que podemos mencionar lo relativo a la identidad, dentro de la cual se reconocen las relaciones familiares, constituyendo una vulneración de la misma cuando los Estados privan a NNA de alguno de sus elementos. En este mismo sentido, parece a lo menos preocupante lo resuelto en la sentencia emitida por la Illtma. Corte de Apelaciones de Iquique, en orden a limitar la aplicación del principio del interés superior del niño al ámbito del derecho de familia, desconociendo lo expresamente dispuesto en el artículo 3, numeral 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, el cual señala:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Finalmente, la Excma. Corte Suprema hace expresa mención al principio de proporcionalidad, el cual debiese estar presente en todo acto emanado de la potestad sancionatoria del Estado. Este principio se erige como un estándar mínimo de razonabilidad y como especial contrapartida de la discrecionalidad estatal, siendo especialmente relevante en el contexto de vulneraciones o restricción de derechos fundamentales. Sin perjuicio de su falta de manifestación expresa en nuestra Carta

3. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 4: *"A los efectos de la presente Convención, el término "familiares" se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate"*.

4. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 44:

1. *"Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio."*

2. *Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo."*

3. *Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios"*.

Fundamental, doctrinalmente se reconoce su rango constitucional y, en palabras del profesor Humberto Nogueira, es posible encontrarlo subsumido en los artículos 6⁵, 7⁶, 19 número 2⁷ y 19 número 26⁸ de la Constitución Política de la República. Ya en el caso en concreto, nuestro Máximo Tribunal, al acoger el recurso de amparo presentado, declara que la autoridad migratoria, al fundamentar la revocación de la permanencia definitiva del amparado y ordenar el abandono del país, ha carecido de la proporcionalidad necesaria en atención a la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones sancionadas y a la irremediable afectación del entorno familiar del amparado.

El estándar que la autoridad migratoria debe aplicar al momento de dictar una sanción tan grave en contra de un extranjero, como lo es la revocación de su permanencia definitiva y el abandono del país, no solo debe considerar las causales expresamente señaladas en el DL 1094 de 1975 y demás normas complementarias, sino que, además, siempre deberá atender a las circunstancias particulares de cada caso, más aún cuando el accionar estatal pugne en contra del efectivo goce de derechos fundamentales de terceras personas, como lo eran, en el presente caso, la conviviente, hija, nietas y nieto del amparado.

5. Constitución Política de la República de Chile, artículo 6: *" Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.*

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".

6. Constitución Política de la República de Chile, artículo 7: *" Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

7. Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, número 2: *" La Constitución asegura a todas las personas: 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. Hombre y mujeres son iguales ante la ley".*

8. Constitución Política de la República de Chile, artículo 19, número 26: *" La Constitución asegura a todas las personas: 26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".*

5. Sentencia de la Corte Suprema en apelación de amparo sobre voto de personas privadas de libertad en Arica¹

Rodrigo Bustos, Unidad Jurídica y Judicial

ABSTRACT/RESUMEN

Este caso trata sobre un recurso de protección presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en el marco de una estrategia amplia para avanzar en el ejercicio efectivo del derecho a sufragio de las personas privadas de libertad. En efecto, después de que en el año 2016, con ocasión de las elecciones municipales, el INDH interpuso recursos de protección ante ocho Cortes de Apelaciones de nuestro país, en contra de los organismos de la administración relevantes para la materia, esto es, el Servicio Electoral y Gendarmería de Chile, se volvieron a presentar múltiples acciones de protección en el año 2017, en el contexto de las elecciones presidenciales y parlamentarias. En el caso específicamente de la resolución que se analiza, se trata de una sentencia de la Corte Suprema que revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica y acoge el recurso de protección presentado por parte del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

En la sentencia, la Corte Suprema, citando preceptos de normas constitucionales, legales y de tratados internacionales de derechos humanos, además de jurisprudencia de los sistemas regionales europeo y americano de protección de derechos humanos, afirma que se ha vulnerado la igualdad ante la ley respecto de las personas en cuyo favor se recurre, y ordena al Servicio Electoral y a Gendarmería de Chile a adoptar medidas para que dichas personas puedan ejercer su derecho al sufragio.

Palabras claves: derecho al sufragio, personas privadas de libertad.

1. Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 38.742-2017, de 26 de octubre de 2017.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

El Instituto Nacional de Derechos Humanos presentó un recurso de protección el 8 de agosto de 2017 ante la Corte de apelaciones de Arica, en favor de 25 personas privadas de libertad, que se individualizan en el recurso en contra del Servicio Electoral de Arica y Parinacota y de Gendarmería de Chile.

Ello tuvo lugar en el contexto de la presentación de trece recursos de protección en doce regiones del país², con idénticos argumentos a los formulados el año 2016.

Previamente a la interposición de las acciones constitucionales, el INDH ofició al Servicio Electoral y a Gendarmería para consultar sobre las medidas que dichos órganos del Estado adoptarían para las personas que, de acuerdo al texto constitucional, pueden ejercer el derecho a voto. Sin embargo, no se obtuvo respuestas sobre los mecanismos que se adoptarían ni respecto de las solicitudes de cambio de domicilio de cientos de personas privadas de libertad. En el caso del Servicio Electoral, no se respondió o se dio una respuesta formal que señalaba el procedimiento sin concretar las solicitudes.

A diferencia del año 2016 -en que varios recursos no habían sido declarados admisibles y ningún recurso se acogió en primera instancia-, en 2017 todas las acciones de protección fueron declaradas admisibles y las Cortes de Apelaciones acogieron siete de las trece acciones con la línea argumental utilizada en algunas sentencias por la Corte Suprema en el año anterior.

Ante la presentación del recurso de protección del INDH, la Corte de Apelaciones lo declaró admisible por considerar que se cumplían los requisitos establecidos en el correspondiente auto acordado.

En cuanto a los argumentos que sustentaron la acción de protección, el fundamento estuvo basado en que ambas instituciones incurrieron en omisiones ilegales y arbitrarias al no disponer medidas que permitieran ejercer el derecho a sufragio a las personas que estaban privadas de libertad -imputadas o condenadas a penas inferiores a tres años y un día-, teniendo las facultades legales para hacerlo.

2. Los recursos, interpuestos todos durante el mes de agosto del 2017, son los siguientes: Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 548-2017, rechazado por unanimidad. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 2381-2017, rechazado por unanimidad. Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 625-2017, rechazado por unanimidad. Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 1483-2017, rechazado por unanimidad. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 4761-2017, acogido por unanimidad. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 54263-2017, rechazado por unanimidad. Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 3238-2017, acogido con voto en contra. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 5452-2017, acogido por unanimidad. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 3883-2017, acogido con voto en contra. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 971-2017, acogido con voto en contra. Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 979-2017, acogido con voto en contra. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 1146-2917, rechazado por unanimidad. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 645-2017, acogido por unanimidad. (Fuente: www.pjud.cl Consulta de causas Cortes de Apelaciones y Corte Suprema).

Estas omisiones provocaban la vulneración de los derechos consagrados en el artículo 19, números 2 y 12 de la Constitución Política; o sea, esta falta de acción afectaba la igualdad ante la ley, la libertad de expresión, el sufragio y la democracia, al ser el voto la piedra angular de ella en un Estado democrático como el nuestro.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos argumentó la existencia de una discriminación, afirmando:

Dada su condición de personas privadas de libertad se les sitúa en una posición de desigualdad estructural en el ejercicio de sus derechos políticos respecto de los ciudadanos libres. Esto implica que, a diferencia de las personas libres y producto de su situación de encierro, y pese a que no han perdido constitucionalmente su calidad de ciudadanos se ven privados de facto de su derecho a sufragio, lo que importa una vulneración a la igualdad que la propia Constitución les reconoce y que debe ser corregido por los órganos recurridos.

Además, se afirmó también la afectación del derecho a la libertad de opinión, ya que, como se señala a continuación:

(...) el derecho a sufragio se puede entender también como una forma de ejercer la libertad de expresión en un proceso electoral. En efecto, a través del voto, quienes son titulares de este derecho pueden emitir una opinión como electores respecto a quienes deberían ser las personas elegidas para desempeñar determinados cargos o respecto de decisiones sometidas a consultas. Asimismo, el sufragio de las personas privadas de libertad y habilitadas para emitirlo constituye una medida de inclusión y profundización democrática, que aspira a una mayor equidad en la participación política de todos los ciudadanos y ciudadanas.

A juicio del INDH, estas vulneraciones son de responsabilidad de los organismos recurridos, pues a pesar de tener las facultades -e inclusive las obligaciones legales- de arbitrar todos los medios para el pleno ejercicio del sufragio, no lo han realizado, resultando como consecuencia de su falta de acción, la afectación de los derechos fundamentales señalados.

En atención a lo anterior, las peticiones planteadas en las acciones de protección buscaban la declaración de ilegalidad y arbitrariedad de las omisiones denunciadas, y de infracción del derecho a sufragio, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la libertad de expresión. Por otra parte, se solicitó la disposición de medidas administrativas y de coordinación por parte de los recurridos, para garantizar y ejecutar el derecho a sufragio, además de todas las medidas para restablecer el imperio del derecho, y también la adopción de medidas que impidan la repetición de actos atentatorios contra la igualdad ante la ley.

Desde el Servicio Electoral se defendió su actuar señalando que este no tendría facultades a la luz de las leyes que rigen dicho Servicio, agregando que el sistema electoral chileno se construye como un todo armonioso de normas de derecho público, de interpretación y aplicación estricta y restrictiva, no siendo el artículo 50 de la Ley N° 18.556 una norma que le otorgue facultades para instalar mesas de votación en los recintos carcelarios. Finalmente, se manifestó que debía rechazarse la acción, en atención a que la materia planteada en el mismo no era de conocimiento de un recurso de protección por tratarse de materias propias de la justicia electoral.

Por su parte, Gendarmería también solicitó el rechazo de los recursos, argumentando no ser un organismo con facultades legales para la creación de mesas y circunscripciones electorales, señalan, además, que resulta impracticable el traslado de internos a sus locales de votación, pues la Institución no cuenta con los medios materiales ni humanos para absorber una demanda de esa intensidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

Primero: Que en la especie ha recurrido David Bahamondes González, jefe de la sede regional del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Arica y Parinacota, en favor de 25 personas privadas de libertad, que se individualizan en su recurso en contra del Servicio Electoral de Arica y Parinacota y Gendarmería de Chile, señalando que las personas individualizadas se encuentran privadas de libertad en el complejo penitenciario de Arica, las cuales están habilitadas para sufragar. Sin embargo, no se les ha permitido ejercer el derecho a sufragio al no haber mesas instaladas en los recintos penales o no trasladarlos a las mesas de votación en las cuales están inscritos. Agrega que en relación a las próximas elecciones presidenciales y parlamentarias del día 19 de noviembre del presente año, no consta la realización de acciones por parte de las recurridas para asegurar que las personas privadas de libertad puedan sufragar, haciendo caso omiso a lo señalado por la Corte Suprema en sus recientes sentencias sobre el tema.

Cuarto: Que el actuar de las recurridas, conforme se explicará a continuación, contraviene las normas internas y los instrumentos internacionales ratificados por Chile, tornando su actuar en ilegal.

Quinto: Que, en efecto, el actual artículo 58 (exartículo 52) de la Ley N° 18700 entrega expresamente al Servicio Electoral la determinación, para cada circunscripción, de los locales de votación en que funcionarán las mesas receptoras de sufragio, al disponer que se requerirá:

(...) de la Comandancia de Guarnición, a lo menos con sesenta días de anticipación a la determinación de los locales de votación, un informe sobre los locales o recintos, estatales o privados, que sean más adecuados para el expedito funcionamiento de las mesas, la instalación de cámaras secretas y la mantención del orden público. El Servicio Electoral deberá preferir aquellos locales de carácter público en

la medida que existan establecimientos suficientes para atender las necesidades para la instalación de las mesas de la circunscripción electoral que corresponda, considerando criterios de facilidad de acceso para los electores. A falta de estos, podrá también determinar el uso de establecimientos de propiedad privada como locales de votación, siempre que correspondan a establecimientos educacionales y deportivos. También, si fuere necesario, el Servicio Electoral podrá disponer que bienes nacionales de uso público sean destinados como locales de votación, restringiéndose su acceso durante el tiempo en que se utilicen como tales, siempre que correspondan a parques de grandes dimensiones, que permitan ubicar en ellos un número significativo de mesas receptoras de sufragios.

Sexto: Que, por su parte, el artículo 2º del Decreto Supremo N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, dispone que:

Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres (...).

Séptimo: Que de las disposiciones legales antes indicadas y en parte transcritas, se desprende que corresponde a Gendarmería velar de manera activa por que se respete la condición de ciudadano de cualquier persona privada de libertad bajo su custodia, debiendo tener en consideración al efecto no solo la normativa interna, sino que también las disposiciones internacionales incorporadas a nuestro ordenamiento legal.

Octavo: Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos son tratados internacionales suscritos por nuestro país y cuyo cumplimiento resulta obligatorio para el Estado de Chile.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 25 que todos los ciudadanos, sin distinguir si se trata o no de personas privadas de libertad, [tienen] los siguientes derechos y oportunidades: "b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores".

En idéntico sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 23, reconoce el mismo derecho antes referido y agrega que "*La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*".

Como se aprecia, las disposiciones antes referidas consideran el derecho a sufragio como un derecho ciudadano, que debe ser garantizado en su ejercicio por el Estado y, si bien puede estar sujeto a eventuales restricciones, estas no pueden extenderse más allá de las señaladas en el respectivo instrumento, quedando excluida la privación de libertad como medida cautelar, o cuando la condena no lleva aparejada la pérdida del derecho a sufragio, como ocurre en el presente caso.

Noveno: Que, además de lo señalado, cabe tener presente que la Constitución Política de la República, en su artículo 1º, asegura el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, siendo el derecho a voto una de las herramientas de participación ciudadana más relevantes y afín con la democracia, motivo por el cual se deben implementar las medidas necesarias para resguardar el ejercicio de ese derecho a quienes, aun cuando estén privados de libertad, no tienen suspendido su derecho a voto.

Que, en este sentido, ya se han pronunciado ministros de esta Corte Suprema mediante Oficio N° 21-2011, sobre Informe Proyecto de Ley 54-2010, cuyo antecedente es el Boletín N° 7338-07, de fecha 25 de enero de 2011, señalando:

Será necesario implementar una política reglamentaria y estructural que permita el ejercicio igualitario del sufragio en los centros penitenciarios, predeterminando las condiciones bajo las cuales los privados de libertad puedan votar. Será necesario la consideración de variables tales como: determinación de quiénes podrán acceder al voto en los centros penitenciarios; acceso de los electores a la documentación electoral necesaria (cédula nacional de identidad vigente); inscripción en la respectiva mesa receptora de sufragios (solicitando previa y oportunamente el traslado correspondiente); evaluación de los distritos electorales necesarios que contemplen los centros penitenciarios como locales de votación; instalación de mesas receptoras de sufragios en los centros penales que tengan las mismas características y reglas de funcionamiento que rigen a las demás del país; medidas de seguridad apropiadas para el adecuado funcionamiento del local de votación; acceso a la información electoral y propaganda político-partidista en los centros penitenciarios; designación de funcionarios electorales ad hoc para recepción y escrutinio de las respectivas mesas, entre otras variables.

Décimo: Que el sistema europeo y americano de protección de los Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a la participación democrática de las personas privadas de libertad en diferentes oportunidades, ocasiones en las cuales se ha privilegiado el ejercicio de los derechos que los Estados reconocen a todas las personas, sin atender a restricciones materiales o reglamentarias para impedir o prohibir su ejercicio respecto de quienes se encuentran presos con motivo de la sustanciación de los procedimientos o imposición de una pena, que a lo menos tenga un claro respaldo legislativo y un pronunciamiento judicial en tal sentido. En efecto, no se justifican las restricciones u obstáculos al ejercicio del derecho a sufragio sin un preciso pronunciamiento jurisdiccional al respecto, en relación con una persona determinada, dado que ello importa la privación

inmotivada de sus derechos. Se impone a los Estados efectuar las adecuaciones y coordinaciones pertinentes en un proceso eleccionario para garantizar el pleno ejercicio de todas las personas de su derecho a sufragio, entre otros.

Undécimo: Que con el mérito de lo expuesto, se puede concluir que el actuar de las recurridas es ilegal, toda vez que conforme se ha expuesto, estas se encuentran obligadas, tanto por la normativa interna como por los tratados internacionales suscritos por Chile, a velar por el oportuno y adecuado ejercicio del derecho a participar en el sistema democrático, en su expresión referida al sufragio de las personas en favor de quienes se recurre, mismas que mantienen incólume su derecho a sufragio como los demás ciudadanos y sin embargo no pueden ejercerlo, vulnerándose la garantía de igualdad de trato, motivo por el cual el recurso de protección debió ser acogido respecto de todas las personas en favor de quienes se recurre y que se encuentran habilitadas para sufragar, salvo C. Q. C., condenado a una pena que lo inhabilita para ejercer el derecho a sufragio, y A. G. A., que se encuentra en libertad condicional.

De conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se acuerda: a) confirmar la sentencia apelada del treinta de agosto del año en curso en cuanto al rechazo de la acción constitucional deducida en favor de C. Q. C. y A. G. A., y b) revocar el referido fallo solo en cuanto a declarar que se acoge el recurso de protección interpuesto en favor de las demás personas individualizadas en estos autos, debiendo las recurridas dar cumplimiento al presente fallo dentro del plazo del quinto día, informando a la Corte de Apelaciones respectiva, bajo el apercibimiento del numeral 15° del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a sufragio es, sin duda, un derecho clave en una sociedad democrática. En efecto, como ha señalado la Corte IDH:

Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán³.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C N°. 127, párr. 198.

La Corte IDH es clara en cuanto a que los derechos de participación política de las personas se ejercen en un plano de igualdad y sin discriminación, siendo obligación de los Estados garantizar su pleno ejercicio para la efectividad de la sociedad democrática. La Corte IDH enfatiza que *"es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para [que] dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación (...)"*⁴.

Asimismo, en opinión de la Corte IDH y de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y que se deben adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple solo con la expedición de una normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, debiendo considerar especialmente la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales, como es el caso de las personas privadas de libertad.

En este marco, en Chile, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, las personas privadas de libertad pueden ejercer el derecho de sufragio, a menos que se encuentren en algunas hipótesis específicas de exclusión. Respecto de las personas bajo prisión preventiva, no debieran ser afectadas con la suspensión de su derecho a sufragio, a menos que se encontraren acusadas por un delito que merezca pena aflictiva o delito terrorista. Las personas privadas de libertad, condenadas, que no se encuentran cumpliendo penas aflictivas, no ven suspendida su calidad de ciudadanos o ciudadanas y, por ende, no existe restricción alguna a su derecho a sufragar.

No obstante lo anterior, en la actualidad, las personas privadas de libertad -acusadas y condenadas por cualquier tipo penal- no se encuentran habilitadas de facto para ejercer su derecho a voto, incluso en los casos en que están fuera de los supuestos señalados por las normas constitucionales. Esto, en la práctica, significa que en Chile todas las personas privadas de libertad se encuentran, por tanto, despojadas de su derecho a voto de manera general, automática e indiscriminada.

Desde esta perspectiva de estándares generales de derechos humanos es que se puede afirmar que la pérdida de facto del derecho a sufragio, que sufren las personas privadas de libertad, es una práctica que vulnera el estándar de igualdad y no discriminación, debido a que la privación de libertad sería la causa para negar el ejercicio de un derecho que les asiste. En efecto, se les estaría excluyendo de la vida política en sociedad por esta condición social, lo que sería una afrenta hacia un grupo que el propio Estado ha seleccionado y ubicado en una posición desventajosa. Esta situación

4. Ídem, párr. 195.

es prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues sitúa a las personas privadas de libertad en una categoría sospechosa⁵, tanto en el caso de personas condenadas como imputadas⁶.

Dado que la situación anterior refleja que el Estado mantiene mecanismos de discriminación en el ejercicio del sufragio, diversos actores sociales (jueces, Instituto Nacional de Derechos Humanos) han solicitado medidas judiciales para permitir el ejercicio del voto en estos casos, ya que la privación de este derecho es una omisión arbitraria e ilegal del Estado.

En este marco, la sentencia que se comenta, junto a otras de los Tribunales Superiores de Justicia, resulta relevante, pues establece de manera clara que los Estados, frente a las personas privadas de libertad, se ubican en una posición de garantes, que los obliga a asegurar y respetar el pleno ejercicio de sus derechos humanos, pues la situación jurídica en que se encuentra este grupo de personas solo permite la restricción de su derecho a la libertad ambulatoria.

Respecto de la forma en que la Corte Suprema incorpora en su labor los estándares internacionales de derechos humanos, es significativo que la Corte haya señalado en sus argumentos la existencia de obligaciones derivadas de instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En definitiva, esta sentencia constituye un avance en la discusión, pues, a pesar de no generar en la práctica los efectos jurídicos de protección y que las personas privadas de libertad puedan votar, implica un completo cambio de paradigma en nuestro país. En efecto, esta y otras resoluciones judiciales, en las que ha fallado de la misma manera, han contribuido a reconocer a las personas privadas de libertad como sujetos de derecho, sobre quienes el Estado se sitúa en una posición de garante frente al respeto y protección de sus derechos.

5. La noción de "categoría sospechosa" a efectos de vulneraciones de la igualdad ante la ley ha sido desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, y ha sido luego incorporada a los razonamientos de la Corte IDH en casos como "Atala Riffo y niñas vs. Chile" (2012) y "Norín Catrimán y otros vs. Chile" (2014).

6. FILIPPINI y ROSI (2012). "Nuevos aportes para el reconocimiento del derecho a voto de las personas condenadas", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (Buenos Aires), v. 13, n. 1, dic. 2012, pdf. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridical/pub-3/13JURIDICA_07FILIPPINI.pdf

6. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en recurso de amparo por condiciones sanitarias y acceso al agua en Colina I¹

María Daniela Lara, Unidad Jurídica y Judicial

ABSTRACT/RESUMEN

La Corte de Apelaciones de Santiago acoge acción constitucional de amparo en contra de Gendarmería de Chile fallando en favor de 97 internos del establecimiento penitenciario Colina I, quienes no tenían acceso permanente a agua, situación que provocó, además, que dos internos fueran objeto de malos tratos físicos al salir de la torre a proveerse de aquella. Asimismo, no recibían atención de salud, los servicios higiénicos eran insuficientes y estaban en mal estado. La Corte vincula el derecho a la seguridad individual con la dignidad personal, y esta con el derecho al agua. Igualmente se pronuncia declarando inaceptables los golpes sufridos por los internos. Conjuntamente, reconoce la facultad del INDH de verificar las condiciones de los recintos penitenciarios y se pronuncia sobre casos en los que existió ilegalidad pero esta ha cesado con posterioridad.

Palabras clave: privación de libertad, seguridad personal, dignidad personal, derecho al agua, condiciones materiales de reclusión, facultades INDH, malos tratos.

1. Rol N° 359-2018.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

Se interpone acción constitucional de Amparo contra Gendarmería de Chile por la privación, perturbación y amenaza a la seguridad individual.

Los hechos que motivan la acción se refieren al caso de 97 internos de la Torre 2 A del Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina I, quienes, según exponen en una denuncia dirigida al INDH, tienen acceso limitado al agua en el referido pabellón, sin que existan, además, contenedores de agua adecuados. Se señala que las medidas sanitarias que pueden tomar los internos están limitadas a comprar cloro o agua en el Economato, que es administrado por Gendarmería. Igualmente se menciona que este grupo de personas no puede acceder a agua desde otros sectores del recinto, ya que quienes han salido del módulo a buscarla han sufrido agresiones, dando cuenta del caso de dos personas que en tal acción fueron golpeadas por funcionarios. Conjuntamente se aduce enfermedades estomacales entre los internos, falta de tratamiento médico para estas y otras dolencias, y la existencia de tres servicios higiénicos para 224 personas.

La acción constitucional se fundamenta en que la actuación de Gendarmería constituye una privación, perturbación o amenaza del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de estas personas, basándose en el art 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, que dispone el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, consagrado igualmente en el art 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se razona mencionando que la seguridad individual se configura como la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable; e igualmente, se la identifica como protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Se vincula, asimismo, la seguridad individual, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, al derecho de recibir un trato digno en los recintos de detención o prisión. De ahí que los hechos descritos impliquen un atentado a la dignidad personal.

Paralelamente, se fundamenta el recurso asociando la efectividad del acceso al agua como una garantía para asegurar un nivel de vida adecuado, porque es una condición esencial para la supervivencia, y por su vinculación a derechos tales como los siguientes: derecho al más alto nivel posible de salud, derecho a la vivienda, derecho a la alimentación adecuada y derecho a la vida.

Se menciona que la actuación de Gendarmería es contraria a la Constitución Política de la República en sus artículos 6 y 7, y a los tratados vigentes ratificados por Chile.

Gendarmería, según se expone en la sentencia, solicita el rechazo del recurso, ya que indica haber actuado dentro de la normativa legal y reglamentaria que la rige. Reconoce ciertos desperfectos técnicos en el sistema de impulsión y abastecimiento de agua, pero indica que son coyunturales o transitorios y que se producen por un desgaste natural de las respectivas piezas. También acompaña pruebas de mejoras materiales en el recinto específico.

Conjuntamente, señala que es efectiva la agresión a dos internos, lo que motivó un sumario, y justifica el hecho señalando que se trató de un hecho único que fue realizado por un funcionario ajeno al sector. Respecto a la atención médica, la recurrida desconoce la falta de esta y acompaña diez fichas de un total de cien personas, lo que la Corte califica como “poco serio”, ya que al menos debió hacerse cargo de la denuncia de las siete personas que manifestaron tener patologías.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

SEGUNDO: Que conforme lo dispone el artículo 1° de la Constitución Política de la República, la base principal de nuestra institucionalidad está dada por el reconocimiento de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La libertad es un derecho ampliamente protegido en nuestro ordenamiento jurídico. De las diversas manifestaciones de ese principio fundamental, tanto el artículo 19 N° 7 de la Constitución, como los artículos 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, amparan específicamente el derecho a la libertad personal y seguridad individual.

CUARTO: Que el artículo 3 letra a) del Decreto Ley 2858, que fijó el texto de la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile, dispone que corresponde a dicha institución dirigir todos los establecimientos penales del país, aplicando las normas previstas en el régimen penitenciario, y “velar por la seguridad” en el interior de ellos.

OCTAVO: Que, asimismo, se desconoce por la recurrida, la falta de atención clínica, de enfermería y/o médica, allegando al efecto fichas clínicas de diez internos, de un universo de cien, lo que evidencia la poca seriedad, ya que al menos debió hacerse cargo de lo denunciado por siete reclusos, respecto de los cuales no allegó ningún antecedente de dichas personas, quienes manifestaron que sufrían patologías como diabetes, hipertensión, artrosis, sondas sin extraer, epilepsia, pérdidas de conocimiento, y otros. Debió hacerse cargo del estado de salud de cada uno de ellos para demostrar la veracidad de su afirmación.

NOVENO: Que se reconoce golpes a dos internos, y si bien se informa que se inició el sumario correspondiente, de igual forma se justifica diciendo que se trató de una única vez y por un funcionario que no trabajaba en dicho sector, lo que no resulta aceptable, puesto que de ninguna forma puede permitirse una conducta de tal tipo, golpe que dejó muestras en el trasero de aquellos, conforme se aprecia de fotos acompañadas.

DÉCIMO: Que es preciso señalar que, en el caso de personas que se encuentren en un recinto carcelario, privadas de libertad por un acto delictual, [ello] no puede ser motivo para socavar su dignidad privándolas de un elemento tan esencial como es el agua; además, dejándolas expuestas a enfermedades e infecciones por la falta de aseo personal, suciedad de recintos, es decir, en condiciones inadecuadas de habitabilidad. El Estado, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “debe asumir un rol garante frente al que está privado de libertad” y, desde esa óptica, tiene responsabilidad frente a las vulneraciones de que pueden ser objeto los reclusos.

DÉCIMO PRIMERO: Que es un hecho cierto que, respecto de la habitabilidad de los internos, los días en que se presentó en el recinto carcelario dos abogados del INDH, a quienes la Ley 20.045 autoriza la verificación de las condiciones carcelarias en los penales del país, constataron las vulneraciones que se consignan en el recurso, vulnerando [sic] el derecho a la seguridad individual de los internos, lo que se verifica al ser privados del suministro regular de agua potable para consumo, higiene personal y doméstica, a lo que se agrega la falta de atención médica a los reclusos que lo necesitan, todo lo cual se traduce en un trato indigno e ilegal y esto no aparece suficientemente revertido en términos que pueda entenderse que el problema denunciado y constatado haya cesado.

DÉCIMO SEGUNDO: Que aun cuando se estimara -cuyo no es el caso- que el hecho que viola la garantía del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República existió, pero que habría cesado con posterioridad, existe una norma en materia de amparo que, aunque se pueda discutir sobre su actual vigencia, se pone precisamente en el caso de que la ilegalidad haya existido, caso en el cual el amparo debe ser acogido para los efectos de declarar la existencia de la infracción y hacer uso de las facultades disciplinarias del tribunal, o de las medidas que se indican en los artículos 311 y 313 del Código de Procedimiento Penal (artículo 313 bis del mismo Código).

DÉCIMO TERCERO: Que, por último señalar que La Asamblea General de Naciones Unidas, ha reconocido el derecho humano al agua como un elemento indispensable para asegurar la dignidad humana, diciendo “el derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.

Por su parte, la ONU, en su artículo 12, asocia el derecho al agua al más alto nivel posible de salud. Por estas razones, de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 19 y 21 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema pertinente a la materia, se acoge la acción constitucional de amparo deducida en lo principal por el Instituto Nacional de Derechos Humanos y, consecuentemente, se ordena que:

1. Gendarmería de Chile, Colina I, deberá suministrar agua potable a los internos de la Torre 2 A, en forma permanente y continua, y adoptar las medidas necesarias y oportunas ante fallas técnicas o emergencias.

2. Otorgue atención urgente a los internos xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx y xxx y, en el caso, se les administre los medicamentos en tiempo y forma.

3. Asimismo, programar una atención médica de cada uno de los internos individualizados en el recurso, a fin de verificar su estado de salud y, en su caso, tratamientos o procedimientos a cumplir.

4. Deberá informar a esta Corte la forma de cumplimiento de los numerales precedentes en el término de un mes a contar de la fecha en que quede ejecutoriado lo decidido por la acción de amparo.

5. La permanencia de todos los internos en las secciones donde actualmente se encuentran, sobre [la base de] razones reglamentarias que así lo aconsejen.

6. Acondicionar e implementar todos los baños que existen en la Torre 2 A, en atención a lo expresado en estrados en el sentido que habían más de tres destinados al uso de los internos.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

Diversos son los temas de interés que esta sentencia trata, los que se desarrollarán en los siguientes apartados.

1. Concepción de la seguridad individual

El artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República consagra la garantía de la libertad personal y la seguridad individual, último aspecto por el que se interpone la acción constitucional. La sentencia vincula aquello al artículo 1 del mismo cuerpo constitucional, que señala que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Igualmente, asocia estos derechos al artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Destaca especialmente que se refiere al artículo 3 a), decreto ley 2858, que fija el texto de la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile, el que indica que esta debe dirigir los establecimientos penales del país y debe velar por la seguridad al interior de estos.

Por lo anterior, resalta la mención que se hace a la pertinencia de la acción constitucional, el respaldo en instrumentos internacionales y el rol de la administración penitenciaria respecto de la seguridad individual.

2. Rol garante del Estado

Relacionado con el punto anterior, el considerando décimo indica que si bien las personas están privadas de libertad, ello no puede afectar la dignidad privándolos del agua y dejándolos expuestos

a enfermedades por la exposición a condiciones inadecuadas de habitabilidad. Citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que el Estado “debe asumir un rol garante frente al que está privado de libertad” y, desde ahí, tiene responsabilidad ante las vulneraciones de este grupo de personas.

Diversa jurisprudencia de la Corte IDH alude al rol garante del Estado. Por ejemplo, el Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras de 2012², o el caso Pollo Rivera y otros vs. Perú de 2016, que refiere:

159. La Corte ha establecido que, de conformidad con los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención, el Estado debe garantizar a toda persona privada de libertad el derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, en razón de la posición especial de garante en que se encuentra. Es deber del Estado salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, así como garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención³.

3. Situación de internos que sufrieron golpes y maltratos

En este ámbito destaca el considerando noveno, en que se menciona que si bien la recurrida reconoce que existieron estos golpes y que hay un sumario, los justifica indicando que solo ocurrió en una ocasión y por un funcionario que no trabajaba en el sector. Destaca la sentencia que “(...) no resulta aceptable, puesto que de ninguna forma puede permitirse una conducta de tal tipo (...)”.

Esto es relevante en tanto existe con esa sentencia un pronunciamiento expreso sobre la improcedencia de este tipo de prácticas al interior de las unidades penales.

4. Concepción de la importancia del derecho al agua y su vinculación con el derecho a la dignidad personal

La misma sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada en el párrafo anterior vincula las condiciones de reclusión y la dignidad personal. En el mismo sentido, el fallo en análisis refiere que hubo vulneración a la seguridad individual al existir privación del suministro regular de agua para el consumo e higiene, sumado a la falta de atención médica, lo que se traduce en un trato indigno e ilegal, sin que este haya cesado hasta ese momento (considerando undécimo).

El pronunciamiento de la Corte de Apelaciones menciona que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce el derecho humano al agua como un elemento necesario para asegurar la dignidad

2. Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondos, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Párrafo 68.

3. Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 31983159.

humana. En este ámbito, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone, en su artículo 25, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que asegure salud y bienestar. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la Observación General N° 15 sobre el derecho al agua, desde ya en su parte introductoria, establece que “el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos» (Párrafo 1). Posteriormente, señala que “el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (Párrafo 2). Bajo el subtítulo de no discriminación, dispone que los Estados Partes tienen la obligación especial de facilitar agua y garantizar el suministro necesario a quienes no disponen de medios suficientes, así como de impedir toda discriminación (Párrafo 15). Por último, indica que se debe prestar especialmente atención a grupos a quienes les ha resultado difícil el acceso al derecho mencionando; específicamente, que: “g) Los presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales cotidianas, teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” (Párrafo 16).

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela⁴) disponen que se facilitará agua a los reclusos para su salud e higiene (Regla 18), y que toda persona tendrá la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite (Regla 22). Incluso la Regla 42 dispone que las condiciones de acceso a agua potable, entre otras, “se aplicarán a todos los reclusos sin excepción”. Igualmente, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁵ señalan que las personas tendrán acceso a agua para su aseo personal (Principio XII).

5. Facultad del INDH de verificar las condiciones carcelarias

Otro aspecto de relevancia en la sentencia en estudio es que ratifica la facultad del INDH de verificar las condiciones carcelarias de las unidades penales del país, mencionando expresamente que la Ley 20.045 autoriza a aquello (considerando undécimo). Si bien el INDH realiza esto permanentemente, es destacable el pronunciamiento de la Corte en tanto pone de manifiesto la importancia y trascendencia práctica de esta función, como ocurrió en el caso en análisis.

4. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) de la Organización de las Naciones Unidas, 17 de diciembre de 2015.

5. Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, adoptados por la Comisión durante el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

6. Casos en que la ilegalidad existió, pero cesó posteriormente

También en la sentencia se alude al supuesto en que se comprueba la ocurrencia de un hecho que viola la garantía del artículo 19 número 7 de la Constitución, pero que cesa con posterioridad. Refiere que ese no es el caso en este recurso, pero de todos modos menciona la existencia de una norma en materia de recurso de amparo, que -por más que pueda discutirse su vigencia en el marco del nuevo proceso penal- indica que, en tales casos, debe acogerse el amparo para declarar la evidencia de la infracción y hacer uso de las facultades disciplinarias del tribunal, o de las medidas de los artículos 311 y 313 del Código de Procedimiento Penal (considerando décimo segundo).

Esto da cuenta de la gravedad de las vulneraciones y de la posibilidad de accionar en tales circunstancias, al contrario de cierta tendencia de las Cortes a rechazar recursos de amparos por considerarlos "extemporáneos".

7. Sentencia de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones de Concepción en recurso de amparo en favor de comunera mapuche¹

Carolina Alvear, Oficina INDH Región del Biobío

ABSTRACT/RESUMEN

El Instituto Nacional de Derechos Humanos adhiere al recurso de amparo presentado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, por la Defensoría Penal Pública, en favor de comunera mapuche con embarazo de riesgo, que fuera trasladada por parte de Gendarmería de Chile desde el Centro de Detención Preventiva de Arauco hasta el Hospital Regional de Concepción, con medidas de seguridad de tipo esposas, para luego ser sometida a intervención quirúrgica (cesárea) manteniendo una grilleta en uno de sus pies.

Dicha acción constitucional fue rechazada por la Il. Corte de Apelaciones aduciendo que la misma había perdido oportunidad, toda vez que ya no existía la afectación denunciada en dicho recurso de amparo, por haber sido superada la situación de hecho que afectó a la amparada.

Apelado el fallo, tanto por el INDH como por la Defensoría Penal Pública, la sentencia fue revocada y el recurso acogido por la Excelentísima Corte Suprema, declarando que el obrar de los agentes estatales contravino la normativa nacional e internacional a la que Chile se ha obligado en el tratamiento de las personas privadas de libertad y, en particular, de mujeres en estado de gravidez. Que en relación a las medidas de seguridad usadas contra la amparada, fueron vulneradas las Reglas 47, 48 y 49 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Mandela). Reconoce también que las actuaciones de Gendarmería constituyen un atentado contra el derecho de la amparada de vivir una vida libre de violencia, garantizado por la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, y un acto de discriminación en su condición de mujer, embarazada, privada de libertad e indígena, contraviniendo los principios pactados en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Palabras clave: amparo, personas privadas de libertad, mujer, embarazada, medidas de seguridad, violencia, discriminación.

1. Rol N° 330-2016 (acumulado Rol 336-2016) Il. Corte de Apelaciones de Concepción y Rol N° 92.795-2016 Excma. Corte Suprema.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

El miércoles 12 de octubre de 2016, la amparada, L. B. C. L., embarazada de 32 semanas de gestación, comienza a sentir molestias en la parte baja del abdomen. Al día siguiente se levanta y siente contracciones, llama a la oficial de guardia y esta la lleva donde la paramédico del Penal; en la Enfermería del Penal deciden trasladarla hasta el Hospital de Arauco.

Desde el Centro de Detención Preventiva de Arauco, la comunera es trasladada esposada, en un taxi particular, custodiada por dos gendarmes. El taxi es custodiado, a su vez, por un carro de Gendarmería de Chile y escoltado por dos motoristas de Carabineros de Chile. La amparada llega a Urgencia del Hospital de Arauco, donde es atendida. Al ingresar al box de atención, la matrona solicita que le retiren las esposas, lo cual es realizado por una funcionaria de Gendarmería que permanece en el lugar mientras se realizan los exámenes. Al conocer los resultados de estos, la matrona indica que la paciente debe ser derivada de urgencia al Hospital Regional de Concepción. El personal médico la sube a la camilla de la ambulancia y la funcionaria de Gendarmería le pone un grillete en el pie izquierdo, fijado a la camilla. Esta ambulancia es custodiada igualmente por el carro de Gendarmería de Chile.

La amparada llega al Hospital Regional a las 19:00 horas del 13 de octubre de 2016. En el lugar es subida, engrillada, a la Sala de Parto, y luego es traspasada desde la camilla de la ambulancia a la cama del Hospital, a la que es nuevamente engrillada por personal de Gendarmería.

A la mañana siguiente, el personal médico le informa que, por la gravedad de la preeclampsia que le fue diagnosticada, al encontrarse en riesgo su vida y la de la niña que estaba por nacer, y dado que el Hospital no contaba con camas suficientes, sería trasladada a la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán. Así, el día 14 de octubre de 2016, a las 14:00 horas, L. B. C. L. es llevada a dicha Clínica. El procedimiento de traslado es realizado en ambulancia con custodia inmediata de gendarmes; nuevamente la amparada es engrillada a la camilla, para luego ser traspasada a una cama de la Clínica, donde es, una vez más, engrillada.

Debido a la preeclampsia, el personal médico debe ponerle unas medias de compresión en las piernas, por lo que solicitan al funcionario que retire las grilletas, a lo que este accede. El personal médico le pone a la víctima las medias -todo esto en presencia del funcionario-, y una vez terminado el procedimiento el mismo funcionario vuelve a poner el grillete en el pie de la víctima fijándolo a la cama. La médica tratante explica que, por la condición de salud de la paciente, debe interrumpirse el embarazo y se debe realizar una cesárea. La médica consulta quién acompañará al parto a la víctima, y el funcionario indica que él estará en el pabellón. En la Clínica le entregan al funcionario vestimenta quirúrgica desechable para ingresar al pabellón, desengrillan de la cama a la víctima, y la llevan al pabellón permaneciendo la grilleta adosada a su tobillo.

Dados estos hechos, se presenta, por parte de la Defensoría Penal Pública Penitenciaria, un recurso de amparo al cual el Instituto Nacional de Derechos Humanos adhiere, fundando su reclamación en la infracción de diversas normas, tanto de derecho interno como internacional, entre ellas: artículos 6°, 7° y 19°, N° 7, de la Constitución Política de la República; artículos 1° y 15° de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile; artículos 1°, 2° y 6° del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Deberes y Políticos; artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como las Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Mandela); las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok); y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés), entre otras.

Por su parte, el director regional de Gendarmería de Chile, al informar el recurso de amparo, señala que la amparada fue trasladada en taxi desde la unidad penal hasta el Hospital de Arauco, siendo custodiada por dos gendarmes. El taxi fue escoltado por un carro institucional que transportaba a cinco funcionarios más; además, el procedimiento de traslado incluyó a dos motoristas de Carabineros de Chile. Posteriormente, la paciente fue trasladada desde Arauco hasta el Hospital Regional de Concepción, ahora en ambulancia, engrillada a la camilla desde uno de sus pies, siendo custodiada al interior del vehículo por dos gendarmes. El director informa igualmente que, previo a la cesárea a la que fue sometida la amparada, se instruyó verbalmente al personal custodio que permanecía en la Clínica de la Mujer, en orden a que las medidas de seguridad fueran removidas y no volvieran a colocarse. Agrega en su informe que los traslados, la custodia por personal de Gendarmería y las medidas de seguridad utilizadas encuentran su respaldo en el Oficio Circular N° 202 de fecha 20 de mayo de 2015, del subdirector operativo de Gendarmería de Chile, que reitera instrucciones de buen servicio sobre servicios a hospitales y salidas al exterior.

Concluye su informe el director señalando que Gendarmería de Chile ha dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, no conculcando en lo absoluto derechos ni garantías establecidos y resguardados por la Constitución Política de la República ni por los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile.

EXTRACTOS DE LAS SENTENCIAS

Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción

SEGUNDO: Que respecto del recurso de amparo, rol 330-2016, deducido por la abogada Defensora Penal Pública Penitenciaria, P. C. C., en favor de la interna L. B. C. L., cabe decir que la presente acción perdió oportunidad, toda vez que no existe la afectación actual que denuncia la abogada recurrente, sobre colocación de grilletes a la amparada antes, durante y después del parto, por haber transcurrido la situación de hecho descrita en el libelo principal, aparte de no estar acreditado su fundamento, un actuar ilegal o arbitrario de Gendarmería, que atente contra la libertad o seguridad personal de la madre, no debiendo olvidarse que la amparada se halla recluida en un penal a causa de una sentencia dictada por tribunal competente, sindicándola autora de una receptación y de un robo con intimidación. En todo caso, el maltrato atribuido a Gendarmería está siendo investigado en un sumario administrativo interno (fojas 103), que deberá establecer los hechos realmente acontecidos, y si ameritan o no sanciones por infracción a la normativa que reglamenta la materia, pero no es este recurso de amparo el medio adecuado para ello, pues, como se dijo, no existe actualmente ningún hecho constitutivo de privación ilegal de libertad personal o amenaza en tal sentido o que afecte la seguridad individual de la madre amparada, conforme al artículo 21, inciso tercero, de la Constitución Política de la República.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 19 y 21, ambos de la Constitución Política de la República, SE RECHAZAN los recursos de amparo deducidos a fojas 2 y 138 en favor de L. B. C. L. y de S. I. N. C., respectivamente.

Se previene que el ministro, señor Manuel Muñoz Astudillo, concurre al rechazo del recurso, teniendo además presente los siguientes razonamientos:

(...)

2. Que, de lo dicho por los intervinientes ha quedado claro que la amparada fue sometida a un tratamiento que no solo afecta su dignidad personal, sino su salud, producto, entre otros, del abuso de medidas de seguridad, especialmente grilletes, en el contexto de una sentenciada parturienta y con trabajo de parto. Hechos que constan a diversas personas, como el médico del Instituto de Derechos Humanos y médico funcionario del establecimiento asistencial, y de otros elementos de juicio, que no fueron desvirtuados por el letrado que alegó en la vista en representación de Gendarmería de Chile. Más aún, consultado por la Sala, manifestó que este mismo tratamiento se le dará al remitirla al establecimiento penitenciario donde cumple condena.

3. Que, el derecho a estar libre de tortura está firmemente establecido en el marco del derecho internacional al que nuestro país se encuentra adscrito, como lo son la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y la “Convención contra

la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” [que] prohíben expresamente la tortura. Del mismo modo, varios instrumentos regionales fijan el derecho a no ser sometido a tortura. La “Convención Americana de Derechos Humanos”, la “Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos” y el “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” contienen prohibiciones expresas de la tortura.

4. Que, el artículo 21 de la Carta fundamental, en su inciso tercero, previene en referencia a los incisos precedentes, que “el mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

5. Que, el “Convenio de las Naciones Unidas contra la Tortura” expresa: «se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente 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, que sean inherentes o incidentales a éstas».

6. Que, sin perjuicio de la decisión adoptada, que mira más a lo formal que al fondo, de los antecedentes allegados a la carpeta y de lo dicho en la vista del recurso por los intervinientes se desprenden antecedentes suficientes para establecer que los procedimientos empleados por Gendarmería de Chile, en todas las acciones que se debieron realizar para dar atención médica de urgencia a la sentenciada por la que se recurre de amparo, en cuanto a las medidas de seguridad tomadas por la institución recurrida, no guardan proporción alguna con el hecho [de] que, engrillada, debió soportar un largo viaje en estado de preñez con características de parto prematuro, al punto que debió ser atendida quirúrgicamente en el nacimiento de su hija; el ser observada por personal no médico durante la consulta, preparación y cirugía, todo ello aduciendo temor de fuga o, como lo sostuvo el señor letrado de la recurrida, participación violenta de terceros, como habría ocurrido en otra ocasión. Todos hechos que no justifican el engrillamiento y la falta de recato en la atención de la sentenciada durante la atención médica por parte de sus custodios, lo que evidentemente implica un atentado a la dignidad personal y con ello a la salud de la parturienta, materia distinta y no vinculada al hecho de la sentencia que se le aplicó.

7. Que, sosteniéndose el suscrito en los documentos internacionales aludidos y en especial en el Protocolo de Estambul, aun cuando se haya rechazado el acogimiento del amparo, no puede de modo alguno desatender los fundamentos del mismo en extenso, al menos en aquella parte que previene que la amparada siga sometida a medidas de prevención y que existe la cierta posibilidad [de] que las acciones de engrillamiento persistan en su traslado. Cuestión que el suscrito estima exagerada, inútil, abusiva y arbitraria, en el contexto de ser custodiada por Gendarmería de Chile con apoyo de Carabineros de Chile.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema

Vistos: se reproduce la sentencia de la Corte de Apelaciones, con excepción del fundamento segundo que es suprimido y tiene, además, presente:

2°) Que, conforme fluye de la declaración contenida en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, la base principal de nuestra institucionalidad está dada por el reconocimiento de que las personas *nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. La libertad es un derecho ampliamente protegido en nuestro ordenamiento jurídico. De las diversas manifestaciones de ese principio fundamental, tanto el artículo 19, N° 7 de la Constitución, como los artículos 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, amparan específicamente el derecho a la libertad personal y seguridad individual;

7°) Que tal obrar por parte de los agentes estatales, como se demostrará, contraviene la normativa nacional e internacional a la que Chile se ha obligado en el tratamiento de personas privadas de libertad y, en particular, de mujeres en estado de gestación.

(...)

8°) Que la normativa interna antes enunciada es concordante con el Derecho Internacional. Así, el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que *"toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"*, disposición que también contiene el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normas que, al estar contenidas en un Tratado Internacional suscrito por el Estado de Chile y que se encuentra plenamente vigente, tienen primacía incluso por sobre las normas del derecho interno, según lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Fundamental, que señala en su inciso segundo que: *"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 en la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*. Cabe recordar, en este punto, que el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dispone que *"El régimen de los detenidos,*

sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”.

10º) Que, todavía más, el derecho internacional se ha preocupado por establecer reglas mínimas para el tratamiento de mujeres privadas de libertad y, en particular, para quienes de ellas se encuentren embarazadas, en período de lactancia o al cuidado de hijos menores.

En relación con las medidas de seguridad usadas contra la amparada en las circunstancias ya asentadas arriba, esto es, durante los traslados entre los recintos hospitalarios como durante su permanencia en los mismos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas de Mandela), en particular los artículos 47, 48 y 49, señalan:

“Regla 47

1. Se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor.

2. Otros instrumentos de coerción física sólo podrán ser utilizados cuando la ley los autorice y en los siguientes casos:

a) como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa;

b) por orden del director del establecimiento penitenciario, si han fracasado los demás métodos de control, a fin de impedir que el recluso se lesione a sí mismo o lesione a terceros, o que produzca daños materiales, en cuyos casos el director deberá alertar inmediatamente al médico u otros profesionales de la salud competentes e informar a la autoridad administrativa superior.

Regla 48

Cuando la utilización de instrumentos de coerción física esté autorizada de conformidad con el párrafo 2 de la regla 47 habrán de aplicarse los siguientes principios:

a) emplear instrumentos de coerción física únicamente cuando ninguna otra forma menor de control resulte eficaz frente a los riesgos que entrañaría la libre movilidad;

b) optar por el menos invasivo de los métodos de coerción física que sean necesarios para controlar la movilidad del recluso y que puedan aplicarse razonablemente, en función del nivel y la naturaleza de los riesgos en cuestión;

c) aplicar instrumentos de coerción física únicamente durante el tiempo necesario, y retirarlos lo antes posible una vez que desaparezcan los riesgos planteados por la libre movilidad.

2. No se utilizarán instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.

Regla 49

La administración penitenciaria tratará de utilizar técnicas de control para evitar la necesidad de

imponer instrumentos de coerción física o reducir el carácter invasivo de esos instrumentos, y ofrecerá capacitación en esas técnicas".

11º) Que resulta patente que conforme a la normativa internacional antes reproducida, en particular la sección 2) de la Regla 48, que se repite en la Regla 24 de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), no resultaba admisible en el caso de marras el uso de grilletes en contra de la amparada, atendido que su traslado de urgencia desde la unidad penal a los distintos recintos de salud a [los] que fue conducida, obedeció a su estado de gravidez y a la inminencia de un parto complejo desde el punto de vista médico, constituyendo el uso de grilletes una forma de represión y sujeción y, por ende, de coerción, que resultaba improcedente por la específica norma citada. Aún más, por aplicación de las otras Reglas mencionadas, desde que el empleo de grilletes en las circunstancias ya referidas adquirieron un carácter "degradante", contraviniendo la Regla 47, N° 1, desde que ante la absoluta innecesariedad de esa medida, su único objeto fue el de resaltar la situación procesal de condenada de la amparada frente al personal médico que la atendía, lo que en el contexto ya conocido, resultaba del todo inútil. También se quebranta la Regla 47, N° 2, por cuanto las circunstancias ya comentadas hacían innecesario el uso de grilletes como medida de precaución de la evasión de la amparada durante los traslados de que fue objeto. Asimismo se conculca la Regla 48 en sus letras a), b) y c), dado que el mero acompañamiento de una funcionaria de Gendarmería durante sus traslados en la ambulancia -siempre que ello no dificulte las labores de los profesionales de la salud, o la mera custodia en otro vehículo en su caso-, y la sola vigilancia al exterior de las salas en que fue atendida e intervenida la amparada resultaba ya suficiente para controlar un eventual -, y, cabe insistir, casi inexistente- riesgo de evasión, o la intervención de terceros con ese objeto -si eso era lo que en verdad buscaba precaverse-. Por consiguiente, Gendarmería no empleó la forma de menor control y menos invasiva que resultaba suficiente para manejar la supuesta movilidad de la amparada en la situación particular que padecía.

12º) Que, ahora bien, el Oficio N°202/2015 del 20 de mayo de 2015 de Gendarmería de Chile, que reitera Instrucciones de buen servicio sobre Servicios Hospitalarios y Salidas al Exterior, acompañado a estos autos, al cual se habrían ceñido los funcionarios que actuaron como custodios de la amparada, tampoco se adecuaba a la normativa internacional precitada.

(...)

Dicho instructivo, amén de imponer formalidades que no parecen razonables en circunstancias médicas de urgencia, como una solicitud escrita fundada del facultativo, en el caso de la mujer embarazada privada de libertad, deja a la discreción de los funcionarios de Gendarmería actuantes el uso de medidas de coerción en los momentos anteriores y posteriores a la intervención médica directa, como ocurrió en este caso -durante los traslados y con posterioridad a la evaluación e intervención-, en circunstancias que las reglas 48 de las Reglas de Mandela y 24 de las Reglas de

Bangkok, prohíben su uso, sin necesidad de requerimiento del médico tratante en los momentos anteriores, durante y posteriores al parto.

13º) Que, por otra parte, las actuaciones de Gendarmería antes descritas constituyen un atentado contra el derecho de la amparada a vivir una vida libre de violencia, el que se encuentra garantizado por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –conocida como Convención de Belem Do Pará- suscrita por nuestro país. Dicha Convención trata la violencia contra las mujeres como una violación de sus derechos humanos, como una ofensa a su dignidad y como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; y comprende la violencia que tenga lugar, no solo dentro de la unidad doméstica, sino aquella ejercida fuera del ámbito de la familia, en los lugares educativos, establecimientos de salud o cualquier otro lugar y también, y de especial interés en lo que interesa al presente recurso, aquella derivada del uso del poder del Estado en forma arbitraria (...). En este caso, el Estado ha transgredido su obligación de proteger a la amparada de la violencia ejercida por funcionarios de Gendarmería, al permitir que aquella, que se encontraba en una especial condición de vulnerabilidad, dado su estado de embarazo y su privación de libertad, fuera sometida a tratos vejatorios e indignos, que debieron evitarse.

14º) Que, asimismo, no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta de parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección, en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto -más aún en las difíciles circunstancias de salud y de privación de libertad en que éste se desarrolló-, como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto negativo que una *aplicación no diferenciada* de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer.

Los funcionarios de Gendarmería, como revelan los hechos ya comentados, asimilaron este complejo y único proceso que vive la mujer, al de cualquier intervención quirúrgica a [la] que podría ser sometido un interno privado de libertad, descuidando las especiales características del mismo, así como el atento cuidado que la mujer requiere en esas condiciones, haciendo primar por sobre cualquier otra consideración y, por ende, careciendo de toda proporción, el deber de evitar una eventual evasión o fuga por parte de la amparada, la que, conviene reiterar, en el contexto antedicho resultaba inviable.

De ese modo, lo referido contraviene los compromisos pactados en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer -conocida como CEDAW- suscrita por nuestro país, primer instrumento internacional que recoge el principio mundial para erradicar la

discriminación contra la mujer y que confiere derechos a las mujeres frente al Estado, implicando obligaciones de éstos frente a las ciudadanas. Es importante hacer notar que la CEDAW establece que la discriminación puede presentarse por cualquier distinción o restricción y prohíbe no sólo los actos que tienen la intención de discriminar, sino también aquellos que, aunque no la tuvieren, el resultado de los mismos genera una discriminación. En tal sentido, es útil reseñar lo que ha establecido la Recomendación General N° 25 del Comité de la CEDAW: *"un enfoque jurídico o pragmático puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También debe tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre las mujeres y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias..."*. Y en concordancia con lo anterior, el principio segundo de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección De las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece *"que no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes"*, y en el mismo sentido el principio 5.2 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que *"Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias"*.

En cuanto a la situación de particular cuidado y que demanda especial atención del Estado respecto de los organismos que custodian a las mujeres privadas de libertad, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer, en su artículo 12.2, prescribe que *"los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia"*. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en su artículo 3 (15), refiere que *"las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento, y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los Estados Partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención ofrecen a esas madres y a su hijos"*.

15°) Que, es posible constatar indicios que permiten tener por acreditado que el maltrato recibido por la amparada también encuentra explicación en su pertenencia a una comunidad mapuche, lo que refuerza el origen discriminatorio de las actuaciones de Gendarmería. De otra forma no se explica

el desmesurado y, por ende, desproporcionado operativo de seguridad que, a su salida de la unidad penal para su atención médica en un recinto asistencial, llevó a cabo Gendarmería.

(...)

En este caso se adoptaron medidas de seguridad para el traslado de una interna en razón de su pertenencia a una comunidad mapuche, y que si no concurriera esta cualidad adscrita en la amparada, no se habrían implementado. Estos antecedentes constituyen prueba irrefragable de discriminación, pues no obedecen a la gravedad de los delitos por los que cumple condena, ni a su alto grado de compromiso delictual, ni a indicios o noticias que permitan siquiera sospechar un intento de fuga, sino en forma exclusiva a su etnia de origen.

16°) Que, así las cosas, se estima que en el caso *sub judice* hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo, todo ello en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia. Estas reglas han advertido que la convergencia de múltiples formas de discriminación aumenta el riesgo de que algunas mujeres sean víctimas de discriminación compuesta, por lo cual la entidad recurrida, Gendarmería de Chile, afectó la seguridad personal de la amparada durante la privación de libertad que sufría con motivo del cumplimiento de las penas impuestas y su dignidad como persona, en contravención a la Constitución Política y las leyes, debiendo en consecuencia ser acogida la acción de amparo interpuesta en su favor, adoptándose las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho.

17°) Que, resta expresar que no es obstáculo para hacer lugar a la acción constitucional la circunstancia de que, a la sazón, pudieran haber dejado de existir las medidas descritas precedentemente y que afectaron la seguridad personal de la amparada, porque una acción de este tipo busca *restablecer el imperio del derecho*, lo que comprende la precisión del sentido de los derechos fundamentales, su respeto, el de las garantías que los protegen y la eventual corrección funcionaria, como con tanta precisión lo señalaba el artículo 313 bis del Código de Procedimiento Penal;

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **se revoca** la sentencia apelada de nueve de noviembre de dos mil dieciséis, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción en el Ingreso Corte N° 330-2016 sólo en cuanto rechazó la acción de amparo deducida en favor de L. C. L. y, en su lugar, se declara que **se acoge el recurso** de amparo interpuesto, a fin de dejar establecida la ilegalidad que fundamenta su acogida. Para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la recurrente, se decretan las siguientes medidas:

1. La custodia de la amparada y las medidas de seguridad que se adopten por Gendarmería durante los traslados de aquélla a algún recinto asistencial de salud se efectuarán dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de la Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.
2. Durante dichos traslados, así como durante su permanencia en dichos recintos, su custodia directa será ejercida exclusivamente por personal femenino de Gendarmería de Chile.
3. Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.
4. Gendarmería de Chile deberá remitir copia de los resultados del sumario administrativo que lleva adelante con motivo de estos hechos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, dentro de un plazo no superior a 30 días, además de informar a dicho tribunal sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de los tres puntos precedentes.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

La primera temática digna de destacar dice relación con el motivo por el cual fue rechazado el recurso de amparo por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Concepción: el hecho de haber perdido oportunidad la acción constitucional, ya que al momento de conocer de la misma no existía la afectación actual sobre la amparada (colocación de grilletes antes, durante y después del parto), no existiendo actualmente ningún hecho constitutivo de privación ilegal de libertad personal o amenaza en tal sentido o que afecte la seguridad individual de la amparada.

Sin embargo, y como bien lo señala el fallo de la Excm. Corte Suprema, el hecho de que ya no existan las medidas de seguridad que en su momento se aplicaron a la amparada, no puede constituir un obstáculo para acoger la acción constitucional de amparo, toda vez que este tipo de acción busca restablecer el imperio del derecho, y este restablecimiento comprende, como se señalaba en el artículo 313 bis del Código de Procedimiento Penal, la precisión del sentido de los derechos fundamentales, su respeto, el de las garantías que los protegen y la eventual corrección funcionaria.

Un segundo punto destacable de la sentencia que acoge el recurso de amparo radica en reconocer que el actuar de los agentes estatales de Gendarmería de Chile, a diferencia de lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción, contraviene la normativa nacional e internacional en materia de personas privadas de libertad, particularmente en los casos de mujeres embarazadas que se encuentren privadas de libertad.

En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha señalado cómo debe cumplirse la sanción penal, a partir de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y su Reglamento. En estos instrumentos se enfatiza que se debe cumplir con el mandato constitucional, en orden a que no se le puede privar más que de su libertad, y prohíbe los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Cualquier vejación, que importe la privación de los derechos garantizados por la Constitución y las leyes, se encuentra prohibida, siendo un deber del Estado garantizar estos derechos; y cuando estos son conculcados, el recurso de amparo es la fórmula jurídica más eficiente para que se restablezca el imperio del derecho.

El artículo 15 de la Ley orgánica de Gendarmería de Chile establece que “El personal de gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las Leyes y reglamentos vigentes”. Por otro lado, el Decreto Supremo N° 518 de 1998, que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en su artículo 1° expresa al respecto:

La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá por fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.

En tanto, su artículo 2° señala lo siguiente:

Será principio rector de dicha actividad el antecedente [de] que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a los ciudadanos libres.

Y el artículo 6 del mismo Reglamento prescribe que “Ningún interno será sometido a torturas, a 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”.

Estas normas constituyen un reflejo de lo dispuesto en el derecho internacional de los Derechos Humanos. En particular, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², que dispone, en su punto 1, que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, disposición que también contiene el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, normas que, al estar contenidas en un Tratado Internacional suscrito por el Estado de Chile y que se encuentra plenamente vigente, tienen

2. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

3. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

primacía, incluso por sobre las normas del derecho interno, según lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Fundamental, que señala en su inciso segundo:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que manan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados en la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Este conjunto de normas habrían sido vulneradas. Por otro lado, y continuando con el Derecho Internacional, existen también las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, conocidas como Reglas de Mandela⁴, que el fallo de la Excm. Corte Suprema considera incumplidas por parte de Gendarmería, particularmente aquellas que regulan materias relacionadas con la aplicación de medidas de seguridad a mujeres privadas de libertad y que se encuentren embarazadas (Reglas 47 a 49, referidas íntegramente en los extractos de la sentencia en comentario).

Como tercer punto digno de destacar en el fallo de la Corte Suprema está el reconocimiento de que las actuaciones de Gendarmería de Chile vienen en constituir un atentado contra el derecho de la amparada, y de todas las mujeres, a vivir una vida libre de violencia, derecho garantizado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁵ (Convención de Belem Do Pará), en la que se afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y limita total o parcialmente para la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. En el fallo se reconoce que el Estado chileno ha transgredido su obligación de proteger a la amparada de la violencia que fue ejercida por parte de los funcionarios de Gendarmería de Chile, al ser aquella sometida a tratos vejatorios e indignos a pesar de la especial situación de vulnerabilidad en que se encontraba, dada su condición de persona privada de libertad y embarazada.

Finalmente, destaca del fallo de la Excm. Corte Suprema el reconocer no solo que la actuación de Gendarmería de Chile contraviene la normativa nacional e internacional en materia de personas privadas de libertad, particularmente tratándose de mujeres embarazadas, o que la actuación de los agentes estatales atenta contra el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, sino que concluye que los hechos que afectaron a la amparada constituyen también un acto de discriminación en su condición de mujer, desconociéndose, por parte de los funcionarios de Gendarmería, ese estado de vulnerabilidad, más aun tratándose de una mujer embarazada y de la especial significación que el proceso del parto tiene en la cultura mapuche. Todo esto contraviene los compromisos asumidos

4. Adoptadas por las Naciones Unidas en 1955, reformada el 17 de diciembre de 2015, la versión revisada y aprobada por unanimidad en la 70ª sesión de la Asamblea General de la ONU.

5. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones del 9 de junio de 1994.

por el Estado en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw)⁶.

Concluye señalando, la Corte Suprema, en el considerando 16° del fallo, que se estima que en este caso hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, observándose una confluencia de factores entrecruzados de discriminación, que se potencian e impactan negativamente en la amparada, al haber recibido esta un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche. De esta manera, se puso en riesgo la salud y vida de la amparada, así como la de su hija, contraviniendo la normativa existente en la materia, tanto en el ámbito nacional como internacional, produciéndose así una afectación, por parte de Gendarmería de Chile, a la seguridad personal de la amparada, durante la privación de libertad que sufría, y a su dignidad como persona.

En resumen, podemos concluir que el fallo en comento contiene el reconocimiento de diversos estándares internacionales en materia de derechos humanos, destacando que este no solo hace referencia a la normativa propia de las personas privadas de libertad, sino que menciona normativa específica relativa a las mujeres privadas de libertad (Reglas de Bangkok⁷), profundizando en temáticas como el derecho de las mujeres de vivir una vida libre de violencias (Convención Belem Do Pará) y la eliminación de todas las formas de discriminación que afectan a las mujeres (Cedaw).

6. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

7. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 2010.

8. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica en recurso de amparo en el Caso Cerro Chuño¹

David Bahamondes, Oficina INDH Región del Libertador Bernardo O'Higgins.

ABSTRACT/RESUMEN

La oficina regional del INDH en Arica y Parinacota presenta una acción de amparo constitucional contra la Gobernación Provincial y Carabineros, para detener un desalojo forzoso de personas en Cerro Chuño, zona saturada de polimetales, en la que se procedería a demoler viviendas fiscales. En el recurso se señalan en detalle las obligaciones que tiene la autoridad en este tipo de procedimientos, de acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

La Corte de Apelaciones de Arica decide darle a este recurso la tramitación de una acción constitucional de protección.

En definitiva, el recurso es acogido en contra de la Gobernación, por estimar que se estaba actuando fuera del marco legal que rige a dicha autoridad al ordenar el desalojo de inmuebles fiscales. Además, se estima que esta actuación ilegal importa para los particulares afectados un juzgamiento hecho por un órgano distinto al tribunal señalado por la ley para dirimir estas eventuales controversias.

Palabras clave: desalojo forzoso, bienes nacionales de uso público, bienes fiscales, ocupación ilegal, derecho a la vivienda, derechos económicos, sociales y culturales.

1. Rol 118-2017.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

Entre 1984 y 1989 fueron importados desde Suecia más de 20 000 toneladas de residuos minerales, los cuales, sin que ello estuviera en conocimiento de la población, eran desechos polimetálicos altamente tóxicos. Posteriormente, el Servicio de Vivienda y Urbanismo (Serviu) autorizó la construcción de viviendas sociales en las cercanías de la zona de acopio de los desechos, lo cual, con el paso de los años, provocó graves daños a la salud de miles de personas. La Ley 20590 estableció un programa de intervención. Asimismo, se dispuso la expropiación de las viviendas en el sector, a nombre de Serviu, y la relocalización de sus ocupantes. No obstante, no se procedió a la totalidad de la demolición de las viviendas, por lo que muchas de estas fueron ocupadas posteriormente por personas en situación de vulnerabilidad.

A inicios de 2017, la Gobernación de Arica dispuso el desalojo del lugar y la autorización del uso de la fuerza pública, sin atender a estándares mínimos en materia de desalojo y de relocalización de las personas ocupantes, las cuales eran aproximadamente 1600, incluyendo niñas y niños, personas adultas mayores, personas en situación de discapacidad, personas indígenas y migrantes. Por ello, el 25 de febrero de 2017, el INDH interpuso un recurso de amparo en contra de la Gobernación de Arica y Carabineros, en favor de los ocupantes de las viviendas. La Corte de Apelaciones de Arica lo admitió a trámite como recurso de protección.

El 1 de marzo, mismo día en que se pretendía efectuar el desalojo con un elevado contingente policial, la Corte de Apelaciones de Arica hizo lugar a la solicitud del INDH dando orden de no innovar, con el fin de paralizar acciones de la autoridad hasta que se resolviera el recurso. Finalmente, con fecha 10 de marzo, la Corte de Apelaciones hizo lugar al recurso de protección, si bien los fundamentos de derecho de la sentencia fueron diferentes a los argumentos del INDH: la Corte sostuvo que, no teniendo -los bienes materia de desalojo- el carácter de bienes nacionales de uso público, sino de inmuebles de propiedad de Serviu, era improcedente el desalojo administrativo y la autoridad debía acudir a la vía judicial. Esta decisión, apelada por la Gobernación, fue confirmada por la Corte Suprema con fecha 26 de octubre².

En el recurso, el INDH invocó un conjunto de estándares internacionales que evidenciaban y justificaban la vulneración a los derechos de las personas que serían desalojadas. El INDH recordó que la comunidad internacional ha declarado en repetidas ocasiones que los desalojos forzosos constituyen violaciones graves de los derechos humanos, que vulneran directa e indirectamente todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales consagrados en los instrumentos internacionales, en particular el derecho a una vivienda adecuada. Además, constituyen una violación

2. Rol N° 10.203-2017, sentencia del 26 de octubre de 2017.

de la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegítimas en el domicilio, en particular cuando van acompañados de la reubicación forzosa o la falta de vivienda.

En ese sentido, se recordaron las funciones que desarrollan tanto los Comités u Órganos de Tratados de Naciones Unidas, como los Relatores, en tanto procedimientos especiales del Sistema de Naciones Unidas (SNU) en materia de interpretación de los Tratados. En particular, el INDH recordó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general N° 7 (1997), resaltó que desalojo forzoso es “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos”. Asimismo, el INDH recordó que el respeto por los derechos humanos de las personas es independiente de que en casos como el *sub lite* no fuesen propietarios. Particularmente, en el caso de un Estado que no garantiza el derecho a una vivienda adecuada para todos.

El INDH hizo ver, además, que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su recomendación general N° 30 (2004) sobre la discriminación contra los no ciudadanos, enfatizó que los Estados Partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial debían “garantizar la igualdad en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada a los ciudadanos y los no ciudadanos...”; y que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general N° 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada, ha indicado que, independientemente del tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad que les garantice una protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.

En otro orden, el INDH hizo presente que, en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, los Estados Partes tienen la obligación de conceder a los refugiados el trato más favorable posible en materia de vivienda, y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros (art. 21).

Se resaltó que, aunque los desalojos forzosos son traumáticos para todos, pueden afectar especialmente a niñas y niños, quienes suelen desarrollar síndromes postraumáticos, como pesadillas, ansiedad, apatías y retraimiento, perdiendo, además de sus hogares, acceso a las escuelas y los servicios de salud. Los desalojos y los desplazamientos aumentan el riesgo de separación de la familia, que puede dejar a los niños en una situación de vulnerabilidad ante la trata y otros abusos.

Análogamente, el INDH planteó que las mujeres suelen resultar desproporcionadamente afectadas y se llevan la peor parte de los abusos durante los desalojos forzosos. El desalojo forzoso implica violencia directa e indirecta contra las mujeres, antes, durante y después del mismo. Con frecuencia, las mujeres son objetivos directos de intimidación y acoso psicológico o físico antes del desalojo. El

estrés y la ansiedad, vinculados a la amenaza de desalojo, o el desalojo, afectan particularmente a las mujeres embarazadas. Al respecto, se mencionó, por parte del INDH, la Resolución 2005/25 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra, y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada, en la cual se reafirma que la reubicación y el desalojo forzoso de los hogares y las tierras tienen repercusiones desproporcionadamente graves para la mujer, instando a los gobiernos a encarar esta cuestión y eliminar sus desproporcionadas repercusiones para las mujeres.

Finalmente, el INDH hizo presente que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general N° 7, ha señalado que para que los desalojos estén justificados, estos se deben llevar a cabo:

- a) solo en las circunstancias más excepcionales;
- b) después de que todas las alternativas viables al desalojo, que tengan en cuenta la circunstancia excepcional, se estudien en consulta con la comunidad afectada; y
- c) después de que se ofrezcan garantías procesales a la persona, el grupo o la comunidad.
- d) Los desalojos nunca deben llevarse a cabo de manera discriminatoria o dejar a alguien sin vivienda o expuesto a otras violaciones de los derechos humanos.

Asimismo, se resaltaron las obligaciones del poder público antes de cualquier desalojo:

1. Se deben estudiar todas las alternativas al desalojo siendo este el último recurso.
2. Todos los planes deben incorporar una evaluación del efecto del desalojo.
3. Si son inevitables, los desalojos deben respetar los derechos humanos y las garantías procesales, incluyendo el derecho a ser tratado de manera imparcial, eficiente y eficaz por la administración de justicia, y [el] acceso a un recurso.

Dichas garantías procesales comprenden:

- a) una oportunidad de celebrar consultas auténticas con las personas afectadas;
- b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo;

- c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas;
- d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando este afecte a grupos de personas;
- e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo;
- f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento;
- g) ofrecer recursos jurídicos;
- h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible, a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales. Todas las etapas del proceso deben ser transparentes.

Los medios de comunicación deben poder investigar y cubrir los acontecimientos.

Los desalojos forzosos no deben dar lugar a la falta de vivienda o poner a las personas en situaciones de peligro para la vida o la salud. Se debe proporcionar alojamiento alternativo y sostenible antes de que se lleve a cabo un desalojo.

Los lugares de reubicación deben estar listos antes de que se lleve a cabo el desalojo. Además:

(...) cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 7, 1997).

Cuando el desalojo y la reubicación tengan lugar, se deben adoptar las medidas adecuadas para hacer frente a las necesidades específicas de las personas vulnerables, en particular respecto de los niños y niñas (incluida su escolarización), las personas bajo tratamiento médico (incluido el VIH), las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y las personas de edad. En caso necesario, las personas desalojadas deben tener acceso a servicios psicológicos y sociales. No se debe separar a los miembros de la misma familia extensa.

El INDH resaltó que la argumentación del gobernador se limitaba a invocar las facultades de derecho interno de las que está dotada la Gobernación para llevar adelante el desalojo y la suma de acciones desarrolladas para su consumación, sin atender a los efectos que este tiene a la luz de los derechos

fundamentales, y en el caso *sub lite*, al conjunto de derechos mencionados precedentemente; al no tomar en cuenta dichos derechos, el desalojo discutido en autos, en su diseño y formulación, había devenido en ilegal y arbitrario.

Finalmente, en su solicitud concreta, el INDH insistió en que debía existir un plan de desalojo organizado y debidamente informado a las personas afectadas, con un tiempo razonable para que estas puedan decidir sobre las ofertas planteadas por las autoridades y desarrollar las acciones para que dichas ofertas se implementen, de modo de permitir el traslado de sus enseres sin amenazar su seguridad individual, con la presencia de autoridades y profesionales pertinentes (Sename y Salud) que resguarden la integridad de personas vulnerables (niños, niñas y adolescentes, mujeres y ancianos/as, personas en situación o trámite de refugio) y previendo la relocalización de personas que no podrán acceder a ninguna de las tres medidas propuestas a los afectados, así como su acceso seguro a: i) alimentos esenciales, agua potable y saneamiento; ii) alojamiento básico y vivienda; iii) vestimenta apropiada; y iv) servicios médicos esenciales.

La autoridad recurrida de Carabineros señaló, respecto del desalojo, que la intervención fue motivada única y exclusivamente por el requerimiento de la autoridad del Gobierno Provincial, observando y aplicando en su totalidad los protocolos respectivos, respetando en todo momento los derechos individuales de los pobladores en toma; y que, en el recurso, la recurrente no habría señalado cuáles serían las perturbaciones, privaciones o amenazas a las garantías protegidas por el artículo 20 de la Carta Fundamental, que habrían sido conculcadas por el actuar policial haciendo imposible presentar una adecuada defensa sobre el particular.

El gobernador provincial de Arica, en tanto, expresó, en síntesis, que un hecho no controvertido era que las personas habitantes de los inmuebles del caso eran ocupantes ilegales, situación vulneratoria del derecho de dominio del Fisco de Chile, indicando que podría estar configurándose el delito de usurpación, según el artículo 457 del Código Penal.

El gobernador indicó que, de acuerdo a la legislación vigente, se encontraba obligado a actuar y evitar que las personas amparadas por el recurso de protección interpuesto continuaran permaneciendo en el terreno; ello, en virtud de las facultades legales del gobernador provincial, conforme al artículo 4º, letra h), de la Ley N° 19175, Orgánica Constitucional, sobre Gobierno y Administración Regional.

Agregó el recurrido (circunstancia que no había sido manifestada con anterioridad al recurso) que en la preparación del desalojo se había buscado disponer la mayor cantidad de medios logísticos y personales para proteger la integridad física de los propios ocupantes, incluyendo el hecho de que se preveía la presencia de funcionarias para atender el desalojo en lo que dice relación con mujeres, niños, niñas y adolescentes, la intervención del Sename y Servicio de Salud, con el objeto de

adoptar los procedimientos médicos que resultasen pertinentes y proporcionar asistencia preferencial a mujeres, niños, niñas o adolescentes y adultos mayores.

Adicionalmente, resaltó que correspondía rechazar el recurso de protección, en consideración a que, de la sola lectura de las peticiones formuladas por la recurrente se desprendía que la pretensión era imponer al gobernador provincial de Arica la adopción de medidas regulatorias del procedimiento de desalojo no previstas en la ley.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

QUINTO: Que, en este orden de ideas, en cuanto a la ilegalidad, especie de antijuridicidad, cabe precisar que ella importa contrariedad al texto expreso de la ley, producto de un actuar abusivo o excesivo de un poder jurídico que se detenta. A su vez, la arbitrariedad se refiere a una actuación opuesta a la justicia, atentando contra la razón o bien contra las leyes vigentes y totalmente dominada por su voluntad o bien por su capricho, es decir, se trata de un actuar injusto, antirreglamentario, abusivo, improcedente, inconsistente, insostenible, parcial, prohibido, en síntesis, ilegal.

SEXTO: Que, considerando lo señalado precedentemente, corresponde analizar si la actuación que se reprocha a la recurrida ordenando el desalojo de los bienes fiscales y, en caso de oposición, autorizando el auxilio de la fuerza pública, es ilegal y/o arbitraria. Para ello, debe consignarse, primero, el marco jurídico aplicable en la especie, y luego, si este ha sido contrariado.

DÉCIMO: Que, de las disposiciones legales reseñadas en los tres considerandos que anteceden, se desprende que para efectos de distinguir las atribuciones que le competen al Gobernador para ordenar el desalojo es necesario distinguir, en forma previa, la naturaleza jurídica del bien del Estado, esto es, bien nacional de uso público o bien fiscal.

UNDÉCIMO: Que, de la interpretación literal de la norma contenida en la letra h) del artículo 4 de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, se desprende que la atribución del Gobernador Provincial para efectos de decretar el desalojo dice relación con bienes que poseen el carácter de nacional de uso público, en primer lugar, debido a que si bien aparece que dicha autoridad debe ejercer la vigilancia de los bienes del Estado, circunscribe su atribución especialmente a aquellos que poseen el carácter de bien nacional de uso público y, en segundo lugar, debido a que el segundo párrafo de la norma contiene una oración compuesta de carácter consecutivo, que inicia con el verbo "impedir", seguida de las formular verbales "ocupación" ilegal o "empleo" ilegítimo, y finalizada con el calificativo de carácter especificativo "uso común", respecto del sujeto implícito (bien del Estado), lo cual se encuentra en armonía con lo previsto en el artículo 589 del Código Civil, en orden a definir los bienes nacionales de uso público como aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación.

DÉCIMOCUARTO: Que, atendido el marco jurídico reseñado en síntesis en los considerandos séptimo a duodécimo, aparece que la decisión del Gobernador Provincial de Arica, en orden a decretar el desalojo de los inmuebles fiscales resulta ilegal, pues aparece un hecho pacífico que los inmuebles, cuya restitución se ha solicitado, poseen la naturaleza jurídica de bien fiscal, debiendo proceder, en cuanto a su restitución, conforme lo previene el artículo 19 del Decreto Ley N° 1939, de 1976, que fija Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, y, en consecuencia, el Gobernador se encontraba impedido de ejercer la atribución contenida en la letra h) del inciso segundo, del artículo 4 de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, más aún cuando, implícitamente se funda en la atribución derogada del artículo 26 letra f) del DFL N° 22, de 1959, del Ministerio de Hacienda, conforme a lo razonado en el motivo octavo.

En efecto, aceptar la tesis de la recurrida significaría que lo dispuesto en el artículo 19 del citado decreto ley carezca de sentido, siendo letra muerta, puesto que el Gobernador tendría facultades para resolver, por sí y ante sí, el desalojo de un bien fiscal, tanto si se trata de la toma ilegal de una calle, carretera, como de una casa u otra situación cualquiera.

DÉCIMOQUINTO: Que, el hecho ilegal atribuido al Gobernador Provincial importa para los particulares un juzgamiento por un órgano distinto del tribunal que señala la ley para dirimir una controversia, vulnerándose de este modo la garantía constitucional consagrada en el inciso quinto del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, de modo tal que la presente acción será acogida. A mayor abundamiento, la decisión planteada, sin interponer las acciones legales que el propio decreto ley N° 1939 establece u otras que estimen pertinentes, ejerciéndose, consecencialmente, una potestad que no se encuentra prevista para la situación denunciada en autos, trae como consecuencia que se ha adjudicado para sí funciones jurisdiccionales recurriendo a la autotutela, la que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, ello sin perjuicio de extralimitarse en la mismas conforme lo previenen los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Garantías Constitucionales, se resuelve: Que se acoge el recurso de protección interpuesto por el letrado Jefe Regional del Instituto Nacional de Derechos Humanos, don David Bahamondes González, a favor de los recurrentes ya individualizados, solo en cuanto se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 39, de 22 de febrero de 2017, del Gobernador Provincial de Arica, debiendo, en consecuencia, la autoridad administrativa, ejercer las acciones civiles respectivas a fin de obtener la recuperación de los inmuebles fiscales del Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de Arica y Parinacota, localizados en el sector denominado Villa El Solar, Cerro Chuño, de esta ciudad.

COMENTARIOS Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

Como puede apreciarse, el esfuerzo argumentativo del recurso de amparo presentado por el INDH se centró primeramente en invocar el riesgo para la vida y la integridad de las personas afectadas por la medida de desalojo, estimada como ilegal y arbitraria, entendiendo que en tales condiciones este procedimiento no cautelaba adecuadamente dichos derechos.

Posteriormente, cuando el recurso fue acogido a trámite por parte de la Corte de Apelaciones de Arica, pero reconvertido a recurso de protección, además de los derechos fundamentales originalmente invocados, se resaltó el reconocimiento, a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del derecho a la vivienda y su conexión con la dignidad humana, principio y valor constitucional fundante de todos los derechos humanos cautelados por la Constitución.

En ese marco, se resaltó qué es lo que constituye un desalojo forzoso desde la perspectiva del DIDH, destacándose que la ausencia de atención por parte de la autoridad a las obligaciones que ellas tienen en el marco de este tipo de procedimientos, importaba, en definitiva, un acto ilegal y arbitrario, susceptible de ser enmendado por la vía de este recurso.

Sin perjuicio de que estos derechos invocados por el INDH como fundamento del recurso fueron adecuadamente mencionados en los considerandos de la sentencia, es preciso destacar que, al hacer lugar al recurso, la Corte se decantó por una vía específica, cual fue la de estimar que el actuar del gobernador vulneraba el artículo 19 N° 3° de la Constitución, que “asegura a todas las personas (...) igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” y en particular el derecho a “no ser juzgado (...) sino por el tribunal que señalare la ley”.

Así, llama la atención que, a pesar del profuso marco de estándares internacionales que fueron incorporados al debate jurídico, la argumentación del Tribunal se concentró casi exclusivamente en la ilegalidad formal del acto administrativo de desalojo, a la luz de la normativa interna, por cuanto este no se había dictado por la autoridad jurisdiccional competente.

En ese marco, la Corte de Apelaciones aludió a uno de los aspectos mencionados por el INDH, esto es, la vulneración de las garantías procesales y de fondo de las personas afectadas por la medida de desalojo, pues entendió que la ilegalidad del actuar de la Gobernación Provincial redundaba, desde el punto de vista de las personas recurridas, en que a su respecto se estaba vulnerando el artículo 19, N° 3, de la Constitución (igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos), particularmente en relación a su inciso cuarto, que dispone que “nadie será juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

Segunda parte

Acciones Penales

9. Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas por el delito de trata de personas con fines de explotación laboral en perjuicio de niñas ecuatorianas¹

Alexis Aguirre, Unidad Jurídica y Judicial

ABSTRACT/RESUMEN

Se analiza sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, que condena a un ciudadano extranjero de la etnia otavaleña, en su calidad de autor de delito consumado de trata impropia de personas con fines de explotación laboral (artículo 411 quáter del Código Penal), en contra de dos niñas de la misma nacionalidad y etnia. Además, se absuelve por el referido hecho a la cónyuge del condenado; y respecto de una segunda imputación por distintos hechos y por el mismo tipo penal, en contra de los mismos imputados y en perjuicio de una niña de 13 años, se absuelve a los dos imputados.

Se trata de la primera condena en juicio oral por este tipo penal específico, estableciéndose el alcance y contenido de la expresión “prestación de trabajos o servicios forzados”, incorporando como elemento interpretativo del tipo obligaciones específicas de instrumentos internacionales relativos al trabajo forzado de niños, niñas y adolescentes. Además, se descarta el derecho de las personas indígenas a mantener sus costumbres o derecho consuetudinario cuando estas vulneran derechos fundamentales, en armonía con el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT, en específico, respecto a vulneraciones laborales en perjuicio de niñas, niños y adolescentes.

Palabras clave: trata impropia, situación de vulnerabilidad, protección integral de la infancia, explotación, peores formas de trabajo infantil, límites de la costumbre indígena, relativismo cultural.

1. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, causa RIT: 113-2015, RUC: 1300269504-3, 31 de diciembre de 2016.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

Cabe hacer presente que en este caso el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dictó inicialmente sentencia absolutoria respecto a todos los cargos formulados a los acusados, sentencia en contra de la cual se interpuso recurso de nulidad por parte del Ministerio Público, el Ministerio del Interior y el INDH. Conociendo del recurso de nulidad, la ltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas anuló la sentencia absolutoria, en virtud de que los sentenciadores no valoraron adecuadamente un peritaje antropológico, lo que tuvo influencia sustancial en dicha sentencia, dejando sin efecto la sentencia definitiva y el juicio, debiendo procederse a la realización de un nuevo juicio.

En un segundo juicio y en relación a los presupuestos fácticos de los títulos inculpativos, el INDH adhirió a la acusación fiscal, de la cual se resumen los siguientes hechos:

Hecho 1: Durante el mes de agosto del año 2012, los imputados, a fin de trasladar a las menores de nacionalidad ecuatoriana de iniciales N. M. A. M. y su hermana de iniciales J. M. A. M., de entonces 14 y 17 años de edad, respectivamente, desde la ciudad de Otavalo, República del Ecuador, hasta Chile, específicamente a la ciudad de Punta Arenas, contactaron a su cuñada y hermana, respectivamente, quien reside en la misma ciudad de Otavalo, con el objeto de que captara a las niñas antes referidas y luego coordinar con esta el traslado de las menores, financiando los pasajes aéreos, tramitando pasaportes y visa en calidad de turistas de las niñas, así como también se obtuvo el permiso de los padres de las niñas, abusando de su precaria condición social, económica y cultural, bajo la promesa de una mejor vida para las niñas en Chile, quienes ejercerían un trabajo como empleadas por una remuneración mensual a cada una de ellas de 180 dólares norteamericanos, llegando las niñas a Santiago de Chile, desde la República de Ecuador, el 29 de agosto del año 2012, quienes viajaron acompañadas de un adulto responsable, esto es, su hermano mayor de 19 años de edad; en el aeropuerto de Santiago fueron recibidos por la imputada. Posteriormente, el hermano de las niñas, rápidamente volvió a Ecuador dejando a estas con los imputados, quienes las acogieron y recibieron en la ciudad de Santiago, para luego, en el mes de octubre de 2012, trasladarlas a Punta Arenas viajando con ellas en el mismo vuelo; en ese lugar, igualmente las acogieron y recibieron hasta el día 15 de marzo de 2013, obligándolas durante ese período a trabajar sin pagarles remuneración alguna y prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad en que las niñas se encontraban en ese momento, toda vez que las menores estaban al cuidado del imputado, dado que no tenían familiares directos que las protegiesen, manteniéndolas con restricción de comunicación a terceros, con restricción de aseo y cuidado personal y sin enviarlas a colegio alguno, además de que pertenecían a una zona rural e indígena de la República del Ecuador.

Las actividades que las niñas estaban obligadas a realizar consistían en tejer, artesanal y manualmente, gorros de lana, debiendo cumplir con la cantidad de 10 unidades diarias, de lo contrario no podían irse a descansar; vender los mismos productos de artesanía que elaboraban personalmente, y otros

productos entregados por el imputado, de manera ambulante, en la Plaza de Armas de Punta Arenas, en el centro de esta ciudad y en el sector de la Zona Franca de la misma; levantarse a tempranas horas de la madrugada, esto es a las 05:00 h a. m. aproximadamente, a fin de realizar labores domésticas previas al cumplimiento de su función como vendedoras ambulantes y tejedoras, lavando trastos, ropa, y cocinando, entre otras labores, sirviendo a todos los habitantes de esa casa. Dichos trabajos fueron impuestos por los imputados a las niñas, abusando así de su vulnerabilidad social, económica, y del desarraigo familiar en que estas se encontraban en Punta Arenas.

Hecho 2: Durante los primeros meses del año 2012, los imputados, a fin de trasladar a la menor de nacionalidad ecuatoriana, de iniciales Ñ. S. R. F., de entonces 13 años de edad, desde la ciudad de Otavalo, República del Ecuador, hasta Chile, específicamente a la ciudad de Punta Arenas, quien pertenecía a una zona rural e indígena de Ecuador, contactaron a su cuñada y hermana, respectivamente, con el objeto de que ella captara a la menor ya referida a fin de coordinar con esta su traslado a Chile, para lo cual obtuvieron el permiso de los padres de la niña abusando de su precaria condición social, económica y cultural, manifestándoles a estos que viajaría a Chile por turismo y vacaciones por 30 días.

Para ello, los imputados financiaron los pasajes, desde la República del Ecuador a Chile, del padre de la niña, quien vendría a trabajar con el imputado. Ambos imputados viajaron a Ecuador para trasladar a la niña y su padre desde Quito, y llegaron los tres en el mismo vuelo a Santiago de Chile el día 04 de mayo de 2012. Ambos imputados los acogieron en esta última ciudad para luego, el 03 de octubre de 2012, trasladarlos, a la niña y su padre, financiando sus pasajes en avión, hasta la ciudad de Punta Arenas. Allí, los imputados los acogieron, recibieron y mantuvieron en su domicilio, y dejaron a la niña con su padre. Los imputados obligaron a la niña a trabajar en esta ciudad sin pagarle remuneración alguna y prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad en que aquella se encontraba en ese momento, desarraigada familiarmente, toda vez que la menor estaba al cuidado del imputado, dado que no tenía familiares directos en la zona, quien la mantuvo con restricción de comunicación a terceros, restricción de aseo y cuidado personal y sin enviarla a colegio alguno. Las actividades que la niña estaba obligada -por los imputados- a realizar consistían en tejer, artesanal y manualmente, gorros de lana, debiendo cumplir con la cantidad de 10 unidades diarias, de lo contrario no podían irse a descansar; levantarse a tempranas horas de la madrugada, esto es a las 05:00 h a. m., aproximadamente, a fin de realizar labores domésticas previas al cumplimiento de su función como tejedoras, lavando trastos, ropa, cocinando, entre otras labores, sirviendo a todos los habitantes de esa casa; y además, le impusieron la tarea de cuidar a la hija menor de los imputados, hasta el día 16 de marzo de 2013, momento en que la niña víctima fue encontrada por la PDI, ya que estaba escondida por los imputados en un furgón de propiedad de uno de ellos.

Posiciones jurídicas invocadas por el INDH y por la Defensa de los acusados

Posición jurídica del INDH

A juicio del INDH, los querellantes y Ministerio Público, los hechos antes transcritos fueron constitutivos de delitos consumados de trata de personas menores de edad con fines de trabajos forzados, servidumbres, esclavitud o prácticas análogas, ilícito previsto en el artículo 411 quáter, incisos 1° y 2° del Código Penal, cometido en carácter de reiterado y en el que a los acusados les ha correspondido participación en calidad de autores.

Para el INDH, la normativa internacional impone obligaciones al Estado de Chile, principalmente las de investigar y sancionar las conductas de trata de personas con fines de explotación laboral, que afectan en este caso a víctimas que se encuentran en una evidente situación de vulnerabilidad y que facilitan la comisión del delito. En este sentido, el artículo 19 de la CADH obliga al Estado a adoptar medidas especiales de protección en favor de la infancia, contenidas tanto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como en otros instrumentos que forman parte de un mismo *corpus iuris*.

En este sentido, el artículo 32 de la CDN reconoce el derecho del niño o niña a la protección “contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”. Esa misma disposición señala en su numeral 2° que, entre otras obligaciones para el Estado Parte, existe la de estipular “las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.

El Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, aprobado en 1999 y ratificado por Chile en 2000, también forma parte del *corpus iuris* de protección actual de la infancia, y especifica de manera mucho más detallada los mismos criterios centrales del artículo 32 de la CDN. En su preámbulo se señala lo siguiente:

La eliminación efectiva de las peores formas de trabajo infantil requiere una acción inmediata y general que tenga en cuenta la importancia de la educación básica gratuita y la necesidad de librar de todas esas formas de trabajo a los niños afectados y asegurar su rehabilitación y su inserción social al mismo tiempo que se atiende a las necesidades de sus familias.

En estas peores formas se incluyen:

(...) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.

El Convenio precitado va más allá que la CDN en cuanto a señalar que, dentro del conjunto de formas de trabajo nocivo para las personas menores de 18 años de edad, la prioridad absoluta a efectos de movilizar recursos para la abolición de esas formas de trabajo está dada por estas “peores formas”, que incluyen toda forma de esclavización, prácticas análogas a ella y el trabajo forzoso.

Por último, el Convenio 169 de la OIT señala de manera categórica que las prácticas culturales de una etnia o religión no pueden apartarse de plano de lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos. Incluso, en los mismos tratados de derechos humanos que abordan los derechos de los pueblos indígenas se establece que “[l]os Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 34).

El numeral 2 del artículo 8 del Convenio 169 señala:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Posición jurídica de la Defensa

La Defensa indicó que los hechos contenidos en la acusación no son ciertos, invitando al Tribunal a valorar el artículo 341 del Código Procesal Penal, en lo relativo al principio de congruencia, preguntándose cuáles de los presupuestos fácticos indicados en la acusación configuran el título inculpativo.

Indicó que circunstancias como no ir a la escuela o pasar hambre no se vinculan directamente con la trata de personas y que la explotación o el ánimo indebido de aprovechamiento de las víctimas no está expresado en la acusación.

Expresó que, según la historia fidedigna del establecimiento de la ley, se consideró como situaciones de trata de personas aquellos casos en que las personas no hablen el mismo idioma, que se les encierre, se les quiten los documentos de identidad, los cuales no aparecen contenidos en la acusación, y no son ciertos.

Hizo presente que el pago se efectuaría una vez que las niñas volvieran a Ecuador, concretando una aspiración de su cultura, que es llevar la riqueza de vuelta a su comunidad, siendo el ideal de los

otavaleños la dedicación al comercio; precisamente, una de las niñas había trabajado anteriormente en Colombia y Venezuela. Concluyó que no se puede hablar en este caso de una situación de esclavitud en la que el sujeto no es tratado como ser humano, ni tampoco de servidumbre.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

En relación al fallo condenatorio respecto al Hecho 1:

VIGÉSIMO: Que, los hechos que se han tenido por establecidos en el fundamento decimocuarto y acreditados precedentemente son constitutivos del delito consumado de trata de personas con fines de trabajos forzados, ilícito previsto y sancionado en el artículo 411 quáter inciso segundo del Código Penal, antes transcrito y cuyos antecedentes legislativos ya se relacionaron en el motivo undécimo anterior.

De tal forma, si bien la captación de las niñas en Ecuador es obra de un tercero no imputado en la causa, hermana de la acusada y cuñada del acusado, este último incurrió en las conductas de traslado a Punta Arenas y acogimiento de las niñas en esta ciudad.

A ambas les dijo que debían venir a Punta Arenas y ellas sabían que, a trabajar, pues ya habían estado realizando labores de vendedoras ambulantes para él en fiestas costumbristas de nuestro país, a saber, Santa Rosa y la Pampilla, festividad la primera que coincide con la fecha de su llegada a Chile y la segunda con su posterior traslado a Punta Arenas.

Quedó acreditado, además, que la adquisición de esos pasajes fue de cargo del acusado, quien proporcionó su *email* y número de teléfono celular a la línea área donde los adquirió.

Entonces, las niñas se encontraron en una situación de no poder negarse a su traslado a esta ciudad, debido a su falta de recursos para poder regresar a su país, y si bien pensaron que las cosas iban a mejorar acá, según lo declararon al psicólogo Margoni, la situación de vulnerabilidad se terminó por configurar en atención a no tener a esa fecha familiares en Chile, pertenecer a una minoría étnica extranjera, llegar a un país y particularmente a una ciudad lejanas del suyo y, según lo dijo el profesional antes mencionado, a que J. M. A. M le manifestó que privilegiaron el techo y la comida que les daba. De tal forma, se evidencia como medios comisivos del delito en cuestión el aprovechamiento, por parte del acusado, de una situación de vulnerabilidad.

(...) Acreditado que no recibieron contraprestación en dinero por sus trabajos y habiéndose generado en ellas la expectativa de recibir un sueldo mensual de 150 o 180 dólares, existe una evidente vulneración a un derecho fundamental de las niñas, cual es [el de] recibir una remuneración justa

por el trabajo realizado, el que le fue negado en todo momento en su permanencia en Chile por el acusado aduciendo su defensa la existencia de un pacto con sus padres para pagar todo el dinero en Ecuador al cabo de un año; y aunque se le preguntó al perito antropólogo sobre la posibilidad [de] que tal pacto se relacionara con su afirmación de que los recursos son enviados al país de origen, ya que ahí el capital económico se convierte en simbólico, en prestigio, este manifestó que pudiese serlo o no, cuestión que se descarta, pues tal afirmación la pronunció en el contexto de ilustrar las actividades formativas laborales de los otavaleños; que respecto de las niñas, el mismo perito descartó en el presente caso que las hayan realizado en dicho carácter.

Sin perjuicio de lo anterior, basta para descartar la licitud de tal estipulación, en el evento de poder estimarse una costumbre, lo dispuesto en el artículo 8, numerales 1 y 2 del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, contenido en el Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 14 de octubre de 2008, y que dispone:

Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos en el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

De tal forma que, gozando de reconocimiento constitucional e internacional el derecho a obtener una retribución justa por el trabajo realizado, ningún efecto exculpatario puede producir tal acuerdo, máxime si se acreditó, según oficio de la Gobernación Provincial de Magallanes, que el acusado tiene residencia permanente en Chile desde el año 2002, por lo que algún conocimiento de la normativa laboral vigente en nuestro país podía serle exigible.

De otra parte, la incomunicación que afectó a las niñas deriva primeramente de la falta de familiares en este país, careciendo de algún referente proteccional como en el caso de Ñ. S. R. F. y enseguida de la ausencia de comunicaciones con ellos; las tres veces que sus padres refirieron haberse contactado con las niñas fueron en un período de 3 meses, y no obstante que J. M. A. M. había salido antes de su país a trabajar y que el día de la develación N. M. A. M. portaba un teléfono, la falta de dinero que ambas señalaron debió impedirles de manera frecuente poder utilizar medios de comunicación.

Ahora bien, el aislamiento antes aludido no se relaciona con el encierro o la prohibición de salida del hogar, cuestiones por cierto no probadas, sino con el hecho de su permanencia en esta ciudad, la que, por su ubicación, lejana del resto del territorio del país, impide un traslado expedito que no sea la vía área, posibilidad a la que las niñas no iban poder acceder por su falta de recursos y su residencia irregular en el país, de conformidad a lo que informó la misma Gobernación Provincial.

VIGÉSIMO PRIMERO: (...) Ahora, si bien la actividad ideal de los otavaleños es la dedicación al comercio para alcanzar status social, convertirse en mindalae, el perito antropólogo descartó que el trabajo de las niñas en Chile tuviera algún componente formativo laboral en consideración a las condiciones como desarrollaron sus labores.

Por su parte la argumentación de que las niñas no están afectadas psicológicamente por los hechos, en razón de su situación actual, no desvirtúa el acaecimiento de los hechos de la manera que resultaron probados.

En relación al fallo absolutorio respecto a la segunda acusada por el Hecho 1:

VIGÉSIMO SEGUNDO: A su vez, N. M. A. M., ninguna imputación expresa le hace en su declaración, que no sea que trabajó con ella, y de la restante prueba recibida se advierte que el poder decisorio sobre el traslado y el control del trabajo de las niñas se encontraba radicado en el acusado. Así, el perito señala que las niñas, al ser entrevistadas, identifican como su agresor al acusado, condición que por falta de antecedentes no la pudo concluir de su cónyuge, señalando que [en] la dependencia no la encontró con ella.

Además, teniendo en consideración que ambos acusados pertenecen a la etnia otavaleña y se encuentran casados desde el 16 de noviembre de 1996 según la inscripción matrimonial acompañada, puede comprenderse ese poder a partir de lo que señaló la asistente social, Sandra Chicaiza, acerca [de] que en las comunidades indígenas la situación de que el jefe de familia dé órdenes es prevalente, y si bien llevan largo tiempo viviendo en Chile, la misma prueba recibida confirma que los actos decisoriales son del acusado: a saber, celebra los contratos de arriendo, los vehículos están inscritos a su nombre, compra los pasajes aéreos; y si bien podrá argumentarse, de contrario, que ejerce una actividad separada de su marido al tributar en el giro de comercio al por menor de artículos típicos, según la información proporcionada por el SII, y que es titular de diversas cuentas en 2 bancos de la plaza, lo cierto es que se ha podido apreciar que las actividades comerciales las desarrolla en conjunto con su cónyuge, acudiendo a las mismas celebraciones en el Norte o residiendo juntos en Santiago.

En relación al fallo absolutorio por el Hecho 2:

DUODÉCIMO: Que, primeramente, habiendo permanecido la niña Ñ. S. R. F. por más de diez meses en dos domicilios que los acusados mantienen en Chile, donde en compañía de su padre y con conocimiento de este, según manifestó, realizó las actividades domésticas de cocina y aseo para los imputados y su grupo familiar y el cuidado de una niña menor que ella, no puede entenderse concurrente la conducta típica de acogimiento a partir de su estadía por más de 4 meses en la ciudad de Santiago y su traslado posterior a Punta Arenas, donde permaneció hasta su regreso a Ecuador,

toda vez que el perito antropólogo, al ser concontrinterrogado por la defensa, estableció que el caso de Ñ. S. R. F. era distinto al de las otras dos niñas, ya que su voluntad era originalmente realizar actividades de apoyo familiar, impresionándole que el concepto de “ayuda familiar” funcionaba bien en su caso.

(...) A lo anterior ha de agregarse que las supuestas conductas típicas de acogimiento y traslado debían tener por objetivo los trabajos forzados de Ñ. S. R. F., expresión similar a trabajo forzoso u obligatorio contemplado en el artículo 2.1 del Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930, que para los efectos previstos en ese instrumento designa “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

A su vez, el artículo 8 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 3 a), señala que nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

Por su parte, el Decreto 1447 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 17 de noviembre de 2000, promulgó el Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, el cual, en su artículo 3, señala que para los efectos de ese instrumento la expresión “las peores formas de trabajo infantil abarca: a) todas las formas de esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio...”.

Igualmente, el Decreto 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 16 de febrero de 2005, promulgó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; este último, en su artículo 3, letra c), señala que la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación (entre las que incluye los trabajos o servicios forzados) se considerará “trata de personas”, incluso cuando no se encuentra ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo, los que aparecen referidos en términos similares en el artículo 411 quáter del Código Penal, siendo el citado protocolo fuente directa de la Ley 20507 de 2011, que incorporó dicho artículo a nuestra legislación.

La normativa internacional antes expuesta utiliza el concepto de trabajo forzado, pero para su penalización se requiere el dolo de forzar a la persona para la realización de los trabajos, forzamiento caracterizado, con ocasión del delito en comento, en las diferencias idiomáticas entre captor y víctima, la retención de sus documentos personales, la imposibilidad de comunicación con terceros, el trabajo sin pausa, la falta de pago y su aislamiento o reclusión, aspectos todos considerados en la historia fidedigna del establecimiento de la ley para dirimir entre la ocurrencia de explotación laboral y la trata de personas en la modalidad de trabajos forzados.

No pudiendo obviar que la niña Ñ. S. R. F. realizó las labores ya mencionadas para los imputados, sin recibir pago, los hechos reveladores o indiciarios de trata antes expuestos no concurren de manera que permitan entender la comisión de dicho ilícito; a saber, no existía la diferencia idiomática entre los acusados y la niña, de hecho, compartían la misma etnia de origen; la reclusión en el domicilio no resultó explicitada en la acusación, ni menos probada por alguna diligencia idónea para establecerla; la niña mantuvo comunicación con su padre y esporádicamente con su madre, debiendo considerarse que en su estadía en el hogar proteccional tuvo la posibilidad real de comunicarse con ella y, en casi dos meses, no lo hizo; sostener que las jornadas de trabajo de la niña eran sin pausa, en los términos horarios expuestos en la acusación, por 10 meses, debiera haber provocado en la menor alguna secuela física de mayor entidad que la erosión en la muñeca de su mano derecha, que señala su ficha clínica, no obstante lo cual, la directora del Hogar, a su ingreso, nada refirió que no fuere que se encontraba desaseada, habiéndosele practicado controles médicos de cuyos resultados no hubo constancia en la causa.

De tal forma, y con base [en] lo que se ha venido diciendo, es posible concluir que en el caso de la niña Ñ. S. R. F. se configuró una situación de trabajo infantil no formativo por parte de los imputados, reprochable de conformidad a la normativa internacional y nacional, en particular a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la normativa del Capítulo II del Título I Del Libro I del Código del Trabajo, mas no constitutivo del delito de trata impropia de personas, por lo que deberá absolverse a los acusados de la imputación fiscal en lo que a este hecho se refiere.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

El fallo condenatorio refiere a una condena por el delito de trata de personas impropia, del inciso segundo del artículo 411 quáter del Código Penal, un tipo de trata de personas que tiene como víctimas a menores de edad y "que se configura exclusivamente con la constatación de que un menor de edad ha sido captado, trasladado, recibido o acogido para su explotación sexual, la realización de trabajos forzados, servidumbre o esclavitud o la extracción de sus órganos"². En este sentido, el tipo de trata de personas impropia no requiere, para doblegar la voluntad de la víctima, la concurrencia de las formas establecidas en el inciso primero del artículo 411 quáter, es decir, la utilización de violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios, para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

2. Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Edit. Thomson Reuters, Tomo I, pág. 268.

Ahora bien, como veremos a continuación, tanto en el caso analizado -trata de niñas- como en otros presupuestos fácticos, la consideración de aprovechamiento de condiciones de vulnerabilidad o dependencia de la víctima sí resultan relevantes para poder sostener que la finalidad de los autores fue la de “trabajos o servicios forzosos”, cuestión distinta a sostener la exigencia de estas consideraciones para doblegar la voluntad de la víctima, conforme al inciso 1 del artículo 411 quáter.

La Convención sobre el Trabajo Forzoso, de 1930, define trabajos forzosos como aquellos “exigidos a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”, entendida la expresión “cualquier pena” como toda forma de pena estatal y como cualquier tipo de privación de derechos en relación a condiciones laborales. Es decir, este concepto no solo admite la falta de voluntariedad en la realización de los trabajos, sino que contempla la nula posibilidad que tienes ciertos individuos a no aceptar determinadas condiciones laborales, cuando se trata de sujetos de especial protección, por encontrarse en singulares posiciones de vulnerabilidad, como es el caso de las niñas de origen Otavaleño que fueron víctimas de este delito.

En este contexto, no resulta indiferente que el fallo haga mención al Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil, que establece, en su art. 3, que estas “peores formas”, a lo menos, abarcan: “a) todas las formas de esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio...”, ya que la consideración de la condición de niñas de las víctimas, no resulta irrelevante, ya que ciertas formas de explotación atípicas para el Derecho Penal hay que valorarlas en virtud de las Obligaciones del Estado que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y el Convenio 182 de la OIT sobre Peores Formas de Trabajo Infantil.

Los instrumentos antes mencionados forman parte, según ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de un mismo *corpus iuris* para la protección de la infancia, que, por vía del artículo 5 de la Constitución Política, forman también parte del ordenamiento interno y que contienen definiciones que permiten interpretar el tipo penal que se comenta³.

3. A partir de la sentencia de fondo del caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 1999), la Corte sienta las bases de lo que denomina como doctrina del *corpus iuris*, al señalar en el párrafo 194 que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños, que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.

Posteriormente, la Corte tuvo ocasión de desarrollar en mayor detalle esta doctrina, en la Opinión Consultiva 17/2002 sobre “Condición jurídica y derechos humanos de la infancia”. En ese instrumento, la Corte recuerda, citando opiniones previas, que ya ha dado por establecido que dicho tribunal “podría ‘abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano’, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección” (párrafo 22). A continuación se refiere al caso “Niños de la calle”, señalando que “[e]n aquel caso, el Tribunal destacó la existencia de un ‘muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños’ (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana), que debe ser utilizado como

En la sentencia condenatoria se establece que fueron infringidos diversos derechos laborales constitutivos de trabajos forzados, al considerar el abuso de la particular posición de vulnerabilidad en que se encontraban las víctimas, específicamente, al tener en consideración que las niñas se encontraban en un país lejano, sin familiares que las pudieran acoger, que pertenecían a una minoría étnica, que se vulneró el derecho a recibir una remuneración justa por el trabajo realizado al no recibir pago alguno por los servicios prestados, al hecho de que las niñas permanecieron en una permanente incomunicación con sus padres y respecto a que se encontraban imposibilitadas de desplazarse sin inconvenientes por alguna frontera, dada la condición de irregularidad migratoria en la cual se encontraban.

Por otra parte, resulta absolutamente relevante que en la valoración de las infracciones laborales que perjudicaron a las niñas y que permitieron configurar -dada su particular situación de vulnerabilidad- la existencia de trabajo forzoso, no se consideró por el tribunal las alegaciones de la defensa en el sentido que respecto de la infracción de ciertas obligaciones no concurría ilicitud -como la de recibir una remuneración justa por el trabajo-, ya que estas situaciones se encontraban amparadas en la costumbre de la etnia otavaleña. El fallo descarta la licitud de esta infracción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8, numerales 1 y 2 del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, que dispone:

Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos en el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

De tal forma que al ser un Derecho Fundamental el obtener una retribución justa por el trabajo realizado, ningún efecto liberatorio de responsabilidad podría producir el acuerdo postulado por la defensa, en el sentido que el pago se realizaría al regreso de las niñas a Otavalo y en la alegación de que en la costumbre otavaleña el pago no resulta lo relevante, sino que en su ideal de dedicación al comercio, el dinero se transforma en una cuestión simbólica, en prestigio. Además, esta alegación fue doblemente descartada al valorarse el peritaje antropológico, en el sentido de que las actividades desplegadas por las niñas no se realizaron en el contexto de actividades formativas propias de la etnia.

fuelle de derecho por el Tribunal para establecer 'el contenido y los alcances' de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las 'medidas de protección' a las que se hace referencia en el mencionado precepto" (párrafo 24).

Con posterioridad, la Corte IDH ha seguido dando aplicación a esta doctrina en diversas sentencias, entre ellas, la del caso Walter Bulacio vs. Argentina (2003), Instituto de Reeducción del Menor "Panchito López" vs. Paraguay (2004), y Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012), entre otras.

En relación a la absolución por el segundo hecho, el Tribunal -equivocadamente a nuestro juicio- establece que no se configuró captación con dolo para someter a trabajos forzados, por tres razonamientos absolutamente erróneos al no considerar que la niña se encontraba en una particular situación de abuso debido a su consideración de vulnerabilidad: Primero, el fallo hace referencia a que la actividad habría sido consentida por parte de la niña, lo que resulta absolutamente irrelevante frente a la existencia de trabajos forzados -la trata de personas impropia consiste precisamente en prescindir de elementos como el engaño, que vician el consentimiento-.

Segundo: la sentencia establece que no se dieron una pluralidad de elementos indiciarios de trabajos forzosos según la normativa internacional, que requiere del dolo de forzar a la persona para la realización de los trabajos, forzamiento caracterizado, con ocasión del delito en comento, en las diferencias idiomáticas entre captor y víctima, la retención de sus documentos personales, la imposibilidad de comunicación con terceros, el trabajo sin pausa, la falta de pago y su aislamiento o reclusión. Sin embargo, a nuestro juicio, el límite entre una mera infracción de carácter laboral y el trabajo forzado en niñas, niños o adolescentes no requiere de la concurrencia de dos o más circunstancias indiciarias de trabajos forzosos, sino que, en el caso de víctimas menores de edad, la concurrencia de una sola de estas circunstancias permite la construcción de trabajos forzados, debido a la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentra una niña migrante. El solo hecho de no haber recibido un pago por los servicios prestados, sumado a que la víctima era una niña que se encontraba a miles de kilómetros de su país de origen, sin posibilidad cierta de desplazarse libremente hacia el país de su nacionalidad, configura, a nuestro juicio, una actividad de trabajo forzado. Lo anterior, sin perjuicio de lo referido en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, en que algunos parlamentarios señalaron la necesidad de que concurren dos o más situaciones indiciarias de trabajos forzados, totalmente aplicable en los casos donde las víctimas no son menores de edad⁴.

Por último, asombra el razonamiento que exigiría una especie de daño comprobable, por el hecho de que la niña trabajaba desde las 05:00 h de la mañana, sin pausa, como artesana, asesora del hogar, cuidadora de bebés y vendedora ambulante, situación que, según el Tribunal indica:

(...) debiere haber provocado en la menor alguna secuela física de mayor entidad que la erosión en la muñeca de su mano derecha que señala su ficha clínica, no obstante lo cual, la Directora del Hogar a su ingreso nada refirió que no fuere que se encontraba desaseada, habiéndosele practicado controles médicos de cuyos resultados no hubo constancia en la causa.

Los sentenciadores exigen una especie de resultado o consecuencia del trabajo forzado o de la explotación laboral, razonamiento alejado de lo que entendemos por un delito de tendencia, que

4. Sobre las discusiones en el Congreso que dieron lugar al contenido del actual art. 411 quáter del Código Penal, ver el comentario "Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en Pichilemu, 2011", en: INDH, Jurisprudencia Destacada 2010-2016, págs. 45-52.

solo exige como elemento subjetivo la finalidad de explotación laboral mediante el trabajo forzado, no requiriendo que, necesariamente, se concrete la explotación a las víctimas para la punibilidad del hecho. Este delito solo requiere que se acredite la voluntad de explotar y de ninguna manera la explotación o sus consecuencias, al ser un delito de tendencia, donde cobra absoluta relevancia la finalidad del autor como elemento subjetivo del tipo.

10.Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno por del delito de tráfico de migrantes y trata de personas con fines de trabajos forzosos en Río Negro y otras localidades¹

Milena Sánchez, Oficina INDH Región de Los Lagos

ABSTRACT/RESUMEN

Este comentario se refiere a la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de Osorno, en junio de 2018, mediante la cual se condena a ciudadanos ecuatorianos por los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes, en relación a tres víctimas, de las cuales una era adolescente.

Palabras clave: trata, tráfico, ingreso ilegal, situación de vulnerabilidad, trabajo forzoso

1. Tribunal Oral en Lo Penal de Osorno, 14 de junio de 2018, causa RIT N° 136-2017, RUC 1600335828-7.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

La sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno señala los hechos por los que el Ministerio Público presentó acusación, en razón de lo consignado en el auto de apertura dictado por el Juzgado de Garantía de Río Negro.

Al respecto, se da cuenta de que, entre los meses de julio y agosto de 2015, los ciudadanos ecuatorianos César Cabascango Pachito y Rosa Tambaco Morales concurren a la ciudad de Otavalo en Ecuador y contactaron a tres jóvenes de nacionalidad ecuatoriana, sindicados como víctimas de los delitos señalados: el menor de edad J. B. C. E., de 16 años de edad a la fecha de los hechos, J. A. S., de 18 años de edad, y J. B. C. F., de la misma edad. Los jóvenes fueron contactados por los acusados con la finalidad de trabajar para ellos en Chile, en el contexto de una feria itinerante de artesanías, de propiedad de César Cabascango y Rosa Tambaco. De este modo, tramitaron una autorización notarial de los padres de J. B. C. E. para que pudiera salir de Ecuador. Lo anterior, con la finalidad de promover y facilitar, con ánimo de lucro, la entrada ilegal de estas personas a Chile, la que se concretó el 28 de agosto de 2015 por el paso fronterizo Colchane.

Los tres jóvenes y los dos imputados iniciaron viaje el 24 de agosto del año 2015 en la ciudad de Otavalo, hasta llegar a Chile el día 28 del mismo mes y año. Este ingreso se realizó en calidad de turistas. El llenado de la documentación migratoria fue realizado en esa calidad, por instrucción de los acusados, para lo que, además, facilitaron a los tres jóvenes la suma aproximada de 1000 USD (mil dólares estadounidenses), a fin de que fueran exhibidos a la autoridad fronteriza, dinero que, una vez concretado el trámite migratorio, fue devuelto a los acusados. Además, consignaron como domicilio en el país el que mantenían los acusados en la comuna de San Pedro de la Paz, Región del Biobío.

Una vez allí, los tres jóvenes fueron destinados a realizar, primeramente, trabajos de pintura y carpintería, reparando el puesto de artesanías en el que iban a trabajar; y luego, en el caso de J. B. C. E. y de J. A. S., vendiendo ropas y artesanía de manera itinerante en el puesto de propiedad de los imputados, en distintas plazas de comunas del sur de Chile, bajo condiciones económicas que permitían a los acusados obtener mano de obra barata y lograr con ello una mayor ganancia en el ejercicio de su comercio. En este sentido, fueron expuestos a jornadas de trabajo extensas debiendo pernoctar en el lugar. En estas condiciones, Jonathan Carrión, con la ayuda de su familia y ante el incumplimiento de las condiciones pactadas en Ecuador, logró devolverse a su país de origen el 9 de septiembre de 2015.

Se agrega que, con la finalidad de eludir los controles policiales, los imputados entregaron a J. A. S. una cédula de identidad chilena para extranjeros, a nombre de otra persona ecuatoriana con residencia permanente, para ser exhibido ante un eventual control policial. En este contexto, el día

6 de abril de 2016, funcionarios de la Brigada de Policía Internacional de la PDI de Osorno, en un control de extranjería realizado en la plaza de Armas de Purranque, advirtieron que la persona controlada no coincidía con el documento presentado, por lo que realizaron la respectiva denuncia. Durante la primavera de 2015 y el verano de 2016, J. A. S. y J. B. C. E. fueron separados para trabajar en distintos puestos de artesanía de propiedad de los imputados. La jornada de trabajo era de 08:00 horas a 22:00 horas, sin día de descanso en la semana. Además, debían cocinar, comer, bañarse y dormir dentro del mismo puesto en el que trabajaban, sin que se les pagara salario alguno por su trabajo, pudiendo tomar del dinero de las ventas solo alrededor de \$ 3000 (tres mil pesos) diarios con la finalidad de comprar comida.

Al ser requeridos de pago, los imputados prometieron que el dinero pactado, inicialmente la suma de 150 USD (ciento cincuenta dólares estadounidenses) mensuales, ofrecida en Ecuador, sería pagado al regreso a ese país, lo que, en el caso de J. A. S., sería luego de dos años de trabajo.

Adicionalmente, los imputados retuvieron a las víctimas toda la documentación con la que ingresaron al país (pasaporte, cédula ecuatoriana y permiso notarial otorgado por los padres de J. B. C. E.), sin que se hiciera, por parte de los imputados, algún trámite con el fin de regularizar la permanencia en Chile de las víctimas.

El Ministerio Público presentó acusación sindicando estos hechos como constitutivos del delito consumado de tráfico ilícito de migrantes, contenido en el artículo 411 bis, incisos primero y tercero del Código Penal², respecto de las tres víctimas mencionadas, y el delito de trata de personas con fines de trabajos forzados, tipificado en el artículo 411 quáter del Código Penal³, también perpetrado por los acusados, respecto de las víctimas J. A. y J. C.

2. Artículo 411 bis. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado. Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si este fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

3. **Artículo 411 quáter.** El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a esta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.

A esta acusación fiscal, se adhirieron los querellantes: el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Intendencia Regional de Los Lagos.

En su calidad de querellante, el Instituto Nacional de Derechos Humanos aludió al bien jurídico protegido en el caso de la trata de personas, dando cuenta de que, en el ámbito internacional, existe consenso en cuanto a considerar este delito como pluriofensivo, capaz de vulnerar más de un derecho, como son la libertad ambulatoria, la seguridad individual, la integridad física y psíquica de las personas, el derecho a la educación, el acceso a la salud y la dignidad humana, entre otros. En el caso del tráfico ilícito de migrantes, el objeto jurídico tiene relación con la protección de las leyes migratorias o el orden socioeconómico, aunque en algunos casos también se pasa a llevar la integridad moral de los migrantes.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos, en este caso, aclaró que la trata de personas con fines de trabajos forzados es un delito que vulnera derechos humanos, como se desprende de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Convención Internacional para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. También se hizo referencia al Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas, para descartar que el consentimiento de las víctimas justifica la conducta desplegada por los acusados cuando opera alguno de los medios comisivos contemplados por este instrumento, replicados en el Código Penal chileno. En este caso, habiendo concurrido engaño y aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de las víctimas, no resulta relevante que, tanto en Ecuador como en Chile, estas hayan concurrido con su voluntad a realizar las labores antes señaladas, por cuanto la voluntad de los sujetos pasivos estaría viciada por estos elementos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

SÉPTIMO: Los hechos ya asentados configuran por una parte el delito de tráfico ilícito de migrantes, tipificado en el artículo 411 bis del Código Penal, por cuanto, en la especie, los agentes, con ánimo de lucro, facilitaron la entrada ilegal al país de tres sujetos que no son nacionales ni eran residentes. Los elementos típicos en comento quedan de manifiesto y legalmente asentados al considerar que la entrada ilegal al país se ha configurado porque los sujetos pasivos, a instancia de los acusados, declararon ante la autoridad que controló el ingreso, que el propósito de sus viajes fue el de vacacionar, siendo que habían convenido con los agentes que vendrían a Chile a trabajar. Asimismo, para que les fuera permitido a los jóvenes el ingreso al territorio nacional, estos mostraron al funcionario contralor una suma de dinero que les fue entregada por los encartados pocos momentos antes y con el solo propósito de ser exhibida a objeto de cumplir con uno de los requisitos exigidos para su ingreso, con lo que los sujetos activos facilitaron la entrada al país de los sujetos aludidos.

La calidad de extranjeros y no residentes, tanto de A., C. y C., se encuentra acreditada, además de no estar controvertida, con sus propias declaraciones, con la circunstancia de haber sido admitidos en territorio nacional como turistas y lo informado por un oficio del Ministerio del Interior de Ecuador que da cuenta [de] que los tres son de nacionalidad ecuatoriana.

El ánimo de lucro, entendiéndolo por tal que es la motivación de los agentes en cuanto a obtener beneficio, utilidad o provecho de su conducta constituida en la especie en la acción de haber facilitado el ingreso al país, queda constituido por el afán de los agentes de lograr que los referidos sujetos ingresaran al territorio nacional para que cumplieran lo convenido en Ecuador, esto es, que trabajaran para ellos, logrando así, los sujetos activos, un beneficio que incrementaría sus haberes en razón de la mano de obra barata que les serviría a sus propósitos comerciales.

Igualmente, parte de estos hechos configuran el delito de trata de personas con fines de trabajos forzados, tipificado en el artículo 411 quáter del Código Penal, porque ocurrió que, mediante engaño y aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de las víctimas, trasladaron, acogieron y recibieron personas que fueron objeto de trabajos forzados.

El engaño y aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad quedan constituidos y fundados en que las condiciones ofertadas inicialmente para venir a trabajar no fueron cumplidas conforme a derecho, y en que la condición particular de las víctimas concurrió en que los sujetos obtuvieron el consentimiento de los afectados para hacerlos trabajar para ellos.

En efecto, aunque la remuneración hubiere sido pactada para haber sido pagada, a cada víctima, a su regreso a Ecuador, el artículo 44 del Código del Trabajo -en consonancia con lo dispuesto en nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 19 n° 16, que asegura a toda persona el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución y, con la legislación internacional que dispone que toda persona tiene derecho a obtener una retribución justa por el trabajo realizado- dispone que en ningún caso la unidad de tiempo para pagar una remuneración puede exceder de un mes. La vulnerabilidad de las víctimas ha quedado establecida precisamente con los informes sicosocial y antropológico relativos a estas, que dan cuenta que se trata de personas con muy baja escolaridad, gran deprivación sociocultural y una clara y arraigada sobrevaloración de encontrar desarrollo y bienestar económico fuera de Ecuador bajo la figura del sujeto migrante exitoso, todo ello aumentado con el desarraigo experimentado por las dos víctimas, quienes al estar inhibidas de poder contactar a sus familias y a terceros adquirieron, por cierto, una dependencia de sus empleadores, quienes así pudieron controlarlas y hacerlas trabajar para ellos.

Los sujetos activos fueron precisamente quienes trasladaron a los afectados, lo que se encuentra en evidencia desde que fueron precisamente los empleadores quienes incitaron y concretaron el viaje de los ofendidos, proporcionado para ello todos los medios necesarios, esto es, los documentos,

pasajes, alimentación, y junto a lo anterior prestaron la asesoría necesaria para que el cometido pudiera concretarse. Luego de cumplido lo anterior, también acogieron y recibieron a los jóvenes a quienes los acusados admitieron en su casa y corrieron con su mantención, llegando a entregar a uno de ellos un documento de identidad extendido a nombre de un tercero.

Los trabajos forzados, a que se debieron aplicar los afectados, han quedado caracterizados por la retención de sus documentos personales, la imposibilidad de que los trabajadores se comunicaran con terceros, las extensas jornadas de trabajo a la[s] que eran sometidos sin descanso razonable y legal, la falta de pago y el aislamiento, aumentado por las diferencias socioculturales de los ofendidos para con el medio local.

NOVENO: Los testigos y peritos cuyas declaraciones permitieron acreditar los hechos asentados precedentemente depusieron en presencia del Tribunal y, dando razón de sus dichos, explicaron de manera circunstanciada cómo tomaron conocimiento de los mismos, sin que sus declaraciones se encuentren desvirtuadas por prueba en contrario, siendo además concordantes unas y otras y verosímiles por cuanto explican razonablemente la forma como acontecieron los hechos sin contradecir la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, constituyendo así un conjunto de antecedentes que por su gravedad, multiplicidad y concordancia cabe reconocerles valor probatorio. De igual manera es valorada, por ser concordante con la prueba ya tasada, la información entregada por las fotografías. El certificado de nacimiento relativo a J. B. C. E. da cuenta que nació el 30 de Setiembre de 1998 de manera que al 28 de Agosto de 2015, día en que ingresó a Chile, contaba con diecisiete años de edad.

Especial explicación requiere la valoración del testimonio de A. S. prestada en la fase de investigación ante la Fiscal de la causa por sobre el rendido, ante estrados, oportunidad en que refirió una versión que desacreditaba sus dichos anteriores. En el caso de autos se habrán de preferir la declaración extrajudicial por ser esta más conteste y concordante con el resto de la prueba y muy especialmente porque las explicaciones provenientes de la psicología, expuesta por Gonzalo Horstmeier y Elías Valdés, hacen fuerza en cuanto a considerar que el testigo se encontraba en tal grado de vulnerabilidad y control en relación a los enjuiciados que ello lo ha llevado a justificar los hechos que lo afectaron e incluso a negar la gravedad de los mismos, al punto de haber retornado al alero de los enjuiciados. Además se ha de considerar que J. A. tomó contacto con los enjuiciados en tanto estos salieron en libertad, ocasión en que los encartados le pidieron explícitamente, en una conversación telefónica, que dijera que vino con ellos a aprender y no a trabajar, a lo que el afectado respondió que ya había entregado su versión diciendo la verdad. En cuanto a las eventuales amenazas de que A. S. habría sido objeto, solo basta, para que tales no sea[n] considerada[s], tener en cuenta que sobre tal punto no existe otro antecedente que permitiera siquiera corroborarlas.

Igual valoración ocurre respecto de los dichos prestados ante estrados por C. F. y C. E.

El conjunto de la prueba así valorada ha permitido superar toda duda razonable en cuanto a la existencia de los hechos constitutivos de delitos.

DÉCIMO PRIMERO: La pretensión de absolución formulada por la defensa no ha sido acogida desde que en autos, tanto los hechos constitutivos de cada uno de los dos delitos tipificados, como la participación que en calidad de autores tuvieron los acusados en ellos, se encuentran establecidos por sobre toda duda razonable. La eventual vulneración al principio de *non bis in idem* observada por la defensa no es tal desde que las normas del DL 1094 establecen hechos prohibidos en que el extranjero sea el sujeto activo de conductas como valerse de documentos falsos para ingresar al país, ingreso clandestino, o ser sorprendidos desarrollando actividades remuneradas sin estar autorizados o que continúen residiendo en el país cuando no debían hacerlo; casos totalmente distintos en cuanto a la conducta y bien jurídico protegido por los delitos configurados con los hechos de autos. Tampoco es efectivo que los tipos penales aplicados en el caso de autos corresponde a acciones ejecutadas por asociaciones cuyo objetivo sea lucrar; ambos delitos, por el contrario, bajo la modalidad de "el que..." establecen que el sujeto activo puede ser cualquier sujeto que cumpla con los requisitos legales para ser responsable de sus actos. En cuanto a que el artículo 411 bis del Código Penal contendría una ley penal en blanco, resulta ello no ser efectivo, pues si bien la norma no define lo que se debe entender como "entrada ilegal", la disposición no se remite a otra para complementar la falencia alegada; más bien se trata de un elemento normativo jurídico del tipo que debe, como ocurre en el caso en comento, estar cubierto por el dolo de los agentes, lo que se infiere desde que ellos, durante toda la investigación y por cierto también en el juicio, han desvirtuado tal circunstancia intentando atribuir a terceros la recomendación dirigida a los ofendidos para que declararan como propósito de viaje venir de vacaciones, demostrando con ello conciencia de antijuridicidad. A mayor abundamiento los encartados han reconocido que entregaron dinero a los ofendidos, que debió luego serles devuelto, para que estos lo mostraran en señal de tener la capacidad de mantenerse en el país mientras vacacionaban, a sabiendas que no venían a vacacionar.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

La presente sentencia, sin duda, marca un hito en la historia de la aplicación de los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes en nuestro ordenamiento jurídico. El tratamiento internacional en esta materia radica fundamentalmente en lo que establece la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional del año 2000, o mayormente conocida como Convención de Palermo, y en específico, en sus protocolos adicionales: el Protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, ambos ratificados por Chile el 29 de noviembre de 2004.

No fue, sin embargo, hasta el año 2011, mediante la incorporación de la Ley 20507, que Chile incorporó los delitos configurados en estos instrumentos internacionales, modificando el Código Penal y sancionando los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. Desde entonces, la configuración de los elementos de ambos tipos y las directrices de su investigación y sanción han sido construidas a partir de la jurisprudencia y otros mecanismos auxiliares, tales como las referencias al concepto de "trabajos forzosos", aunado por la Organización Internacional del Trabajo mediante el Convenio número 29 sobre Trabajo Forzoso, o los criterios relacionados con el elemento de ilegalidad en la entrada para el caso del delito de tráfico de migrantes.

La presente sentencia, al hacer un análisis desglosado de estos elementos típicos, encarna el asentamiento de cierta jurisprudencia en esta materia. Así, respecto del delito de tráfico de migrantes, señala que la entrada ilegal al país se configura porque las víctimas, a instancia de los acusados, declararon a la autoridad migratoria que el propósito de sus viajes fue el de vacacionar, siendo que habían convenido con los agentes que vendrían a Chile a trabajar. Más adelante, al resolver las pretensiones de la defensa, señala que la "entrada ilegal" es un elemento normativo jurídico del tipo que debe estar cubierto por el dolo de los agentes, el que la sentencia infiere del hecho de que los condenados desvirtúan tal circunstancia intentando atribuir a terceros la recomendación para que declararan un propósito distinto del que tenían para venir, demostrando con ello conciencia de antijuridicidad.

Alimenta, en este sentido, una línea jurisprudencial anterior en cuanto a que el señalamiento de fines distintos a los que se pretenden para cumplir con las condiciones exigidas en el ingreso a Chile constituye un incumplimiento de la normativa migratoria aplicable, y por ende, cumple con el elemento del tipo de ilegalidad del ingreso al país⁴.

4. Ver la sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, del 13 de diciembre de 2012, RIT 287-2012.

En lo referente a la trata de personas, la sentencia configura el engaño basado en que las condiciones ofertadas inicialmente para venir a trabajar no fueron cumplidas conforme a derecho. Al respecto, se señala que, en razón de lo dispuesto en nuestra Constitución Política del Estado, en su artículo 19, número 16, que asegura el derecho a la libre contratación y libre elección del trabajo con una justa remuneración, y lo señalado por la legislación internacional, que dispone que toda persona tiene derecho a obtener una retribución justa por el trabajo realizado, se descarta que las condiciones laborales pactadas fueran ajustadas a derecho, aun cuando hubieren sido efectivamente devengadas. Por otro lado, también se desprende de esta resolución la consideración respecto de que una de las víctimas era adolescente, lo que agrava las penas aplicadas a los condenados en razón de su calidad de sujeto especial de protección.

En cuanto a la situación de vulnerabilidad de las víctimas, la sentencia reconoce las características propias de los jóvenes, quienes contaban con muy baja escolaridad, gran privación sociocultural y una clara y arraigada sobrevaloración de la posibilidad de encontrar desarrollo y bienestar económico fuera de Ecuador, bajo la figura del sujeto migrante exitoso, todo sumado al desarraigo experimentado por los jóvenes víctimas de este delito, quienes, al estar inhibidos de poder contactar a sus familias o a terceros, adquirieron una dependencia de sus empleadores que fue aprovechada por estos. Este análisis resulta relevante a la hora de configurar el medio comisivo del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad, dentro de los señalados por el tipo penal.

En relación a los fines de trabajos forzosos, el sentenciador se hace cargo estableciendo ciertas circunstancias copulativas que da por concurridas para determinar este elemento, entre ellas, la retención de documentos personales de las víctimas, la imposibilidad de que los trabajadores se comunicaran con terceros, las extensas jornadas de trabajo sin descanso razonable y legal, y la falta de pago y aislamiento.

En esta configuración, la sentencia, si bien da por probados estos elementos, no hace referencia expresa a los estándares internacionales que determinan la concurrencia de la finalidad de trabajos forzosos. Como fuera adelantado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), mediante el Convenio N° 29 sobre Trabajo Forzoso, definió este concepto como "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente", definición que fue luego ratificada por el Convenio N° 105 sobre Abolición del Trabajo Forzoso, también de la OIT. Al respecto, se incluyen entre los elementos que determinan el trabajo forzoso la restricción de movimientos del trabajador, retención de salarios o negativa a pagar al trabajador y confiscación de pasaportes y documentos de identidad, todas circunstancias que el sentenciador consideró como concurrentes en este caso. Aun así, se extraña en esta redacción la referencia a los elementos que aporta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para configurar la finalidad de trabajos forzosos, fuente principal de este concepto y al cual la Ley no hace referencia directa al normar el delito de trata de personas.

En resumen, el análisis de los hechos, realizado por el sentenciador en esta decisión, parece adecuado y da cuenta en la esencia de los estándares que se han ido construyendo en torno a los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes. Sin embargo, no cuenta con referencias directas a la normativa internacional que le otorga sentido a la persecución de estos delitos, así como tampoco menciona la procedencia de sus elementos, medios comisivos y posibles finalidades. Es solo con la incorporación de los bienes jurídicos protegidos por estas figuras que es posible identificar el desvalor de la trata de personas y el tráfico de migrantes, mediante la referencia a las normas internacionales que dieron origen a la obligación, para el Estado de Chile, de investigación y sanción de estos delitos, así como la generalizada prohibición de la trata de personas que se reconoce en los diversos instrumentos que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el sistema universal como en el interamericano.

11. Sentencia de la Corte Suprema que entrega la competencia del caso José Huenante a la justicia ordinaria¹

Julio Cortés, Unidad Jurídica y Judicial

ABSTRACT/RESUMEN

Este comentario se refiere a la decisión de la Corte Suprema que, dando aplicación a modificaciones legales recientes, relativas al ámbito de competencia de la justicia militar, declara que la competencia para conocer de la desaparición del adolescente José Huenante, ocurrida en el año 2005, debe quedar en manos de la justicia penal ordinaria.

La investigación del caso había quedado entregada a la justicia militar desde fines del año 2009, por decisión de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, y posteriormente la Corte Marcial había excluido de dicha competencia el delito de sustracción de menor, limitándose la investigación al delito de falsificación de instrumento público.

Palabras clave: desaparición forzada, justicia militar, justicia penal ordinaria, sustracción de menores, control de convencionalidad

1. Rol Pleno 1571-2017.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

El 3 de septiembre de 2005, en Puerto Montt, funcionarios de Carabineros detuvieron a José Huenante, de dieciséis años de edad, quien desde entonces está desaparecido.

En marzo del 2009, tres carabineros fueron formalizados por la sustracción del adolescente ante el Juzgado de Garantía (JG) de Puerto Montt², encuadrada en el artículo 142, N° 2, del Código Penal. El fiscal de la causa, Sergio Coronado, solicitó al Tribunal que se declarara incompetente para seguir conociendo del caso y enviara los antecedentes a la justicia militar. La solicitud fue rechazada en primera y segunda instancia.

Posteriormente, durante la audiencia de preparación de juicio oral, la misma solicitud fue planteada como excepción de previo y especial pronunciamiento por la defensa de los funcionarios policiales, y a pesar de haber sido nuevamente rechazada por el JG, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt revocó la decisión y acogió la solicitud el 30 de diciembre del 2009³, fecha a partir de la cual el caso quedó entregado al Juzgado Militar de la zona.

El argumento central de la decisión de la Corte fue una lectura formal del Código de Justicia Militar, entendiendo que, según el artículo 6 del mismo, los carabineros se considerarán como militares para efectos de su aplicación⁴; y que, de acuerdo al artículo 5, N° 3⁵, se trató de un delito común, cometido en acto de servicio o con ocasión de él⁶.

En octubre de 2015 se presentaron querellas por el caso Huenante, tanto por parte de la madre del adolescente como por la sede regional del INDH en Los Lagos, ambas a base del artículo 142, N°

2. RUC 0500419374-3, RIT 3288-2005.

3. Rol de Corte N° 257-2009.

4. Art. 6 incisos 1° y 2°: "Para los efectos de este Código y de las demás leyes procesales y penales pertinentes, se considerarán militares los funcionarios pertenecientes a las Fuerzas Armadas y de Carabineros de Chile, constituidos por el personal de planta, personal llamado al servicio y el personal de reserva llamado al servicio activo.

Además, se considerarán militares los soldados conscriptos; los Oficiales de Reclutamiento; las personas que sigan a las Fuerzas Armadas en estado de guerra; los prisioneros de guerra, que revistan el carácter de militar, los cadetes, grumetes, aprendices y alumnos regulares de las Escuelas Institucionales y de Carabineros de Chile".

5. Art. 5°: "Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: 3° De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas".

6. En relación a esta discusión y las diversas interpretaciones que se han suscitado sobre el tema, ver el comentario a la Sentencia de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional sobre justicia militar (2492-2013), en *Jurisprudencia Destacada del INDH, 2010-2016*, págs. 86-96.

27, que se refiere al delito de secuestro de menores. El Juzgado de Garantía resolvió, en audiencia celebrada el 13 de enero de 2016, que ambas querellas eran extemporáneas, pero fueron admitidas a tramitación contra eventuales terceros civiles que resultaren responsables⁸.

Durante el año 2018, el Pleno de la Corte Suprema trató la cuestión de la competencia en el caso Huenante. Al efecto, solicitó informes al JG de Puerto Montt, al Tercer Juzgado Militar, al INDH, y a la Fiscalía Local pertinente. En el Informe del Juzgado Militar se da cuenta de que la causa que han investigado se encuentra en fase de sumario, con tres funcionarios de Carabineros procesados por el delito de falsificación de instrumento público (adulteración del Libro de Guardia y el Registro de Detenidos), y que el 27 de junio de 2012 la Corte Marcial declaró la incompetencia de la justicia militar en lo relativo al delito de sustracción, ordenando remitir los antecedentes al Ministerio Público (MP), por la eventual responsabilidad atribuible a terceros civiles.

Por su parte, el MP señaló en su Informe que la existencia de dos investigaciones paralelas por los mismos hechos constituía una dificultad para avanzar en las mismas, además de no avenirse con la jurisprudencia de la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y la Corte IDH “en cuanto al derecho de toda víctima de orden civil a que su caso sea conocido por los tribunales ordinarios, en tanto que la justicia militar se circunscriba al ámbito exclusivamente castrense”. Además, señaló que las diligencias que han realizado “o no permiten acreditar hechos vinculados al ilícito o se encaminan a la eventual intervención de personal de Carabineros en el delito”⁹.

La Corte Suprema tuvo en cuenta estas informaciones y, además, consideró las reformas a la justicia militar efectuadas tanto por la Ley 20477 (del año 2010, que reforma la competencia de los tribunales militares) como por la Ley 20968 (del año 2016, sobre tipificación del delito de tortura), llegando a la conclusión de que se había alterado por ley la competencia que previamente había quedado radicada en la justicia militar, razón por la cual la investigación debía quedar concentrada y radicada en la justicia penal ordinaria¹⁰.

7. Art. 142: “La sustracción de un menor de 18 años será castigada:

1.- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor.

2.- Con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos”.

8. Iniciando así una nueva causa bajo el RIT 7580-2015.

9. Rol Pleno 1571-2017, Considerando 2°.

10. No obstante, esta decisión contó con el voto en contra de las ministras, señoras Maggi, Egnem y Sandoval, quienes estimaron que, de acuerdo a los artículos 96 y 98 del Código Orgánico de Tribunales, no resultaría posible para la Corte Suprema proceder de oficio a dictar una resolución como esta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

5°) Que ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° transitorio de la Ley N° 20477, las causas que involucraban a civiles y menores de edad, en calidad de víctimas o de imputados, y que previo a su dictación eran de conocimiento de los tribunales militares, deben continuar ante la justicia ordinaria, de conformidad a los procedimientos que a esos tribunales en materia criminal les corresponda aplicar, produciéndose, por lo tanto, una alteración por ley de la competencia ya radicada.

6°) Que en lo expresado en los numerales precedentes se advierte que la Corte de Apelaciones de Puerto Montt declaró la incompetencia de la justicia penal ordinaria en 2009, determinación que fue seguida de una nueva declaración de incompetencia de la Corte Marcial en 2012, a los efectos de excluir de su esfera de conocimiento y fallo lo relativo a la atribución de responsabilidad penal a personas civiles. A la segunda de estas fechas ya regía la ley 20477, pero no así su modificación contenida en la ley 20968, a cuyos preceptos necesariamente debe vincularse aquella decisión de la judicatura castrense en orden a excluir de su competencia lo concerniente al presunto delito de sustracción del menor Huenante Huenante.

El Juzgado de Garantía, por su parte, y como se dijo en el primer motivo, frente a una nueva querrela por tales hechos, determinó admitirla a tramitación aunque solo en lo atinente a la eventual responsabilidad de civiles en el ilícito en mención. El acta de la audiencia celebrada el 13 de enero de 2016, agregada a la foja 5, revela con claridad que el juez respectivo se inhibió de conocer en lo demás habida cuenta de la incompetencia declarada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt años antes, entendiendo que la jerarquía de esa resolución le impedía volver sobre esa esfera de conocimiento.

Y, ya se ha dicho que el Fiscal Adjunto, jefe de la Fiscalía Local de Puerto Montt, ha informado que se encuentra investigando desde 2012, empero limitando sus pesquisas a la eventual intervención de personas no sometidas a fuero militar en la desaparición del joven Gerardo Huenante Huenante.

7°) Que a la luz de las nuevas disposiciones introducidas por las leyes N° 20477 y N° 20968, se hace claro concluir que ya no existe óbice para que el Juzgado de Garantía y consecuentemente el Ministerio Público se aboquen en forma cabal, sin diferenciaciones, a la investigación y posterior conocimiento y fallo de la causa sobre sustracción del menor de edad José Huenante Huenante, aun cuando pueda resultar la atribución de responsabilidad penal a personas con calidad de militar acorde al artículo 6° del Código de Justicia Militar, correspondiendo que el Tercer Juzgado Militar de Valdivia disponga la remisión de los antecedentes del proceso que digan relación con ello.

En efecto, para definir lo correspondiente a la competencia absoluta y relativa para abocarse al conocimiento de la causa aludida en estos párrafos, es necesario considerar que el hecho denunciado

e investigado -la desaparición del menor de edad José Huenante Huenante- ocurrió el 2 de septiembre de 2005 en la ciudad de Puerto Montt, territorio en que la reforma orgánica procesal penal introducida por la Ley N° 19665 comenzó a regir con fecha 16 de diciembre de 2003.

Así, entonces, debe concluirse que la competencia para substanciar la causa en mención debe radicar en el Juzgado de Garantía de Puerto Montt, manteniéndose los antecedentes que se conocen en la jurisdicción castrense únicamente para el juzgamiento del o los militares que pudieren estar involucrados en la comisión de delitos especiales sujetos a la justicia militar.

8°) Que por todo lo anotado en estos motivos, amén del largo tiempo sin avances procesales significativos respecto del paradero del joven Huenante Huenante, y atendidas las facultades emanadas de la superintendencia que tiene esta Corte Suprema sobre todos los tribunales de la Nación, entre los que cabe contar a los tribunales militares en tiempos de paz, se hace imprescindible que actúe de oficio y encamine el curso de la causa penal RIT N° 7580-2015 del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, de manera de concentrarla y radicar íntegramente en la justicia ordinaria la competencia absoluta en lo concerniente al delito de sustracción de menor, según corresponde conforme a lo preceptuado en la ley N° 20477, modificada por la ley N° 20968, atendida la minoría de edad de la víctima en los hechos investigados.

Sobre el particular, cabe enfatizar la conveniencia de una investigación única, sea que derive en la atribución de responsabilidad penal respecto de civiles y/o militares, de tal suerte que las eventuales líneas de indagación emanen de un mismo ente persecutor, en cuyas manos se concentre el control del desarrollo de las mismas y la adopción de las decisiones que de su resultado se deriven; situación que, hasta ahora, no ha sido posible precisamente debido a la existencia de investigaciones substanciadas en paralelo.

Por estos fundamentos, normas legales precitadas y de acuerdo con lo previsto en los artículos 82 de la Constitución Política de la República; 166 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara que el Juzgado de Garantía de Puerto Montt es competente para conocer de la causa iniciada por el presunto delito de sustracción de menor, RIT N° 7580-2015, en la que obran como querellantes doña Cecilia Huenante Huilitraro y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, sin sujeción a la calidad de civil o militar de quienes puedan resultar responsables.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

Sin duda alguna, el caso de José Huenante es uno de los delitos más graves ocurridos en democracia, toda vez que, de acuerdo a los antecedentes que se conocen, se trataría de un adolescente que fue detenido por funcionarios policiales en un confuso incidente, y luego de su detención ha sido imposible, hasta ahora, conocer su paradero o destino.

Este y otros tres casos que se han conocido con posterioridad (José Vergara Morales¹¹, Hugo Arispe Carvajal¹² y Ricardo Harex González¹³) han puesto en evidencia la subsistencia de prácticas ilegales en el accionar de funcionarios policiales que, si bien no revisten el carácter sistemático y masivo propio de los crímenes de lesa humanidad, constituyen graves violaciones de derechos humanos. Estos casos, que corresponden a lo que la criminología latinoamericana ha denominado “sistema penal subterráneo”¹⁴, ponen a prueba la prohibición absoluta de prácticas tales como desapariciones y torturas, que exigen por parte del Estado la investigación y la sanción adecuada, proporcional a la gravedad de los hechos.

11. El 13 de septiembre de 2015, funcionarios policiales concurrieron a la vivienda de José Vergara Morales, en la población La Tortuga, comuna de Alto Hospicio, luego de que sus familiares alertaran sobre una serie de desórdenes que José Vergara estaba provocando producto de una crisis de esquizofrenia. Tras su detención, José Vergara no retornó al hogar y pese a la intensa búsqueda no se han encontrado rastros de su ubicación. Hasta ahora, la única pista es la información proporcionada por los propios funcionarios policiales a cargo del procedimiento, quienes fueron dados de baja luego de reconocer que abandonaron a José Vergara en el sector de Caleta Buena. Los acusados fueron condenados por el delito de detención ilegal, pero no por los delitos de falsificación de instrumento público (por haber alterado la hoja de ruta con el fin de distraer el abandono de José Vergara) y secuestro calificado, mediante sentencia de fecha 11 de abril de 2018 (causa RIT N° 794-2017 y RUC N° 1500956181-9). El 24 de abril de 2018, la Sede regional de Tarapacá del INDH interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, a través de la cual se condenó a cuatro exfuncionarios de Carabineros de Chile, solo por el delito de detención ilegal de José Vergara. Dicho recurso fue acogido por la Excm. Corte Suprema, ordenando la realización de un nuevo juicio oral, que se inició el 27 de agosto de 2018 (causa ROL N° 8000-2018), que concluyó con una condena a cuatro excarabineros por el delito de secuestro simple, aplicándoseles una pena de cuatro años de presidio, sustituidos por libertad vigilada intensiva.

12. Hugo Arispe Carvajal trabajaba como cuidador de autos y fue detenido el 10 de enero de 2001 por Carabineros, con el argumento de que se encontraba en estado de ebriedad en la vía pública. Al no tener dinero para pagar la multa, fue llevado al Centro Penitenciario de Acha en Arica, donde se perdió su rastro. Se presume que, al interior del Penal de Acha, Hugo Arispe Carvajal habría sido aislado y golpeado por, a lo menos, cuatro gendarmes. El 11 de junio de 2018, la Sede regional de Arica y Paríacota del INDH, conjuntamente con la Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá (Cajta), presentaron una apelación en contra de la resolución de rechazar la reapertura de la causa por la desaparición forzada (secuestro permanente) de Hugo Arispe, por parte del ministro en visita responsable.

13. El 19 de octubre de 2001, en la ciudad de Punta Arenas, el estudiante del Liceo Salesiano San José, Ricardo Harex González, desapareció luego de participar de una convivencia, sin que hasta ahora se conozca su paradero. El caso fue caratulado como de “presunta desgracia”. Después de 15 años de ocurrida la desaparición, la Corte Suprema ordenó que la Corte de Apelaciones de Punta Arenas nombrara a Marta Jimena Pinto como ministra en visita. El 29 de mayo del 2018, la oficina regional del INDH interpuso una querrela por sustracción de menores.

14. La idea de que existe un sistema penal aparente y otro subterráneo fue desarrollada primero por la criminóloga venezolana Lola Aníyar de Castro (en un texto de 1985, titulado “Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo”). Siguiendo de cerca esa distinción, Zaffaroni ha apuntado a una tensión permanente entre el Estado de derecho democrático y el Estado policial (Derecho Penal. Parte general, Ediar, 2000).

En el caso de José Huenante, uno de los factores que operaba como principal obstáculo al cumplimiento de las obligaciones estatales en la materia era la existencia de dos investigaciones paralelas: por un lado, la justicia militar en lo relativo al delito de falsificación de instrumento público, y la Fiscalía local y el Juzgado de Garantía en lo relativo a posible participación de terceros civiles (sin fuero militar).

Es digno de destacar que la desaparición de Huenante ocurrió en 2005, mismo año en que la Corte IDH condenó al Estado de Chile en el caso Palamara Iribarne, donde lo que estaba en discusión era precisamente la aplicabilidad del Código de Justicia Militar a una persona que no tenía la condición de militar en servicio activo, y por delitos que no afectaban bienes jurídicos castrenses¹⁵. En el punto 14 de la parte resolutive de esa sentencia, la Corte IDH señaló lo siguiente:

El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, esta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia¹⁶.

Al momento de resolver la cuestión de incompetencia planteada por la defensa de los carabineros formalizados por el caso Huenante, el Estado de Chile no había realizado las modificaciones legales necesarias para dar aplicación a la sentencia de la Corte IDH; y, en ese contexto, la Corte de Apelaciones aplicó exclusivamente el ordenamiento interno sin siquiera aludir a estándares internacionales de derechos humanos, ni mucho menos efectuar un control de convencionalidad.

Un año después se publicó la Ley 20477 que, en su artículo 1, limitó la competencia de la justicia militar en los siguientes términos: “En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Esta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal”. Con todo, siguieron existiendo diversas interpretaciones sobre el alcance de esta restricción, y por ello resultó necesario que dentro de la Ley 20968, de noviembre de 2016, al tipificar expresamente los delitos de tortura (diferenciándolos de los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes), se modificara dicho artículo 1 señalando que:

En ningún caso, los civiles y los menores de edad, que revistan la calidad de víctimas o de imputados, estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Esta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.

15. Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas).

16. *Ibid.*, párr. 269.14.

Estas modificaciones legales, que no existían al momento de la decisión de entregar el conocimiento de este caso a la justicia militar, son tenidas en cuenta por la Corte Suprema, en ejercicio de sus facultades de superintendencia, sobre todos los tribunales de la nación, para disponer de oficio que el tribunal competente es el Juzgado de Garantía de Puerto Montt.

Se trata de una decisión muy relevante (que tiene, incluso, tres votos en contra), que va en sintonía con los estándares internacionales y con lo resuelto por la Corte IDH en el caso Palamara Iribarne, pero que de todas formas llega bastante tarde si tenemos en cuenta que ya han transcurrido 13 años desde la detención y posterior desaparición de José Huenante, sin que hasta ahora se haya podido avanzar en el esclarecimiento de su paradero.

De todas formas, estas modificaciones legales no bastan para dar pleno cumplimiento a la sentencia Palamara Iribarne de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues no se ha limitado la jurisdicción penal militar solo a "delitos de función cometidos por militares en servicio activo", en tanto el Código de Justicia Militar contempla el juzgamiento tanto a militares como a funcionarios o funcionarias de Carabineros y personal civil de planta de los institutos militares. Además, estos tribunales tienen competencia para conocer de delitos militares y civiles cuando son cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en instalaciones consideradas militares, lo que incluye recintos policiales¹⁷. Además, la estructura orgánica de estos tribunales no ha sido modificada, a fin de garantizar su imparcialidad e independencia¹⁸. Del mismo modo, el proceso ante la justicia militar continúa siendo el mismo, lo cual podría constituir una violación a las garantías de debido proceso, tanto para las víctimas como para las personas inculpadas¹⁹.

Al respecto, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, en su último informe de recomendaciones efectuadas al Estado de Chile, señala lo siguiente:

Sin embargo, como reconoce el Estado parte en su informe periódico, este cambio normativo abarca un aspecto parcial de las reformas que debe realizar el Estado en materia de justicia militar. En efecto, según los informes de que dispone el Comité, la reforma del fuero militar sigue siendo insuficiente al no haberse limitado la jurisdicción penal militar únicamente a 'delitos de función cometidos por militares en servicio activo', tal y como dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia

17. Después de la Ley 20968, cabe entender que estas hipótesis quedarán en la justicia militar solo cuando tanto el ofensor como el ofendido sean "militares" a efectos del Código de Justicia Militar.

18. Todos estos puntos fueron señalados por el INDH en su Memorial de Derecho ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Humberto Palamara Iribarne contra el Estado de Chile, mayo de 2014.

19. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "el actual proceso penal militar contiene un conjunto mínimo de derechos que le impiden a la víctima el derecho a un proceso público (...) y un adecuado derecho a defensa que le permita velar por sus intereses, máxime si el victimario es integrante de la misma institución jerárquica de quien lo juzga, generando una vulneración al derecho a ser juzgado por el juez natural". Sentencia del Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2014, Rol 2492-2013.

de 22 de noviembre de 2005, en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. También preocupan al Comité las informaciones en las que se indica que durante el primer año de vigencia de Ley núm. 20968 se derivaron 12 denuncias de violencia policial presentadas por civiles a las Fiscalías Militares (art. 2, 12 y 13)²⁰.

20. Observaciones finales sobre el sexto Informe Periódico de Chile, párr. 14.

12. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en recurso de apelación por exclusión de INDH como querellante en “Caso Lissette”¹

Pablo Rivera, Unidad Jurídica y Judicial

ABSTRACT/ RESUMEN

La Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago acoge recurso de apelación, presentado por el INDH en contra de la resolución de fecha 20 de octubre, del magistrado del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, Ponciano Sallés B., que en audiencia de fecha 20 de octubre de 2017 acogió el incidente de exclusión del INDH como querellante, planteado por el querellante Consejo de Defensa del Estado (CDE) en la causa por apremios ilegítimos con resultado de muerte, conocida como “causa de la niña Lissette” (del Cread Galvarino, de Sename), fundado en el artículo 6° de la Ley Orgánica del CDE², atendido que existiría una figura de prelación o preferencia a favor del CDE, que excluiría al resto de los querellantes institucionales.

En la sentencia de la Ilustrísima Corte de Santiago, que acoge la apelación del INDH, se ratifica el criterio jurisprudencial de la legitimidad activa amplia por parte del INDH -en todas las acciones judiciales que digan relación con el objetivo de promoción y protección de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 2° y 3° de la Ley N° 20405-, y que el listado que se señala en el art. 3°, N° 5°, de la referida ley es ejemplar y no un *numerus clausus*. Además, establece que el incidente o excepción de falta de legitimidad activa es un asunto que se debe plantear en el juicio oral, ya que se relaciona con el interés de la acción o de la querrela, y el interés, como requisito de la acción, es un requisito de admisibilidad de la acción, que debe ser ventilado y resuelto en la sentencia definitiva.

Palabras clave: legitimidad activa, interés de la acción, promoción y protección de derechos humanos

1. Rol N° 626-2018, sentencia del 7 de febrero de 2018.

2. DFL N° 1, del 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de agosto de 1993.

ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO

El Ministerio Público formalizó una investigación por los siguientes hechos³:

El día 11 de abril de 2016, en horas de la tarde, la imputada T. O. G., funcionaria pública, educadora de trato directo a cargo de la casa 2.2, que a la fecha del hecho albergaba a niñas entre 10 y 13 años de edad, en represalia a actos de desorden de la niña Lissette V. P., consistentes en intentos de agresión a educadores, decir garabatos, escupir, pegar patadas a casilleros, golpear puerta de dormitorio, lanzar piedras a ventanas, procedió en distintas ocasiones, durante ese día, a apremiarla ilegítimamente inmovilizándola de manera violenta, contra su voluntad, sujetando sus extremidades contra el suelo, subiéndose sobre su espalda y arrastrándola hacia la habitación de la referida casa 2.2.

Para la ejecución de estas conductas abusivas, la imputada contó con la colaboración y conocimiento de otros funcionarios públicos del Centro, entre los que se encuentra la coordinadora de turno de día de aquella jornada, doña J. F. O., quien, durante todo ese día, mantuvo conocimiento de los diversos episodios y represalias por parte de la imputada T. O. respecto de la niña Lissette.

Cerca de las 20:00 horas, y en horario próximo al cambio de turno del referido Centro, se produjo el último de estos apremios ilegítimos contra la niña Lissette V. P., que culminó con su muerte: en el dormitorio de la casa 2.2., las funcionarias públicas, educadoras de trato directo, imputadas C. F. C. y T. O. G., en respuesta a una desobediencia de la niña, quien solo quería volver a la oficina de la coordinadora J. F., la redujeron violentamente poniéndola boca abajo, contra el suelo, por medio de maniobras físicas consistentes, por parte de T. O., en sujetar fuertemente las piernas de la niña, las que resultaron lesionadas, posibilitando así que la educadora C. F., quien a la fecha de los hechos pesaba alrededor de 90 kilos, se subiera sobre la niña presionando con su cuerpo fuertemente la espalda y tórax de Lissette V. P. contra el suelo, al tiempo que con sus manos le sujetaba los brazos inmovilizándola, acción que se extendió por varios minutos, durante los cuales la niña trató de zafarse y liberarse de la presión que sentía sobre su pecho, que le dificultaba la respiración, para lo cual movía su rostro a uno y otro lado -el que también resultó lesionado- intentando respirar y gritándoles que la soltaran, que se iba a portar bien, que se estaba ahogando, que quería ir a orinar; no obstante lo cual, y aun percatándose del sufrimiento de la niña, las imputadas no la soltaron, se mofaron y persistieron en su actuar, situación que se mantuvo hasta que la niña dejó de moverse y falleció, momentos más tarde, a consecuencia del actuar de las imputadas C. F. y T. O., por una asfixia mecánica combinada con elementos de sofocación.

3. Causa seguida por el delito de apremios ilegítimos con resultado de muerte y otros apremios ilegítimos RUC: 1600360790-2 y RIT N° 6367-2016, seguida ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago. Formalización efectuada en audiencia de fecha 19 de octubre de 2016.

La niña Lissette V. P. tenía 11 años de edad a la fecha de ocurrencia de estos hechos, y se encontraba privada de libertad en dicho centro desde el 21 de noviembre de 2014.

Los hechos descritos son constitutivos del delito de apremios ilegítimos, contemplado en el artículo 150 A, inciso segundo, en relación con sus incisos primero y cuarto del Código Penal, en grado de ejecución de consumado, en los cuales les cabría participación a las formalizadas, en carácter de autoras, de conformidad con el artículo 15, N° 1°, del Código Penal⁴.

Tramitación Judicial

En el contexto de esta causa penal, a raíz de la muerte de la niña Lissette Villa, dentro del centro Cread Galvarino del Sename, seguida ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, el INDH presentó primero una querrela por cuasidelito de homicidio⁵ y luego la amplió recalificando los hechos como delito de apremios ilegítimos con resultado de muerte⁶.

Con posterioridad a ello, el CDE presentó querrela por cuasidelito de lesiones⁷, y luego el Ministerio Público reformalizó la investigación por el delito de apremios ilegítimos con resultado de muerte⁸ -conforme se expuso más arriba-. En ese escenario, en audiencia de fecha 20 de octubre de 2017 se plantearon los incidentes de exclusiones de querellantes entre el INDH y el CDE.

El INDH planteó el incidente de exclusión del CDE atendida la diversa calificación jurídica, y porque el CDE, por ley, puede ejercer la defensa institucional de los servicios del Estado, y podría, eventualmente, existir con posterioridad un conflicto si el Sename le pidiera al propio CDE la defensa institucional. Por su parte, el CDE supo de los hechos desde el origen de esta investigación penal, y presentó querrela más de un año después, por una calificación jurídica ya desechada por el MP y el resto de los querellantes, que, además, le otorgaba menor gravedad a los hechos y al derecho aplicable.

El Tribunal rechazó el incidente y, acto seguido, el CDE pidió la exclusión del INDH, sustentada en la disposición del artículo 6° del DFL, N° 1, del 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda (Ley Orgánica del CDE)⁹.

4. En esta misma causa, actualmente existe una serie de hechos formalizados a distintos/as imputados/as con diversos/as víctimas, aparte de los hechos antes relatados, que constituyen el caso más grave, que terminó con el fallecimiento de Lissette.

5. Con fecha 15 de junio de 2016, la que fue declarada admisible con fecha 16 de junio de 2016.

6. Con fecha 21 de enero de 2017, la que fue admitida con fecha 25 de enero de 2018.

7. Con fecha 28 de septiembre de 2017, la que fue declarada admisible con fecha 29 de septiembre de 2017.

8. En audiencia de fecha 1 de marzo de 2017.

9. Dicha disposición establece textualmente lo siguiente: "Si alguno de los delitos a que se refiere el artículo 3°, N° 4, afectare a organismos del Estado, a los gobiernos regionales, a las municipalidades, a las instituciones o servicios descentralizados funcional o territorialmente, o a las entidades de derecho privado a las que el Estado o sus instituciones hagan aportes o subvenciones o en las cuales tengan participación mayoritaria o igualitaria, el Consejo de Defensa del Estado acordará el ejercicio de la acción siempre que, en su concepto, haya especial conveniencia en ello".

Dicha incidencia sí fue acogida por el Tribunal.

Para fundamentar su resolución, el Tribunal del fondo, en síntesis, manifestó lo siguiente. Primero, que el propio INDH pidió la exclusión del CDE, por lo que la convivencia de los querellantes institucionales en la presente causa no fue pacífica. Segundo, que existiría una sobrerrepresentación del Estado en la presente causa, compareciendo junto con el Ministerio Público (que tiene el monopolio de la persecución penal) dos querellantes institucionales, junto con la presencia -como querellantes- de la madre y, además, del padre de la víctima. Para solucionar el nudo problemático -pluralidad de querellantes institucionales- la resolución ponderó principalmente los criterios de especialidad y temporalidad.

En cuanto a la especialidad, enfocándose en la redacción del artículo 111 del Código Procesal Penal, estableció el Tribunal *a quo*, que los órganos y servicios públicos "sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes". En ese sentido, ya que ambas leyes orgánicas (tanto la del INDH como la del CDE) permiten la interposición de querrelas, en este caso, habría que fijarse en las finalidades y objetivos de cada institución. Siguiendo con esta línea argumentativa, la resolución para desarrollar su fundamento, señala que leyendo los artículos 3° de la respectiva ley orgánica tanto del INDH¹⁰ como del CDE¹¹, atendido que la mayor cantidad de atribuciones del INDH a diferencia del CDE, serían relativas a elaboración de informes y actividades propias de la promoción de los DDHH, la especificidad de las funciones del INDH dicen relación con cuestiones que son de carácter de promoción.

En cuanto a la temporalidad, frente al argumento de que la Ley N° 20405 es posterior a la última redacción del artículo 6° de la Ley Orgánica del CDE¹², y que, en consecuencia, no le sería aplicable este último, no procediendo la cesación del ejercicio de la acción penal pública por parte del INDH mediante la querrela ya presentada y admitida a tramitación, la sentencia de primera instancia fundamenta que la interpretación debe hacerse al revés, y si el legislador hubiera querido cambiar la facultad del CDE de querrellarse y hacer cesar la representación de los otros órganos o servicios públicos -excluyéndolos en el procedimiento-, entonces, al dictarse la Ley N° 20405 se habría modificado expresamente la disposición del artículo 6° de la Ley orgánica del CDE¹³.

El Consejo de Defensa del Estado solo podrá interponer querrela respecto de hechos constitutivos de delitos en que las leyes requieran denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos, cuando así lo solicite este Servicio.

En ese caso, y en todos aquellos en que el Consejo de Defensa del Estado ejerza la acción penal que también corresponda a otros órganos distintos del Ministerio Público, cesará la facultad de representación de estos en el respectivo procedimiento".

10. Ley N° 20405, del 24 de noviembre de 2009, publicada en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2009.

11. DFL N° 1, del 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de agosto de 1993.

12. Ídem.

13. Ídem.

Termina el Tribunal indicando que, atendido el hecho de que no pueden coexistir ambos querellantes en el mismo proceso penal, hay que estarse a la solución que estableció la legislación; y desde ese punto de vista, el artículo 6° de la Ley Orgánica del CDE es clara, en el sentido de que una vez que el CDE ha ejercido la acción penal, cesa la representación del resto de los órganos o servicios públicos. Ante dicha resolución, el INDH apeló fundadamente solicitando su reincorporación como interviniente querellante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

Sentencia de la I. Corte de Santiago (Quinta Sala)¹⁴.

“Vistos y oídos los intervinientes:

Atendido el mérito los antecedentes y los expuestos en la presente audiencia; y entendiendo esta Corte que los intereses por los cuales la parte apelante ha deducido su acción o querrela, dicen relación o dan cumplimiento efectivo de los artículos 2° y 3° de su Ley Orgánica N° 20405, en el entendido que, además, se han dirigido respecto a un delito distinto al dirigido por el Consejo de Defensa del Estado y el Ministerio Público; y no siendo una norma excluyente el artículo 6° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. A mayor abundamiento, entendiendo esta Corte que en el fondo lo que se está discutiendo acá es un tema de una falta de legitimación activa, directamente relacionada con el interés de la acción o de la querrela; y el interés, como requisito de la acción, es un requisito de admisibilidad de la acción que debe ser ventilado y resuelto en la sentencia definitiva y en caso alguno en esta instancia como lo hizo el juez *a quo*. Además, que dicha exclusión de una parte a la cual ya fue acogida a tramitación su querrela, no existe en el Código Procesal Penal, se revoca la resolución en alzada, dictada por el Séptimo Juzgado de Garantía [de] esta ciudad, de fecha 20 [de] octubre del año recién pasado, debiendo, por lo tanto, continuar en adelante la querrela de la parte apelante.

Se previene que el Ministro señor Gray concurre a la revocatoria pero teniendo además presente que, conforme al inciso 2° del artículo 111 del Código Procesal Penal, este juez entiende que prevalece esa norma, por ser de aplicación general, sobre el artículo 6° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.

Decisión acordada con el voto en contra del Ministro suplente, señor Córdova, quien comparte los fundamentos del *a quo* y además entiende que los argumentos señalados en la resolución recurrida existiría una sobrerrepresentación de querellantes, por cuanto los intereses están debidamente salvaguardados por el Consejo de Defensa del Estado, excluyendo así al Instituto Nacional de DD. HH.”.

14. Causa Rol N° 626-2018, de fecha 7 de febrero de 2018.

COMENTARIO Y DOCTRINA DE DERECHOS HUMANOS

Los temas en juego, en términos técnicos procesales-penales, son la legitimidad activa del INDH, la sobrerrepresentación del Estado en causas criminales y la aplicabilidad de la cesación de la representación del INDH en causas en que comparezca además, como querellante, el CDE, por aplicación del art. 6° de su Ley Orgánica. Desde el punto de vista de los DD. HH., la discusión se relaciona con las facultades y legitimidad activa del INDH, la aplicabilidad de los principios de París, el derecho a la tutela judicial efectiva y, en definitiva, la prohibición de la tortura.

Legitimidad activa

Una lectura reposada de los artículos 2° y 3°, N° 5°, de la Ley N° 20405¹⁵ permite concluir o interpretar ampliamente las facultades judiciales del INDH, ya que se circunscriben dentro de su objetivo o ámbito de competencias, que no es otro que la protección de los derechos humanos de las personas que habiten el territorio del país. Esta forma de entender al INDH, su práctica y sus fines, se encuentra, además, alineada con los Principios de París, que indican textualmente, en los numerales 1.- y 2.-, que la institución nacional de derechos humanos será competente en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos y que la institución nacional de derechos humanos dispondrá del mandato más amplio posible en el ámbito de su competencia¹⁶.

Esta línea argumentativa, además, se ha asentado en la jurisprudencia nacional. Así, las Cortes han fijado como criterio establecer al INDH con amplias facultades judiciales, atendido su fin.

La I. Corte de Copiapó fue la primera en acoger esta tesis en un caso en que el INDH presentó una querrela por homicidio y que el Juzgado de Garantía de Diego de Almagro declaró inadmisibile. En

15. Artículo 2°.- El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. En su organización interna se regirá por las disposiciones de esta ley y lo que señalen sus estatutos.

Los estatutos del Instituto establecerán sus normas de funcionamiento. Los estatutos y sus modificaciones serán propuestos al Presidente de la República por, a lo menos, una mayoría de tres cuartos de sus miembros, y su aprobación se dispondrá mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Justicia. Con todo, los estatutos deberán ajustarse a los principios internacionales que rigen a las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos.

Artículo 3°.- Le corresponderá especialmente al Instituto:

5.- Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia.

En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia.

16. Principios de París, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 48/134, de 1994.

dicha oportunidad, al resolver la apelación a la inadmisibilidad de la querella¹⁷ la Corte dispuso lo siguiente:

VISTOS: Teniendo únicamente presente que conforme a lo previsto en los artículos 2° y 3°, especialmente su numeral 5°, de la Ley N° 20405, el Instituto Nacional de Derechos Humanos se encuentra habilitado para deducir la querella enderezada en autos, desde que su ámbito de competencia para deducir la acción penal no ha sido restringida a una especie de delito, sino a todo cuanto constituya su finalidad, cual es “la protección y promoción de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile...” y con lo dispuesto en los artículos 115 y 378 letra b) del Código Procesal Penal, se revoca la resolución apelada, dictada con fecha veintiuno de septiembre de dos mil quince, por el juez interino del Juzgado de Garantía de Diego de Almagro, don Erick Ríos Leiva, que declaró inadmisibile la querella, debiendo el señor Juez emitir el pronunciamiento que en derecho corresponda, acerca del señalado libelo.

La I. Corte de Valparaíso de Valparaíso, en dos oportunidades se ha pronunciado al respecto. Primero, en una situación similar a la anterior, en que el INDH presentó querella por el delito de apremios ilegítimos del art. 150 D del Código Penal, la que fue declarada inadmisibile por el Juzgado de Garantía de Limache. La I. Corte de Valparaíso (Rol N° 1532-2018, Corte de Valparaíso) reiteró el criterio de la Corte de Copiapó al disponer lo siguiente:

Vistos: Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por la interviniente en estrados, entendiendo que la querella interpuesta lo ha sido en cumplimiento de las facultades y competencias reguladas en los artículos 2 y 3 de la Ley 20405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, se revoca la resolución impugnada de fecha cuatro de julio de dos mil dieciocho, contenida a fojas 10 de esta carpeta de antecedentes, que declaró inadmisibile la querella interpuesta por el Instituto Nacional de Derechos Humanos y, en su lugar, se declara que el juez *a quo* debe dar curso progresivo a los autos, acogiendo a tramitación la querella indicada.

La segunda oportunidad en que la I. Corte de Valparaíso se ha pronunciado sobre el particular, fue en el caso Rodrigo Avilés -estudiante que, en manifestación del 21 de mayo de 2016, en Valparaíso, cayó violentamente al suelo tras recibir el impacto del chorro del carro lanza-aguas de Carabineros, resultando gravemente lesionado-, en el que, frente a una ampliación de querella por el delito de homicidio frustrado, el Juzgado de Garantía de Valparaíso no admitió la ampliación de la querella y excluyó como interviniente querellante al INDH del proceso. La Corte de Valparaíso (Rol N° 1533-2018, Corte de Valparaíso) fue enfática al resolver lo siguiente:

17. Rol N° 267-2015, Corte de Copiapó.

Vistos: Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por la interviniente en estrados, entendiendo que la ampliación de la querrela interpuesta lo ha sido en cumplimiento de las facultades y competencias reguladas en los artículos 2 y 3 de la Ley 20405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, se revoca la resolución impugnada de fecha doce de julio del año dos mil dieciocho, contenida a fojas 1 de esta carpeta de antecedentes, que rechazó dar lugar a la ampliación de la querrela presentada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos y lo excluye del procedimiento y, en su lugar se declara, que se le tiene por interviniente en el procedimiento, debiendo el juez *a quo* dar lugar a la tramitación de la ampliación de la querrela indicada, debiendo proveerse como en derecho corresponda las peticiones contenidas en dicha presentación.

Además de lo anterior, recogiendo la tesis de la sentencia comentada, siempre, la alegación referente a la falta de legitimidad activa del INDH como querellante, estará ligada al interés de la acción penal, querrela o pretensión punitiva propiamente tal de la acusación presentada por el INDH y su resultado en el veredicto condenatorio. Por ello, es un tema de fondo, que debiera resolverse siempre en la etapa de juicio oral. Esto se relaciona con los principios implícitos de un proceso penal adecuado a los estándares internacionales de derechos humanos. Nuestro actual sistema penal, de corte acusatorio-mixto, con un juicio oral, público y contradictorio, entrega la investigación y persecución penal al Ministerio Público. La acción penal, en tanto, puede ser ejercida por el Ministerio Público y, además, por la víctima y los querellantes institucionales. Esto queda claro de la interpretación armónica de las disposiciones de los artículos 19, N° 3 y N° 83 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 1° de la Ley N° 19640 y artículos 1°, 111, 113, 166, 180, 260 y 261 del Código Procesal Penal.

En este orden de ideas, la acción penal que cada interviniente -legitimado- en el proceso penal sostiene, puede, a su vez, tener intereses, pretensiones y estrategias contrapuestas, siendo todas igualmente válidas, debiendo debatirse con argumentos y resolverse en cada caso fundadamente por el respectivo tribunal. Ello no es sino la ponderación de diversos intereses y el ejercicio crítico del derecho a la tutela judicial efectiva (de cada interviniente)¹⁸.

La sobrerrepresentación del Estado en causas criminales

Otro tema relevante es que, en este caso en particular, se evidenció la presencia de varios organismos del Estado actuando como acusadores (Ministerio Público, INDH, CDE), lo que, a primera vista, puede

18. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional chileno acerca del requerimiento de inaplicabilidad en los antecedentes INA 3123-16, considerandos trigésimo a trigésimo sexto, sentencia de fecha 29 de junio de 2017. Este fallo se pronuncia sobre la posibilidad de que una multiplicidad de querellantes actúe por intermedio de un procurador común en el proceso penal, como fue declarado en la causa criminal por estafa piramidal conocida por el imputado Alberto Chang, seguida ante el 4° Juzgado de Garantía de Santiago RIT N° 4064-2016 y RUC: 1500643330-5.

llevar a pensar en una eventual asimetría y una vulneración a la igualdad de armas¹⁹, contraria a la defensa.

Pero ello no es tal. La igualdad de armas es una garantía de proceso penal que ha sido formulada tradicionalmente por parte de la doctrina²⁰ y que, más que una manifestación específica del derecho de defensa, es un principio rector que inspira todas las manifestaciones de este, y que tiene por objeto evitar que se produzca un desequilibrio en la situación relativa de la parte acusadora y la del imputado o acusado, que pueda llevar a que la defensa de este último sea ilusoria, es decir, a la indefensión²¹.

En el caso de este comentario, se trata de una causa con múltiples acusadores, institucionales y particulares, por el Estado y por la víctima (comparecen padre y madre por la víctima Lissette, de hecho). Pero, del otro lado, hay varias personas imputadas, cada una asesorada por defensa técnica independiente, tanto pública como privada. Inclusive, muchas defensas son incompatibles en sus pretensiones y estrategias.

El mero número de querellantes no es sinónimo de constatar una situación de empeoramiento de condiciones objetivas de defensa, ni genera una diferencia estructural en su perjuicio.

Cesación de la representación del INDH en causas en que comparezca, además, como querellante, el CDE, por aplicación del art. 6° de su ley orgánica

Por aplicación de los artículos 2° y 3°, N° 5, de la Ley N° 20405, el INDH se encuentra facultado para deducir acciones penales dentro del ámbito de su competencia, es decir, para el cumplimiento de su objeto, que es la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten el territorio de Chile. El legislador, explícita y conscientemente, dotó de atribuciones especialísimas al INDH para la promoción y protección de los derechos humanos.

19.El principio de igualdad de armas implica que cada parte debe ser tratada de tal manera de encontrarse en una posición procesal equivalente para plantear su caso –incluyendo su evidencia– bajo condiciones que no la sitúen en desventaja sustancial frente a su oponente. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Dombo Beheer B. V. vs. The Netherlands, Application N° 14448/88, sentencia de 27 de octubre de 1993, párr. 33. Citado por Medina Quiroga, Cecilia. Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad. Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2012, N° 12, octubre 2013, Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, pág. 12.

20. Maier utiliza la expresión "igualdad de posiciones". MAIER, Julio BJ, *Derecho Procesal Penal Argentino*. Editorial Harnmurabi S. R. L., 1989, Buenos Aires, 2ª Edición, Tomo 1 [vol. a], Fundamentos. El derecho procesal penal y su inserción en el orden jurídico, pág. 347.

21. Riego, Cristian. El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos. Volumen I, Aspectos Jurídicos. Cuaderno de Análisis Jurídico N° 4°, Serie de Publicaciones Especiales. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, diciembre de 1994, págs. 81 y 82.

Por su lado, el objeto del CDE, según los artículos 2° y 3°, N° 5, del DFL N°1 de 1993, Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado²², es, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado, relacionados con dos aristas en materia penal: el interés patrimonial fiscal y la probidad funcionaria.

Como se desprende de los textos legales antes indicados, se pueden reconocer finalidades distintas en los objetos y fines del INDH y del CDE. Por especialidad, lo relacionado con afectaciones o vulneraciones a los derechos humanos sería de competencia del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Lo particularmente relevante en términos de especialidad, junto con los argumentos antes esgrimidos, es que esta es una causa en que el asunto que se ventila es una vulneración de derechos humanos paradigmáticamente significativa, cometida por funcionarios públicos en contra de niños, niñas y adolescentes cuya protección y seguridad debía ser garantizada por el Estado. En ese contexto, es fundamental asegurar la calidad de interviniente del Instituto Nacional de Derechos Humanos, cuya finalidad es justamente velar por la protección de los DD. HH. en situaciones como la que se presenta en autos, contando para ello con atribuciones legales claras, tal como fue mencionado.

Esto se ve reforzado por cuanto no tendría sentido que el Estado, al crear el INDH y dotarlo de facultades judiciales para perseguir y sancionar la tortura²³, al mismo tiempo tolerara como cortapisa que, al presentarse querrela por parte del CDE (que tiene el foco en temas del interés patrimonial fiscal y la probidad funcionaria) cesara o terminara la atribución del INDH de interponer acciones penales.

22. "Art. 2. El Consejo de Defensa del Estado tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado.

Art. 3. Las funciones del Consejo de Defensa del Estado son, sin perjuicio de las otras que le señalen las leyes, las siguientes:

5.- Ejercer la acción penal, tratándose de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones o empleos por funcionarios públicos o empleados de organismos del Estado, de la Administración del Estado, de los gobiernos regionales, de las municipalidades, o de las instituciones o servicios descentralizados funcional o territorialmente. El Consejo ejercerá la acción penal tratándose, especialmente, de delitos tales como cohecho, soborno y negociación incompatible".

23. En el Derecho Internacional de Derechos Humanos, existe consenso sobre la prohibición absoluta de someter a personas a torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, tanto así, que la prohibición se considera una norma de *ius cogens*, es decir, una norma imperativa que forma parte del orden público internacional, no admitiendo reservas o estipulaciones convencionales en contrario. Específicamente, la obligación de investigar la tortura implica "una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos". Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, N° 205, párr. 289. Por otra parte, la Corte IDH "ha advertido que esta obligación se mantiene 'cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado'". Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, N° 205, párr. 291.

Además, por un criterio de temporalidad, el INDH tampoco podría ser excluido como querellante según el artículo 6° de la Ley Orgánica del CDE. Esto, por cuanto dicha disposición legal fue regulada por la denominada "Ley Adecuatoria" N° 19806 del 31 de mayo de 2002, y el Instituto Nacional de Derechos Humanos fue creado con posterioridad, por medio de la Ley N° 20405, de fecha 10 de diciembre de 2009.

