

La actividad legislativa y
los derechos humanos en Chile

PRINCIPALES INFORMES DEL INDH
AL PARLAMENTO
2012-2014

1

La actividad legislativa y
los derechos humanos en Chile

PRINCIPALES INFORMES DEL INDH
AL PARLAMENTO
2012-2014



LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN CHILE. PRINCIPALES INFORMES DEL INDH AL PARLAMENTO 2012-2014

Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Lorena Fries Monleón, Directora

Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

José Aylwin Oyarzún

Carolina Carrera Ferrer

Consuelo Contreras Largo

Sebastián Donoso Rodríguez

Carlos Frontaura Rivera

Roberto Garretón Merino

Claudio González Urbina

Sergio Micco Aguayo

Manuel Núñez Poblete

Equipo de trabajo INDH

Yerko Ljubetic Godoy

Diana Maquilón Tamayo

Milenko Bertrand-Galindo Arriagada

Leonardo Urrutia Álvarez

Diseño y diagramación

Michèle Leighton Palma

Impresión

Maval

ISBN: 978-956-9025-69-3

Registro de Propiedad Intelectual: 248.954

Primera edición

1.000 ejemplares

Santiago de Chile

Diciembre de 2014

ÍNDICE

Introducción	7
1. Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos	9
2. Informe en derecho: El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas	37
3. Informe proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Boletín N° 8924 - 07	75
4. Informe proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso. Boletín N° 7130-07	97
5. Informe proyecto de ley que consagra el deber de los órganos del Estado de individualizar a las víctimas de desaparición forzada. Boletín N° 9593 – 17	111
6. Informe proyecto de ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal. Boletín N° 9692-07	125

INTRODUCCIÓN

Uno de los desafíos más significativos para la completa realización de los derechos humanos es su efectiva implementación, labor en la cual desempeñan un rol determinante las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y los parlamentos. En efecto, la mayor o menor armonía entre los marcos normativos nacionales, producidos por la actividad legislativa, respecto de las normas y estándares internacionales de derechos humanos constituye un factor fundamental para el logro de dicho objetivo.

A pesar de la enorme relevancia que tiene la vinculación de tales instituciones con los tres poderes del Estado, en la práctica esta relación ha recibido exigua atención. Se han desarrollado escasos análisis sobre la forma de interacción y su impacto efectivo; especialmente cuando se trata del Poder Legislativo. Así lo concluyeron los países participantes de la Conferencia para INDH's en el área OSCE¹ llevada a cabo en Julio de 2011 en Lituania.²

Dada esta realidad, en Febrero de 2012 se realizó un Seminario Internacional de expertos en Belgrado sobre la relación entre INDH's y Parlamentos, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, el Comité Internacional Coordinador de Instituciones Nacionales para la promoción y protección de los Derechos Humanos y la Asamblea Nacional y el Protector de Ciudadanos de la República de Serbia que culminó con la formulación de los Principios de Belgrado para la Relación entre INDH's y Parlamentos.³

Conforme a dichos principios, corresponde a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos cooperar en la formulación de propuestas legislativas con el objetivo de adecuar las normas internas a las normas y principios del derecho internacional, de manera de constituir un marco armónico y único de protección de derechos humanos. Los Parlamentos, a su vez, en el marco de su obligación de garantía y respeto de estos derechos, deben adoptar medidas en aras a alcanzar la plena implementación de las normas, estándares y recomendaciones de los órganos de tratados, de los procedimientos especiales y las formuladas en el marco del Examen Periódico Universal. Ello cobra más importancia aún considerando que parte de los déficits en materia de derechos humanos en la actualidad dice relación con la falta de armonización del derecho nacional e internacional en estas materias, cuestión que suelen justificar los Estados fundándose en la inactividad del Parlamento para adoptar las medidas legales pertinentes.

1. Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)

2. <http://www.osce.org/odihr/80774>. Fecha de consulta: 22 de abril, 2013.

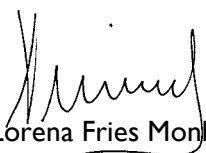
3. http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-9_en.pdf. Fecha de consulta: 22 de abril, 2013.

Así, la interacción entre ambas instituciones, consagrada en los Principios de Belgrado, representan un conjunto de desafíos para una efectiva incidencia de la labor de las INDH's. Por lo mismo, la Ley 20.405, al crear el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile, estableció entre sus funciones la de "... Promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva".⁴

Para encarar esa trascendental función, desde su origen el INDH consideró un área de Seguimiento Legislativo, que tiene a su cargo la coordinación de las tareas que ello involucra: interacción con los parlamentarios y las Comisiones que más comúnmente abordan temas de nuestra competencia, la entrega de informes y opiniones que sean pertinentes a tales materias para su consideración en la actividad legislativa, la presencia de nuestras autoridades y profesionales para ilustrar puntos de vista relevantes para nuestro mandato y, recientemente, la realización de un primer Seminario sobre Derechos Humanos para parlamentarios y asesores de la función legislativa, que esperamos seguir realizando todos los años.

Hemos querido agregar a tales tareas la elaboración y difusión de una publicación que reúna los principales informes que en el período respectivo se hayan hecho llegar desde el INDH al Parlamento, especialmente aquellos que se refieran a contingencias relevantes desde el punto de vista de la vigencia de los derechos humanos en el país.

Esperamos que tal publicación, cuyo primer número presentamos con esta breve introducción, sea de utilidad para todos los interesados en estas trascendentales materias, especialmente para quienes desempeñan alguna responsabilidad en la fundamental tarea de asegurar que las normas que rigen nuestra convivencia democrática respondan a los estándares internacionales que constituyen el marco que la humanidad se ha dado para cautelar la dignidad y los derechos de todos los seres humanos.



Lorena Fries Monleón
Directora

Instituto Nacional de Derechos Humanos

4. Ley 20405, artículo 3. N°4

1

Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos

Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 27 de agosto de 2012 – Sesión III

I. Introducción

Un rasgo definitorio de las sociedades democráticas está dado por el modo en que resuelven los conflictos que se derivan del ejercicio simultáneo de derechos que pueden colisionar entre sí. El respeto a todos ellos en el marco de su adecuada jerarquización es un desafío permanente, pero especialmente urgente para aquellos países que, como el nuestro, han retomado el cauce democrático después de una larga pausa autoritaria.

Ello es especialmente relevante cuando se trata de derechos asociados al ejercicio de la manifestación de reivindicaciones políticas o sociales por parte de sectores de la ciudadanía que, por su particular exclusión del debate político público, requieren de espacios distintos a los tradicionales para requerir al Estado la realización de ciertos derechos. Por lo mismo, los Estados deben ser especialmente cuidadosos a la hora de desarrollar legislaciones que puedan llegar afectar el derecho a la manifestación pública.

En ese marco se considera que debe analizarse con particular atención, y desde una perspectiva de derechos humanos, el proyecto de ley “que fortalece el resguardo del orden público”¹ presentado por el Poder Ejecutivo en 2011. En efecto, el 27 de septiembre de ese año, el Presidente de la República envió al Congreso Nacional dicho proyecto de ley que consta de cuatro artículos, cada uno con modificaciones a diferentes cuerpos legales. Respecto de las motivaciones del proyecto, destacan las que aparecen para la nueva tipificación del delito de desórdenes públicos. Según el Mensaje Presidencial, ella responde al contexto de manifestaciones estudiantiles que se han desarrollado durante el año y a que *“la redacción del artículo 269 del Código Penal no responde a los fenómenos sociales ni a los de desórdenes públicos que enfrentamos”* dado que *“... los últimos acontecimientos en nuestro país, han demostrado que el derecho a manifestarse pacíficamente se ha visto limitado y restringido debido a la acción de personas ajenas a las causas que ellas expresan, las que actúan violentamente”*.

1. Mensaje N° 196-359, de 27 de septiembre de 2011.

El proyecto surge en un contexto en el que se han desarrollado masivas manifestaciones por parte de diversos grupos y sectores de la sociedad chilena. En el marco de esas protestas se han producido actos delictivos por parte de grupos de personas y, asimismo, se ha denunciado la existencia de restricciones indebidas al ejercicio de derechos fundamentales y la realización de actos de violencia por parte de las fuerzas policiales en contra de manifestantes.

En el marco del debate parlamentario sobre el proyecto de ley de referencia resulta fundamental desde la perspectiva del INDH identificar los estándares de derechos humanos aplicables para regular las protestas sociales y las manifestaciones públicas de manera de acompañar el debate radicado en el Congreso con elementos que permitan armonizar dicha propuesta con las obligaciones jurídicas contraídas por el Estado de Chile en materia de derechos humanos. Para ello se revisarán: a) la regulación general del derecho a la manifestación pacífica en tratados internacionales de derechos humanos, en los pronunciamientos de sus órganos y en la Constitución Política de la República, y b) algunas cuestiones que han requerido un tratamiento especial desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que son pertinentes para el examen del “Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público”. Posteriormente, se formularán algunas consideraciones sobre el proyecto de ley en cuestión a la luz de lo señalado anteriormente en la primera parte.

2. Las manifestaciones públicas y protestas sociales: el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión

2.1. El derecho a la manifestación en tratados internacionales de derechos humanos, en los pronunciamientos de sus órganos y en la Constitución Política

El derecho a la manifestación o a la protesta social no se encuentra expresamente reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, se ha entendido que es un derecho que se desprende de otros derechos consagrados en los tratados, esto es, del derecho de reunión y de la libertad de expresión².

Ambos derechos se encuentran contemplados en los artículos 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “PIDCP”), en los artículos 10 y 11 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades

2. Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 131, párr. 8.

Fundamentales (en adelante la “Convención Europea”), en los artículos 9 y 11 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la “Carta Africana”) y en los artículos 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana”).

Respecto a la libertad de expresión, este derecho se encuentra consagrado en el PIDCP en los siguientes términos:

- “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
- 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.*

En el caso de la Convención Americana, el artículo 13 dispone que:

- “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
- 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*
- 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*
- 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Por último, nuestra Constitución Política de la República se refiere a la libertad de expresión en los siguientes términos:

*"La Constitución asegura a todas las personas:
Artículo 19 N° 12: La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (...).*

De este modo, uno de los derechos en los que se fundamenta la protesta social es la libertad de expresión. Su propósito es ser un instrumento mediante el cual las personas colectivamente pueden expresar y manifestar su conformidad o disconformidad en torno a un tema que generalmente es de interés público. En palabras de la Corte IDH, la *"libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias"*³.

La libertad de expresión, en el caso específicamente del ejercicio de la manifestación o protesta social, juega el rol de exigir al Estado respuestas concretas ante sus demandas. En otras palabras, sirve como rendición de cuentas por parte de la autoridad hacia la ciudadanía. La protesta social -pacífica y sin armas- es un medio legítimo de presión hacia la autoridad y una forma de control democrático legítimo. Así lo han señalado los órganos de los tratados a nivel interamericano. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha afirmado que la protesta social es importante para la consolidación de la vida democrática y que, en general, dicha forma de participación en la vida pública, en tanto ejercicio de la libertad de expresión, reviste un interés social imperativo. En un sentido similar la Corte Interamericana ha manifestado: *"[I]a libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse"*⁴.

En el caso del derecho de reunión, el artículo 21 del PIDCP dispone que: *"Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en*

3. Corte IDH: Sentencia caso Última Tentación de Cristo, (Olmedo Bustos vs. Chile), de 5 de febrero de 2001, párrafo 66

4. Corte IDH, *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC 5/85, Serie A, No. 5, del 13 de noviembre de 1985, párr. 69.

interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

El artículo 15 de la Convención Americana tiene una regulación similar, al establecer que:
“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

La Constitución chilena, también consagra el derecho de reunión al establecer que:

“La Constitución asegura a todas las personas:

Artículo 19 N° 13: El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas

Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”.

En el caso del derecho de reunión, se trata de un derecho estrechamente conectado con la libertad de expresión. De acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos, la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión pacífica. En este sentido, la Corte Europea ha insistido en que el derecho a manifestar está protegido tanto por el derecho a la libertad de expresión como por el derecho a la libertad de reunión⁵. Así, el derecho fundamental a la libertad de reunión debe entenderse como la posibilidad de un grupo de personas de juntarse en un lugar determinado y también como la posibilidad de manifestar opiniones de forma colectiva aprovechando la posibilidad de organizar reuniones. Se trata, en consecuencia, también de un derecho fundamental de la comunicación política por su relación con el proceso de formación de la opinión pública.

Los órganos de tratados que supervisan el cumplimiento de los pactos y convenciones, así como varios procedimientos especiales, han afirmado la relevancia de las manifestaciones públicas como expresión del ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión. Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que la participación de las sociedades a través de la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades⁶. La Relatoría ha expresado

5. Véase, por ejemplo, Corte EDH, Caso Vogt c. Alemania, Sentencia del 26 de septiembre de 1995, Serie A, No. 323, párr. 64; Corte EDH, Caso Rekvényi c. Hungría, Sentencia del 20 de mayo de 1999, Informe de Sentencias y Decisiones 1999-III, párr. 58; Corte EDH, Caso Young, James y Webster c. Inglaterra, Sentencia del 13 de agosto de 1981, Serie A, No. 44, párr. 57; Corte EDH, Caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía, Sentencia del 31 de julio de 2001, párr. 44, disponible en <http://www.echr.coe.int>; Corte EDH, Caso Partido Unido Comunista Turco y otros c. Turquía, Sentencia del 30 de enero de 1998, Informe 1998-I, párr. 42.

6. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 149, párr. 91.

también que en muchos países del hemisferio, la protesta y la movilización social se han constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos⁷. Más aún, la misma Relatoría, en su Informe Anual del año 2005, alertaba respecto de la tendencia a criminalizar la protesta social al señalar que, en primer lugar, ésta implica el ejercicio de derechos (a la libertad de expresión y de reunión) y, en segundo término, que la protesta es muchas veces el único mecanismo al cual ciertos grupos sociales pueden recurrir para expresar sus demandas⁸.

Existen además estándares en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación a algunas temáticas específicas a partir del derecho a reunión y la libertad de expresión, como son la relación entre el ejercicio de las manifestaciones públicas con el resguardo del orden público y la seguridad ciudadana; los límites a las manifestaciones públicas y la especial referencia que se ha realizado al derecho de manifestación de las niñas, niños y adolescentes, las que se verán a continuación.

2.2. El derecho de manifestación vs. el reguardo del orden público

El derecho a manifestar en lugares públicos o “derecho a la protesta social” puede entrar en conflicto con otros derechos –especialmente la libertad de circulación de otras personas- o con otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente –el orden público-. Al respecto, cabe señalar que, en materia de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, la doctrina mayoritaria ha afirmado que, en los casos en que el valor o bien jurídico protegido entra en colisión con otros valores o bienes jurídicos, debe buscarse el justo punto de equilibrio entre los valores, no necesariamente sacrificando uno a favor del otro. No hay norma alguna de la Carta Fundamental que autorice a negar un derecho o a desnaturalizarlo para favorecer a otro. Cada uno y todos los derechos pertenecen a un sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos. A través de la técnica de la ponderación se debe optimizar el valor o bien jurídico y darle la mayor efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso⁹.

7. Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 129, párr. I.

8. Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 131, párr. I.

9. Sobre la ponderación en caso de conflicto entre derechos fundamentales o entre éstos y otros bienes constitucionalmente tutelados, Vid. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

El derecho de manifestación puede efectivamente implicar alguna afectación del orden público, especialmente en consideración a que la protesta social es ejercida frecuentemente por grupos y colectivos que se encuentran marginados del debate público. Al respecto la CIDH ha manifestado que *“los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir un “derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”*. Si esto ocurre, *“la restricción aplicada de esa manera no es legítima”*¹⁰. Tal como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, no se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*¹¹.

La Comisión Interamericana ha señalado, además, la íntima relación entre el derecho de reunión y la libertad de expresión, al afirmar que *“(…) en el momento de hacer un balance sobre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático”*¹².

En una misma línea argumentativa, la Corte Europea de Derechos Humanos ha expresado en una reciente sentencia que *“en ausencia de actos de violencia por parte de los manifestantes, al menos antes de utilizar la fuerza por parte de la policía, es importante que los poderes públicos demuestren una especial tolerancia hacia las concentraciones pacíficas para no privar de contenido la libertad de reunión garantizada por el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos”*¹³. Así, las restricciones al derecho a protestar pacíficamente no deben constituir un obstáculo para el orden público. Por otra parte, también es importante señalar que los instrumentos internacionales y

10. CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/II.88, Doc. 9 rev.

11. Corte Constitucional de Colombia, T-456-92, Sentencia del 14 de julio de 1992, disponible en <http://ramajudicial.gov.co>.

12. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 93, párr. 150.

13. Corte Europea de Derechos Humanos: Gulizar Tuncer vs. Turquía, 8 de febrero de 2011, párr. 30. Es pertinente recordar que, en España, el gobierno, ante el llamado movimiento “de los indignados del 15 M” que ocupó plazas de diversos lugares del país días antes de una elección a nivel de Municipios y Comunidades Autónomas, decidió no desalojar las plazas precisamente en base a la citada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Vid. [<http://www.lavanguardia.com/politica/elecciones-2011/20110520/54158192830/rubalcaba-no-aclara-si-ordenara-desalojar-las-acampadas-de-los-indignados.html>], [<http://www.abc.es/20110520/espana/abci-policia-201105201955.html>], [<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/05/20/madrid/1305917126.html>].

los órganos de los tratados han señalado algunas pautas respecto a cómo deben actuar las fuerzas policiales cuando deben hacer uso de la fuerza. Ello debe ser especialmente considerado en los casos de intervención para restablecer el orden público.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos (Corte IDH), la facultad del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado no es ilimitada y está sometida a estrictos estándares de proporcionalidad, sobre todo en consideración a que los derechos comúnmente afectados son el derecho a la vida y a la integridad física. En este sentido la Corte IDH ha señalado que *“[e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”*¹⁴.

El test de proporcionalidad aplicado a la fuerza pública considera los hechos específicos de cada caso donde la peligrosidad de las personas que son afectadas por una acción estatal y la conducta asumida por ellas constituyen un elemento relevante para determinar la licitud de la interferencia al derecho a la vida e integridad física. Es así como las necesidades de la situación y el objetivo que se trata de alcanzar son relevantes para determinar la legalidad y proporcionalidad de la medida. Sin embargo, es importante tener presente que el hecho de enfrentar una conducta o acción adversa de sujetos “supuestamente peligrosos” no otorga al Estado la posibilidad de usar la fuerza más allá de lo estrictamente necesario¹⁵. Por el contrario, el Derecho Internacional contempla distintos instrumentos que establecen ciertos parámetros a los que debe sujetarse la acción estatal. En efecto el artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley¹⁶, establece que *“Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”*.

14. Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.4, párr. 154, *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 162, *Caso Neira Alegría y otros*, Sentencia del 19 de julio de 1995. Serie C No. 20 párrafo 75.

15. Es así como en el caso *Neira Alegría y Otros* la Corte IDH estableció “la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó”.

16. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

2.3. El derecho de manifestación y las políticas públicas sobre seguridad ciudadana

Las manifestaciones públicas son abordadas frecuentemente por las autoridades administrativas de cada país desde una perspectiva de seguridad ciudadana, especialmente por la posibilidad que en el contexto de las manifestaciones se realicen actos delictivos que afecten la integridad física de las personas así como la propiedad pública y privada. En caso de colisión de derechos deben sopesarse las razones a favor de cada valor o bien jurídico y buscarse el justo punto de equilibrio entre los valores, no necesariamente sacrificando uno a favor del otro.

De acuerdo a la Corte IDH, en la relación entre la protección del derecho de reunión y la necesidad de compatibilizar su ejercicio respecto a la prevención de situaciones de violencia, resulta en principio inadmisibles la penalización per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y del derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha limitación (la penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática¹⁷.

Así mismo, un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Seguridad y Derechos Humanos del año 2009 afirmó que las autoridades estatales tienen la obligación de prevenir y, en su caso, controlar cualquier forma de conducta violenta que vulnere los derechos de cualquier persona bajo su jurisdicción. No obstante, en la adopción de medidas dirigidas a cumplir con esa obligación debe considerarse, según la Comisión, que en algunas ocasiones el ejercicio del derecho de reunión puede distorsionar la rutina de funcionamiento cotidiano, especialmente en las grandes concentraciones urbanas, y que, inclusive, puede llegar a generar molestias o afectar el ejercicio de otros derechos que merecen de la protección y garantía estatal como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación. Sin embargo, señala, esas alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse¹⁸.

17. Cfr: Corte IDH: Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párrafos 96 a 98.

18. Cfr: CIDH, "Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos", OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 de diciembre de 2009, pág. 91, párr. 198.

2.4. Requisitos de las restricciones al derecho de manifestación

El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que se pueden imponer restricciones a las manifestaciones públicas siempre que tengan como objetivo proteger alguno de los intereses enumerados en los artículos 19 (derecho a la libertad de expresión) y 21 (derecho a la libertad de reunión) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Acerca de la posibilidad de restricciones, dicho Comité ha sostenido que el derecho a la libertad de expresión es de suma importancia en una sociedad democrática y que toda restricción impuesta al ejercicio de ese derecho debe responder a una rigurosa justificación¹⁹.

En un sentido similar, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Relatoría para la Libertad de Expresión señala que, a pesar de la importancia otorgada tanto a la libertad de expresión como a la libertad de reunión pacífica para el funcionamiento de una sociedad democrática, esto no las transforma en derechos absolutos. En efecto, los instrumentos de protección de los derechos humanos establecen limitaciones a ambos derechos.

2.4.1. Restricciones al derecho de reunión deben ser establecidas por ley

Los requisitos de las restricciones al derecho de reunión son consignados en el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos, exigiéndose que deben estar establecidas en la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública²⁰.

Es pertinente mencionar que, respecto al significado que debe atribuirse al término ley en relación a la restricción de derechos fundamentales, la Corte IDH ha expresado en una Opinión Consultiva que *“en tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional (...)”*²¹. También la Corte señaló que *“en cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria*

19. Cfr: Comité DH, Caso Tae-Hoon Park c. República de Corea, Decisión del 3 de noviembre de 1998, disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>. Comunicación No. 628/1995: República de Corea. 03/11/98. CCPR/C/64/D/628/1995 (jurisprudencia), párr. 10.3.

20. Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 130, párr. 2.

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 6-86/1986, 9 de mayo de 1986, párr. 26.

limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”²².

La regulación del derecho de reunión en Chile no cumple con el requisito establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos respecto a que las eventuales restricciones estén establecidas por ley. En efecto, la normativa que regula el ejercicio del derecho de reunión en lugares de uso público es el Decreto N° 1086, de 16 de septiembre de 1983, y el objeto de ese decreto es cumplir con el mandato constitucional consignado en el artículo 19 N° 13 inciso 2 de la Constitución, el cual establece que *“Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”*. Además, la regulación del derecho de reunión se contradice también con el principio de reserva legal de los artículos 19 N° 26 y 63 N° 20 de la Constitución Política, en virtud de los cuales la regulación y limitación de los derechos fundamentales debe establecerse por ley²³.

2.4.2. Notificación o aviso previo en las manifestaciones públicas

Otro aspecto vinculado a las restricciones al derecho de manifestación al que han hecho referencia los órganos de los tratados, es el de la necesidad de una notificación o autorización previa. Sobre este punto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación no es incompatible con el artículo 21 del PIDCP (derecho de reunión)²⁴. Sin embargo, la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“la finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida. Por el contrario, la reglamentación que establece, por ejemplo, el aviso o notificación previa, tiene por objeto informar a las*

22. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 6-86/1986, 9 de mayo de 1986, párr. 27.

23. No obstante, cabe señalar que tanto el Tribunal Constitucional como la Contraloría General de la República han señalado que el derecho de reunión constituye una excepción al principio de reserva legal de acuerdo a lo establecido en la constitución. Ambos pronunciamiento no se refieren a lo dispuesto por los tratados internacionales de derechos humanos. *Cfr.* Tribunal Constitucional, sentencia Rol 239, de 16 de julio de 1996; Contraloría General de la República, Dictamen 78.143, de 14 de diciembre de 2011.

24. Comité DH, Caso Kivenmaa c. Finlandia, Decisión del 10 de junio de 1994, disponible en <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/>. Comunicación No. 412/1990: Finlandia. 10/06/94. CCPR/C/50/D/412/1990 (jurisprudencia), párr. 9.2.

*autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades del resto de la comunidad”*²⁵. Un agente por lo tanto, no puede denegar un permiso porque considere que es probable que la manifestación ponga en peligro la paz, la seguridad o el orden público, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc.). Como ha señalado también la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, las limitaciones a las manifestaciones públicas sólo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual²⁶.

En Chile, el artículo 2 del citado Decreto N° 1086 regula la notificación o permiso para la realización de reuniones en lugares de uso público de la siguiente manera:

“Para las reuniones en plazas, calles y otros lugares de uso público regirán las siguientes disposiciones:

a) Los organizadores de toda reunión o manifestación pública deben dar aviso con dos días hábiles de anticipación, a lo menos, al Intendente o Gobernador respectivo. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública pueden impedir o disolver cualquier manifestación que no haya sido avisada dentro del plazo fijado y con los requisitos de la letra b).

b) El aviso indicado deberá ser por escrito y firmado por los organizadores de la reunión, con indicación de su domicilio, profesión y número de su cédula de identidad. Deberá expresar quiénes organizan dicha reunión, qué objeto tiene, dónde se iniciará, cuál será su recorrido, donde se hará uso de la palabra, qué oradores lo harán y dónde se disolverá la manifestación;

c) El Intendente o Gobernador, en su caso, pueden no autorizar las reuniones o desfiles en las calles de circulación intensa y en calles en que perturben el tránsito público;

d) Igual facultad tendrán respecto de las reuniones que se efectúen en las plazas y paseos en las horas en que se ocupen habitualmente para el esparcimiento o descanso de la población y de aquellas que se celebraren en los parques, plazas, jardines y avenidas con sectores plantados;

e) Si llegare a realizarse alguna reunión que infrinja las anteriores disposiciones, podrá ser disuelta por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública;

f) Se considera que las reuniones se verifican con armas, cuando los concurrentes lleven palos, bastones, fierros, herramientas, barras metálicas, cadenas y, en general,

25. CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, 2006, párr. 57

26. CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. I, párr. 34.

cualquier elemento de naturaleza semejante. En tal caso las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública ordenarán a los portadores entregar esos utensilios, y si se niegan o se producen situaciones de hecho, la reunión será disuelta”.

No obstante, en el precepto transcrito los requisitos que se exigen en la presentación a la autoridad lo convierten prácticamente en una solicitud de autorización quedando incluso facultada la Intendencia o Gobernación para “no autorizar” en determinados casos las reuniones en lugares de uso público.

2.5. Especiales consideraciones respecto del derecho de manifestación de las niñas, niños y adolescentes

Considerando que el “Proyecto de Ley que fortalece el resguardo del orden público” surge en un contexto y como respuesta a varios meses movilizaciones de estudiantes secundarios y universitarios, es pertinente también señalar algunas consideraciones sobre el derecho a la manifestación de niños, niñas y adolescentes.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha entendido que la niñez requiere de una especial regulación y protección. En especial, el “principio del interés superior del niño” exige que al decidir una medida, de cualquier índole, que vaya a afectar a un niño, una consideración primordial a la que se atienda sea el interés superior del niño (Art. 3, Convención Internacional sobre Derechos del Niño, CDN). Por otra parte, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en los procedimientos que los afecten, pues *“se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar en las medidas y decisiones que afecten su vida”*²⁷.

La Corte Suprema de Justicia en Chile por su parte ha aplicado directamente varias disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, señalando que las sanciones a estudiantes que participan del movimiento estudiantil pueden significar una vulneración de la libertad de expresión de los niños, niñas y adolescentes. Por su relevancia, transcribimos parte de su argumentación:

“Que, aunque es evidente que el estudiante postulaba acción política entre sus compañeros y criticaba fuertemente el régimen legal de enseñanza y a su colegio (fs. 21), el comportamiento de la recurrida contraría la libertad de expresión asegurada a todos en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque sanciona la legítima

27. Comité de Derechos del Niño: Comentario General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 81.

comunicación de ideas. Pero, además, transgrede el ordenamiento jurídico internacional de carácter particular de los niños vigente en el país de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del mismo texto en cuanto reconoce la existencia de los derechos humanos de los niños, y entre éstos, los derechos de carácter político. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en sus artículos 12, 13, 14, 15 y 17 previene las libertades de opinión, expresión, asociación, conciencia y de religión; y es incuestionable que se trató de impedir que el estudiante manifestara sus convicciones. Finalmente a este respecto es necesario señalar que en la especie no se advierte ningún motivo que justifique el proceder del establecimiento educacional, puesto que es evidente que no se tuvo en cuenta razones relacionadas con el interés superior del niño, en la especie con la preservación y fortalecimiento de su desarrollo formativo, sino únicamente la negativa valoración de sus posiciones”²⁸.

Diversos organismos internacionales manifestaron a su vez su preocupación por la excesiva violencia policial utilizada en las manifestaciones de los estudiantes afirmando que no debe utilizarse la fuerza pública de manera desproporcionada de una manera que afecte el derecho de reunión de los jóvenes. Así, UNICEF²⁹ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁰ comunicaron al Gobierno de Chile su preocupación por la acción gubernamental en contra de la movilización estudiantil, pues el “uso excesivo de la fuerza” ha implicado un atentado en contra de los derechos de los jóvenes, niños y niñas que se manifiestan para rechazar el actual modelo educativo, afectando, entre otros, su derecho de reunión y de manifestación.

2.6. La protesta social y las “tomas”: la necesidad del elemento “pacífico”, la colisión con derechos de terceras personas y los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia

Uno de los aspectos más debatidos del proyecto de ley desde una perspectiva de estándares de derechos humanos es que penaliza la invasión, ocupación o saqueo de “viviendas, oficinas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquier

28. Corte Suprema de Justicia: sentencia Rol N° 1.740-2009, de 23 de abril de 2009, Considerando Jurídico 4.

29. Se encuentra la declaración en <http://www.unicef.cl/unicef/index.php>.

30. El día 6 de agosto la CIDH, y sus relatorías de Derechos de la Niñez y de Libertad de Expresión manifestaron su preocupación por los graves hechos de violencia ocurridos en las manifestaciones estudiantiles llevadas a cabo en Chile, el jueves 4 de agosto, que habrían significado la detención y uso desproporcionado de la fuerza en contra de centenares de manifestantes, entre ellos estudiantes secundarios y universitarios. Entre otras cosas, la Comisión instó al Estado chileno a “adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno respeto por los derechos a la libertad de expresión, a la reunión y a la manifestación, imponiendo solamente aquellas restricciones que resulten estrictamente necesarias y proporcionales y que toman en cuenta la obligación especial del Estado de garantizar los derechos de los estudiantes secundarios y universitarios”. El comunicado completo de la Comisión se encuentra en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/87-11sp.htm>.

otro, sean privados, fiscales o municipales”, dentro de las que estarían comprendidas las llamadas “tomas”, cuestión que podría afectar, tanto la libertad de reunión como la libertad de expresión.

A continuación, revisaremos los siguientes aspectos referentes a las tomas u ocupaciones: a) el carácter de pacífico como requisito b) la posible colisión con derechos de terceras personas; c) la distinción entre la utilización de fuerza y la existencia de violencia en las tomas u ocupaciones; d) y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a las tomas u ocupaciones de establecimientos educacionales.

2.6.1. El carácter de pacífico como requisito de las “tomas” para que constituyan un ejercicio del derecho a la protesta

Como principio general, todo ejercicio de los derechos a la libertad de reunión y libertad de expresión, incluida las manifestaciones y las tomas u ocupaciones, tienen como requisito en el ámbito de los derechos humanos, que se realicen de manera pacífica. Se trataría en estos casos de acciones colectivas que buscan expresar una posición respecto de un tema sobre el cual se pretende llamar la atención general o de determinadas autoridades, y que para estar amparada desde el punto de vista de derechos humanos, debe cumplir con dicho requisito.

El Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas de las Naciones Unidas, Sr. Maina Kiai, en 2012³¹ se ha referido a lo que se debería entender como reunión y como reunión pacífica.

“Se entiende por “reunión” la congregación intencional y temporal de personas en un espacio privado o público con un propósito concreto. Por lo tanto, el concepto abarca manifestaciones, asambleas en el interior de locales, huelgas, procesiones, concentraciones, e incluso sentadas. Las reuniones desempeñan un papel muy dinámico en la movilización de la población y la formulación de sus reclamaciones y aspiraciones, pues facilitan la celebración de eventos y, lo que es más importante, ejercen influencia en la política pública de los Estados”.

“El Relator Especial está de acuerdo en que las normas internacionales de derechos humanos amparan únicamente las reuniones pacíficas, o sea, las de carácter no violento y cuyos participantes tienen intenciones que se presumen pacíficas. De conformidad con el

31. Relator Especial sobre el derecho a la Libertad de Reunión y Asociación Pacífica. Informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2012. Párr. 24 y 25. Disponible en: <http://daccess-ods.un.org/TMP/3973153.82957459.html>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “una persona que mantenga un comportamiento o intenciones pacíficas no perderá el derecho a la libertad de reunión pacífica como consecuencia de actos esporádicos de violencia u otros actos punibles cometidos por otras personas durante una manifestación”.

En cuanto a una caracterización, incluso más específica, de lo que se considera pacífico, podemos resaltar lo desarrollado por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en sus “Directrices sobre Libertad a la Reunión Pacífica”³².

“(…) El término “pacífico” debería ser interpretado para incluir conductas que puedan incomodar u ofender a personas opuestas a las ideas o demandas que la reunión promueve, incluso conductas que deliberadamente impiden u obstruyen las actividades de terceros. Así, por ejemplo, las reuniones que involucren solamente resistencia pacífica, o los bloqueos con sentadas (*sit-down blockades*) deberían ser caracterizadas como pacíficas (...)”³³.

2.6.2. Las tomas y la colisión con los derechos de terceras personas

Aun considerando lo expresado anteriormente, las manifestaciones y/o las tomas u ocupaciones pueden afectar intereses o derechos de terceros; la libertad personal, la propiedad privada, la libertad de enseñanza, el derecho a la salud y al trabajo, entre otros, puesto que alteran y/o rompen con el normal desarrollo de las actividades de los particulares no involucrados en las mismas.

Será necesario que los tribunales de justicia realicen un ejercicio de ponderación de derechos para determinar en qué situaciones esas acciones pueden ser permitidas o, en cambio, pudieran ser objeto de restricciones o, incluso, ser prohibidas -no necesariamente penalizadas-. En ese ejercicio de ponderación, sin duda habrá que sopesar el carácter pacífico o no de la ocupación, si se trata de un lugar público o privado, y también quienes son los actores involucrados en la toma u ocupación, considerando que hay grupos y colectivos que presentan mayores dificultades que otros para ejercer su libertad de expresión dada su condición de mayor marginalidad o vulnerabilidad. Así lo ha expresado la Relatoría de la CIDH al señalar que en muchos países la protesta es muchas veces el único mecanismo al

32. OSCE-ODIHR. Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly. 2007. Disponible en: <http://www.osce.org/odihr/24523>

33. “(…) The term “peaceful” should be interpreted to include conduct that may annoy or give offence to persons opposed to the ideas or claims that an assembly is promoting, and even conduct that deliberately impedes or obstructs the activities of third parties. Thus, by way of example, assemblies involving purely passive resistance, or sit-down blockades, should be characterized as peaceful. (...)” OSCE-ODIHR. Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly. 2007. Disponible en: <http://www.osce.org/odihr/24523>. Párr. 22.

cual ciertos grupos sociales pueden recurrir para expresar sus demandas³⁴. La ponderación entre derechos debe considerar además el contenido mismo de las demandas y su grado de legitimidad.

Desde el punto de vista de terceras personas que puedan verse afectados por las acciones de protesta, también hay algunas consideraciones relevantes que realizar, como por ejemplo, si se trata de un lugar de libre acceso público, de un lugar de propiedad pública o si se trata de un lugar privado. En este último caso la protección de la propiedad cobra mayor énfasis que en el caso de las primeras porque evidentemente los privados soportarían una carga excesivamente gravosa en comparación a los demás. Sin embargo, cuando el peso de la restricción la soporta el Estado deben hacerse otro tipo de consideraciones a fin de determinar la proporcionalidad de la restricción de los derechos. Así, en primer lugar, debe analizarse quienes son las principales personas afectadas por acciones como las tomas.

En todo caso, los conflictos con terceros que se produzcan por el ejercicio práctico de la libertad de expresión y el derecho de reunión deben resolverse de manera casuística. La determinación *a priori* sobre qué derecho prevalece en caso de colisión puede conducir a situaciones injustas o violatorias de derechos humanos³⁵ por lo que será de competencia de los tribunales de justicia hacer dicho ejercicio.

2.6.3. La distinción entre la utilización de fuerza y la existencia de violencia en las tomas u ocupaciones³⁶

Si llevamos el concepto de fuerza a las manifestaciones pacíficas en el marco de la definición sobre reunión pacífica desarrollada por el Relator Especial para la Libertad de Reunión y

34. Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 131, párr. 1.

35. Como lo señala Villaverde en relación al clásico conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor “Cuando se pondera para resolver el conflicto, no se parte de la existencia de límites a uno y otro derecho fundamental. No se parte, por ejemplo, de que el insulto no puede ser el objeto de la libertad de expresión porque de serlo privaría al insultado de su derecho al honor y no lo sometería tan sólo a un límite -límite que bien podría derivar del interés general que cabe predicar de la opinión sujeta a examen-. Cuando se pondera en casos como éste, lo que se indaga es cuál de los dos derechos merece en el caso concreto una protección preferente, de manera que, una vez optado por uno de ellos -por ejemplo, la capital importancia que para el sistema democrático tiene un debate libre y robusto de ideas- justificaría la prevalencia del insulto proferido por un político en campaña electoral dirigido contra su adversario, o la de un espectador presente en un mitin político que se alza para insultar a uno de los oradores, sobre el derecho al honor del injuriado. El límite ya no deriva de una norma constitucional -la que dice que el insulto no es objeto de la libertad de expresión-, sino de la resolución ponderada del caso concreto”. Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, Carbonel (ed), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito, Ecuador, 2008, página 177.

36. La distinción entre “fuerza” y “violencia” sirve para los efectos del análisis de estándares de derechos humanos y no responde necesariamente a las distinciones que se realizan en el ámbito penal.

Asociación de la ONU, es posible considerar que se ejerza fuerza en las manifestaciones -ya que deliberadamente obstaculizan y entorpecen actividades de terceros contra su voluntad, o incluso, ejercen poder físico sobre algo-, y que aun así sean protegidas por el derecho de los derechos humanos. En estas situaciones la fuerza no es el ingrediente central de la manifestación u ocupación y se la considera aceptable en pos del ejercicio del derecho a la reunión y libertad de expresión. Además, habrá que aplicar caso a caso el test de ponderación en relación a los derechos de terceros que se pudieran ver afectados.

Lo que no resulta protegido por el derecho de los derechos humanos es el ejercicio de la libertad de reunión con o a través de acciones de violencia. La violencia ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud³⁷, como *“El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”*. Este concepto contempla el concepto de fuerza como una de las formas de ejercer violencia, sin embargo, para que esa fuerza sea “violencia” también debe concurrir una intencionalidad y sobre todo, afectar la integridad física y psíquica de las personas. La fuerza es uno de los medios por los cuales la violencia puede ejercerse, pero no toda fuerza es necesariamente violencia. Llevado esto al ámbito de las manifestaciones, una reunión o acción colectiva en la que se ejerza violencia sobre las personas o se pretenda hacerlo es ilegítima y carece de la protección de que gozan las manifestaciones pacíficas.

En el caso concreto de las ocupaciones de establecimientos, en estas manifestaciones evidentemente se ejerce un grado de uso de la fuerza (a personas y cosas), que no implica necesariamente la pérdida de la condición de pacífica, siempre y cuando, la fuerza se ejerza dentro de marcos razonables que no alteran sustancialmente el objetivo pacífico que estas buscan. Muy distinto es el uso de violencia en una toma, que implica intenciones de daño hacia personas, pudiendo calificarse la manifestación como no-pacífica. Incluso, se podría entender la existencia de violencia contra cosas, cuando justamente se pretende dañarlas, sin ninguna finalidad legítima o amparada por los estándares internacionales.

El factor tiempo y los motivos que justifican la “toma” deben ser considerados a la hora de evaluar su legitimidad. Es diferente la situación cuando la acción de fuerza es realizada por un período de tiempo suficiente para llamar la atención a las autoridades respecto de situaciones de interés público que no han encontrado satisfacción dentro de los canales institucionales, que cuando la acción de fuerza se extiende en el tiempo provocando graves trastornos que pueden afectar o interferir en el legítimo ejercicio de otros derechos.

37. WHO Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1996 (documento WHO/EHA/SPI.POA.2). Citado y explicado además en OPS. Informe mundial sobre la violencia y la salud. 2003, p. 5. Disponible en: http://www.paho.org/Spanish/AM/PUB/capitulo_1.pdf

2.6.4. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a las tomas u ocupaciones de establecimientos educacionales

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia chilenos, en esta materia, ha sido variada. Frente a solicitudes de desalojo de establecimientos educacionales, hay fallos que consideran que las “tomas” son “acciones ilícitas” y sus dirigentes “instigadores”³⁸, y fallos que plantean que se trata de manifestaciones de un conflicto político.

De acuerdo a esta última, y en particular en los últimos meses del 2011 varias Cortes de Apelaciones del país planteaban que la solución no debía ser judicial y que es la autoridad política quien debiera generar los canales y mecanismos de solución. Así por ejemplo, en una de dichas sentencias, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, al referirse al conflicto educacional del año 2011, afirmó que *“dada la naturaleza política del conflicto del que son parte estos estudiantes, del que estas tomas son una manifestación, conflicto político de carácter nacional, y dado que éste tiene como actores principales a los estudiantes y al Gobierno, representado por el Ministro de Educación, su solución escapa del ámbito, entre otros, de sus sostenedores, toda vez que ha sido la acción de los estudiantes de sus propios establecimientos educacionales apoyados, incluso, por sus profesores, padres y apoderados, quienes han interrumpido la continuidad del proceso de enseñanza aprendizaje, interrupción que logran con estas tomas y retomas”*³⁹.

En un sentido similar se pronunció también la Corte de Apelaciones de Arica que rechazó un recurso judicial que solicitaba el desalojo de un establecimiento educacional. La Corte consideró que *“las conductas aludidas son el reflejo, a nivel de un ámbito estudiantil determinado, cual es el Colegio Cardenal Antonio Samoré, de lo que ha sucedido con el movimiento estudiantil nacional secundario y la programación de los llamados “Paros” o “Protesta”; en efecto es un hecho público y notorio que las tomas de los establecimientos educacionales se han mantenido en el tiempo, como una forma de presionar al gobierno en el marco de una movilización nacional”*⁴⁰.

La Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó la solicitud de desalojo de la Municipalidad de La Unión, señalando que *“es necesario precisar que la toma por los estudiantes de los liceos municipales, a que se refiere este recurso, y muchos otros interpuestos a lo largo del país, es una acción de los propios estudiantes quienes, organizados a nivel nacional, son actores principales en un conflicto que afecta a la sociedad en su conjunto y, en especial, a las instituciones políticas y que se ha expresado de variadas formas, como tomas*

38. Cfr: Corte de Apelaciones de Santiago: sentencia Rol N° 2955-2007, de 22 de agosto de 2007, Considerando Jurídico 7.

39. Corte de Apelaciones de Antofagasta: sentencia Rol N° 578-2011, de 29 de septiembre de 2011.

40. Corte de Apelaciones de Arica: sentencia Rol N° 287-2011, de 29 de septiembre de 2011, Considerando Jurídico 7.

*y marchas, manifestadas tanto a nivel local y regional como nacional, lo que constituyen hechos evidentes o de público conocimiento. Así, se observa que estamos en presencia de un conflicto de naturaleza política, siendo ese el ámbito en que procede darle la debida solución y no en sede jurisdiccional como se pretende en este caso en que están involucrados estudiantes, padres, apoderados y autoridades municipales, de gobierno, tanto provincial, regional y nacional”*⁴¹. Señala también la Corte que *“cabe reflexionar, sobre el actuar de los estudiantes, movilizados a nivel nacional, ya por largos meses y la falta de respuesta al conflicto, por quien es el llamado a responder. Claro está, pues dada la naturaleza política del conflicto del que son parte estos estudiantes, del que estas tomas son una manifestación, conflicto político de carácter nacional, y observando que éste tiene como actores principales a los estudiantes y al Gobierno, representado por el Ministro de Educación, su solución debe ser acordada por quienes intervienen en el conflicto”*⁴².

En estos casos sólo es comprensible la falta de ejercicio de ponderación entre derechos por parte de los jueces por la magnitud del problema y la necesidad de que su solución sea de carácter integral y general. No obstante, se encuentra pendiente un mayor desarrollo por parte de los tribunales de justicia en estas materias a futuro.

Por otra parte, recientemente ha habido varios fallos en un sentido contrario, es decir, que acogen recursos de protección presentados por las municipalidades, fundamentándose en la existencia de una violación al derecho de propiedad de la Municipalidad respecto de los bienes inmuebles municipales.⁴³

Otro fallo contrario a la toma que muestra un razonamiento diferente del descrito en los párrafos anteriores se encuentra en la sentencia Rol N° 955-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago. En el se sostiene frente a una toma que: *“Que sin perjuicio de que la acción adoptada por los afectados fue ilegal en sí misma (la toma), pues no existe texto legal ni doctrina alguna que legitime una toma, resulta del texto del libelo que además tal acción fue indudablemente arbitraria, es decir caprichosa y ajena a toda razón, pues de su lectura se desprende nítidamente que la toma que originó estos autos, no fue provocada por cargos o quejas que los afectados o el resto de los alumnos tuvieran contra los recurridos sino que se fundamentó en elementos por completo ajenos a la voluntad*

41. Corte de Apelaciones de Valdivia: sentencia Rol N° 421-2011, de 18 de octubre de 2011, Considerando Jurídico Séptimo.

42. Corte de Apelaciones de Valdivia: sentencia Rol N° 421-2011, de 18 de octubre de 2011, Considerando Jurídico Octavo.

43. Cfr: Corte de Apelaciones de Valdivia: sentencia Rol N° 583-2011, de 10 de enero de 2011; Corte de Apelaciones de Arica: Sentencia Rol N° 341-2011, de 4 de noviembre de 2011; Corte de Apelaciones de Valparaíso: Sentencia Rol N°460-2011 de 14 de septiembre de 2011 de 20 de marzo de 2012. En algunos de estos casos los fallos fueron revocados por la Corte Suprema pero ello fue porque al momento de conocerse la apelación ya las tomas habían cesado.

de éstos como son el hecho de existir algunos trabajos pendientes de la construcción del edificio y el hecho que las autoridades nacionales no hayan dado completa satisfacción al Acuerdo Nacional, hechos que escapan por completo a la responsabilidad del Director del Establecimiento y de la Corporación Municipal de La Florida, por lo que no cabe sino concluir que la actitud de los propios afectados constituyó no sólo un acto ilegal, como ya se ha dicho, sino también arbitrario, que constituyó la causa inmediata de la sanción administrativa que, vía Reglamento, se aplicó a los líderes de tal ilícito”⁴⁴.

Aunque no directamente relacionado, es importante señalar que entre julio del año 2011 y julio del año 2012 la jurisprudencia ha sido mayoritaria en acoger los recursos de protección interpuestos por los apoderados(as) de estudiantes expulsados(as) por participar de tomas, en base a vulneraciones de diversos derechos constitucionales, especialmente el principio de igualdad y el derecho a un debido proceso, además de hacer referencia en varios fallos al Interés Superior del Niño consagrado en la Convención de Derechos del Niño⁴⁵. En estos casos, si bien no existe un análisis explícito de la legitimidad o no de las ocupaciones de los recintos educacionales, la argumentación desarrollada por los Tribunales Superiores de Justicia deja de manifiesto que la toma por sí misma, no es causal de expulsión inmediata, sino que debe desarrollarse un proceso con todas las garantías para evaluar si el hecho de la ocupación puede o no incumplir con las normas de convivencia del recinto.

44. Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia Rol 2955-2007. Considerando 3º,

45. Vid. al respecto, a modo ejemplar:

Corte de Apelaciones de San Miguel: sentencia Rol N° 187-2011, de 5 de septiembre de 2011, considerando 12 (confirmada por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 8880-2011, de 30 de septiembre de 2011); sentencia Rol N° 244-2011, de 14 de octubre de 2011, Sentencia Rol N° 296-2011 de 19 de noviembre de 2011 (Confirmada con dos votos en contra por la Corte Suprema, Rol 11469-2011, 11 de enero de 2012); sentencia Rol N° 219-2011, de 13 de octubre de 2011, sentencia Rol N°194-2011, de 12 de septiembre de 2011 (confirmada por unanimidad por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 9105-2011 de 19 de octubre de 2011); sentencia Rol N° 252-2011, de 28 de octubre de 2011.

Corte de Apelaciones de Valparaíso: sentencia Rol N° 508-2011, de 18 de octubre de 2011;

Corte de Apelaciones de Puerto Montt: sentencia Rol N° 343-2011, de 31 de enero de 2012 (confirmada por sentencia de la Corte Suprema de Justicia con un voto en contra, Rol N° 1772-2012, de 27 de febrero de 2012).

Corte de Apelaciones de Santiago: sentencia Rol N° 933-2012, de 4 de junio de 2012; sentencia Rol N° 15876-2011, de 14 de noviembre de 2011, sentencia Rol 808-2012 de 12 de abril de 2012 (confirmada por unanimidad por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3279-2012 de 10 de julio de 2012), Sentencia Rol N° 2266-2012, de 4 de mayo de 2012 (confirmada por unanimidad por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 4001-2012 de 8 de junio de 2012), Sentencia Rol 3533-2012 de 16 de mayo de 2012.

Corte de Apelaciones de Temuco: sentencia Rol N° 232-2011, de 3 de noviembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Iquique: sentencia Rol N° 473-2011, de 12 de diciembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Concepción: sentencia Rol N°1125 -2011, de 3 de octubre de 2011.

3. Consideraciones sobre el proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público (mensaje 196-359)

El INDH es de la idea que no se requiere modificar los tipos penales que ya existen puesto que los mismos permiten abordar las situaciones de violencia que se producen en materia de orden público. El derecho a manifestar así como la realización de tomas y ocupaciones de manera pacífica se encuentran amparadas por el derecho de los derechos humanos y son expresión del ejercicio del derecho a reunión y de la libertad de expresión de acuerdo a los estándares de derechos humanos descritos en la presente minuta. No obstante, es deseable avanzar en la regulación legal del derecho a reunión y en ese marco introducir causales específicas y aceptables que puedan limitar el ejercicio de dicho derecho. En efecto, tal como se ha dicho, el derecho a reunión no es absoluto y puede ser restringido en función de ciertas causales como el orden público, a través de una norma legal y no de un decreto como lo es en la actualidad.

No obstante la opinión anterior, cabe analizar desde el punto de vista del cumplimiento de estándares de derechos humanos el proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público.⁴⁶

El referido proyecto consta de cuatro artículos, y cada uno de ellos contempla modificaciones a diferentes cuerpos legales vigentes. El artículo 1° introduce modificaciones al Código Penal y es el artículo central del proyecto por cuanto modifica la figura penal de desórdenes públicos, creando una figura considerablemente más amplia al tipo penal preexistente. Se tipifica como delito los desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de “tomas”, paros en servicios públicos, cortes de tránsito, entre otras hipótesis, junto con los saqueos y otras figuras delictivas como el porte de armas, y se eleva la pena para el delito de atentado contra la autoridad, eliminando la multa como posible sanción.

El artículo 2° del proyecto introduce dos modificaciones al Código Procesal Penal, una para dar atribuciones a la policía para reunir pruebas en situaciones como las planteadas por el nuevo delito de desórdenes y otra moción que viene a complementar la Ley 20.253 conocida como “Ley Corta contra la Delincuencia” y que permite la revisión por vía de apelación de ciertas decisiones judiciales en casos de delitos muy graves.

El artículo 3° amplía la facultad de presentar querellas al Ministerio del Interior en una serie de casos, entre los cuales se encuentran los relativos a desórdenes y atentados contra la autoridad, así como los delitos contra policías y gendarmes en funciones.

46. Mensaje N° 196-359, de 27 de septiembre de 2011.

Finalmente, el artículo 4° contiene una modificación a la Ley de Control de Armas, relativa a ampliar los verbos rectores en el delito de porte de armas.

A continuación, nos referiremos a algunos aspectos del proyecto de ley que merecen particular atención desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos. En cada punto, haremos referencia a una comunicación conjunta de diversas relatorías del sistema universal de derechos humanos⁴⁷ que expresado su preocupación acerca de algunas cuestiones del proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público porque pudieran afectar la libertad de expresión y el derecho de reunión.

3.1. Amplitud del tipo penal de desórdenes. Penalización de actos de protesta

El tipo penal de desórdenes que propone el proyecto y que sustituiría al Art. 269 asimila desórdenes con cualquier acto de fuerza o violencia. En este entendido, toda protesta o manifestación que de suyo lleva aparejado algún grado de desorden es equivalente a los actos de violencia que se puedan cometer. No hay por tanto una gradación en el tipo penal que permita hacer las distinciones mínimas que salvaguarden el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho a reunión expresados en la protesta social. Por tanto cualquier desorden “o cualquier otro acto de fuerza o violencia” serán sancionados en el caso que “importen” una de las seis hipótesis planteadas.

Algunas de estas hipótesis también resultan muy amplias:

El N° 1 incluye el paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como los hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustible, agua potable, comunicaciones o transporte. Si no se exige gravedad de los desórdenes o actos de fuerza o violencia, las diferentes paralizaciones o huelgas (legales o no) de funcionarios fiscales, de la salud, de servicios de comunicación, etc., podrían constituir delito.

N°2 Invasión, ocupar, saquear viviendas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquiera otro, sean privados, fiscales o municipales.

De acuerdo al proyecto, las diversas formas de expresión de la protesta social resultarían penalizadas y se mezclarían situaciones que hasta ahora no son delictivas, ni aparece justificado que lo sean en tanto limitan peligrosamente con el ejercicio de derechos fundamentales,

47. Se trata del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas y de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos.

como la toma de un liceo o universidad, con otras situaciones que claramente constituyen delito, como los saqueos que hasta ahora están regulados a través del tipo penal de robo con fuerza en las cosas (artículos 440 a 445 del Código Penal).

En este sentido, cabe señalar que la Comisión Interamericana se ha referido expresamente a lo problemático que puede resultar la penalización de actos realizado en un contexto de protesta social y ha sostenido que “es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos. Es importante recordar que la criminalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador”⁴⁸. En efecto, la penalización de la protesta social en los términos que se establece podría constituirse en factor de inhibición por temor del ejercicio del derecho de reunión y la libertad de expresión.

A lo anterior es oportuno agregar que la comunicación realizada al Estado de Chile por parte de las Relatorías Especiales sobre Libertad de Expresión, Reunión y Defensores de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado su preocupación precisamente por la excesiva amplitud que se le daría a los desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal, señalando que *“esto podría resultar en la restricción de un gran número de protestas públicas que puedan reunir a personas en lugares públicos y, por tanto, puedan ocasionar interrupciones del transporte público y la libre circulación de personas y vehículos”*⁴⁹.

3.2. Penalización de actos de incitación

Por otra parte, el proyecto sanciona a quienes hubieren incitado, promovido o fomentado los desórdenes, contemplando tres verbos rectores para ampliar el sujeto activo del delito, más allá de las normas generales de autoría. Ello abre la opción de sancionar penalmente a quienes convoquen u organicen movilizaciones masivas, siempre que “la ocurrencia de los mismos (desórdenes) haya sido prevista por aquéllos”.

Lo anterior implicaría trasladar o compartir la responsabilidad respecto de la mantención del orden público a quienes convocan a manifestaciones y que corresponde a las fuerzas

48. CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II, 117, Doc. 5 rev. I, párr. 35

49. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Comunicación conjunta de procedimientos especiales del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas y por la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, en relación al proyecto de ley que fortalece el resguardo al orden público (boletín 7975 – 25)*, 23 de enero de 2012, pág. 2.

policiales en tanto garantes del orden público, incluidos por cierto el respeto y garantía de los derechos de todas las personas. Es más, se atribuye a los convocantes la responsabilidad respecto de eventuales actos de violencia en el marco de las manifestaciones, aun cuando no tengan ninguna relación o vínculo con ellas.

En la misma comunicación antes referida de los Relatores se expresa al respecto que “*una persona que convoque una protesta pacífica sin intención de promover ni incitar a actos de fuerza o violencia, podría ser criminalizada en el caso de que la protesta se volviera violenta*”⁵⁰.

3.3. Penalización de las ocupaciones o “tomas” y de los cortes de tránsito

Una de las reformas al Código Penal que se introduce con el proyecto de ley, es la penalización de las tomas u ocupaciones de establecimientos públicos”⁵¹. De acuerdo al artículo 269 n° 1, 2 y 3 que se proponen, cualquier tipo de toma u ocupación de los lugares señalados sería penalmente sancionado requiriéndose para ello que éstas sean realizadas con fuerza o con violencia.

En el caso de las “tomas” u ocupaciones cabe señalar que, como se indicó en los párrafos anteriores, si bien constituyen en principio una forma de manifestarse, éstas deben desarrollarse de manera pacífica, es decir dentro de ciertos parámetros de normalidad que habrá que evaluar caso a caso. El proyecto de ley enuncia éstas dos condiciones (violencia y fuerza), bastando solo la concurrencia de una de ellas para que se tipifique el delito. Esto quiere decir que una manifestación que utilice algún grado de fuerza pero no la violencia puede ser una conducta típica, incluyéndose como delito manifestaciones que podrían estar amparadas por la libertad de reunión y expresión, como lo es una toma pacífica. Llama, además, especialmente la atención la regulación conjunta de este tipo de acciones con los saqueos, estableciendo la misma pena para ambos delitos.

En cuanto a los cortes de tránsito, la penalización de la conducta sólo exige que se impida o altere “la libre circulación de las personas o vehículos” en diversos lugares públicos. En el proyecto cualquier alteración del tránsito constituiría un delito aun cuando este no se desarrolle con violencia por parte de los manifestantes o personas que realicen esta acción como por ejemplo los *sittings*. Cabe subrayar que, por definición, la libertad de reunión se ejerce en lugares de uso público y sin permiso previo. Ello significa que, inevitablemente, cuando ella es masiva, irroga naturalmente la alteración o interrupción de la libre circulación

50. *Ibíd.*

51. *Vid.* [<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2011/10/680-397308-9-hinzpeter-dice-que-ley-antitomas-representa-a-la-gran-mayoria-de-chilenos.shtml>].

de las personas. En estos términos, la construcción del tipo penal propuesto choca frontalmente con la norma del inciso primero del artículo 10 N°13 de la Constitución.

En el año 2008, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH se pronunció en relación con actos concretos que hacen parte de la protesta y señaló que: *“Las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso los disturbios que se pueden presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar. Sin embargo, los límites desproporcionados de la protesta, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometen seriamente el derecho a la libertad de expresión”*.

Junto con ello, en la comunicación conjunta de las relatorías del Sistema Universal de las Naciones Unidas, además de señalar sobre este punto que la nueva tipificación de los desórdenes públicos *“podría resultar en la restricción de un gran número de protestas públicas que puedan reunir a personas en lugares públicos”* también *“el Proyecto de Ley podría resultar en restricciones excesiva en cuanto a las posibles ubicaciones de las protestas”*⁵². La comunicación de las relatorías es de esta forma coherente con todo lo expresado anteriormente acerca de que las protestas en lugares públicos deben tener una especial protección.

52. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Comunicación conjunta de procedimientos especiales del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas y por la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, en relación al proyecto de ley que fortalece el resguardo al orden público (boletín 7975 – 25)*, 23 de enero de 2012, pág. 2.

2

Informe en derecho:

el deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas

Informe en derecho: El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de abril de 2014 – Sesión 201

I. Definición y fuentes normativas

El INDH ha sostenido que el establecimiento de procedimientos adecuados que garanticen la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en asuntos susceptibles de afectarles directamente, representa un desafío para una institucionalidad estatal que concibe las relaciones con las identidades indígenas desde el desconocimiento o bien desde el paradigma de la integración y el asistencialismo, negando la circunstancia de estar ante sujetos a los que el derecho internacional les ha reconocido titularidad colectiva de derechos y que en los últimos decenios ha amparado sus demandas de participación y reconocimiento. Superar el modelo unilateral en la adopción de decisiones y garantizar a los pueblos indígenas el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural¹ representa un imperativo jurídico, que requiere asumir como primera condición que hay una realidad multicultural y plurinacional que reclama reconocimiento y respeto².

El deber de consulta previa encuentra su fuente normativa en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo³, el que por su naturaleza de tratado internacional deviene en mandato obligatorio para el Estado parte. Igualmente se encuentra estipulado en otros instrumentos internacionales, que aun cuando no tienen naturaleza vinculante, expresan un consenso que hace parte de un *corpus iurus* integrado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴, el que ha sido fuente de interpretación y desarrollo jurisprudencial tanto por parte de los órganos de control de tratados, como de la Corte IDH.

1. CEACR. Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169). ILC.100/III/I^a de 16 de febrero de 2011.

2. INDH. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152. El Deber de consulta Previa en la Propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental Pág. I.

3. Decreto N° 236 Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en el Diario Oficial el 14 de septiembre de 2008. Vigente desde el 15 de septiembre de 2009.

4. Resolución aprobada por la Asamblea General 107a. sesión plenaria 13 de septiembre de 2007.

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya ha recordado que este deber se encuentra regulado también por otros instrumentos internacionales de carácter general de los que Chile es parte, entre los que se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵. Específicamente respecto de Chile, el Comité de los Derechos del Niño⁶, el Comité de Derechos Humanos⁷, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁸, y el Consejo de Derechos Humanos en el Examen Periódico Universal⁹ han formulado un llamado al Estado a celebrar procesos de participación que consideren la consulta previa a los pueblos indígenas en todas aquellas materias de índole administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente.

Esta obligación, se ha encarnado en otras realidades, cuyos ordenamientos jurídicos han avanzado en reconocer a nivel constitucional o legal el deber de consulta previa asentado en el principio de autodeterminación indígena en contextos de Estados unitarios¹⁰.

Satisfacer adecuadamente esta obligación, de acuerdo a los más recientes desarrollos jurisprudenciales a nivel internacional, no sólo tiene sus fuentes en el cuerpo de normas convencionales, sino que es igualmente estimado hoy un Principio General del Derecho Internacional¹¹.

5. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012. Párr. 23.

6. Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 62 (c).

7. Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5. 18 de mayo 2007, párr. 19 (c).

8. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales, CERD/C/CHL/CO/15-18. 13 de agosto de 2009, párr. 16 y 22.

9. Examen Periódico Universal. Conclusiones y recomendaciones. A/HRC/I2/I0. 4 de junio de 2009, párr. 67.

10. En Bolivia, la Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados "mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan" (art. 30.II.15). La Constitución Política de Colombia establece en el parágrafo del artículo 330 que "[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. La Constitución Política de Argentina (1994) En su art. 75.17 mandata como obligación del Congreso de la república el "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas" y "Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano;"

Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

11. Corte IDH. Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.164.

De esta manera, desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, pesa sobre el Estado de Chile la obligación de consultar a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. La consulta siendo un derecho para los pueblos indígenas constituye una obligación para los Estados.

Este deber-derecho está recogido en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, el que dispone que:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

El derecho de consulta establecido en el Convenio 169, en clave de deber del Estado -poniendo énfasis en la exigencia estatal como requisito de validez para cualquier medida legislativa o administrativa susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas- constituye una pieza central dentro del tratado. Se enmarca dentro del derecho a la participación de los pueblos indígenas y forma parte de un diseño institucional encaminado a permitir a los pueblos indígenas a conservar su carácter diferenciado en esferas de decisión que van más allá de su ámbito de decisión autónoma¹². En palabras del actual Relator Especial

12. Anaya, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Madrid. Trotta, 2005, pág. 232.

sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, “[l]a consulta consiste en un diálogo de buena fe, libre de presiones o manipulaciones, por la cual las partes intentan y cooperan para llegar a una decisión consensuada”¹³. Ello supone un cambio en el paradigma de relacionamiento entre los Estados y los pueblos indígenas que asentado en el reconocimiento de derechos, coadyuva al entendimiento y la solución consensuada a eventuales conflictos.

El derecho de consulta que consagra el Convenio supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación con otros grupos humanos¹⁴. Por lo mismo constituye una norma “primordial” del tratado, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (autogobierno)¹⁵.

La OIT, a través de sus Comités encargados de examinar las reclamaciones por incumplimiento del Convenio, ha destacado que el espíritu de la consulta y la participación constituyen la piedra de toque o angular del Convenio en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo¹⁶.

13. Anaya, James. La norma de consulta previa. Introducción peritaje ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Sarayaku. 7 de julio de 2011. Consultado en <http://unsrjamesanaya.org/esp/declaraciones/la-norma-de-consulta-previa-introduccion-a-peritaje-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-caso-sarayaku>

14. Cfr: Anaya, James. Los pueblos indígenas..., op. citada supra, pág. 148. Anaya, analizando el concepto de pueblo y autodeterminación, señala que la idea de pueblo no se agota en la estatalidad. Identificar ambos conceptos sería muy reductivo además de anacrónico. Para él “los retos planteados por la existencia de grupos diferenciados dentro de las estructuras de poder más amplias no son tanto demandas de autonomía absoluta como esfuerzos por mantener la integridad del grupo, así como replantear los términos del proceso de integración o de reorientar la dirección de éste”.

15. OIT. Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la Web: <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>. Según Juan Manuel Salgado el derecho de consulta sería una expresión del derecho a la participación que estaría consagrada en el Convenio bajo diferentes modalidades. Según su clasificación la participación indígena se exige de “manera general” en el tratado bajo los artículo 2.I, 5.c, 6.I.b, 7.I, 7.2, 15.I, 22.2, 23.I y 27.2; en la modalidad de la “consulta” --que constituye el umbral mínimo de satisfacción del derecho por cuanto las otras modalidades establecen modos más intensos de control—bajo los artículos 6.I.a, 6.2, 15.2, 17.2 y 28.I; en la variante de la “cooperación” bajo los artículos 5.c, 7.2, 7.3, 7.4, 20.I, 22.3, 25, 27.I y 33.2; en la modalidad del “control” bajo el artículo 7.I; del “consentimiento libre e informado” en los artículos 4.2, 16.I y 16.4; en la forma del “requerimiento” bajo los artículos 16.4, 22.3, 23.2; en el modo de “autogestión” en los artículos 25.I y 27.3; y, por último, bajo la modalidad de “decisión” en el 7.I (que en rigor constituye una forma directa de autogobierno en su ámbito propio). Cfr: Salgado, Juan Manuel, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, Comentado y Anotado. Comahue: Universidad Nacional de Comahue, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2006, pág. 95 y 96.

16. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia (*Sulinerimik Inuussutissarsiuteqartut Kattuffiat* SIK).

Este deber, se asienta en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente. Como ha dicho el actual Relator de la ONU sobre la materia, Jame Anaya, “(...) el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos han surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso”¹⁷.

La consulta, junto con la participación, también han sido reconocidos como derechos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁸. En el artículo 18 del instrumento se prescribe que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. Así también su artículo ¹⁹ establece que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. Asimismo, su artículo 30 señala que los Estados “[c]elebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

También, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframe5.htm>

17. Anaya, James. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo [en línea]. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34 15 de julio de 2009 [ref. 4 de abril de 2010]. Disponible en la web: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf

18. Resolución Asamblea General de Naciones Unidas A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos el derecho a la participación de los pueblos indígenas, ha sido concebido tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana, como parte comprensiva del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que preceptúa el derecho a la participación política. Lo señaló la Corte en el Caso *Yatamana vs. Nicaragua*¹⁹ y recientemente lo reiteró la Comisión IDH al sostener que “[e]n el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos (...) desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”²⁰.

La Comisión IDH, ha reafirmado que “[e]l derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que pueden afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbre de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio”²¹.

También el sistema interamericano ha reconocido el derecho de consulta como garantía del derecho de propiedad indígena y como elemento indispensable para su supervivencia grupal. Lo ha sostenido la Corte IDH en relación a la obligación de delimitar, demarcar y titular los territorios de propiedad comunal. Así, en los casos de la Comunidad indígena *Yakye Axa Vs. Paraguay*²², caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*²³ y caso Pueblo *Saramaka Vs. Surinam*²⁴, la Corte ha sostenido uniformemente que la consulta previa a la delimitación, y, en su caso, elección y entrega de tierras alternativas, no puede quedar entregada “[a] criterios meramente discrecionales del Estado, [sino que] deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio N° 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derechos consuetudinario”²⁵.

19. Corte IDH, Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párr.225

20. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 274

21. Idem. Párr. 276

22. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr.51

23. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 135

24. Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 serie C N° 185, párr. 16

25. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia

La Corte IDH, por último ha señalado que la consulta previa no sólo constituye un deber convencional, sino que es también un principio general del Derecho Internacional²⁶.

En el ámbito interamericano, al desarrollo jurisprudencial se suma el esfuerzo de los Estados miembros de la OEA por consensuar una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que incluye la obligación de facilitar “la inclusión en sus estructuras organizativas, de instituciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, en consulta y con el consentimiento de dichos pueblos”. Agregándose que “[l]as instituciones relevantes de cada Estado que sirvan a los pueblos indígenas, serán diseñadas en consulta y con la participación de los pueblos interesados para reforzar y promover la identidad, cultura, tradiciones, organización y valores de esos pueblos²⁷.

Por su parte, los órganos de control de tratados interpretando los instrumentos internacionales sujetos a su vigilancia han igualmente instado a los Estados Partes a realizar consultas con los pueblos indígenas susceptibles de verse afectados con medidas de carácter administrativo o legislativo. Así el Comité de Derechos Humanos²⁸ ha formulado recomendaciones precisas en orden a realizar consulta previa en relación a la concesión de licencias de explotación en territorios indígenas; del mismo tenor son las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño²⁹ que ha recomendado al Estado a velar por que el programa intercultural bilingüe para los pueblos indígenas, se expanda y que en este punto “mantenga consultas con las comunidades indígenas a fin de evaluar ese programa”. Por su parte el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que vigila el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en relación al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas llama al Estado a llevar a cabo este proceso mediante “(...) una consulta efectiva con todos los pueblos indígenas, de conformidad con la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y con el Convenio N.º 169 de la OIT”³⁰, y que adopte las medidas efectivas y necesarias para que los pueblos indígenas participen “[e]n todas las áreas, incluyendo proyectos legislativos, que pudieran afectar sus derechos”³¹.

del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 280.

26. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr. 164.

27. Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consejo Permanente de la OEA/ Ser.K / XVI. OEA. GT/DADIN/doc.407/II rev. I I, 27 de abril de 2011. Art. XVII.

28. Comité de Derechos Humanos CCPR/C/CHL/CO/5. 17 Abril 2007 párr. 19 literal c.

29. Observaciones Finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr. 62.33

30. Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr. 16

31. Comité para la Eliminación Racial. Observaciones Finales. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009. Párr. 16

En la misma línea de los órganos de control de tratados, en el Examen Periódico Universal (2009), se formularon recomendaciones al Estado de Chile por numerosos países, los que exhortan al Estado a realizar procedimientos de consulta adecuados sujetos a lo que establecen los estándares internacionales en la materia³².

Por su parte, el Relator Especial, James Anaya, sobre su visita de trabajo a Chile realizada del 5 a 9 de abril de 2009, reiteró que “(...) debido a la importancia central que tiene el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas para el goce de otros derechos humanos por parte de dichos pueblos, en particular los derechos de participación y derechos sobre las tierras y recursos naturales, el Relator Especial observa que el desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado, es uno de los principales desafíos a enfrentar en Chile. A este respecto, el Relator Especial enfatiza que un aspecto fundamental del Convenio N° 169 de la OIT es la obligación de los gobiernos de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos”³³, y que en materia de institucionalización del mecanismo de consulta, se debía llevar a cabo

32. Examen Periódico Universal Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009 Párr. 21. Noruega acogió con satisfacción la reciente ratificación del Convenio N° 169 de la OIT y preguntó sobre su grado de aplicación práctica. Recomendó a Chile que: a) intensificara la labor para mejorar la situación de su población indígena. 29. México recomendó que: b) se pusieran en práctica los principios de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y se aplicara en su integridad el recientemente ratificado Convenio N° 169 de la OIT, en particular asegurando la participación de los pueblos indígenas en la esfera política, y se procediera a la demarcación y titularización de las tierras a que se hacía referencia en el informe nacional; 30. Dinamarca recomendó a Chile que: a) adoptara todas las medidas necesarias para aplicar el Convenio N° 169 de la OIT en todos sus aspectos. Solicitó información sobre el proceso de reconocimiento constitucional de las poblaciones indígenas y recomendó que: b) se procediera al reconocimiento en un plazo razonable, sin omitir las consultas a las que se había referido la exposición. También recomendó que: c) se celebraran consultas efectivas y amplias con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras en litigio, cosa que había recomendado el Comité de Derechos Humanos en 2007.³³ Austria recomendó a Chile que: a) intensificara los esfuerzos para demarcar y restituir tierras y consultara sistemáticamente con los indígenas antes de conceder licencias de explotación económica; b) promulgara nueva legislación para seguir fortaleciendo los derechos de los pueblos indígenas. 34. Nueva Zelanda recomendó a Chile que: a) velara por que los grupos indígenas tuvieran la posibilidad de expresar sus opiniones y acceder a los procesos políticos y de decisión pertinentes, así como el apoyo necesario para poder participar de modo significativo en la resolución de las cuestiones que les concernían; 37. Finlandia recomendó a Chile que: b) promoviera un diálogo constructivo entre las autoridades y los indígenas y sus organizaciones. Chile debía promover la participación de los indígenas en la formulación y aplicación de las leyes y los programas que los afectaran y asignar recursos a ese fin.⁶³ Bolivia (Estado Plurinacional de) Recomendó a Chile que: a) considerara la posibilidad de promover una participación más efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones políticas. 64. Guatemala recomendó que: a) en consulta con los pueblos indígenas, se siguiera atendiendo a la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas por medio de la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

33. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Párr. 10.

“una consulta sobre la consulta” para determinar el procedimiento estable y definitivo, de conformidad a los estándares internacionales en esta materia ³⁴. El Estado ha asumido este llamado y ha realizado esfuerzos en esta dirección, los que se han plasmado en el Decreto Núm. 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra A) y N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT, que entró en vigencia el 4 de marzo del año 2014. Adicionalmente se cuenta actualmente con el Decreto Núm., 40 del Ministerio del Medio Ambiente que aprueba el Reglamento de Evaluación del Sistema de Impacto Ambiental.

A nivel de la jurisprudencia comparada, el derecho a la consulta ha sido caracterizado por la Corte Constitucional de Colombia como un verdadero derecho fundamental para los pueblos indígenas. Esta alta Corte, ha señalado a propósito de la explotación de recursos naturales dentro una comunidad indígena que “[l]a participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” ³⁵. De ahí que “[l]a participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados (...), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”³⁶.

34. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Párr. 11

35. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU%20383-03.doc. El derecho de consulta para esa Corte “tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 (...) el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos (...) [tratado que] integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”. En un sentido que describe la funcionalidad del derecho a consulta, la misma Corte ha dicho que “la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU039-97.doc

36. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-383/03 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU%20383-03.doc. El derecho de consulta para esa Corte “tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 (...) el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y

2. El Deber de Consulta en la experiencia de algunos países de América Latina

A nivel latinoamericano son varios los países que han desarrollado y consagrado el deber de consulta a nivel constitucional o legal, ya sea de manera genérica como un derecho autónomo respecto de toda medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas o como requisito previo y obligatorio respecto de concesiones.

En el primer de los casos, se puede citar la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (febrero 2009), la que establece que la consulta previa hace parte del ejercicio de las formas de participación democrática, directa y participativa, dejando entregada a la ley la regulación del ejercicio de dicha facultad (art. 11.II.1). Específicamente en relación al derecho a la consulta indígena se estipula que las “naciones y pueblos indígenas” de conformidad a la Constitución Política tienen derecho, a “[s]er consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan” (art. 30. II. 15).

El Estado de Ecuador reconoce a las comunidades y pueblos indígenas un conjunto de derechos colectivos garantizados en “[l]os pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” (art 57), entre los cuales se señala expresamente la obligación de realizar “[c]onsulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna” (art. 57.7). Igualmente estipula el derecho a participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos

económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos (...) [tratado que] integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”. En un sentido que describe la funcionalidad del derecho a consulta, la misma Corte ha dicho que “la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 [en línea]. Rama Judicial, República de Colombia [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jei/admin/sentencia/docs/SU039-97.doc

del Estado (art. 57. 16.), y a “ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos” (art. 57.17).

La Constitución Política de la República Federativa de Brasil (1988), destina el Capítulo VII (arts. 231 y 232) a los derechos de los pueblos indígenas reconociéndoles su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, “correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes” (art. 231). Expresión de estos derechos y específicamente en relación a la explotación e instalación de proyectos de inversión en tierras indígenas, incluida el aprovechamiento de recursos hídricos, se estipula que estos pueden proceder sólo previa autorización del Congreso Nacional “[o]ídas las comunidades afectadas” (art. 231 N° 3).

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (2010) estipula que: “La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos”. (Art 2 B) Señalando que para superar las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de: “consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen” (art. 2 B IX).

En la experiencia comparada es posible advertir el derecho a consulta referidas a materias específicas. Ejemplos de legislaciones que regulan este derecho de consulta son: el “Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas” en Ecuador³⁷ y en Bolivia el “Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas”³⁸. Esta última normativa se funda en la normativa del Convenio 169 y en la Ley de Hidrocarburos boliviano, que establece el derecho y deber de consulta a favor de los pueblos indígenas y comunidades campesinas. El reglamento rige para los casos en que “[s]e pretenda desarrollar actividades

37. Para un análisis crítico de esa legislación, ver, Figueroa, Isabela, “Pueblos indígenas versus petroleras: control constitucional en la resistencia”, en Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, N° 4 [en línea]. Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.surjournal.org/esp/index4.php>

38. Cfr. YPFB, Decreto Supremo N° 29033 de 16 de febrero de 2007, Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas [en línea]. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/edicion-especial-97-del-24-abril-2007-decreto-supremo-29033.htm>

hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso”³⁹.

La autoridad competente responsable de la ejecución del proceso de consulta y participación es la autoridad estatal y las decisiones resultantes del proceso de consulta y participación, adoptadas en acuerdo conjunto entre las autoridades estatales y las comunidades campesinas y pueblos indígenas deben ser respetadas y consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de la actividad hidrocarburífera objeto de la consulta⁴⁰. En el caso de que la consulta “tenga un resultado negativo” la ley faculta al Estado a “promover un proceso de conciliación en el mejor interés nacional”⁴¹.

39. La legislación boliviana en esta materia establece dos fases de la consulta y participación. La primera fase consiste en una “consulta para la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos” y que tiene por objeto “hacer conocer y contar con un criterio de las organizaciones susceptibles de ser afectadas que considere los niveles local, regional, departamental y nacional respetando, territorialidad, usos y costumbres, sobre aspectos generales de la actividad, obra o proyecto hidrocarburífero tales como: los alcances, posibles impactos socio ambientales positivos y negativos y las posibles afectaciones a los derechos colectivos de los [pueblos indígenas y comunidades campesina], tomando como base la información de actividades, obras o proyectos, presentada por la AC e YPFB [autoridad estatal competente y la empresa petrolera estatal, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos] cuando participe en el ámbito de aplicación de este reglamento, a las instancias representativas de las organizaciones”. La segunda fase de la consulta debe ser previa a la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental del proyecto hidrocarburífero y se desarrolla cumpliendo el cronograma de actividades establecido en el acta de entendimiento suscrita previamente entre las partes. Las observaciones, sugerencias, complementaciones y recomendaciones concertadas, emergentes de la aplicación del proceso de consulta en el segundo momento, deben ser consideradas como criterios fundamentales para la elaboración y aprobación del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental.

El reglamento señala que el proceso de consulta estará viciado de nulidad en caso de incumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en él y en particular en el caso de que “d) [I]a firma del convenio de validación de acuerdos, que fuere logrado por presión, amedrentamiento, soborno, chantaje o violencia y no cuente con el acuerdo mutuo emergente del proceso de consulta y de participación, comprobados por la vía correspondiente”. Cfr: Ibid.

40. En el caso ecuatoriano se distingue entre la consulta pre - licitatoria, la cual debe deberá ser auspiciada y ejecutada por el organismo estatal encargado de llevar a cabo las licitaciones, y la consulta previa de ejecución, que la realiza la misma empresa que ejecute la actividad hidrocarburífera. Cfr: Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíferas [en línea, ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/default/files/ecu-reglaconsultaactividadeshidrocarbur%C3%ADferas.doc

41. Cfr: Ley de Hidrocarburos, artículo 116 [en línea]. Ministerio de Hidrocarburos y Energía [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.hidrocarburos.gov.bo/Hidrocarburos/Documentos/Ley%20203058.pdf>

3. El Derecho a la Consulta para el Tribunal Constitucional Chileno

Con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169, formulado por 31 diputados, el Tribunal Constitucional -TC- ejerciendo control de constitucionalidad se pronunció sobre la naturaleza jurídica del derecho a la consulta previa.

El TC recordó en aquella oportunidad que en los tratados internacionales es posible distinguir, para los efectos de su aplicación en el orden interno entre aquellas cláusulas del instrumento denominadas “*self executing*”, de las llamadas “*non self executing*”, siendo las primeras autoejecutables, es decir, aquellas que “(…) tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”⁴². Luego, estas normas, al ser ‘autoejecutables’, no requieren de una actividad posterior para su incorporación como fuente de derecho en el ordenamiento interno.

Estas normas de naturaleza autoejecutables, se distinguen de aquellas otras que, para su incorporación y entrada en vigencia en el derecho interno, precisan de actos formales de la potestad pública que las hagan aplicables, mediante la dictación de leyes, reglamentos o decretos (*non self executing*). “En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva”⁴³.

En relación al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que consagra el derecho a consulta previa, el Tribunal Constitucional sostuvo que por su precisión, así como por su mandato perentorio constituía una norma de aplicación directa o autoejecutable⁴⁴. Más aún, el Tribunal razona que dicha cláusula viene, en lo que respecta a la tramitación de leyes cuyas materias sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, a modificar la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, “(…) ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para las comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones puedan o no ejercer, según su leal saber y entender”⁴⁵.

42. Ídem, Considerando 48

43. Ídem, Considerando 48

44. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. Considerando 7

45. Ibídem.

El Tribunal Constitucional, al examinar las normas relativas a la consulta contenidas en el Convenio 169 de la OIT declaró su constitucionalidad formal y de fondo, y que ellas se encontraban en plena armonía con el ordenamiento chileno, señalando finalmente que “[l]os derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que le conciernen, no configurarían, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas”⁴⁶. El Tribunal Constitucional en este pronunciamiento destacó la singularidad jurídica del derecho a la consulta indígena. En efecto, el TC señaló que, “[l]a argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículo 34, 39, letra J), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención (sic) N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante *strictu sensu* si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6°”⁴⁷.

Posteriormente el TC tuvo ocasión de revisar nuevamente la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT⁴⁸, en esta nueva oportunidad fijó en similares términos el contenido y alcance del deber de consulta previa, señalando que dicha facultad no puede concebirse como el ejercicio de soberanía de los pueblos indígenas⁴⁹. En este marco de análisis señaló además que el ejercicio de la consulta previa no entraña una negociación de naturaleza obligatoria, sino que “[c]onstituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece”⁵⁰.

Con posterioridad a estas resoluciones, en tres oportunidades más el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del Convenio 169 de la OIT y específicamente al deber de consulta previa, libre e informada. El primero de estos pronunciamientos

46. Sentencia de Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. Considerando 46. A una conclusión similar llegó el Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol 1050 “De igual modo, al establecer una participación consultiva obligatoria no vinculante “en los actos de gobierno”, expresión que debe entenderse en un sentido amplio, como sinónimo de ejercicio de potestad pública no jurisdiccional, puede alterar procedimientos administrativos, hacer obligatorio consultar ciertas materias a los consejos regionales y contemplar modos de participación en el ámbito municipal, lo que es materia de las leyes orgánicas constitucionales N°s. 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional, y 18.695, de Municipalidades, respectivamente”

47. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. Considerando 6

48. Sentencia Rol 1050 de 03 de marzo de 2008 Control de constitucionalidad.

49. Sentencia Rol 1050 de 03 de marzo de 2008 Control de constitucionalidad. Considerando décimo tercero.

50. Sentencia Rol 1050 de 03 de marzo de 2008 Control de constitucionalidad. Considerando décimo cuarto.

corresponde a un requerimiento por cuestión de constitucionalidad sobre el Convenio Internacional para la Protección de Obtención Vegetales -Convenio UPOV-91⁵¹; El segundo fallo está referido al control de constitucionalidad de la llamada Ley de Pesca⁵²; y finalmente un pronunciamiento en relación al requerimiento formulado contra el Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)⁵³.

En estos pronunciamientos, el TC morigera las consecuencias que se derivan de la declaración del carácter auto ejecutable de las normas sobre consulta previa y participación indígena contenidas en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, respectivamente. Como se ha señalado, primero dijo que no se requería de modificación normativa en atención precisamente a la naturaleza auto ejecutable de dichas normas. Sin embargo, posteriormente sostuvo que la obligación de consultar, para su adecuada implantación, requería de modificaciones a diversas leyes de carácter orgánico constitucional, advirtiendo que dichas modificaciones normativas no se habían llevado a cabo, llamando a los diversos poderes del Estado a realizarlas. En esa oportunidad (2011), el TC señaló que: [e]sta Magistratura estima que dado el carácter flexible de las normas de dicho tratado, (...), corresponde al Gobierno, al Congreso Nacional y a los municipios y demás órganos autónomos del Estado establecer los mecanismos apropiados para realizar las consultas debidas y fijar, hasta donde sea posible, los criterios con el propósito de determinar si una medida administrativa o legislativa afecta o no directamente o no a los pueblos originarios (...)"⁵⁴.

Ante un nuevo requerimiento, el TC advirtió que "[t]ranscurridos cuatro años desde la entrada en vigor del Convenio, la circunstancia de verse esta Magistratura en la necesidad

51. Tribunal Constitucional. Sentencia de 24 de junio de 2011. ROL N° 1988-II-CPT. Con fecha 20 de mayo de 2011, 17 Senadores de la República deducen requerimiento por cuestión de constitucionalidad en contra del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, el que fue aprobado por la Cámara de Diputados con fecha 07 de mayo de 2009 y por el Senado el 11 de mayo de 2011.

52. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-12-CPT y 2388-12-CPT de 23 de enero de 2013. Requerimiento de inconstitucionalidad de ciertas normas del proyecto de ley que modifica, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones. Comparecen 11 senadores de la República y 45 diputados. Entre los fundamentos en los que se apoya el requerimiento deducido está en que el proyecto de ley requerido, deviene en inconstitucional por infracción a los artículos 6 y 7 de la Constitución, al no haberse dado cumplimiento, durante su formación, a normas internacionales del convenio 169 de la OIT.

53. Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013. ROL N° 2523-13-CDS. El 11 de septiembre de 2013 32 diputados de la República, dedujeron requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Publicado en el DO. El 12 de agosto de 2013).

54. Tribunal Constitucional. Sentencia de 24 de junio de 2011 en los autos ROL N° 1988-II-CPT Considerando décimo noveno.

de resolver nuevos requerimientos parlamentarios sobre esta materia, es demostrativa de la necesidad de que no se dilate, por parte del Congreso Nacional, regular apropiadamente este procedimiento de consulta”⁵⁵. Para el tribunal, a pesar del carácter auto ejecutable de la norma, se requiere desarrollar normativa interna para la adecuada implementación de la norma convencional⁵⁶.

Más aun, para el TC en la necesidad de llenar este vacío normativo, correspondería al Poder Legislativo el “[d]efinir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento. Sólo en esas condiciones este tribunal Constitucional estará en situación de controlar si, efectivamente, se han creado condiciones de participación igualitaria para los pueblos indígenas, que equilibren sus oportunidades y propendan a un desarrollo equitativo, franqueando un especial derecho de consulta y participación operativo, que no es sino emanación de la garantía de la igualdad de trato ante la ley, en cuanto importa una medida de discriminación positiva tendiente a corregir, eventualmente, determinadas situaciones disminuidas, en línea con los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y no discriminación racial (...)”⁵⁷. De esta manera, reiteró la “[n]ecesidad urgente de regular el procedimiento (...)”⁵⁸.

Por último, ante un nuevo requerimiento (septiembre de 2013), esta vez en contra del Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el TC declara inadmisble el recurso deducido, al mismo tiempo que sostiene, reiterando una jurisprudencia asentada, que las normas del Convenio 169 son infra constitucionales⁵⁹ y que la consulta previa contenida en el Convenio 169 es diversa de aquella “[p]revista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria sino una forma de

55. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-I2-CPT y 2388-I2-CPT de 23 de enero de 2013. Considerando, vigésimo segundo.

56. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-I2-CPT y 2388-I2-CPT de 23 de enero de 2013. Párr. vigésimo cuarto.

57. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-I2-CPT y 2388-I2-CPT de 23 de enero de 2013. Considerando vigésimo tercero.

58. Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-I2-CPT y 2388-I2-CPT de 23 de enero de 2013. vigésimo cuarto.

59. Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013. ROL N° 2523-I3-CDS. Considerando undécimo y décimo séptimo. Antes a propósito del Convenio 169 de la OIT esta magistratura señaló este instrumento de derechos humanos, no tiene rango constitucional y no es parámetro de control de constitucionalidad y “que el conflicto planteado es de mera legalidad y que es propio de los jueces de fondo” Descartando además el bloque de constitucionalidad. Cfr.: Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el ROL 2387-I2-CPT y 2388-I2-CPT de 23 de enero de 2013. Pág. 12 y 15.

recabar opinión; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales (...)”⁶⁰. Reitera a los órganos colegisladores la ‘necesidad urgente’ de regular el procedimiento de consulta⁶¹.

4. El derecho a la consulta previa a la luz de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia

Los tribunales superiores de justicia desde la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, han debido pronunciarse sobre el derecho a la consulta previa y el deber correlativo de los órganos del Estado de llevarla a cabo, fundamentalmente por alegaciones sostenidas por personas indígenas o representantes de sus comunidades, por estimar que no han sido debidamente consultadas conforme a los estándares impuestos por el Convenio y demás normas pertinentes del derecho internacional, en relación a proyectos de inversión en sus tierras y territorios.

En esta materia, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido vacilante, no obstante es posible advertir un creciente reconocimiento a la especial naturaleza jurídica de la consulta previa, libre e informada. De esta manera, el máximo tribunal ha venido asentado en los últimos fallos (desde 2011) el principio conforme al cual, cada vez que un proyecto de inversión sea susceptible de afectar directamente los intereses de estos colectivos humanos, se requerirá de un Estudio de Impacto Ambiental (no de una Declaración) y adicionalmente que la consulta en el marco de dicho Estudio deba ajustarse al estándar estipulado en el Convenio 169 de la OIT⁶².

En un principio la Corte Suprema sostuvo que no existía una especial fisonomía jurídica, y por lo tanto, no existía diferencia entre la consulta previa a los pueblos indígenas preceptuada en el Convenio 169 y los mecanismos de participación ciudadana estatuida en la ley General de Bases del Medio Ambiente.

De esta manera, al revisar el proyecto del sistema de conducción y descarga al mar de efluentes tratados de la Planta Valdivia de la empresa Celulosa Arauco, el máximo tribunal fue de la opinión que la obligación de consulta establecida en el art. 6 del Convenio 169, se satisfacía y aún más se encontraba consagrada en la Ley de Bases de Medio Ambiente N°

60. Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013. ROL N° 2523-I3-CDS. Considerando vigésimo primero.

61. Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de septiembre de 2013. ROL N° 2523-I3-CDS. Considerando vigésimo tercero.

62. Corte Suprema. ROL 259-201. 13 de julio de 2011. Caso San Pedro de Atacama.

19.300 y su Reglamento⁶³. Agregando que “(...) el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 26 de la Ley 19.300- es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio 169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente”⁶⁴.

Por su parte la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁵(31 de enero 2011), al analizar el Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía sostuvo, en línea con lo resuelto por la Corte Suprema que el deber de consulta establecido en el Convenio se garantiza plenamente mediante la aplicación del mecanismo de participación ciudadana contemplado en la Ley de Bases de Medio Ambiente al sentenciar que “[e]l deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface –en este caso por los antecedentes ya expuestos- la exigencia del Convenio N° 169”⁶⁶.

La Corte Suprema en consonancia con esta jurisprudencia⁶⁷ declaró la legalidad del proyecto de Exploración Minera Cataneve, que el Corema de Arica calificó favorablemente sin realizar el proceso de consulta previa de conformidad a los estándares impuestos por el Convenio N° 169 de la OIT. El Ministro Haroldo Brito, disintiendo de la mayoría de la Sala, advirtió que: “[i]nformar no constituye un acto de consulta, porque cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar un acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas (...)”⁶⁸. Lo más importante de este voto disidente, es que fijó, en lo que posteriormente se ha transformado en un criterio jurisprudencial ampliamente utilizado, el estándar conforme

63. Sentencia ROL 4078-2010 Considerando 7

64. Ídem, Considerando II

65. Sentencia recaída en el Recurso de Protección Rol 1794-10 caratulado Alcmán y otros c/ Ministerio de Obras Públicas. 31 de enero de 2011.

66. Sentencia recaída en el Recurso de Protección Rol 1794-10 caratulado Alcmán y otros c/ Ministerio de Obras Públicas. 31 de enero de 2011.

67. Corte Suprema Sentencia recaída en el recurso de protección de garantías constitucionales, Rol 2262/2011, de 16 de Junio de 2011.

68. Prevención de minoría Ministro Haroldo Brito Corte Suprema ROL 2262/2011. Considerando 2°. Resulta particularmente interesante la reflexión del ministro disidente al sostener que “Tal carencia (la no consulta de conformidad a lo establecido en el instrumento internacional) torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica “no igualar” para los efectos de resolver.”

el cual, no realizar la consulta previa, libre e informada de acuerdo al mandato del Convenio 169 de la OIT, “[t]orna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica “no igualar” para los efectos de resolver”⁶⁹.

Un giro en la doctrina sostenida por la Corte Suprema se advierte en la sentencia que revoca el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que había declarado la legalidad de la resolución que autorizaba el Proyecto del Plano Regulador de la Comuna de San Pedro de Atacama⁷⁰. Los sentenciadores concluyen que los mecanismos de participación utilizados para la aprobación del Plan Regulador -el establecido en la ley de Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones- “distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha”⁷¹. Para la Corte este procedimiento se limitó a “[i]nformar a los vecinos acerca de las singularidades del instrumento de planificación (...) a realizar audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados y en consultar la opinión del Consejo Económico y Social comunal”⁷², todo lo cual no es suficiente de acuerdo al procedimiento estatuido en el instrumento internacional.

En el caso del proyecto “Parque Eólico Chiloé” (marzo de 2012) aplicando la fórmula del Ministro Brito, la Corte Suprema resolvió que tal resolución devino en lesión a la garantía constitucional de igualdad ante la ley “[p]orque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas”⁷³. Sostuvo igualmente que la consulta indígena no se satisface con la sola transmisión de información a las comunidades y pueblos, discuriendo sobre la posibilidad que los pueblos concernidos puedan influir efectivamente en las decisiones que los afecten, “[c]on el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”⁷⁴.

69. Prevención de minoría Ministro Haroldo Brito Corte Suprema ROL 2262/2011. Considerando 2°. Resulta particularmente interesante la reflexión del ministro disidente al sostener que “Tal carencia (la no consulta de conformidad a lo establecido en el instrumento internacional) torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica “no igualar” para los efectos de resolver”.

70. Corte Suprema Sentencia recaída en el recurso de protección de garantías constitucionales, Rol 258-2011 de 13 de julio de 2011

71. Corte Suprema Sentencia ROL 258-2011. Considerando Octavo.

72. Ibídem.

73. Corte Suprema. Rol N°10.090-2011. 22 de marzo de 2012. Considerando Noveno.

74. Corte Suprema. Rol N°10.090-2011. 22 de marzo de 2012. Considerando Octavo.

Al ver el recurso deducido contra el Proyecto de Sondaje Prospección Paguanta (Tarapacá), la Corte Suprema sostuvo, en marzo de 2012, similares argumentos⁷⁵. Otro fallo en esa dirección lo representó el “Caso El Morro”⁷⁶, en donde la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada de 17 de febrero de 2012 dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

5. Principios del derecho internacional aplicables al deber de consulta previa, libre e informada

La jurisprudencia de los Comités tripartitos de la OIT constituidos para conocer de reclamaciones por incumplimientos del Convenio 169⁷⁷, han establecido que el concepto de la consulta previa debe ser entendida en el contexto de la obligación general expresada en el artículo 2 números 1) y 2), b), del Convenio, que disponen que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto por su integridad. La acción gubernamental deberá además incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones representativas⁷⁸.

Además, como se adelantó, el derecho a la consulta previa debe ser vinculado con los derechos o principios fundamentales del Convenio, expresados en los párrafos 1 y 3 de su artículo 7. La consulta previa, de esta manera, está ligada con el derecho de los pueblos interesados a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en

75. Corte Suprema. Rol N° 11040-2011. 30 marzo de 2012.

76. Corte Suprema. Rol N° 2211-2012. 27 de abril de 2012.

77. El procedimiento de reclamación ante la OIT se rige por los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT. El garantiza a las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores el derecho de presentar al Consejo de Administración de la OIT una reclamación contra cualquier Estado Miembro que, en su opinión, “no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte”. Para su sustanciación puede establecerse un comité tripartito del Consejo de Administración, compuesto por tres miembros, quien examinará la reclamación y la respuesta del gobierno. El informe que el Comité somete al Consejo de Administración contempla los aspectos jurídicos y prácticos del caso, examina la información presentada y concluye formulando recomendaciones. Cuando la respuesta del gobierno no se considera satisfactoria, el Consejo de Administración tiene el derecho de publicar la reclamación y la respuesta. Extraído de OIT, Reclamaciones en :http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/ApplyingandpromotingInternationalLabourStandards/Representations/lang--es/index.htm

78. Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>

la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y así como también al derecho de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Está vinculada igualmente con el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente⁷⁹. Está enlazado, así también, con el deber de los gobiernos de velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural, y sobre el medio ambiente, que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esos pueblos, debiendo los resultados de estos estudios ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas⁸⁰.

Por último, la consulta forma parte de las “[m]edidas especiales que se precis[an] para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados” (artículo 4.I), las que no deben “ser contraria a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas”.

Ahora bien, para la satisfacción de este derecho según la jurisprudencia de la OIT, la cual ha sido expresamente recogida por el actual Relator de la ONU como criterios mínimos y requisitos esenciales para una consulta válida a los pueblos indígenas en relación al proceso de reforma constitucional chilena⁸¹, la consulta debe al menos satisfacer las siguientes condiciones⁸²:

79. Para Irigoyen el derecho de consulta que se contempla en relación a medidas concretas, legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, debe necesariamente complementarse con el derecho más general de los pueblos indígenas a participar, al menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan (artículo 6.I b) y a participación en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7.I). La consulta por tanto se encuadra necesariamente en un proceso más amplio donde las decisiones generales (verbigracia, política energética, de comunicaciones, sobre turismo, etc.) que dan el marco general a las medidas concretas que se implemente con la intervención de los pueblos indígenas. Cfr: Irigoyen, Raquel. Tomando en Serio y Superando el Derecho de Consulta Previa: el Consentimiento y la Participación, ponencia presentada en el curso sobre “Consulta Previa”. Ponencia presentada en el V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá, octubre 2008.

80. Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), párr: 77 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>

81. Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Centro de políticas Públicas y Derechos Indígenas. Disponible en la Web: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf. El Relator resume de la siguiente manera los requisitos que debe tener la consulta para tener validez: 1. La consulta debe realizarse con carácter previo; 2. La consulta no se agota con la mera información; 3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; 4. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 5. La consulta debe ser sistemática y transparente.

82. Raquel Irigoyen ha identificado una serie de malas prácticas en relación al derecho de consulta de los pueblos indígenas. A saber:

I. Previa. La consulta procede siempre que se prevean medidas susceptibles de afectar al pueblo indígena de que se trata, lo que implica que ella debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida. El artículo 6 de la OIT exige que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas susceptibles de afectarles directamente. Esto supone, por ejemplo, que las comunidades y pueblos sean involucrados lo antes posible en el proceso, incluyendo la realización de estudios de impacto ambiental⁸³. La consulta por lo tanto, debe llevarse a cabo con la suficiente antelación para que pueda ser efectiva.

El Estado no consulta por las prioridades de desarrollo que tienen los pueblos indígenas en la fase de la elaboración de políticas o planes de desarrollo, ni cuando el Estado define lotes sobre territorios indígenas a ser sometidos en concesión.

La “consulta” se realiza luego de la concesión de exploración, considerando que es solo la explotación la que afecta a los pueblos indígenas.

La “consulta” se realiza a posteriori de un acto administrativo por el cual el Estado ha seleccionado una empresa o adjudicado una concesión de exploración o explotación, y no antes de dichos actos.

La “consulta” se realiza por una empresa y no por el Estado.

La “consulta” se realiza por una empresa para negociar indemnizaciones y compensaciones. Es decir es una negociación directa y no una consulta.

Los pueblos indígenas no son informados propiamente, en sus idiomas, y considerando su cultura, normas, usos y propio derecho.

La consulta es entendida como un acto y no como un proceso para llegar a acuerdos.

El Estado actúa de “mala fe” en la medida que va a la consulta con una pre-decisión, sin considerar lo que van a plantear los pueblos indígenas.

La “consulta” se reduce a actos informativos unilaterales, sin tener en cuenta lo que planteen los pueblos afectados.

El Estado no informa sobre posibles ganancias y no consulta sobre los beneficios que deben recibir los pueblos indígenas.

Delega a las empresas la negociación directa de compensaciones o indemnizaciones.

Dado que las empresas son seleccionadas o adjudicadas sin que se haya realizado la consulta previa ni que el Estado haya llegado a un acuerdo con los pueblos implicados sobre el marco en el cual se realizarán actividades extractivas, ni qué beneficios recibirán, se traslada un conflicto social latente a las empresas.

Las empresas, de su parte, no suelen verificar ni exigir al Estado que, antes de una licitación o concesión, el Estado ya haya realizado la consulta previa.

La fase de exploración o explotación suele ser de una alta conflictividad social y puede llegar a confrontación física, tomas de carreteras, uso de violencia, procesamiento penal de dirigentes indígenas o campesinos, hostigamientos, amenazas, etc.

Ante la falta de consulta previa por parte de la entidad correspondientes del Estado que va a realizar el acto administrativo correspondiente (ejem. Ministerio de Minería en caso de concesión minera), las autoridades locales (como alcaldes) realizan procesos consultivos de carácter político que son cuestionados por quienes sí deberían realizar la consulta.

Cfr. Irigoyen Raquel. El derecho de consulta previa en Bolivia: hacia el respeto de la igual dignidad de los pueblos y la superación de malas prácticas [en línea]. Portal de Derecho y Sociedad [ref. 4 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.alertanet.org/ryf-bolivia-consulta-2007.doc>

83. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), párr. 78

2. Procedimientos apropiados. No hay un modelo de procedimiento apropiado, por lo que se ha sostenido por el CEACR que este deberá tener en cuenta a lo menos dos criterios: las circunstancias de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de la medida a ser consultada⁸⁴.

La validez y legitimidad de los procedimientos adecuados supone un concierto y acuerdo previo entre los propios pueblos interesados. El procedimiento apropiado de esta manera, exige que lo sea para los propios pueblos concernidos en el proceso⁸⁵.

La expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento⁸⁶. Debe ser capaz por consiguiente de generar las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Para ello debe ajustarse a las exigencias propias de cada situación y debe ser útil, sincera y transparente⁸⁷. Ello implica ajustarse a las condiciones que requieren las personas consultadas para poder adoptar una posición, “[p]ara la cual se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”⁸⁸.

Por lo tanto, se requiere entre otras condiciones establecer plazos adecuados, los que a su vez dependerán del tipo de medida a ser sometida a consulta⁸⁹. Se requerirá en este contexto garantizar que la consulta sea efectivamente accesible a los pueblos indígenas

84. OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 53.

85. OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 53.

86. Cfr. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), párr. 89

87. Cfr. OIT. Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Francia. Impreso por Dumas-Titoule, 2003, pág. 17.

88. Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) [en línea]. Organización Internacional del Trabajo [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>, párr. 79.

89. Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Párr. 62 http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf

por lo tanto, se deberá tomar en cuenta la diversidad lingüística, lo que es consiste con la obligación impuesta por el art. 12 del Convenio que prevé la obligación estatal de “[g]arantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.”

La Corte IDH ha señalado que las consultas a los pueblos indígenas “[d]eben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones”⁹⁰. El carácter adecuado implica que “[l]a consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión”⁹¹.

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha sostenido en este punto que “[s]e deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales (...) si eso no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”⁹².

3. Instituciones representativas. El estándar de la representatividad, de acuerdo a los órganos de control de la OIT constituye “[u]n requisito esencial de los procedimientos de consulta y participación previstos por el Convenio, entendido como el derecho de los diferentes pueblos y comunidades indígenas de participar en estos mecanismos a través de las instituciones representativas surgidas de su propio proceso”⁹³.

La adecuada implementación de la participación y consulta indígena entraña, en este sentido, un desafío a los propios pueblos indígenas quienes deberán avanzar en definir con plena autonomía, cuáles son sus instituciones representativas que permitan entablar un diálogo genuino y constructivo y de esta manera concurrir a la consulta previa. Para determinar cuáles son dichas instituciones representativas es necesario atender a los métodos con los cuales el o los pueblos susceptibles de ser afectados, toman y han tomado sus decisiones. Al

90. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 201.

91. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 202.

92. Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009, Apéndice A, párr. 33.

93. OIT. Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Pág. 28.

respecto, la OIT ha destacado esta cuestión señalando que “[l]o importante es que estas [las instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”⁹⁴. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka vs. Surinam*: “[e]l pueblo *Saramaka*, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo *Saramaka* en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal”⁹⁵.

De esta manera la obligación de consulta previa implica ciertas cargas o responsabilidades para los propios pueblos indígenas. Estos deben revisar autónomamente sus propias instituciones de manera que faciliten el diálogo intercultural y respeten los principios de proporcionalidad, no discriminación, particularmente en cuanto al género y buena fe. En este sentido el ex Relator Stavenhagen, señaló que “[l]os pueblos indígenas deben especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados, garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda”⁹⁶.

Ello constituye un componente esencial de la obligación de consulta. Dada la diversidad de los pueblos indígenas, no puede imponerse un solo modelo de institución representativa. Lo importante es que la representatividad sea el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas. Por ello es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados⁹⁷. Se ha señalado por parte de los órganos de control de la OIT que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible y que no deben confundirse las “instituciones representativas de los pueblos indígenas” con las “organizaciones más representativas” de estos pueblos. Esto implica que se deben realizar procesos de consulta que considere, por ejemplo, a las autoridades tradicionales y ancestrales de los pueblos involucrados y no sólo a las comunidades u organizaciones establecidas conforme a determinada legalidad⁹⁸.

94. Cfr. OIT Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. OIT. Ginebra. 2010 Párr. 75, pág. 28.

95. Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr.18.

96. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. A/HRC/6/15 15 de noviembre de 2007. párr. 23.d).

97. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), párr. 61.

98. En el caso chileno, la Ley de Desarrollo Indígena impone un modelo organizativo de tipo gremial a las comunidades

De acuerdo al Relator Especial en relación a los criterios mínimos de representatividad se debería tener en cuenta: a) el alcance de las medidas a ser consultadas; b) atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; c) las distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y por último, conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, d) deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género⁹⁹.

4. Buena fe. Ello implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales de un determinado grupo o comunidad. Al respecto, e invocando la jurisprudencia de la OIT, el Relator Especial de la ONU ha puesto énfasis en “[q]ue ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe. Esto requiere en primer lugar que exista una cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado”¹⁰⁰.

5. Apropiaada a las circunstancias. El procedimiento a seguir no puede responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas. Por el contrario, se debe ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando los métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado, lo que incluso exige la activa participación indígena al momento de definir la manera en que se debe efectuar la consulta.

6. Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas. Debe existir un esfuerzo positivo por obtenerlo. Comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por la comunicación y el entendimiento, el mutuo respeto y la buena fe, y un deseo sincero de llegar a un acuerdo común. No satisface la consulta la existencia de una reunión de mera información o una audiencia en la cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas no pudieron instaurar un intercambio auténtico con continuidad y tiempo para al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos.

(artículos. 9 a 11). Estas comunidades legales deben ser consultadas en la medida en que sean representativas.

99. Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta, op. cit, párr. 31.

100. Cfr. Anaya, James, Principios Internacionales Aplicables a la Consulta, op. citada supra.

6. Consideraciones sobre el derecho al consentimiento previo, libre e informado

El derecho a consulta no es equivalente a un derecho a veto en relación a la iniciativa legal o administrativa que es objeto del procedimiento respectivo¹⁰¹. Por ello, a la consulta se suma otro derecho que ha venido siendo progresivamente reconocido por el derecho internacional y comparado. Es el derecho al consentimiento previo, libre e informado, en cuya virtud las iniciativas legales o administrativas que pongan en peligro su supervivencia no pueden llevarse a cabo antes haberse obtenido su consentimiento.

Para el Convenio 169 de la OIT el consentimiento previo, entendido como la expresión de la voluntad colectiva, es el objetivo del proceso de consulta, no obstante en determinadas hipótesis, la obtención del mismo es condición inherente a la consulta. En el Convenio 169 de la OIT se señala un caso en que la obtención del consentimiento es obligatoria. La misma está señalada dentro de las salvaguardas referidas al derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales, y se refiere específicamente al traslado y reubicación de pueblos o integrantes de dichos pueblos, el que “[s]ólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa” (art. 16.2 Convenio 169 de la OIT).

101. Frente a la pregunta sobre si el artículo del Convenio 7 implica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo, la “Guía para la Aplicación del Convenio 169” brinda la siguiente respuesta: “[n]o, ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio”. Para la Guía “[e]l artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes.” La Corte Constitucional colombiana en relación a la aplicación de un plan de erradicación de los cultivos de coca que afectaban territorios indígenas, señaló que “[e]l derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizadas para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiciarla para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios”. Cfr. Sentencia SU.383/03, op. citada supra.

Aun cuando no tiene la misma fuerza normativa, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁰², suma otro caso al ya señalado, en el que la obtención del consentimiento deviene en obligatorio, y es el referido al almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en su tierras y territorios el que sólo puede proceder previo consentimiento (art. 29.2 Declaración de las Naciones Unidas).

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos se ha asentado el criterio según el cual el consentimiento debe “[i]nterpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos”¹⁰³.

De esta manera la Corte IDH ha señalado que “[l]a salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”¹⁰⁴.

102. El Art. 10 de la Declaración señala que “[N]o se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados ...”

103 Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 332

104. Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka* Vs. Surinam, op. citada supra, párr. 137.

Este consentimiento también es exigido explícitamente por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en caso de preverse traslados de población indígena y en el caso que se pretenda almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.

Los elementos de un entendimiento común del consentimiento, libre, previo e informado, como lo concluyó el Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, son los siguientes:

Libre, lo que implica que no ha habido coerción, intimidación ni manipulación. Además, igualdad de partes.

Previo, lo que implica que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/ consenso con los pueblos indígenas.

Informado, lo que implica que se proporcione información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos:

- a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
- b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad;
- c. La duración de lo que antecede;
- d. Los lugares de las zonas que se verán afectados;
- e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.

Este derecho ha sido recepcionado expresamente por el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) quien en su Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, exhorta en particular a los Estados Partes a que: “d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”. Asimismo, el CEDR en su informe sobre Ecuador (21/03/2003), al dar cuenta de las limitaciones que representa el derecho de consulta para garantizar los derechos indígenas, señaló la necesidad por parte del Estado de obtener el consentimiento para la explotación de recursos del subsuelo. Señaló que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación”¹⁰⁵.

f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas);

g. Procedimientos que puede entrañar el proyecto.

Cfr: ONU. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3. Disponible en la Web: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/243/29/PDF/N0524329.pdf?OpenElement>. También, ver; AKWÉ: KON Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares [en línea, ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>

105. Cfr: CEDR Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16, op. citada supra. Así también el mismo Comité respecto de Ecuador exhortó “encarecidamente al Estado Parte a que garantice la participación de la población indígena en las decisiones que afecten a su vida. Pide, en particular, al Estado Parte que consulte a la población indígena interesada y obtenga su consentimiento antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales y acerca de las políticas públicas que le afecten, de conformidad con el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Cfr: CEDR 07/06/2004. E/C.12/1/Add.100, párr. 35, op. citada supra. Por su parte, como marco sustantivo, en el Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, se consignó que para muchos participantes de ese seminario dicho derecho formaba parte del ejercicio del derecho de libre determinación por los pueblos indígenas y eran un componente básico de sus derechos a la tierra, territorio y recursos. Cfr: Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3 [en línea]. ONU [ref. 5 de abril de 2009]. Disponible en la Web: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/243/29/PDF/N0524329.pdf?OpenElement>. Por su parte la Política Operacional fijada por el Banco Mundial sobre Pueblos Indígenas, en

También el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, del año 2003, al referirse a las consecuencias de los proyectos de desarrollo en gran escala, ha señalado que en “[r]elación con los grandes proyectos de desarrollo el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado”¹⁰⁶.

El derecho a un consentimiento previo, libre e informado, en los casos que procede, por lo tanto, constituye un derecho que está consolidándose a nivel internacional y que ha sido expresamente recogido por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos humanos.

7. Estándares internacionales en materia de evaluación de impacto ambiental

El deber de consulta y participación, incluida la obligación de alcanzar el consentimiento previo, libre e informado, en aquellos casos expresamente señalados por el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adquiere importancia fundamental tratándose de acciones o proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en tierras y territorios indígenas. Ello como consecuencia de la especial relación de dichos pueblos con sus tierras y territorios, al constituir estos últimos el sustento de sus sistemas de vida y fundamento de su supervivencia como grupo humano.

En particular el Convenio 169 de la OIT establece en estas materias que los gobiernos “[d]eberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios...”. De especial relevancia en este sentido es el artículo 14 del Convenio N° 169, en el que se reconocen los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan¹⁰⁷. La

su OP 4.10, establecen al respecto que: “7. Amplio apoyo de la comunidad. El equipo a cargo del proyecto [de inversión] examina[rá] la documentación sobre la evaluación social y el proceso de consulta, una vez presentada al Banco por el prestatario, para constatar que el prestatario ha obtenido el amplio apoyo de los representantes de los principales sectores de la comunidad, conforme se establece en la política. El equipo comienza a tramitar el proyecto cuando ha confirmado que existe tal apoyo. El Banco no seguirá adelante con la tramitación del proyecto si no puede determinar la existencia de dicho apoyo”. Cfr. Banco Mundial. BP 4.10, Pueblos Indígenas, op. citada supra.

106. Cfr. Ver, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos, op. citada supra, párr. 66.

107. El artículo 14 del Convenio 169 dispone: 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (...) 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

interpretación que los órganos de supervisión de la OIT han hecho de este artículo ha sido reiterativa en señalar que los derechos de propiedad y posesión de que trata este artículo se extiende a aquellas tierras de carácter ancestral, aunque no tengan título de dominio sobre ellas. Así la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado al respecto que “[s]i los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido (...) La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional pero debe ser aplicado”¹⁰⁸.

Coincidentemente con la interpretación de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, hace un reconocimiento explícito al derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar no solo las tierras, sino también los territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional y otras formas de ocupación tradicional (art.26.1). Más aún, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a que las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente hayan poseído u ocupado les sean restituidas y/o compensados cuando ellas hayan sido confiscadas sin su consentimiento¹⁰⁹.

De ahí que los proyectos de inversión relacionados con los recursos naturales ubicados, o susceptibles de afectar, las tierras y territorios de los pueblos indígenas, deben considerar esta especial relación y los derechos que a los pueblos indígenas les son reconocidos en el concierto del derecho internacional de los derechos humanos.

En mérito de estas consideraciones, el ex Relator Rodolfo Stavenhagen ha sostenido que ante el evento de llevar a cabo proyectos de inversión en territorios indígenas incluidos aquellos de carácter tradicional o dominios ancestrales, “[l]os derechos indígenas de propiedad sobre sus tierras se deberán considerar derechos humanos en todo tiempo, con independencia de que estén o no jurídicamente reconocidos”¹¹⁰.

108. Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009. pág. 742.

109. “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 28.1)

110. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90. 21 de enero de 2003. Párr.75.

En el Sistema Interamericano se ha mantenido la opinión respecto a que las obligaciones de respeto que pesan sobre el Estado comprenden las garantías de protección de los derechos colectivos a la propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, y que la infracción a dicha obligación compromete la responsabilidad internacional del Estado¹¹¹.

El fundamento de este derecho señala la Comisión IDH, descansa en el uso y posesión tradicional y ancestral de las tierras y territorios y no en el reconocimiento oficial del Estado¹¹². Más aun, la Corte IDH ha precisado que aun aquellos pueblos indígenas “[q]ue han perdido la posesión del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad, y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras”¹¹³. De esta manera se ha asentado que el derecho de propiedad indígena comprende y por lo tanto, alcanza en sus efectos, las tierras y recursos “[q]ue poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial internacionalmente protegida – v.g. un vínculo cultural de memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales”¹¹⁴.

El derecho a usar y gozar del territorio, dijo la Corte IDH en el caso *Sarayaku Vs. Ecuador* (2012) se extiende a la protección de los recursos naturales que se encuentran en él, lo que implica garantizar a estos pueblos “[l]a seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida”¹¹⁵.

Por lo tanto, se puede sostener que las obligaciones derivadas de la protección al derecho de propiedad indígena sobre sus tierras y territorios, incluye el derecho sobre los recursos naturales presentes en dichas tierras y territorios por lo que el Estado no puede, en virtud de la intrínseca relación entre tierras y recursos naturales, disponer de estos últimos sin considerar la especificidad que el derecho internacional y el desarrollo normativo han reconocido y dispuesto a favor de estos grupos humanos. Esto ha sido especialmente precisado en el sistema interamericano de derechos humanos: “Como sucede con el

111. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 65.

112. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.68.

113. Para la Corte Interamericana, “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas” [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párr. 128.

114. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.78.

115. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.146.

derecho a la propiedad territorial en general, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales vinculados a su cultura presentes en sus territorios no puede ser jurídicamente extinguido o alterado por las autoridades estatales sin que medie la consulta y el consentimiento pleno e informado del pueblo, así como los requisitos generales que deben ser cumplidos en caso de expropiación, y con cumplimiento de las demás garantías jurídicas de la propiedad territorial indígena"¹¹⁶.

Adicionalmente en el caso *Sarayaku* la Corte IDH, reflexionó en torno a la relación que existe entre los derechos a la consulta, la propiedad indígena y la incidencia con el derecho a la identidad cultural. Ello en razón, una vez más, a la especial relación con las tierras y el valor inmaterial presente en dichos espacios y que hace parte de la cosmovisión y cultura de dichos pueblos. La Corte IDH estimó que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de los pueblos indígenas “[q]ue debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”¹¹⁷.

Los Estados deberán en este marco garantizar la participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15.1 Convenio 169). El Convenio impone salvaguardias especiales en relación a estas materias, en particular: medidas de protección del medio ambiente (artículo 4.1); obligación de Estudios de Impacto Ambiental (artículo 7.3) y preservación del medio ambiente (artículo 7.4).

La Comisión de Expertos de la OIT ha advertido las falencias que la legislación sectorial chilena presenta en esta materia. En una solicitud directa (2011) señaló que “[e]l Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no contienen disposiciones sobre consulta a los pueblos indígenas en los casos de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión”¹¹⁸. La CEACR recordó al Estado

116. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 39.

Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr.186.

117. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr.217.

118. Solicitud directa (CEACR) - 100ª reunión CIT (2011) Consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:13100:0::NO:13100:PI3100_COMMENT_ID:2334939:YES

la obligación contenida en el artículo 15 del Convenio de “[e]stablecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida”¹¹⁹.

En el Caso *Saramaka* la Corte IDH fijó un triple estándar en relación a los recursos naturales consistente en: 1) consulta y consentimiento previo, libre e informado; 2) estudios de impacto social y ambiental; y 3) participación en los beneficios o utilidades¹²⁰.

En relación con la consulta previa en los proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas, se ha logrado determinar que ella, siempre que cumpla con los requisitos y principios desarrollados por el derecho internacional, “[p]uede ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”¹²¹.

Estas consultas, relacionadas con los proyectos de desarrollo e inversión, de acuerdo a la más reciente sentencia de la Corte IDH (*Sarayaku*) debe ser sistemática, basada en el respeto a las costumbres y tradiciones de los pueblos concernidos, y en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además de los requisitos y principios vistos en relación a la consulta previa, ellas deben llevarse a cabo “[e]n las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto”¹²².

Por último, el Comité de Derechos Humanos ha señalado al Estado de Chile que debe “[c]onsultar con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras objeto de controversia y garantizar que en ningún caso la explotación de que se trate atente contra los derechos reconocidos en el Pacto”¹²³.

119. Solicitud directa (CEACR) - 100ª reunión CIT (2011) Consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:PI3100_COMMENT_ID:2334939:YES

120. Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka* Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C N°. 185, párr. 38, 129.

121. CEACR Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169). ILC.100/III/1ª de 16 de febrero de 2011

122. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr.177.

123. Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales. 17 Abril 2007.CCPR/C/CHL/CO/5. Párr. 19 letra C.

La realización de estudios de impacto es normado en el Convenio 169 de la OIT en su artículo 7.3 que dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. La pertinencia de dichos estudios y su regulación en el Convenio es la expresión normativa del esfuerzo por generar mecanismos efectivos que preserven y protejan la especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios y finalmente su subsistencia como pueblos.

Los instrumentos de gestión ambiental, en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas deben considerar no sólo la ordenación del medio ambiente, como bien jurídico sujeto a tutela, sino satisfacer y orientarse a garantizar los derechos colectivos que les asistente, incluido el de decidir sobre el uso y goce de los recursos naturales que integran sus territorios.

En el caso *Sarayaku Vs Ecuador* (2012), la Corte IDH insistió en que el Estado debe garantizar que no se autorizará ningún proyecto de exploración o explotación en tierras indígenas mientras “[e]ntidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”¹²⁴.

Dichos estudios tienen por objeto de conformidad a esta jurisprudencia, no sólo prever los impactos y externalidades negativas sobre el derecho de propiedad o a la integridad de las personas y colectivos indígenas, sino y adicionalmente, asegurar a través de ellos que los integrantes de dichos pueblos “[t]engan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria”¹²⁵.

Estos estudios deben realizarse con anterioridad a la aprobación de la actividad o proyecto y sujetarse a los estándares y buenas prácticas que rigen al respecto, incluido el de respetar la cultura y tradiciones de los pueblos concernidos. En definitiva se trata por medio de estos instrumentos de garantizar la efectiva capacidad de decisión del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de autorizaciones de proyectos de inversión y desarrollo¹²⁶.

124. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 205.

125. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 205.

126. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 206.

Al referirse a los contenidos de estos estudios, la Corte IDH ha especificado que ellos deben ser de carácter social y ambiental, por lo tanto, no limitarse a la protección del patrimonio ambiental, deben considerar una dimensión social y cultural. “La inclusión de estos dos elementos en su caracterización revela que el tipo de estudios exigidos por la Corte deben ir más allá de los estudios de impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural, haciendo necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia”¹²⁷.

Además dichos estudios se deben extender al “[i]mpacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos”¹²⁸. El ex Relator Rodolfo Stavenhagen refirió a este respecto que con posterioridad a las autorizaciones o permisos ambientales se deben generar mecanismos que permitan evaluar los resultados previstos y monitorear de manera regular los efectos socio económicos, culturales, identitarios y de bienestar de las comunidades y pueblos concernidos y/o afectados con el proyecto¹²⁹.

8. Conclusiones

1° El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas obliga a todos los órganos del Estado cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

2° En ese marco, corresponde al Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional, no obstante la plena vigencia del derecho de consulta, establecer mecanismos institucionalizados que permitan garantizar un procedimiento adecuado que de plena certeza a los pueblos concernidos bajo los principios desarrollados por el derecho internacional de derechos humanos. Estos procedimientos deben ser establecidos previa consulta con los pueblos indígenas, disponiéndose de un clima adecuado que genere confianzas entre los interlocutores.

127. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009. Párr. 254.

128. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 206.

129. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2003/90. 21 de enero de 2003. Párr. 74.

3°. El principio conforme al cual sólo se somete a consulta previa los Estudios de Impacto Ambiental, es compatible con el Convenio 169 en la medida en que se garantice que todo proyecto susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas ingrese efectivamente como Estudio de Impacto Ambiental y adicionalmente se realice el proceso de consulta de conformidad a los estándares intencionales que rigen la materia.

3

Informe proyecto de ley
que reconoce y da protección al derecho
a la identidad de género

Informe proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género Boletín 8924 - 07

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 10 de junio de 2014.

I. Antecedentes

El Estado de Chile ha realizado esfuerzos en los últimos años con el propósito de dotarse de una institucionalidad y un marco normativo eficaz que garantice el respeto de los derechos de todas las personas sin discriminación. Uno de los hitos normativos en la materia, fue la aprobación y publicación de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. La normativa es relevante, por un parte, dado que consagra un mecanismo judicial específico al cual pueden recurrir las personas que han sido víctimas de discriminación y, por otro, por la incorporación de la “orientación sexual” y la “identidad de género” como categorías sospechosas en la definición contenida en el artículo 2. Si bien la alusión a la orientación sexual y a la identidad de género¹ constituye un avance para el reconocimiento de los derechos del grupo LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex), aun hay desafíos pendientes² y vacíos legislativos que deben ser subsanados. En particular, Chile no cuenta a la fecha con normativa específica y adecuada que reconozca plenamente el derecho a la identidad de las personas trans.

El INDH abordó la realidad de las personas trans en su Informe Anual 2013³ resaltando como las personas trans han sido en el pasado, y siguen siendo en la actualidad, víctimas de abuso, discriminación y violencia. En los últimos años se ha generado un movimiento a nivel global y regional, impulsado tanto por organizaciones de la sociedad civil como por organismos internacionales de derechos humanos, que busca visibilizar la violencia, el odio y exclusión que sufren estas personas. La discriminación contra ellas se ha identificado como una de tipo estructural, esto es, “que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población está en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren por consiguiente de la adopción de medidas especiales de equiparación”⁴.

1. INDH, Informe Anual 2012. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 110; Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 166.

2. Durante la tramitación de la ley se eliminaron las propuestas relativas a consagrar normativamente la procedencia de las “medidas de acción afirmativa”, cuestión que debiera considerarse para ser analizado el futuro como un mecanismo efectivo para enfrentar las distintas formas de discriminación.

3. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Págs. 165 a 177.

4. Abramovich, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Sur Revista Internacional de derechos humanos, 6 (11), 7 - 39.

Dado que la mayoría de las sociedades están estructuradas bajo la distinción de sexo entre hombre y mujer, la protección de los derechos de las personas trans que, por diversas circunstancias no se reconocen en ellas, constituye un desafío. Esta situación ha sido abordada por los Estados de manera gradual y en los últimos años se observa el desarrollo de nuevas normas que buscan incorporar una noción más amplia del género con el propósito de otorgar un efectivo reconocimiento y protección. Es el caso de Alemania, por ejemplo, que a partir del 1 de noviembre de 2013 es el primer país europeo en implementar además de masculino y femenino, un “tercer sexo” o categoría “indeterminado/a”, admitiendo que los bebés cuya genitalidad no esté definida al momento de nacer no sean inscritos bajo ningún género. Por su parte, en mayo de 2012, Argentina promulgó la Ley de identidad de género con el propósito de reconocer el derecho de toda persona al libre desarrollo de su identidad, consagrando el derecho a rectificar el sexo registral y el cambio de nombre cuando estos no coincidan con la identidad de género autopercebida. En el 2011, por su parte, Australia, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Oficina de Pasaporte, habilitó la opción “X” aparte de las categorías “femenino y masculino” para la identificación de las personas, indicando que la “iniciativa va de acuerdo con el compromiso del Gobierno australiano de erradicar la discriminación con motivo de orientación sexual o sexo e identidad de género”; remarcando que “la política quita obstáculos innecesarios a la identificación del género preferido de una persona en su pasaporte”. Lo anterior llevó a los servicios de Salud a remover las referencias de género en sus formularios, centrándose específicamente en las necesidades biológicas de los pacientes en lugar del sexo o género legalmente reconocido.⁵

Los mecanismos de Naciones Unidas han documentado en las últimas dos décadas la afectación a los derechos humanos experimentada por las personas trans, en el marco de sus estudios sobre la situación del grupo LGTBI⁶. Las vulneraciones que se han reportado incluyen asesinatos, abusos sexuales y físicos, torturas, detenciones arbitrarias, la negación al derecho a reunirse, a expresarse e informarse, discriminación en el trabajo, salud y educación, y en el acceso a bienes y servicios, entre otros⁷. Así, el año 2011, el Consejo de

5. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 165.

6. Entre ellos la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, los Órganos de Tratados de Derechos Humanos, Relatores Especiales, Grupos de Expertos, además de otros expertos designados por el Consejo de Derechos Humanos y su antecesor.

7. Observación General No. 2 CAT párr. 21 y 15 CAT/C/GC/2; Observaciones Finales del CAT de Estados Unidos (CAT/C/USA/CO/2), párr. 32 y 37; Ecuador (CAT/C/ECU/CO/3), párr. 17; y Argentina (CAT/C/CR/33/1), párr. 6 (g); Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Togo (CCPR/C/TGO/CO/4), párr. 14; Uzbekistán (CCPR/C/UZB/CO/3), párr. 22; Granada (CCPR/C/GRD/CO/1) párr. 21; Chile (CCPR/C/CHL/CO/5), párr. 16; Observaciones Finales del Comité de derechos económicos, sociales y culturales de Chipre (E/C.12/1/Add.28), párr. 7; Observaciones Finales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de Uganda (CEDAW/C/UGA/CO/7), párr. 43-44; y Kirguistán (AG A/54/38/Rev.1), párr. 127-128; y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño de Chile (CRC/C/CHL/CO/3), párr. 29; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria informe sobre Camerún (A/HRC/4/40/Add.1) y Egipto (A/HRC/13/30/Add.1).

Derechos Humanos adoptó la primera resolución en que expresó “su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo que se cometen contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”⁸. En ella solicitó a la Alta Comisionada para los Derechos Humanos la realización de un estudio a nivel mundial sobre las leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. El estudio da cuenta de un patrón de violencia y de la necesidad de que los Estados adopten medidas efectivas para contrarrestar las prácticas discriminatorias en materia de salud, empleo, educación, la derogación de leyes discriminatorias, y prevenir y sancionar la violencia⁹. En la guía “Nacidos Libres e Iguales”, elaborada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en base a dicho informe, se destaca sobre los derechos de las personas trans la violencia de la cual son objeto y como ésta se expresa en múltiples formas: “puede ser física (asesinato, golpizas, secuestros, violación y abuso sexual) o psicológica (amenazas, coerción y privación arbitraria de la libertad, entre otras). Esos ataques constituyen una forma de violencia basada en el género motivada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas sobre género”¹⁰. El estudio de la Alta Comisionada antes referido, señala que en cuanto al reconocimiento de género en muchos países las personas trans no logran el reconocimiento legal de su género preferido, ni la modificación del sexo y nombre en los documentos de identidad expedidos por los Estados, y las consiguientes dificultades que ello representa para el ejercicio de otros derechos como trabajo, vivienda, crédito y otras prestaciones estatales. Por ello, el estudio concluye recomendando que se facilite el reconocimiento legal y se disponga la expedición de documentos de identidad sin conculcar otros derechos humanos¹¹. Es necesario señalar que el reconocimiento legal del derecho a la identidad de las personas trans se encuentra actualmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos a nivel de recomendación, instando porque los Estados los reconozcan y tomando nota de aprobación de las legislaciones que lo permiten¹².

8. Resolución A/HRC/RES/17/19, de 14 de julio 2011.

9. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, fue aprobado el 17 de noviembre de 2011, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 19° período de sesiones, A/HRC/19/41.

10. Naciones Unidas, Nacidos Libres e Iguales. Nueva York – Ginebra. 2012.

11. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, fue aprobado el 17 de noviembre de 2011, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 19° período de sesiones, A/HRC/19/41, párr. 71 y 84 h).

12. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 170 y 175.

En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, por su parte, en el 2013, la Asamblea General de la OEA resolvió “Condenar todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada”¹³. De este modo, se confirman las preocupaciones abordadas por este organismo en resoluciones anteriores respecto a prácticas discriminatorias, la situación de defensoras y defensores de derechos humanos de personas LGTBI y los hechos violencia que los han afectado¹⁴.

En las Observaciones Finales los Comités han manifestado su preocupación por la afectación y menoscabo al derecho a la igualdad y no discriminación en Chile y han recomendado al Estado dirigir sus esfuerzos a la adopción de un marco normativo en conformidad a los estándares internacionales¹⁵. Recientemente, en el marco del Segundo Ciclo del Examen Periódico Universal el Estado de Chile ha recibido un conjunto de recomendaciones en materia de igualdad y no discriminación. Específicamente, la recomendación I21.72 de los Países Bajos señala “Prestar apoyo a las nuevas leyes y medidas para luchar contra las actitudes discriminatorias en la sociedad y para evitar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la educación pública y apoyar iniciativas en materia de igualdad”¹⁶.

A nivel nacional, si bien la Constitución Política de Chile no contiene una referencia expresa al derecho a la identidad, el Tribunal Constitucional ha determinado que es un derecho comprendido en el ordenamiento jurídico interno afirmando “aun cuando la Constitución Chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde una adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y

13. AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) aprobada el 6 de junio de 2013. Otros antecedentes son: Resoluciones de la Asamblea General de la OEA AG/2435 (XXXVIII-O/08) aprobada el 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) aprobada el 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10) aprobada el 8 de junio de 2010; AG/RES. 2653 (XLI-O/11) aprobada el 7 de junio de 2011; AG/RES. 2721 (XLII-O/12) aprobada el 4 de junio de 2012.

14. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 170.

15. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales, 7 de septiembre de 2009, párr. 12. CERD/C/CHL/15-18; Comité de los Derechos de los Niños, Observaciones finales, 23 de abril de 2007, párr. 30. CRC/C/CHL/CO/3.

16. Recomendaciones I21. 51 a I21.73. A/HRC/WG.6/18/L.3, Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review, Eighteenth session, Geneva, 27 January –7 February 2014.

vigentes en nuestro país”¹⁷. Asimismo determinó que debe reconocerse que “los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes,[...], consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración el artículo 1° inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra¹⁸”. En definitiva, todos los órganos del Estado tienen la obligación de adoptar las medidas pertinentes en aras a dar efectivo reconocimiento y garantía al derecho a la identidad de todas las personas.

Actualmente, ante la ausencia de normas específicas, las personas trans han utilizado para ejercer su derecho a la identidad la Ley 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos bajo ciertas causales y modifica la Ley 4.808 sobre registro civil. Para fundamentar las solicitudes se ha invocado, en particular, la causal referida a que cualquier persona podrá solicitar el cambio de nombres cuando éstos sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente, y también la que dice relación con que las personas pueden cambiar su nombre “[c]uando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios”. Dado que la interposición de las solicitudes de cambio de nombre de personas trans se ha basado en una interpretación extensiva de la normativa existente, las decisiones de los tribunales han sido disímiles y, por regla general, desfavorables para estas. En algunas oportunidades se ha rechazado de plano la demanda aludiendo la falta de normativa específica y en otras se les ha denegado en virtud de que no presentaban intervenciones quirúrgicas o que no se habrían sometido a los tratamientos hormonales “pertinentes”, los cuales a juicio de la magistratura eran determinantes para acceder a la petición. Asimismo, se identifican casos en los cuales solo se ha accedido al cambio de nombre pero no al sexo registral. Por último, hay casos en los cuales se accedió al cambio de nombre y sexo registral, destacando que los jueces son más proclives a conceder ambas solicitudes cuando se han sometido a algún tipo de intervención quirúrgica¹⁹. Cabe destacar que la identidad de las personas trans es independiente a las cirugías o tratamientos a los cuales pueden optar, no pudiendo exigirse ningún tipo de intervención para un efectivo reconocimiento de su identidad de género.

17. Tribunal Constitucional, Rol 834 – 2007, sentencia 22 de agosto de 2007. Considerando 22; Rol 1340-2009, sentencia 29 de septiembre de 2009. Considerando Noveno.

18. Tribunal Constitucional, Rol 1340-2009, sentencia 29 de septiembre de 2009. Considerando Noveno.

19. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 174 y 175.

2. Estándares de derechos humanos

El ejercicio de derechos para todas las personas en igualdad de condiciones es requisito esencial en una sociedad democrática. Así lo determina el derecho internacional de los derechos humanos al establecer la prohibición para los Estados de discriminar. En el mismo sentido, la Constitución Política de la República en su Artículo 1° inciso 1° consagra que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esta igualdad exige tanto un reconocimiento formal y también demanda una igualdad sustantiva, es decir, que el ejercicio de los derechos por parte de las personas no se vea obstruido por impedimentos fácticos. En otras palabras, el derecho no solo debe ser legalmente reconocido, sino que debe ser en la práctica ejercido libremente sin restricciones arbitrarias. El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”²⁰. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial afirma que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin discriminación alguna, constituye un principio básico de la protección de los derechos humanos”²¹. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que “Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos”²².

En virtud del principio de igualdad y no discriminación, fundamento del sistema internacional de protección de los derechos humanos, se establece como una obligación del Estado de Chile adoptar aquellas medidas legislativas que sean necesarias para garantizar el efectivo goce de los derechos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a propósito de los/las migrantes indocumentados señaló en su Opinión Consultiva que “... el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece

20. Comité de Derechos Humanos Observación General No. 18 “No Discriminación”, 37° período de sesiones, 1989, párr.1. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168.

21. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General No. 14 relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, 42° período de sesiones, 1993, párr.1. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 239.

22. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 16 “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 34° período de sesiones, 2005, párr. 7. E/C.12/2005/4.

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 ordenamiento jurídico”²³. En efecto, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra reconocido como cláusula general en los diversos tratados internacionales de derechos humanos, y si bien en su formulación no contienen referencia explícita a las categorías de orientación sexual y a la identidad de género los organismos supervisores de dichos tratados así como la Corte IDH han entendido que hace parte del conjunto de categorías sospechosas y que por lo tanto la enunciación de varios de estos factores no es taxativa²⁴.

A la fecha no existe un instrumento internacional que aborde únicamente los derechos de las personas trans. En el ámbito universal destacan los Principios de Yogyakarta²⁵ sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Estos principios, que constituyen orientaciones para los Estados, a partir de la reafirmación de las normas legales vinculantes que todos los Estados deben cumplir en relación al principio de igualdad y no discriminación²⁶, abordan la situación de las personas trans y su protección jurídica. En relación con sus derechos, destaca particularmente el Principio N°3 referente al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y en el cual se hace énfasis en que la definición de la identidad de género de cada persona es parte integral de su personalidad, y uno de los aspectos más básicos de la autodeterminación y la dignidad²⁷.

23. Corte IDH, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

24. A excepción de la recientemente adoptada, pero aún no ratificada, Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, aprobada el 5 de junio de 2013, AG/RES. 2804 (XLIII-0/13). Sin embargo, en todas existe una mención a “cualquier otra condición”, la cual constituye una cláusula abierta que permite ampliar a otras distinciones o categorías no señaladas expresamente que dan lugar a tratos y prácticas discriminatorias.

25. Documento elaborado por un grupo de especialistas en noviembre de 2006 y presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en 2007, que no ha recibido sanción oficial. Entre sus integrantes estuvo Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU e integrantes de los órganos que dan seguimientos a los tratados, jueces/zas, académicos/as y activistas por los derechos humanos. Los Principios de Yogyakarta son lineamientos orientadores que en su preámbulo observan “que la legislación internacional de derechos humanos afirma que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos; que la aplicación de los derechos humanos existentes debería tener en cuenta las situaciones y experiencias específicas de personas de diversas orientaciones sexuales e identidad de género”, y “... que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados para hombres y mujeres, y observando que la comunidad internacional ha reconocido el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente en asuntos relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin sufrir coerción, discriminación, ni violencia”.

26. Declaración Universal Art. 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 1.1, 2 y 24.

27. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 169.

Una mirada integral a los derechos de las personas trans supone tomar en cuenta ciertos conceptos, especialmente aquellos relativos a la orientación sexual e identidad de género. En esta materia, la Unidad LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²⁸ desarrolló en 2012 un estudio en el cual se ofrecen un conjunto de definiciones que pretenden contribuir a entregar mayor claridad en la materia.

Respecto a la “identidad de género”, la Unidad LGTBI la define -recogiendo los Principios de Yogyakarta- como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. Esta categoría incluye generalmente al transgenerismo o trans, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste²⁹. Las personas trans pueden construir su identidad de género independientemente de la opción que hagan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, emocional, espiritual y social. Se pueden identificar a personas trans mujer (cuyo sexo biológico de nacimiento fue identificado como masculino) y personas trans hombre (cuyo sexo biológico de nacimiento fue identificado como femenino)³⁰.

Para las personas trans el reconocimiento de su identidad es determinante para el efectivo ejercicio de todos sus derechos. El derecho a la identidad ha sido conceptualizado por la doctrina y consagrado tanto en la normativa internacional como nacional. Al respecto, el juez de la Corte IDH Ventura Robles, en voto disidente ha expresado que “el derecho a la identidad es un derecho complejo, que por un lado presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y contiene un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única. Se deben tomar en cuenta elementos que componen a la identidad como... (la) verdad biológica..., familiar y social de una persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad. La identidad expresa lo más personal que hay en cada ser humano, proyectándolo en sus relaciones con sus semejantes y con el mundo exterior”³¹.

28. Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/II): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012.

29. Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/II): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012

30. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 167.

31. Voto disidente del Juez Juan Manuel E. Ventura Robles en el caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 14 y siguientes.

En virtud de una interpretación conjunta del derecho a la identidad, del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la vida privada, los organismos internacionales de protección han reconocido el contenido y alcance del derecho a la identidad para todas las personas, el cual tiene características específicas cuando se refiera las personas trans. El derecho a la identidad está reconocido expresamente en el Art.8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el cual establece que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Esta norma ha sido utilizada por la Corte IDH para precisar el derecho a la identidad definiéndolo “como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez [...]”³². En definitiva, si bien el derecho a la identidad no está expresamente consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH ha destacado la necesidad de hacer una interpretación evolutiva, señalando específicamente que “el Tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana. No obstante, el artículo 29.c de este instrumento establece que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Al respecto, la Corte ha utilizado las “Normas de Interpretación” de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana y al corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa”³³.

Por su parte, el derecho a la vida privada está compuesto por distintas dimensiones, entre ellas, el derecho a la autonomía. El art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a la vida privada y el Art. 11 de la CADH consagra el derecho a la protección de la dignidad y vida privada, señalando que nadie puede ser objeto de

32. Corte IDH, Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 123.

33. Corte IDH, Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 112. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 168 y 169.

injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada ni en la de su familia³⁴. Respecto al concepto de dignidad, la Corte IDH ha destacado³⁵ lo dicho por la Corte Suprema de México, que ha considerado que “de la dignidad humana [...] deriva, (...) el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende [...] su libre opción sexual”³⁶. En relación con la vida privada, tanto la Corte IDH como la Corte Europea³⁷ han entendido que “es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas”³⁸. La Corte IDH³⁹ se ha remitido al Tribunal Europeo, para señalar que “el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo”⁴⁰. También ha establecido que la vida privada “abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo (...) la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales”⁴¹. Es decir, el derecho a la identidad está directamente vinculado con el respeto al derecho a la vida privada⁴².

La falta de reconocimiento legal de la identidad de género de las personas trans conlleva una serie de dificultades para el ejercicio de otros derechos como trabajo, salud, derechos previsionales y otras prestaciones estatales. En Chile, no obstante la ausencia de una normativa que permita su reconocimiento legal, existen algunas normas a nivel sectorial que buscan dar respuesta a las problemáticas que se derivan de ello. Así, respecto al acceso a la salud de las personas trans el 14 de junio de 2012 el Ministerio de Salud emitió la Circular 21,

34. Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de 24 febrero de 2012, párr. 161.

35. Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de 24 febrero de 2012, párr. 137.

36. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 263.

37. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Costello-Roberts V. Reino Unido, Sentencia del 25 de Marzo de 1993, párr. 36.

38. Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de febrero de 2012, párr. 162.

39. Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de febrero de 2012, párr. 135

40. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “Caso Pretty Vs. Reino Unido”, Sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 61; “Caso Schalk y Kopf Vs. Austria”, Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 90; “Caso Dudgeon”, Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; “Caso Burghartz Vs. Suiza”, Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 24; “Caso Laskey, Jaggard y Brown”, Sentencia de 20 de Enero de 1997, párr. 36.

41. Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) VS. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Párr.143.

42. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 168.

la cual reemplaza la circular 34⁴³, que dio instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial con términos imperativos, mencionando la necesidad de dar un trato digno e informado conforme al nombre social y el género con el cual cada persona se identifica⁴⁴. Por su parte, el Servicio Médico Legal modificó sus protocolos para el examen de personas trans, con el fin de garantizarles un trato digno al momento de realizarse exámenes en el marco de solicitudes de cambio de nombre y sexo registral ante el servicio⁴⁵.

El Proyecto de ley, como se describe a continuación, se concentra solamente en uno de estos aspectos problemáticos.

3. Proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género

El INDH destaca la presentación del proyecto de ley sobre identidad de género el 7 de mayo de 2013⁴⁶. La iniciativa legislativa establece una acción específica que será conocida por los Juzgados de Familia para el efectivo reconocimiento del derecho a la identidad de las personas trans. El objetivo central del proyecto es establecer un mecanismo judicial de reconocimiento legal de la identidad de género, que permita el cambio de nombre y sexo en las partidas de nacimiento y documentos públicos. El INDH resalta el trabajo desarrollado por las organizaciones de la sociedad civil, las cuales incidieron en que Honorables Senadoras y Senadores presentaran una moción y de esa forma instalar el debate sobre una temática relevante en materia de derechos humanos. El proyecto presentado está compuesto por once artículos y una disposición transitoria. El 10 de marzo de 2014 fueron presentadas veinte indicaciones, entre ellas destacan las presentadas en orden a permitir que menores de edad por sí mismos o representados puedan solicitar el cambio de nombre

43. La cual reglamentaba la atención de salud referente a la identificación de la persona, el registro en ficha clínica y la hospitalización. La Circular señalaba que las personas trans sufrían de un “trastorno de la identidad sexual”, abordando la situación de estas personas como una patología, y reforzando los prejuicios y estereotipos que se encuentran a la base de las situaciones de discriminación que afectan a esta población. Además, el documento estaba redactado en términos facultativos señalando que los funcionarios de los servicios de salud debían “considerar en lo posible el nombre social”. INDH, Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 236

44. La circular además determina que al momento del registro, si bien se deja consignado el nombre legal, la identificación verbal durante la atención debe ser el nombre social. También, se considera la necesidad de tener resguardos específicos sobre los antecedentes quirúrgicos o de tratamientos hormonales a efectos de otorgar una atención médica adecuada.

45. Según consta en Ordinario Circular N° 1297/2012 que instruye el cumplimiento de la “Guía Técnica pericial de sexología forense para caso de personas trans e intersex”. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 174.

46. Moción parlamentaria iniciada por los/as Honorables Senadores/as Señoras Pérez San Martín y Rincón y Señores Escalona, Lagos y Letelier, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, boletín 8924 – 07. Su formulación y presentación tienen como base la labor realizada por organizaciones de la sociedad civil, especialmente por la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD) apoyada por Fundación Iguales.

y rectificación de sexo. Posteriormente, con fecha 14 de abril fue presentado un nuevo boletín de indicaciones, complementando las anteriores. A la fecha el proyecto ha sido objeto de 49 indicaciones de diversa índole. Las indicaciones hacen referencia a distintas materias, entre ellas las posibles limitaciones al reconocimiento en relación con el fraude a la ley, la edad de las personas solicitantes, el derecho al matrimonio y la territorialidad del acto registral. Cabe destacar que la normativa propuesta no aborda todos los temas vinculados a la discriminación, exclusión y violencia que experimentan las personas trans, pero constituye una medida adecuada para avanzar en la protección general de su dignidad humana.

Para efectos del análisis, y en virtud de los estándares internacionales expuestos, se han seleccionado tres temas sobre los cuales se formulan observaciones con el propósito que los artículos que componen el proyecto se encuentren en armonía con los estándares internacionales. Los temas que serán analizados son el derecho a la identidad de género y su definición, los requisitos para el ejercicio de la acción que reconoce el derecho a la identidad y la situación de las niñas, niños y adolescentes trans. En cada uno de los temas se hace referencia a los artículos pertinentes y a las indicaciones que sobre ellos se han presentado a la fecha. Se excluyen del análisis los artículos e indicaciones referidas exclusivamente a los aspectos procedimentales de la solicitud.

4. Observaciones al Proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género

a) Del derecho a la identidad de género y su definición

El Artículo I del proyecto de ley consagra que toda persona tiene derecho al reconocimiento y protección de su identidad de género, a su libre desarrollo en aras de permitir su mayor realización espiritual y material posible, y a ser tratada en conformidad a su identidad de género y reconocida de tal forma en los instrumentos públicos que acreditan su identidad respecto a nombre y sexo. El artículo en análisis recoge los estándares expuestos precedentemente en cuanto sitúa a las personas trans, sobre la base de la dignidad y de la igualdad, a gozar de los mismos derechos que se reconocen a todas las personas sin que tenga incidencia su identidad de género. La indicación número 1 presentada por el H. Senador Ossandón busca reemplazarlo, manteniendo parte del texto original y separándolo en dos incisos. La modificación propuesta por el H. Senador se traduce en una imprecisión del lenguaje toda vez que busca reemplazar la frase “identidad de género” por “identidad de género o sexual”. Como se explicó en la sección de antecedentes de este documento, es necesario ser cuidadosos al conceptualizar los términos y diferenciar con claridad que se entiende por identidad de género y por orientación sexual, no siendo recomendable

alterar la nomenclatura contenida en el proyecto original. No se debe confundir entre sexo y género ni asimilar la disforia de género como una forma de orientación sexual. Esta distinción es relevante y por ello órganos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos humanos⁴⁷ buscan aportar uniformidad en el plano internacional a la cuestión conceptual en la materia.

El Artículo 2 del proyecto define el derecho a la identidad de género. El texto original recoge la definición contenida en los Principios de Yogyakarta que la especifican como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida), y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Con relación a la técnica legislativa de la definición propuesta, se hace presente que la utilización de fórmulas condicionales en la definición, además del recurso al paréntesis, deteriora el sentido normativo de la definición y, por lo tanto, su función como criterio orientador de significados.

Respecto a este artículo fueron presentadas dos indicaciones, la número 2 por la H. Senadora Van Rysselberghe con el propósito de suprimir el artículo y la número 3 del H. Senador Ossandón que propone reemplazarlo brindando una nueva definición. La definición del proyecto original va en consonancia con aquella que el derecho internacional vigente ha indicado como conforme a las definiciones y taxonomías identitarias reconocidas a la fecha tanto en los Principios de Yogyakarta como en otros documentos oficiales elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos⁴⁸.

b) Requisitos para el ejercicio del derecho

El artículo cuarto del proyecto se compone de tres incisos y establece los requisitos para el ejercicio del derecho a la identidad. En su primer inciso se consagra que toda persona podrá solicitar por escrito la rectificación de su partida de nacimiento, el cambio de nombre, sexo

47. Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012

48. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, fue aprobado el 17 de noviembre de 2011, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 19º período de sesiones, A/HRC/19/4.

registral y de las imágenes o soporte digital que no coincidan con su identidad de género. El inciso segundo se refiere a los antecedentes en virtud de los cuales podrá fundarse la solicitud. La normativa en análisis señala que será suficiente el ofrecimiento de información sumaria a la cual podrá añadirse todo documento pertinente a juicio de la persona solicitante. Finalmente, el inciso tercero establece una prohibición para el tribunal que conozca del caso, el cual no podrá en ningún caso exigir como fundamento de la solicitud el uso de medios farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos o de tratamientos quirúrgicos.

En relación con el inciso primero del artículo cuarto, uno de los aspectos que ha sido abordado en las indicaciones dice relación con la edad de las personas que podrán invocar la acción. Actualmente el proyecto utiliza la nomenclatura “toda persona”, sin hacer referencia a una edad mínima. Se han presentado indicaciones con el propósito de consagrar la exigencia de la mayoría de edad, presentadas por la H. Senadora Isabel Allende, H. Senadora Van Rysselberghe y el H. Senador Ossandón. Estas indicaciones serán abordadas en un acápite posterior en conjunto con la indicación número 38 de la H. Senadora Lily Pérez que dice relación con la posibilidad que niños, niñas y adolescentes puedan ejercerla.

La indicación número ocho presentada por el H. Senador Ossandón propone modificaciones a los tres incisos. En relación al primero, la modificación propuesta se traduce en una imprecisión del lenguaje toda vez que busca agregar una referencia a la “identidad de género o sexual”. Como se explicó en el acápite anterior, es necesario conceptualizar claramente que se entiende por identidad de género y por orientación sexual, no siendo recomendable alterar la nomenclatura contenida en el proyecto original. Luego, las modificaciones a los incisos segundo y tercero se refieren a cómo se puede acreditar ante el tribunal competente la identidad de género de la persona solicitante. En el mismo sentido se identifica la indicación número 18 de la H. Senadora Van Rysselberghe. Al respecto, las modificaciones propuestas otorgarían la facultad a los tribunales de exigir en la fundamentación de la solicitud que la persona acredite estar bajo tratamientos farmacológicos, psiquiátricos o psicológicos. Las indicaciones establecen únicamente como prohibición la exigencia de intervenciones quirúrgicas. Así se modifica el articulado original, que prohibía expresamente a los tribunales exigir todo tipo de tratamiento médico, desde cirugías hasta tratamientos farmacológicos o psiquiátricos. Como se señaló precedentemente, las personas trans pueden construir su identidad de género independientemente de la opción que hagan por una intervención médica -hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, emocional, espiritual y social. Por lo tanto, exigirle a una persona someterse obligatoriamente a un tratamiento médico determinado para poder solicitar el reconocimiento de su identidad de género constituye un acto discriminatorio que atenta contra su autonomía, afecta una dimensión de su derecho a la vida privada, y además constituye una afectación a su derecho a la integridad personal. En esta materia,

diversos órganos jurisdiccionales⁴⁹ han destacado que se debe eliminar la exigencia de sometimiento a todo tratamiento médico o quirúrgico como requisito previo para acceder al reconocimiento de la identidad de género. A mayor abundamiento, la exigencia de someterse a tratamientos médicos determinados ha sido caracterizada como un trato cruel, inhumano y degradante por el Relator Especial contra la tortura de Naciones Unidas, Juan Méndez, quien en su informe presentado el año 2013 ante el Consejo de Derechos exhorta a todos los Estados “a que deroguen cualquier ley que permita la realización de tratamientos irreversibles e intrusivos, como la cirugía reconstructiva urogenital obligatoria, la esterilización involuntaria, la experimentación contraria a la ética, las demostraciones médicas y las “terapias reparativas” o “terapias de conversión”, si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente. Los exhorta además a que proscriban la esterilización forzada o coaccionada en cualquier circunstancia y ofrezca una protección especial a los miembros de los grupos marginados”⁵⁰. En igual sentido, el Principio de Yogyakarta N°18 establece una protección contra los abusos médicos señalando: “Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas”. En definitiva, la práctica de exigir intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales es contraria a los estándares de derechos humanos, dado que una persona trans no tiene la obligación de someterse a ningún tipo de intervención quirúrgica ni hormonal a menos que ella así lo desee, y sea resultado de una decisión personal e informada. En ningún caso puede constituir un requisito para el efectivo reconocimiento de su identidad.

49. “Algunos tribunales nacionales comprobaron que las intervenciones obligatorias no solo provocaban esterilidad permanente y cambios irreversibles en el cuerpo, y afectaban a la vida familiar y reproductiva, sino que también suponían una intrusión grave e irreversible en la integridad física de una persona. En 2012, el Tribunal Administrativo de Apelación sueco dictaminó que el requisito de esterilización forzada como intrusión en la integridad física de una persona no podía considerarse voluntario. En 2011, el Tribunal Constitucional alemán dictaminó que el requisito de la cirugía de reasignación de sexo conculcaba el derecho a la integridad física y la libre determinación. En 2009, el Tribunal Superior Administrativo austríaco también sostuvo que la reasignación obligatoria de género como condición para el reconocimiento legal de la identidad de género era ilícita. En 2009, el antiguo Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa señaló que “[en la esterilización forzada] los requisitos son claramente contrarios al respeto de la integridad física de la persona”. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, párr. 78.

50. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, párr. 88.

La indicación número 9 presentada por la H. Senadora Pérez San Martín propone incorporar el inciso primero, luego de la palabra “persona” la frase “cuyo nacimiento esté inscrito en Chile”. La modificación propuesta es coherente con el objetivo del proyecto dado que para rectificar una partida de nacimiento se requiere que el o la solicitante haya sido inscrita conforme a la normas del ordenamiento jurídico nacional y ante las autoridades correspondientes.

La indicación número 10 de la H. Senadora Van Rysselberghe propone una serie de requisitos a cumplir por la persona solicitante para el ejercicio de la solicitud de cambio de nombre y sexo registral. Se propone que solo podrán ejercerla personas “mayores de edad, no casadas y sin hijos”. Se debe destacar que el proyecto no representa una vía alternativa para plantear el debate sobre el matrimonio igualitario, discusión que debe desarrollarse en el marco de un proyecto particular y distinto. Por su parte, la indicación número 37 de la H. Senadora Pérez San Martín propone incorporar al Artículo 7 del proyecto, que consagra los efectos de la sentencia, que “en el caso que el solicitante tuviera vínculo matrimonial no disuelto al momento de la dictación de la sentencia, el juez decretará la cancelación de la respectiva inscripción matrimonial, ordenando al Director del Registro Civil para que proceda a dicha cancelación”. Por lo tanto una persona que solicite el cambio de nombre y tenga matrimonio vigente, de acceder al cambio de nombre y sexo registral por efecto de la misma sentencia, se entenderá disuelto el vínculo matrimonial eliminándose la posibilidad que dos hombres o dos mujeres mantengan un vínculo matrimonial conforme a la legislación actual.

La indicación número 20, de la H. Senadora Lily Pérez propone incluir como antecedente para fundar la solicitud de cambio de nombre y sexo registral la presentación de un certificado otorgado por un psiquiatra o psicólogo “que acredite la ausencia de trastornos de personalidad que puedan influir de forma determinante, en la decisión adoptada por el o la solicitante”. Si bien la indicación tiene como propósito evitar una mala utilización del mecanismo judicial y descartar la presencia de algún trastorno psicológico que afecte a la persona solicitante, se hace presente que el requerimiento de dicho certificado en ningún caso debería interpretarse como la exigencia de una autorización o permiso.

c) Niños, niñas y adolescentes trans

Una de las indicaciones presentada por la H. Senadora Lily Pérez San Martín, la número 38, consagra la posibilidad que un niño, niña o adolescente (NNA) puedan hacer uso del mecanismo judicial en discusión. En efecto, la indicación contempla incorporar un nuevo artículo que permitiría a menores de 18 años de edad, cuyo nacimiento se encuentre inscrito en Chile, solicitar personalmente o a través de sus representantes legales o de la persona

que lo tengan bajo su cuidado, con el expreso consentimiento del NNA comparecer ante el tribunal de Familia para solicitar el cambio de nombre y sexo registral. En caso que el NNA acuda personalmente, el tribunal debe ordenar la comparecencia de sus representantes legales. Una vez presentada la solicitud, el juez tendrá el deber de escuchar al NNA y velar en todo momento por la adecuada protección del interés superior del solicitante. Una vez oído, el juez deberá designar un Curador Ad Litem, quien desempeñara la labor de velar por su representación e intereses en la tramitación de la solicitud. En caso, que el NNA actúe personalmente o de existir oposición de los representantes legales o de quien lo tenga bajo su cuidado, el tribunal siempre deberá nombrarle un Curador Ad Litem para velar por el interés superior del NNA. Por último, en caso que la solicitud de un NNA sea acogida, la norma propuesta contempla que una vez alcanzada la mayoría de edad la persona contará con el plazo de un año para solicitar una nueva rectificación. En sentido contrario, fueron presentadas tres indicaciones enunciadas precedentemente con el propósito de consagrar la exigencia de mayoría de edad para el ejercicio de la solicitud, por la H. Senadora Isabel Allende, H. Senadora Van Rysselberghe y el H. Senador Ossandón.

El tema presentado importa muchas aristas, ya que involucra normas internacionales referidas al interés superior del niño⁵¹, en este caso, en relación con el desarrollo progresivo de niños, niñas y adolescentes y el derecho a ser escuchados⁵² en el marco de actuaciones legales que podrían llegar a afectarles, y que dicen directa relación con su sexualidad e identidad de género y al derecho de los padres sobre la educación y formación de sus hijos⁵³.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) consagra en su texto el deber para los Estados de proporcionar una protección especial a los NNA en razón de su condición de menores de edad. En efecto, la CDN establece en su Artículo 3.I 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”. Al respecto, el Profesor Miguel Cillero ha señalado “es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser

51. Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

52. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, 20 de julio de 2009, CRC/C/CG/12.

53. INDH, Informe Anual 2013. Situación de los derechos humanos en Chile. Pág. 175.

respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”⁵⁴. En definitiva, el interés superior del niño se erige como un principio rector para el reconocimiento y garantía de todos los derechos de los NNA.

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye un cambio de paradigma en relación al respeto y consideración de los menores de edad, pasando desde una perspectiva que los consideraba objetos de protección a un reconocimiento como sujetos de derechos. Inicialmente, los NNA fue un grupo ignorado por el derecho y solo se reconocía una esfera de protección a través de los padres, quienes gozaban, generalmente, de facultades discrecionales situando a los temas relativos a la niñez como un asunto privado fuera del alcance de la regulación pública. Esta evolución se constata no solo a nivel internacional, a través de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y de la CDN, sino también en diversos sistemas jurídicos, tales como el chileno, dando cuenta de la relevancia de reconocer a los NNA como sujetos autónomos quienes tienen intereses jurídicamente protegidos, los cuales podrán ser diversos a los sostenidos por quienes lo tienen bajo su cuidado.

En los diversos artículos que componen la CDN destacan, para efectos de este análisis, los referentes al deber de adoptar medidas por parte del Estado para brindar operatividad al contenido de la Convención Art.4, el derecho a la identidad consagrado en el Art.8, el derecho a expresar su opinión y a ser oído en todo procedimiento judicial y administrativo conforme al Art.12, todos ellos en relación al Art. 3 que consagra el principio rector del interés superior del niño.

Respecto al derecho a ser oído consagrado en el Art. 12 el Comité de los Derechos del Niños en su Observación General N° 12 la identifica como “una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte”⁵⁵. A continuación, el Comité destaca como el derecho a ser escuchado no solo se configura como un derecho

54. Cillero Bruño, Miguel. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pág. 8.

55. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, 20 de julio de 2009, CRC/C/CG/12. Párr. 2.

sino también como uno de los cuatro principios rectores de la Convención junto al principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, y por tanto debe tenerse en consideración al interpretar el sentido y alcance de otros derechos reconocidos en la Convención.

Asimismo, recientemente el Comité de los derechos del Niño se ha referido al derecho a la identidad afirmando que “Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño”.⁵⁶ En efecto, en conformidad con una interpretación evolutiva desarrollada por el Comité respecto al derecho a la identidad, más allá de las características consagradas en el Art.8 de la Convención, afirma que la identidad del niño abarca características como la orientación sexual, y podríamos incluir entre ellas a la identidad de género. En consecuencia, es deber del Estado respetar la identidad de los NNA y adoptar las medidas que sean necesarias, en virtud del art.4, para alcanzar un efectivo reconocimiento de sus derechos.

Conforme a los estándares señalados, los NNA como sujetos de derechos deben contar con la posibilidad de acceder al cambio de nombre y sexo registral. Lo anterior se entiende ciertamente en el contexto del artículo 5 de la CDN que asegura las responsabilidades de los padres “en consonancia con la evolución” de las facultades del niño, niña o adolescente.

La indicación presentada para permitir que menores de edad presenten por sí solo o representados, la solicitud de cambio de nombre y sexo registral está en armonía con los estándares internacionales en la medida que los reconocen como sujetos autónomos y en virtud de su desarrollo progresivo, cuentan con capacidad para adoptar medidas relativas al desarrollo de su identidad. Además, se reconoce el rol que desempeñan los padres o sus representantes legales en la presentación y tramitación de la solicitud. De la indicación analizada se propone estudiar el plazo de un año para ejercer por segunda vez la acción cumplida la mayoría de edad. Dado que la rectificación solo podrá ejercerse una vez y está prevista para casos de excepción parece conveniente no establecer un plazo para su interposición.

56. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14, párr. 55.

Por último señalar que la normativa en análisis no hace referencia la situación de derechos humanos de las personas intersex⁵⁷, realidad que debiera ser abordada por normativa específica con el fin de garantizar sus derechos.

Actualmente, los NNA trans son particularmente vulnerables a sufrir discriminación en diversos niveles, especialmente en el ámbito escolar donde el desconocimiento de su identidad de género les impide inscribirse acorde a su identidad lo cual conlleva consecuencias varias, desde el uso de baños en los recintos escolares hasta las actividades y la forma en la cual pueden participar en su vida escolar, conculcando un conjunto de derechos humanos.

5. Conclusiones

Si bien a la fecha no existe un instrumento internacional que aborde únicamente los derechos de las personas trans se identifican diversos estándares internacionales que contienen referencias específicas a la identidad de género y a las obligaciones que se generan para los Estados en relación con el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la identidad y el derecho a la vida privada.

Para las personas trans el reconocimiento de su identidad de género es determinante para el efectivo ejercicio de todos sus derechos. A nivel nacional, ante la ausencia de normas específicas, las personas trans han utilizado para ejercer su derecho a la identidad la Ley 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos bajo ciertas causales y modifica la Ley 4.808 sobre registro civil, teniendo resultados disímiles y siendo expuestas durante la tramitación a exigencias de tratamientos quirúrgicos y hormonales que son contrarias a los estándares de derechos humanos. La identidad de las personas trans es independiente a las cirugías o tratamientos a los cuales pueden optar, no pudiendo exigirse ningún tipo de intervención para un efectivo reconocimiento de su identidad de género.

57. La Comisión IDH ha manifestado su preocupación por los antecedentes recibidos sobre la situación de niñas y niños intersex se ven sujetos a todo tipo de intervenciones médicas, sin su consentimiento informado o el de sus padres o madres, la mayoría de carácter irreversible y dirigidas a "normalizar" sus genitales en un intento por hacerlos parecer "más femeninos" o "más masculinos". Estas intervenciones casi nunca son necesarias desde el punto de vista médico y provocan grandes daños a niñas/os y personas adultas intersex, incluyendo, entre otros, dolores crónicos y traumas para el resto de sus vidas, insensibilidad genital, esterilización y sufrimiento psicológico, lo que en parte se debe al secretismo que rodea estos procedimientos. La Comisión IDH hizo un llamado a los Estados en aras de adoptar medidas urgentes para revisar estas intervenciones médicas a personas menores de 18 años a la luz del derecho de toda persona a la integridad personal, la dignidad, la privacidad, la identidad, la autonomía, el acceso a la información, los derechos sexuales y reproductivos y la salud. Comisión IDH, Anexo al Comunicado de Prensa emitido al culminar el 147 Período de Sesiones. 5 de abril 2013. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/023A.asp>.

En relación a la posibilidad que menores de edad puedan hacer uso de la acción que permite el cambio de nombre y sexo registral, dicha indicación se encuentra en armonía con los estándares internacionales de protección de los niños, niñas y adolescentes reafirmado su posición como sujetos de derechos que están en condiciones de formarse un juicio propio y expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez.

El INDH destaca la presentación del proyecto de ley que reconoce y da protección a la identidad de género dado que se enmarca como una medida legislativa que corresponde ser adoptada por el Estado de Chile con el propósito de brindar una debida esfera de protección a las personas trans y en específico a su derecho a la identidad. Se hace presente la necesidad de abordar el derecho a la identidad de las personas trans de manera integral, teniendo presente los principales estándares internacionales de derechos humanos aplicables y dejando atrás la estigmatización y avanzando hacia un efectivo respeto y reconocimiento de la identidad de género.

4

Informe proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso

Informe proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso. Boletín N° 7130-07

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de octubre de 2014 - Sesión 223

I. Antecedentes

El concepto de incitación al odio no posee una definición universalmente aceptada, si bien en su denominación anglófona de “*hate speech*”, puede definirse en términos generales como cualquier expresión abusiva, insultante, intimidante, de acoso, o que incite violencia, odio o discriminación en contra de individuos o grupos, en base a una condición específica de los mismos.¹ Esta conducta se encuentra sancionada en muchas legislaciones comparadas, ya sea alternativa o copulativamente mediante la aplicación de normativa administrativa-civil y/o penal.

La prohibición y sanción de la incitación al odio deviene de un principio fundante del derecho internacional de los derechos humanos, como lo es el igual goce y protección de los derechos sin discriminación, y se relaciona a su vez, a modo de límite con el derecho a la libertad de expresión.

La legislación comparada no es conteste en cuanto al modo de enfrentar las acciones de incitación al odio. Algunos países, especialmente de Europa², han optado no sólo por prohibir dichas conductas sino que también por sancionarlas tanto civil como penalmente, tipificando no sólo la incitación al odio sino que también los delitos conexos como el negacionismo, la apología al nacionalsocialismo y la incitación al genocidio. Alemania y Austria son ejemplos de esta tendencia, consagrando en el caso germano, el “*Volksverhetzung*” o incitación al odio popular, como un delito punible bajo el parágrafo 130 del Código Penal Alemán, titulado,

1.El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha señalado que el término incluye: “todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan, o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y hostilidad hacia las minorías, migrantes o personas de origen inmigrante”(Committee of Ministers Recommendation, October 30, 1997) en referencia al caso de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Gunduz v. Turquía*, petición No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2004, para. 43 y para. 22.

2. En 16 Estados Miembro de la UE (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Estonia, España, Francia, Irlanda, Letonia, Países Bajos, Portugal, Rumanía, Suecia, Reino Unido, Austria, Bulgaria, Italia y Malta) la incitación al odio se encuentra tipificada como un delito penal.

“Del Amotinamiento del Pueblo” con una pena máxima de cinco años de prisión³. En el caso del Reino Unido, existen varias normas que criminalizan las expresiones de odio, amenaza o insulto dirigidas a personas en razón del color de su piel, etnia, discapacidad, nacionalidad, origen étnico o nacional, religión u orientación sexual. Las penas por estos delitos pueden incluir privación de libertad o multas según su gravedad.

En las antípodas del modelo alemán, se encuentran los Estados Unidos. La Corte Suprema de dicho país ha interpretado de manera consistente que la Primera y Decimocuarta Enmiendas protegen la libertad de expresión, e incluso los discursos de incitación al odio.⁴ La limitación del derecho de libertad de expresión requiere, para ser considerada constitucional, superar un criterio de escrutinio estricto (“*strict scrutiny*”). Así, se podrá prohibir un discurso, incluso si éste llama al uso de la fuerza o el incumplimiento de la ley, sólo cuando esta incitación esté dirigida a una acción inminente y tenga copulativamente la capacidad real de producir el efecto deseado.⁵

En el caso latinoamericano son relativamente escasas las legislaciones que poseen tipos penales específicos sancionando la incitación al odio, destacando el caso peruano en la reciente reforma a su Código Penal (otros países que poseen el tipo penal respectivo son Brasil, Bolivia y Uruguay), pero son aún mucho más escasas las aplicaciones jurisprudenciales de dichos tipos penales. En la perspectiva del ex Relator de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Eduardo Bertoni la utilización del instrumento penal, que por naturaleza debe ser siempre de *ultima ratio*, no se justificaría en América Latina, toda vez que la creación de estas figuras penales históricamente se vincula al devenir socio-cultural europeo y a la experiencia del nacionalsocialismo y el Holocausto.

En América se presentan dos modelos o patrones normativos para hacer frente a la incitación al odio. Un primer modelo es el sancionatorio, que a su vez contempla tres niveles de respuesta; El primero es la sanción penal directa de la incitación al odio, un segundo nivel es su sanción penal accesorio (sin constituirse tipos penales autónomos, pero pudiendo configurarse como agravantes de la responsabilidad penal, etc.)⁶ y el tercer nivel

3. Para que un discurso de Volksverhetzung sea punible, la ley exige que este sea capaz de afectar de forma preocupante la paz pública, ya sea por provocar el odio contra sectores de la población, llamando a actos de violencia o despotismo contra ellos, o por atacar la dignidad humana de los demás mediante injurias, que maliciosamente desprecian o calumnian a partes de la población.

4. Brandenburg v. Ohio (1969), Hess v. Indiana (1973), NAACP v. Clairbone Hardware (1982) y Snyder v. Phelps (2011).

5. Bajo este criterio, la Corte Suprema norteamericana ha declarado constitucionalmente protegidos, inclusive manifestaciones de supremacía racial del Ku Klux Klan.

6. El Artículo 17 de la Ley 20.609 (que establece medidas contra la discriminación) modifica el Artículo 12 del Código Penal justamente para agregarle el siguiente agravante: “21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la

de respuesta es la aplicación de multas y sanciones administrativas. El segundo modelo es aquel que no establece sanciones sino que se limita a prohibir las conductas de incitación al odio, estableciendo medidas educativas y reparatorias tendientes a la erradicación de estas prácticas en la sociedad.

2. Estándares internacionales y marco legal nacional

Estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que se encuentra vigente y ratificado por Chile, establece en su Artículo 19 la protección de la libertad de expresión y opinión, garantizando además el derecho a buscar y recibir información. El Artículo 19.3 del Pacto establece los criterios que debe cumplir cualquier eventual limitación al derecho de la libertad de expresión. Estas restricciones deben: a) estar expresamente fijadas por la ley; b) deben estar destinadas a la protección y promoción de un objetivo legítimo (como lo es el respeto a los derechos o a la reputación de los demás), la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o moral públicas; y c) la restricción debe ser necesaria para la protección del objetivo legítimo señalado.

El Pacto estipula en su Artículo 20 que:

20.1 Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

20.2 Toda apología de odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga a los estados miembros a prohibir la conducta de incitación al odio pero no hace obligatoria su criminalización. La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en cambio, si establece la obligación de generar una sanción penal respecto a la incitación al odio racial, si bien su Comité (CERD) ha establecido que los países tienen un margen de discrecionalidad respecto al uso de esta herramienta, pudiendo prevenir y sancionar la incitación a la discriminación sin necesidad de recurrir a la utilización del derecho criminal.

En efecto, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (también vigente y ratificada por Chile) señala en su Artículo 4 que:

ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.”

4. Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el Artículo 5º de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

A ello cabe agregar que el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 34, señala en relación a la importancia de la libertad de expresión, que los actos prohibidos por el Artículo 20 del Pacto sólo deben ser aquellos de naturaleza extrema.

En el contexto regional, la Convención Americana de Derechos Humanos señala en el numerando 5 de su Artículo 13, referido a la Libertad de Pensamiento y de Expresión, que:

13.5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Normativa Constitucional

El Artículo 1º de nuestra Constitución Política estipula que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común. Con tal objeto la Constitución mandata al Estado a contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que ella establece.

Son varios los derechos garantizados por la carta que se relacionan directa o indirectamente con una posible penalización del discurso del odio. Así el Artículo 19 N° 4 establece la garantía de respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; a su vez, el Artículo 19 N° 6 estipula la libertad de conciencia y el derecho a la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. En la misma línea, el Artículo 19 N° 12 consagra la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. El Artículo 19 N° 15 por su parte, estipula el derecho de asociarse sin permiso previo. En tal sentido, la Constitución garantiza el pluralismo político pero faculta al Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Respecto de las personas individuales que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad, se les prohíbe participar en la formación de otros partidos políticos o movimientos políticos, y se les impide optar a cargos públicos por un plazo de cinco años, que puede duplicarse en caso de reincidencia.

En el contexto de la interacción de los artículos antes señalados, el año 2010, un grupo de parlamentarios y representantes de organizaciones de la sociedad civil solicitaron al Tribunal Constitucional, que declarase, en el ejercicio de las atribuciones del artículo 93 N° 10 de la Constitución, la inconstitucionalidad de un conjunto de organizaciones o movimientos políticos que, según los requirentes, profesaban explícita y públicamente las doctrinas nacionalsocialista y fascista y propugnaban por diversos medios, especialmente vía Internet, doctrinas que incitaban al odio y a la discriminación.

En sentencia Rol N° 567, el Tribunal Constitucional declaró improcedente aplicar las sanciones antes referidas del artículo 19 N° 15, inciso sexto, de la Constitución Política, por

estimar que no existían antecedentes suficientes para acreditar la existencia de objetivos, actos o conductas, imputables a dichas organizaciones que fuesen contrarias a los principios básicos del régimen democrático y constitucional. El Tribunal estimó además que tampoco se acreditó que dichas organizaciones hiciesen uso de la violencia o propugnaran o incitaran la misma como método de acción política. El TC estimó por último, que la declaración de inconstitucionalidad de una organización política requiere que los objetivos, actos o conductas de la misma, sean examinados en conjunto y sean de una entidad suficiente para constituir una amenaza o riesgo plausible a la democracia, es decir, deben ser graves y proporcionales para producir el fin que se proponen.

Si bien en su considerando trigésimo séptimo, el Tribunal expresó en dicha sentencia con claridad que el “discurso o apología del odio” constituye un caso de ejercicio abusivo de la libertad de expresión, y por tanto, no se encuentra amparado por los principios de tolerancia y pluralismo político, cabe destacar que no hizo referencia alguna a que la represión de dicho disvalor requiriera del establecimiento de figuras penales específicas que contemplen penas privativas de libertad. Por el contrario, del análisis que hace el fallo y de la alta carga de la prueba que éste estipula para decretar la disolución de una organización a la que se la acusa de incitar al odio en infracción del Artículo 19 N° 15, podría deducirse que no sería lógico establecer sanciones penales privativas de libertad para las personas que sean acusadas de conductas similares de incitación al odio, menos aún si lo hacen de forma inorgánica.

Además de estas normas constitucionales existen un conjunto de leyes en el ordenamiento jurídico que tienen por objeto superar formas específicas de discriminación. En efecto, la erradicación de toda forma de discriminación requiere de una perspectiva sistemática y gradual en su intensidad sancionatoria con el objetivo de por una parte promover la no discriminación y por otra garantizar que sus formas mas extremas sean erradicadas de la convivencia democrática más inclusiva y tolerante. En este contexto, la aplicación de sanciones penales no debe ser sino un elemento más, y uno de *ultima ratio* en vistas a prevenir y castigar las vulneraciones de derechos a las minorías, meta hacia la cual también se debe avanzar mediante normas de promoción de los derechos humanos y políticas preventivas que antecedan al ejercicio punitivo del Estado.⁷

El ordenamiento jurídico chileno ha venido adoptando un conjunto de normas que apuntan hacia estos objetivos. Entre ellas la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación y que contempla, entre otras acciones, un recurso judicial denominado Acción de No

7. Ejercicio que por sí mismo, debe también tener un carácter gradual y progresivo, incorporando sanciones como multas y trabajos comunitarios, reservando las penas privativas de libertad a los delitos de mayor entidad.

Discriminación Arbitraria y un nuevo numerando a las agravantes del Código Penal, La Ley sobre Violencia Escolar el Proyectos de Ley sobre Identidad de Género, y el Proyecto de Ley Contra la Homofobia y Transfobia, estos últimos actualmente en tramitación, son ejemplos de los esfuerzos que realiza el Estado en estas materia.

Así mismo, se encuentran vigentes y cumplen un rol preventivo similar al que busca el proyecto de ley: el Decreto Ley N° 1.094, de Extranjería, que establece en su Artículo 15° como impedimento para el ingreso al país, el que un extranjero propague o fomente doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno; la acción especial de la Ley N° 20.422 que sanciona con multas de 10 a 120 Unidades Tributarias mensuales y eventual clausura del establecimiento, a aquellos que cometan actos discriminatorios contra personas con discapacidad; la acción contenida en la Ley N° 19.253, artículo 8°, que sanciona con carácter de falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas en razón de su origen y su cultura; y el artículo 31° de la Ley 19.733, que sería modificado por el proyecto en discusión, y que actualmente contempla que “el que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales”. Varias de las normas antes señaladas constituirían ley especial al referirse a una categoría sospechosa en particular, pudiendo eventualmente los mismos hechos ser sujetos de multas en juzgados de letras y de sanciones privativas de libertad ante la justicia criminal, si constituyen incitación al odio. Preocupa el INDH la eventual falta de armonización entre esa normativa y el proyecto de ley en estudio.

Se ha de tener en cuenta además que, en conjunto a la antes mencionada sanción que la propia Constitución establece respecto de los grupos políticos que ejerzan incitación al odio, el artículo 52 de la Ley N° 18.603 de Partidos Políticos establece sanciones de multa para las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades equiparables, entre otras conductas, a la incitación al odio.

3. Proyecto de ley

El proyecto de ley, que tiene por objeto tipificar como delito la incitación a la violencia contra personas o grupos, y también la incitación al odio racial y religioso, fue iniciado mediante moción parlamentaria (Boletín No. 7130-07) de los Senadores Sra. Pérez San Martín y Sres. Cantero, Girardi, Ruiz-Esquide y Chadwick. Inició su primer trámite el 16 de agosto de 2010 con el ingreso del Proyecto al Senado pasando a la Comisión de Derechos Humanos,

Nacionalidad y Ciudadanía. Con fecha 18 de enero de 2011 se emitió el Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos, pasando a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Con fecha 4 de junio de 2013 se da cuenta del Primer Informe de la Comisión de Constitución. Con fecha 16 de septiembre de 2013 se aprueba en general el Proyecto y se fija plazo para presentar indicaciones, el que se amplía sucesivamente hasta el 18 de noviembre de 2013. Siempre con urgencia simple, se da cuenta del mensaje en la sesión del 4 de diciembre de 2013, evacuándose el Segundo Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía el 18 de diciembre de 2013, pasando nuevamente a la Comisión de Constitución, en donde se ha mantenido con urgencia simple.

4. Observaciones al proyecto de ley

El proyecto contempla tres artículos:

a) El Artículo 1º del proyecto modifica el Artículo 31 de la Ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. El texto original del proyecto, incluyendo las observaciones del Senador Larraín, reemplazaba el antiguo Artículo 31 de dicha Ley, que establecía penas de multa de 25 a 100 UTM y hasta 200 en caso de reincidencia, por el siguiente texto:

“Artículo 31.- El que por cualquier medio de difusión pública de la palabra o de alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, para moverlos al odio expresado en la violencia en contra de colectivos vulnerables, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio. Se entenderá por colectivos vulnerables, los integrantes de un determinado grupo identificable por características tales como la raza, la religión, el credo, y otras semejantes”.

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía modificó dicho texto de la siguiente forma:

- i) Se elimina la expresión “colectivos vulnerables”, así como la definición que de dicho término se hacía al final del artículo propuesto, manteniéndose como sujeto pasivo del delito a “las personas o colectividades”.
- ii) En vistas a contar con una legislación concordante en esta materia, se acordó agregar a las categorías sospechosas que contempla la Ley 19.733 aquellas que establece el artículo 2 de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación.
- iii) La redacción del artículo fue acordado en los siguientes términos:

“Artículo 31.- El que por cualquier medio de difusión pública de la palabra o de alguna acción que exteriorice una opinión discriminatoria, para moverlos al odio expresado en la violencia en contra de personas o colectividades, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de dichas personas o colectividades, en razón de su raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio.”

b) El Proyecto original contemplaba como Artículo 2° la incorporación de la siguiente agravante al Artículo 12 del Código Penal:

“Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.”

En la Comisión de Constitución, el Senador Hernán Larraín presentó una indicación al Artículo 2° del Proyecto en términos de su eliminación, en razón que la agravante propuesta ya fue incorporada en el artículo 12 n° 21 del Código Penal en virtud de la Ley N° 20.609.

c) El Proyecto original planteaba la creación de un nuevo tipo penal, intercalándose en el Código Penal el Artículo 140 bis, con el siguiente texto:

“El que efectuar amenazas por cualquier medio o realizare manifestaciones o expresiones destinadas a promover odio, desprecio, hostilidad o amedrentamiento, respecto de personas o colectividades en razón de que profieren un culto permitido en la República, o que con acciones, palabras o amenazas ultrajare a los miembros de culto permitido en la República será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio, y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.”

En relación al Artículo 3° del Proyecto, se convino en la Comisión de Derechos Humanos, la necesidad de especificar un tipo penal general de incitación al odio, ya que el artículo 1 del proyecto sólo dice referencia a los medios de comunicación. En tal sentido se rechazó la indicación que pretendía eliminar este artículo, y se acogieron las observaciones del Ministerio de Justicia, que fue invitado a dicha sesión. En tal sentido:

i) Se modificó la redacción del artículo propuesto en lo referente a la eliminación del verbo rector amenazar, pues dicha acción se encuentra descrita en los artículos 296 y 297 del Código Penal.

- ii) Se agregaron como categorías sospechosas aquellas establecidas en la Ley N° 20.609.
- iii) Se modificó la parte de la pena que se refiere a la multa, agregándose un monto superior para los casos de reincidencia.
- iv) La redacción del artículo fue acordado en los siguientes términos:

"Artículo 140 bis.- Aquel que promueva o incite, por cualquier medio, odio, desprecio, hostilidad o violencia, respecto de personas o colectividades en razón de su raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales."

Por último se decidió modificar el nombre del Proyecto en razón de las modificaciones señaladas. El Proyecto se titulará "Ley que tipifica el delito de incitación al odio". A su vez, se modifica el orden de los artículos, pasando el Artículo 3° recién mencionado a ser Artículo 1°; y pasando el Artículo 1° a ser Artículo 2°.

5. Conclusiones

I. El Instituto Nacional de Derechos Humanos apoya las iniciativas legales tendientes a combatir la discriminación, y entiende que, en los casos de mayor gravedad, estas sanciones pueden ser incluso de tipo penal. En tal sentido parece correcto y conteste con los estándares internacionales antes citados, establecer sanciones que castiguen y desincentiven los discursos de odio. No obstante, y en vistas a las mismas normas internacionales citadas, en especial la Observación General No. 34 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas resulta imprescindible agotar todas las instancias de sanción anteriores al uso de la herramienta penal, restringiendo la utilización de penas privativas de libertad a los casos en que esta manifestación o incitación, efectivamente reúnan las condiciones suficientes de gravedad para poner en riesgo efectivo la integridad física, psíquica o moral de las personas o grupos objetos de ataque. El Instituto considera, como principio general, que una sociedad democrática tiene el derecho y deber de establecer y utilizar de las herramientas de prevención o sancionatorias de conductas contrarias a los derechos humanos, como lo es sin duda, el discurso que incita al odio y la discriminación, sin embargo, hay que tener presente que la lucha contra la discriminación requiere de un marco mucho

mas amplio de normas, políticas y programas y en las que las sanciones penales deben ser un elemento de *ultima ratio*. En tal sentido, el Instituto llama a tener presente la necesidad de generar un marco coherente y armónico de normas para la lucha contra la discriminación, teniéndose en cuenta las sanciones ya existentes en el conjunto de normas generales y especiales a las que se ha hecho referencia durante esta presentación. Aparece, por tanto, de especial relevancia estudiar cómo se coordinan las distintas normas sancionatorias entre sí, evitando que los mismos hechos puedan, eventualmente, devenir en sanciones diferentes según el tribunal y la acción que se interponga. Así mismo, una correcta jerarquización de sanciones, que asegure el uso racional de las mismas y contribuya en el largo plazo a evitar la banalización de la acción penal, hace recomendable limitar la amplia gama de situaciones que hoy día subsume el tipo penal propuesto en el proyecto de incitación al odio, restringiendo la vía criminal para situaciones que constituyan una amenaza inminente y cierta sobre grupos vulnerados.

2. El Proyecto actual ha sido perfeccionado progresivamente con respecto al texto original, en especial en cuanto dialoga con las categorías sospechosas establecidas en la Ley contra la Discriminación, y de manera correcta se elimina el primitivo artículo segundo, ya que dicha agravante estaría subsumida por aquella incorporada en la referida Ley N° 20.609. De aprobarse el proyecto, reiteramos sin embargo la necesidad de que se tenga presente que el artículo 19 N° 12 de la Constitución establece que los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, deben ser establecidos por ley de quórum calificado.

3. Bajo los principios de restricción de la aplicación del derecho penal que se han expuesto, la actual redacción del artículo 2° (primitivo artículo 3° del proyecto original) resulta demasiado amplia y otorga excesiva discrecionalidad al juez. Así por ejemplo, el hecho de promover o incitar, por cualquier medio el “desprecio” u “hostilidad” respecto de cualquier persona o grupo de personas en base por ejemplo, a su “apariencia personal”, sin requerirse un grado de seriedad específica o la convicción del juez respecto de la real capacidad de dicha incitación para generar efectos concretos, puede ser castigado con penas privativas de libertad, lo que en la práctica, significaría la criminalización de conductas, que si bien reprochables, no parece prudente criminalizar con presidio, sino sancionar eventualmente con multa. En tal sentido se recomienda establecer en dicho artículo expresamente el requisito de que el acto de incitación al odio sea un acto que posea la capacidad real de movilizar a uno o más individuos a la comisión de acciones que puedan poner en riesgo la integridad física, psíquica o moral de las personas afectadas por el discurso de odio.

4. El INDH encuentra acertada la necesidad de establecer penas diferenciadas en el caso que la incitación al odio sea realizada por un funcionario público. En tal sentido parece razonable

establecer, en el contexto del uso racional de la herramienta penal, la eventual aplicación de penas privativas de libertad sólo en razón de los casos más graves, y exclusivamente cuando el autor sea un funcionario público. Como norma general, por el contrario, creemos que debiese establecerse la sanción de multa. La ley, en todo caso, debiese clarificar el procedimiento aplicable, y es necesario que se establezca al respecto, que aún en el caso de arriesgarse pena de multa, se contemple la posibilidad de un contradictorio.

5. Compartimos así también la necesidad de clarificar en la ley el beneficiario de dichas multas, y establecer el delito en un título autónomo, independiente del título de “Los crímenes y simples delitos relativos al ejercicio de los cultos permitidos en la República”, por haberse ampliado las categorías sospechosas a todas aquellas incluidas en la Ley Contra la Discriminación.

5

Informe proyecto de ley
que consagra el deber de los órganos del
Estado de individualizar a las víctimas
de desaparición forzada

Informe proyecto de ley que consagra el deber de los órganos del Estado de individualizar a las víctimas de desaparición forzada Boletín 9593 - 17

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de Octubre de 2014 – Sesión 223

I. Antecedentes

El INDH se abocó al análisis de esta materia con motivo de la implementación de las modificaciones legislativas introducidas por la Ley 28.556 sobre inscripción automática y voto voluntario, situación en la que se incorporó al registro electoral el nombre de personas detenidas desaparecidas, sin advertir ésta calidad¹. Ello dio cuenta de un vacío institucional en el reconocimiento pleno de la condición jurídica de las personas víctimas de desaparición forzada. Como consecuencia de su inclusión en dicho registro estas personas aparecen como vivas y podrían eventualmente ser convocadas a cumplir el deber ciudadano de conformar mesas electorales. Ello no sólo es un absurdo, sino una afrenta a la dignidad de las víctimas y sus familiares.

En Chile el reconocimiento oficial de la víctimas por crímenes masivos cometidos durante la dictadura ha sido gradual y constante en el tiempo desde que se inició la transición democrática. La Comisión de Verdad y Reconciliación (1990)², la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación(1992-1996)³, la Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura (2003-2004)⁴, y la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura (2010-2011)⁵, constituyen los ejes de dicho proceso. Los esfuerzos por verdad y reparación realizados, junto con reconocer el legado de crímenes, procuraron restablecer la dignidad de las víctimas y sus familiares, y repararlas por el daño sufrido. No obstante ello, persiste, por lo menos en lo que ha registros públicos se refiere, desconocimiento de la condición de ausencia por desaparición forzada.

1. Informe sobre proyecto de ley que perfecciona las disposiciones introducidas por la Ley N° 20.568 sobre inscripción automática y que modernizó el sistema de votaciones (Boletín N° 8819-06). Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 18 de marzo de 2013 – sesión 145.

2. Creada por decreto Supremo núm. 355 de 25 de abril de 1990.

3. Ley núm. 19.123 publicada el 8 de febrero de 1992.

4. Ministerio del Interior; Decreto Supremo núm.1.040 de 26 de septiembre de 2003.

5. Art.3 transitorio ley núm. 20.405 publicada el 10 de diciembre de 2009.

En efecto, la desaparición forzada junto con una afectación grave a la dignidad humana (vida, libertad e integridad), sustrae a la víctima de la protección de la ley transgrediendo de manera flagrante el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica⁶. Ligado a lo anterior, el debate ocasionado devela otro efecto del crimen, cual es, el estado de incertidumbre que se extiende en el tiempo y que afecta, entre otros aspectos, las relaciones jurídicas de la persona ausente.

2. Estándares de derechos humanos

El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establecen un conjunto de obligaciones a los Estados en relación a la práctica de la desaparición forzada de personas que, en síntesis, se traducen en brindar garantías a la sociedad, las víctimas y sus familiares para prohibir su ocurrencia y de acaecer, para garantizar el acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación integral.

a. Concepto

La desaparición forzada de personas ha sido caracterizada como una grave violación a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, infracción que ha sido conceptualizada por diversos instrumentos internacionales. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas señala que “[s]e entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley”⁷. En similares términos la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas⁸ señala que la desaparición forzada constituye la “[p]rivación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales

6. Art. 1.2 Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992. A/RES/47/133.

7. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Art. 2 de Naciones Unidas. Doc. A/RES/61/177, de 20 de diciembre de 2006.

8. Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

pertinentes”⁹. Por su parte, el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional¹⁰ refiere que en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, el crimen de desaparición forzada representa un crimen de lesa humanidad¹¹.

De estas definiciones se desprende que los elementos constitutivos de este crimen son: a) la privación de la libertad (que puede ser legal o ilegal); b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada¹². Su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*¹³.

b. Carácter continuo del crimen de desaparición forzada

La desaparición forzada representa de este modo una violación múltiple y continuada de los derechos humanos¹⁴ que requiere ser comprendida y encarada de una manera integral¹⁵. Se trata de un delito continuo o permanente y pluriofensivo, al atacar de manera directa diverso bienes jurídicos (libertad, integridad, protección ante y por la ley, vida). De ahí que se sostenga que “las desapariciones forzadas son actos continuos prototípicos. El acto comienza al momento del secuestro y se extiende por todo el período en que el crimen permanezca incompleto, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o revele información pertinente sobre el destino o paradero del individuo”¹⁶. La situación de antijuridicidad se extiende en el tiempo hasta “[c]uando el paradero de la persona desaparecida sea claramente establecido, independientemente si la persona está viva o

9. Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas Art. II.

10. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Naciones Unidas. A/CONF.183/9.

11. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Art. 7.1. letra j. El Estatuto define el crimen de desaparición forzada como “[l]a aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” Art. 7.2. letra i.

12. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia 24 de Febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones). Párr.65.

13. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia 24 de Febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones). Párr. 75.

14. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de Febrero de 2011. Párr. 64 y siguientes.

15. Corte IDH. Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia (Fondo). 29 de julio de 1988. Párr. 150.

16. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime. Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>, último acceso el 23 de febrero de 2011. En Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de Febrero de 2011. Párr. 68.

muerta. Sin embargo, esto no significa que esos casos no caigan dentro de la definición de desaparición forzada (...)”¹⁷. La Corte IDH ha sostenido que “el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad”¹⁸.

A pesar de estar frente a un complejo número de violaciones a los derechos humanos (integridad, vida, acceso a la justicia,) el delito es uno¹⁹ y el transcurso del tiempo no altera la condición jurídica de ausencia por desaparición forzada. De ello se desprende que los instrumentos internacionales son aplicables aun cuando el principio de ejecución haya ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia. El fundamento normativo de este carácter, lo encontramos en diversos instrumentos internacionales, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señala que el “[d]elito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. Del carácter continuado o permanente, se deriva la prolongación en el tiempo de sus efectos y la necesidad de considerar integralmente sus consecuencias²⁰.

Desde el año 2004²¹, la Corte Suprema ha sostenido idéntico criterio, no obstante calificar jurídicamente los hechos como constitutivos del delito de secuestro, al señalar que por la naturaleza continua del crimen a su respecto no son aplicables ni las normas de prescripción ni la excluyente de Amnistía, razonamiento que ha mantenido invariable hasta la fecha. “Esta Corte Suprema, (...) ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el cómputo de la prescripción. Al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, no procede aplicar el instituto de la prescripción”²².

17. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, General Comment on the definition of enforced disappearance. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/disappearance_gc.doc, último acceso el 23 de febrero de 2011. Traducción libre de la Secretaría de la Corte. En Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de Febrero de 2011. Párr.67.

18. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de Febrero de 2011. Párr. 73.

19. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime. Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>, último acceso el 23 de febrero de 2011. Traducción libre de la Secretaría de la Corte. En Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de Febrero de 2011. En Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de Febrero de 2011. Párr. 67.: “Aunque la conducta viola varios derechos, incluyendo el derecho de reconocimiento de la persona ante la ley, el derecho a la libertad y seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, el Grupo de Trabajo considera que una desaparición forzada es un único y consolidado acto, y no una combinación de actos”.

20. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de Febrero de 2011. Párr. 78.

21. Corte Suprema. Rol No. 517-2004, de 17 de noviembre de 2004, caso secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez.

22. Corte Suprema Rol N° 288-12. 24 de mayo de 2012 Considerando 37.

c. Violación al derecho a la personalidad jurídica

Del carácter de delito de ejecución o consumación permanente deriva la situación de incertidumbre para la víctima y sus familiares. Entre otras afectaciones graves, la desaparición forzada “[v]iola el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, pues se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos”²³. De esta manera, la desaparición forzada anula la personalidad jurídica de la víctima, niega su existencia y la deja en “[u]na suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional, lo que, por ende, constituye también una violación de su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (...)”²⁴ derecho este último, ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos que reconoce que “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”²⁵.

d. Obligaciones del Estado:

El deber de garantía exige del Estado que, ante la evidencia de una práctica institucionalizada de violaciones a los derechos humanos, repare el daño ocasionado de manera suficiente y adecuada, lo que hace parte de un principio de derecho internacional²⁶. Las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y resarcir el daño producido constituyen aspectos fundamentales de este deber de reparación en un sentido amplio. La complejidad y profundidad del daño producido por las violaciones a los derechos humanos hace que las medidas de reparación suficientes estén ligadas necesariamente a las acciones de reparación específicas que se implementen, pero también a aquello que se realice en los ámbitos de búsqueda de la verdad y la justicia²⁷. En este sentido la reparación integral cumple “múltiples

23. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de Febrero de 2011. Párr. 92.

24. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de Febrero de 2011. Párr. 93

25. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

26. Nash Rojas, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007). Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. 2009, pág. 13.

27. En palabras del Centro Internacional de Justicia Transicional, “[l]as reparaciones desprovistas de medidas para determinar la verdad acerca de las violaciones pasadas [...] pueden ser percibidas como un esfuerzo por comprar el silencio de las víctimas”, mientras que “un programa de reparaciones que no esté acompañado de medidas para garantizar que sea reconocida la responsabilidad de los autores de los crímenes, pide a las víctimas en los hechos que entreguen su derecho a la justicia a cambio de recibir un apoyo al que tienen derecho”. ICTJ, Organización no gubernamental internacional especialista en justicia transicional, ‘Las Reparaciones en la Teoría y la Práctica’, ICTJ, New York, 2007. Ver www.ictj.org

funciones; por un lado disuadir, sancionar, ejemplificar, y, sobre todo, restablecer la situación al estado anterior de comisión o perpetración, ya sea en términos reales –restituo in integrum- o en términos sustantivos”²⁸.

Como ha sostenido el INDH en su Informe Anual 2011, reparar un daño en sí inconmensurable es un asunto que en materia de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad representa un desafío para los Estados. No obstante, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario se han alcanzado algunos consensos sobre los mínimos exigibles que deben orientar el quehacer del Estado en esta materia. Uno de ellos es que las reparaciones por violaciones a los derechos humanos deben centrarse en la víctima con el fin de aliviar el sufrimiento²⁹ y que deben tener un carácter integral. Así, se ha avanzado en la sistematización de los elementos constitutivos del derecho a la reparación plena y efectiva incorporando dimensiones de: restitución, satisfacción y garantías de no repetición³⁰. La garantía de satisfacción comprende entre otras obligaciones, el establecimiento de una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima (...)³¹.

Recogiendo estos principios, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas³², señala que “[s]in perjuicio de la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, cada Estado Parte adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad”³³.

28. Aguilar Cavallo, Gonzalo. Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno. *Revista Ius et Praxis* –año 14-Nº 2008, pág. 148.

29. Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe definitivo prestando por el Sr. Theo van Boven. Relator Especial. E/CN/Sub.2/1993/8 2 de julio de 1993.

30. “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.” 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Principio 18.

31. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recurso y obtener reparaciones. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Principio 21.

32. Naciones Unidas. Doc. A/RES/61/177, de 20 de diciembre de 2006.

33. Artículo 24 núm. 4, 5 y 6. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

En el sistema regional la Corte IDH desde 1988 ha señalado que la desaparición forzada constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que requiere ser comprendida y encarada de una manera integral³⁴. Recientemente (2011) la Corte IDH ha señalado que el crimen por desaparición forzada representa una lesión grave no sólo a la víctima directa del secuestro, sino al entorno familiar al señalar que “[...] en particular, en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo (...)”³⁵ Agregando que “la privación del acceso a la verdad de los hechos acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, lo que hace presumir un daño a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos”³⁶.

En el seno de la OEA, desde el año 2005 se alienta “(...) a los Estados Miembros a que, con miras a abordar la situación jurídica de las personas desaparecidas y los efectos de esta última sobre la de sus familiares, procedan a adoptar, según sea el caso de sus respectivas legislaciones nacionales, un marco jurídico interno integral necesario para reconocer y atender las dificultades y problemas jurídicos que enfrentan las personas desaparecidas y sus familiares, incluyendo aquél que permita habilitar la “declaración de ausencia” para las personas dadas por desaparecidas (...)”³⁷.

De esta manera, representa un consenso aceptado internacionalmente que los Estados tienen el deber de proporcionar un estatus legal apropiado a la víctima de desaparición forzada y a sus familias, promoviendo un marco normativo adecuado³⁸. Dentro de los principales elementos que hace parte de este mínimo normativo está el imperativo de “(...) reconocer y establecer la personalidad jurídica de toda persona desaparecida”³⁹.

En síntesis, conforme a los estándares internacionales descritos en los acápites anteriores, las ideas matrices que deben contemplarse en toda normativa que abarque la situación de las personas detenidas desaparecidas son las siguientes:

34. Corte IDH Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia (Fondo). 29 de julio de 1988. Párr. 150.

35. Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de febrero de 2011. Párr. 133.

36. Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia (Fondo y Reparaciones). 24 de febrero de 2011. Párr. 133.

37. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. Comisión de asuntos jurídicos y políticos. Proyecto de Resolución. CP/CAJP-3052/I2 rev. 2. 25 abril 2012.

38. CICR. Las personas desaparecidas. Guía para los parlamentarios N° 17. 2009. Pág. 34.

39. CICR. Las personas desaparecidas. Guía para los parlamentarios N° 17. 2009. Principios para legislar la situación de personas desaparecidas como resultado de un conflicto armado o violencia interna. Art 8 reconocimiento de la ausencia.

1. Garantizar el acceso a la justicia y conocer la verdad sobre el destino de las víctimas y determinar las responsabilidades penales constituye una de las principales obligaciones que el Estado tiene frente a la desaparición forzada de personas. De ahí que, la acción de los tribunales resulta fundamental para terminar con la incertidumbre jurídica que pesa sobre las víctimas de desaparición forzada.

2. Las obligaciones de verdad, justicia y reparación exigen de todos los órganos del Estado la promoción y adopción de políticas públicas y de legislaciones nacionales coherentes, acompañadas de las medidas reglamentarias y administrativas necesarias, a fin de encarar la situación de las víctimas de desaparición forzada, teniendo como centro de dicha actuación la de mitigar en todo tiempo y lugar las consecuencias que para los familiares entraña la persistencia de una condición de incertidumbre.

3. Estas obligaciones que el Estado de Chile tiene en relación a las personas detenidos/as desaparecidos/as supone en todo momento la diligencia y celo necesarios para disponer medidas adecuadas en el tratamiento legal y administrativo de esta dolorosa circunstancia, sin negar el estatus jurídico de las víctimas de desaparición forzada y más bien reconociendo en todo acto su condición de tal. En todo caso, es derecho de los familiares de las personas detenidas desaparecidas decidir si quieren o no acogerse a aquellas soluciones que necesariamente debe otorgar el Estado.

3. Experiencia comparada

En el ámbito del derecho comparado se advierten esfuerzos en esta dirección. Es el caso de **Perú**, que regula la ausencia por desaparición forzada durante el período 1980-2000, mediante la Ley 28.413 (24 de noviembre de 2004), que especifica la situación jurídica de la ausencia por desaparición forzada y establece el Registro Especial de Ausencia por Desaparición Forzada a cargo de la Defensoría del Pueblo (Art. 4) la que otorgará la constancia de ausencia por desaparición forzada, para los fines legales pertinentes (art. 5). Ello es con independencia de la declaración judicial de ausencia por desaparición forzada.

En **Argentina** desde 1994, se cuenta con la Ley 24.321 de declaración judicial de ausencia por desaparición forzada. Desarrollando este cuerpo normativo, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁰ en base a la ley nacional de ausencia por desaparición forzada estipula que en todos los casos en que dicha declaración se haya efectuado “(...) se podrá hacer constar en cualquier solicitud, formulario o documentación pedida o expedida por

40. Ley N° 632 seis de septiembre de 2001 Promulgación: Decreto N° 1.510/001 del 03/10/2001. Publicación: BOCBA N° 1292 del 09/10/2001.

Organismos Oficiales de la Ciudad, la que deberá dejar registro de dicha circunstancia'⁴¹ y que "[a] partir de la entrada en vigencia de ésta Ley, las solicitudes, certificaciones o partidas en la parte que se refieran a supervivencia de personas, deberán incluir entre las opciones la "Ley N° 24.321 - Ausencia por Desaparición Forzada"⁴². Motivados por un requerimiento judicial formulado por dos hijas de detenidos desaparecidos (2002)⁴³ se reforma el Código Electoral Nacional (2010) el que señala que: "El Registro Nacional de Electores consta de registros informatizados y de soporte documental impreso. El registro informatizado debe contener, por cada elector los siguientes datos: apellidos y nombres, sexo, lugar y fecha de nacimiento, domicilio, profesión, tipo y número de documento cívico, especificando de qué ejemplar se trata, fecha de identificación y datos filiatorios. **Se consignará la condición de ausente por desaparición forzada en los casos que correspondiere (...)**"⁴⁴. El art. 17 bis regula la actualización del padrón, ordenando excluir a los fallecidos, pero no dice nada respecto de los desaparecidos/as, los que por lo tanto, se mantienen vigentes en el registro electoral.

En Uruguay mediante la Ley 17.894⁴⁵ (2005) se estipula que a petición de parte y sin intervención de órganos jurisdiccionales, con la sola constancia de la inclusión en el Informe de la Comisión para la Paz, se expedirá un certificado de ausencia por desaparición forzada, otorgado por la Secretaría de Seguimiento⁴⁶. La ley precisa quiénes están legitimados activamente para solicitarlo⁴⁷. En el ordenamiento jurídico uruguayo se habilita a que este certificado que otorga la calidad de ausente por desaparición forzada se inscriba en el "Registro de Estado Civil" indicándose que "[d]icha inscripción se realizará, en el caso de ciudadanos naturales de la República, en el margen de la partida de nacimiento del desaparecido con el siguiente texto: "Declarado ausente por desaparición forzada (ley)", agregándose a continuación de la palabra ley el número correspondiente a la presente. En el caso de ciudadanos legales de la República, el Registro de Estado Civil confeccionará un libro especial en el que se inscribirá el certificado expedido por la Secretaría de Seguimiento "el que cumplirá la misma función que la inscripción marginal en la partida de nacimiento relativa a los ciudadanos naturales de la República"⁴⁸. En Uruguay no se ha suscitado discusión

41. Art 1° Ley N° 632.

42. Art. 3° Ley N° 632.

43. Ver: <http://www.lapoliticaonline.com/columnas/val/547/los-desaparecidos-en-el-padron-electoral-.html> consultada el 25/05/2011.

44. Artículo 15 Código Electoral. artículo sustituido por art. 74 de la Ley N° 26.571 B.O. 14/12/2009.

45. Publicada D.O. 19 set de 2005. de 2012.

46. Creada por resolución de la Presidencia de la República de 10 de abril de 2003.

47. Art. 3 ley núm 17.894.

48. Art. 5 ley núm 17.894.

en torno a la inscripción de personas desaparecidas en los registros electorales en tanto se sujetan al régimen general conforme al cual, si transcurren más de dos elecciones seguidas sin que una persona se presente a votar (el voto es obligatorio), su hoja electoral se sustrae del padrón y solo se reintegra a pedido expreso de la propia persona, sea cual sea la causa por la que no votó.

4. El estatuto jurídico de las personas detenidas desaparecidas en Chile

En nuestro ordenamiento jurídico y en lo que dice relación con materias patrimoniales y familiares, la personalidad jurídica de las personas detenidas desaparecidas se encuentra normada en la Ley 20.377 de 10 de diciembre de 2009, sobre declaración de ausencia por desaparición forzada. Dicha ley fue la consecuencia de la necesidad de regular los aspectos patrimoniales y familiares y ante la negativa de los familiares de las víctimas de la dictadura a someterse al régimen de la declaración de muerte presunta regulada en el Código Civil. La posición de los familiares de detenidos/as desaparecidos/as y de las organizaciones de derechos humanos ha sido que no es posible ni aceptable reconocer la muerte (ni aun presuntamente) de sus seres queridos sin que primero se aclaren los hechos y la participación precisa que le cabe a los agentes del Estado en la desaparición de las víctimas.

La ley de referencia establece los efectos de la declaración de ausencia, el procedimiento a seguir, las personas legitimadas para solicitarla y la fecha desde la cual producirá sus efectos. No obstante es de alcances limitados. Esta situación fue expresamente reconocida en la tramitación de la Ley 20.577 de 8 de febrero de 2012 que modifica plazos sobre muerte presunta y establece normas sobre comprobación judicial de muerte, al estipularse en su artículo tercero que “No podrá tenerse por comprobada la muerte de una persona mediante el procedimiento considerado en la letra b) del artículo 2° de esta ley, en los casos regulados por la ley N° 20.377, sobre declaración de ausencia por desaparición forzada de personas”.

5. Proyecto de ley (Boletín 9593 – 17)

La Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados se encuentra analizando un proyecto de ley que consagra el deber de los órganos del Estado de consignar explícitamente la condición de víctimas de desaparición forzada a quienes, teniendo tal carácter, figuren en cualquiera de sus registros. En ese marco, solicitó al Instituto Nacional de Derechos Humanos expresar su opinión y dar cuenta de los principales estándares internacionales en la materia.

El proyecto consta de un artículo único que señala:

“Artículo único.- Todos los órganos del Estado deberán velar porque los registros que estén a su cargo reconozcan y expresen como víctimas de desaparición forzada a las personas detenidas desaparecidas individualizadas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en el Informe de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, en el Informe de la Comisión Asesora para la calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, así como en informes de comisiones de la misma naturaleza que pudieran crearse.

En el plazo de un año, contado desde la publicación de esta ley, los órganos del estado deberán adecuar sus registros a los informes existentes. Tratándose de informes que pudieran evacuarse en el futuro, la adecuación deberá realizarse en el mismo plazo, contado desde la publicación de dichos informes.”

Sobre la base de los estándares analizados antes, el análisis proyecto mencionado arroja las siguientes conclusiones:

a) La idea de legislar a favor del reconocimiento legal de la ausencia por desaparición forzada, es consistente con la obligación del Estado de esclarecer la suerte de las personas desaparecidas, debiendo, mientras se mantenga la situación de antijuridicidad, adoptar las normas de derecho interno que permitan tutelar la personalidad jurídica del ausente y garantizar de esta forma sus derechos y los de sus allegados. El proyecto de ley se enmarca como una medida de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado de Chile y de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la materia.

b) El INDH valora positivamente el proyecto cuyo objeto es lograr un reconocimiento completo del estatus de la condición de ausencia por desaparición forzada en los registros de los órganos del Estado. Sin embargo, pareciera necesario que la centralización de la información sobre la nómina de personas detenidas desaparecidas sea responsabilidad de un órgano específico como el Registro Civil e Identificación. Al establecerse un órgano específico encargado de llevar el Registro de personas detenidas desaparecidas, será este órgano quien deberá informar a toda repartición pública que lleve, mantenga o trabaje con bases de datos, listados o registros de personas, la condición de ausente por desaparición forzada. Dicha repartición pública deberá dejar constancia inmediatamente al lado del nombre de la víctima, la frase “Ausente por desaparición forzada”.

c) El registro, conforme a lo señalado en el proyecto de ley, reconoce como víctimas de desaparición forzada la nómina contenida en los Informes de la Comisión Nacional de Verdad

y Reconciliación; Informe de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política o Tortura, o en otras instancias de similar naturaleza que en el futuro pudiera crearse. El INDH propone que también se considere incorporar en el Registro que se desarrolle a las personas respecto de las cuales se configure la desaparición forzada por sentencia judicial firme y ejecutoriada dictada en conformidad a la ley núm. 20.377.

d) La normativa en análisis no contempla un mecanismo de exclusión ante la posibilidad que exista oposición, por ejemplo de un familiar, a que determinada persona sea identificada en los registros de las reparticiones públicas como “ausente por desaparición forzada”. El INDH releva este vacío del proyecto de ley y sugiere que durante su tramitación se discuta la posibilidad de consagrar una forma de resolver eventuales solicitudes de exclusión por partes interesadas.

e) La condición de desaparición forzada debe ser considerada en la dictación de todo tipo de norma de carácter legal, reglamentaria o administrativa y en el diseño de todo tipo de política pública, que pueda afectar a las víctimas de desaparición forzada o a sus familiares. En todo caso este reconocimiento no puede ser considerado, en ninguna circunstancia, para efectos de la prescripción penal ni para ningún otro efecto penal.

6

Informe proyecto de ley
que determina conductas terroristas y su
penalidad y modifica el Código Penal
y el Código Procesal Penal

Informe proyecto de ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal”¹. Boletín N° 9692-07

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 01 de diciembre de 2014 - Sesión 232

I. Antecedentes

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) fue creado en el año 2009 por la Ley 20.405, con el objeto de promover y proteger los derechos humanos de las personas que habiten el territorio de Chile, y entre las facultades que con ese fin se le entregan está la del artículo 3 N°4: *“Promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva”*.

Desde el primer Informe Anual elaborado por el INDH en 2010, la Ley Antiterrorista (LAT) ha sido objeto de preocupación recomendando su aplicación excepcional de manera de evitar que esta legislación especial se utilice respecto de actos de protesta social, además de “avanzar en una nueva reforma que la haga compatible con las garantías del debido proceso”². Posteriormente, en el Informe Anual 2011 se abordó en detalle la crítica de la LAT, antes y después de la reforma efectuada en octubre del 2010 mediante la Ley 20.467³. En el Informe Anual 2012 se analizó en concreto la aplicación de la LAT en ciertos casos de la Araucanía y la Región Metropolitana, además de referir el conjunto de observaciones y críticas realizadas desde el nivel internacional a esta normativa⁴.

Además, en uso de sus facultades el INDH ha realizado observación en juicios en que se ha invocado la LAT⁵.

1. Proyecto de ley ingresado al Senado con fecha 4 de Noviembre de 2014, encontrándose en primer trámite constitucional.

2. INDH, Informe Anual 2010, pág. 164.

3. INDH, Informe Anual 2011, capítulo III: acceso a la justicia. 5.- Ley que determina conductas terroristas, páginas 107 a 117.

4. INDH, Informe Anual 2012, capítulo I: seguridad democrática y derechos humanos, pág. 28 a 33.

5. El INDH ha efectuado observación directa en los siguientes juicios: “Caso Bombas” (Causa RIT 138-2011; RUC 0700277303-6 del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago); Causa “Carla Verdugo e Iván Silva” (RIT 182-2013; RUC 1200393089-9 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago); Caso “Víctor Hugo Montoya” (RIT 24-2014 del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, RUC 1300145684-3); Caso “Peaje Quino” (Causa RUC 0900969218-2; RIT 58-2012 (adultos) y 91-2013 (adolescentes) del Tribunal Oral en lo Penal de Angol); Caso “Fundo Brasil” (Causa RUC 0910021481-I; RIT 195-2014 (adultos) y 188-2014 (adolescente) del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso “Fundos

En abril del 2014 el Gobierno, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, convocó a una Comisión de Expertos para trabajar en una nueva propuesta de regulación jurídica de los delitos terroristas. Durante el tiempo de funcionamiento de esta Comisión el INDH fue consultado por su posición y en cumplimiento de dicha solicitud fue emitido un “Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el INDH”⁶, exponiéndose también en forma oral su contenido y principales conclusiones.

El día 13 de octubre del 2014 dicha Comisión hizo entrega al Ejecutivo de un Informe con su propuesta en la materia. A su vez, la Presidenta de la República, mediante Mensaje Presidencial N° 755-362, envió al Congreso Nacional un proyecto de ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal (Boletín N° 9692-07). Dicho proyecto fue ingresado al Senado y está actualmente en su primer trámite constitucional.

El proyecto de ley presentado por el Gobierno para determinar las conductas terroristas y fijar su penalidad, contempla la modificación tanto del Código Penal como del Código Procesal Penal, en reformas tanto de carácter sustantivo como procesal. No se plantean modificaciones a la regulación constitucional del terrorismo⁷, lo cual es entendible pues se opta por modificar la legislación vigente a través de una Ley de Quorum Calificado, quedando pendiente una reforma constitucional que adecue la regulación de terrorismo del texto constitucional con los estándares internacionales de derechos humanos.

En las modificaciones de Derecho Penal sustantivo, se consagra principalmente la propuesta de tipificación de la “asociación criminal terrorista”, junto con normas que regulan penalmente la “delincuencia terrorista”. En cuanto a las modificaciones de carácter procesal, se trata en lo medular de propuestas dirigidas al establecimiento de diligencias y medidas especiales de investigación para los delitos organizados o complejos.

San Leandro y Tres Luces”. (Causa RUC 0900033605-7; RIT 25-22014 (San Leandro) y RIT 23-2014 (Tres Luces), del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso “Tur Bus” (Causa RUC 0900697670-8; RIT 099-2013 del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso “Celestino Córdova” (RUC 1300014341-8, RIT 220-2013 del TOP de Temuco).

Además, se ha realizado seguimiento a otros casos como el de “Hans Niemeyer” (RIT 45-2013 del 7° TOP de Santiago) y “Luciano Pitronello” (RIT 150-2012 del 4° TOP de Santiago) en la Región Metropolitana, se han recopilado las sentencias dictadas y se ha solicitado permanentemente información actualizada sobre estos temas al Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio del Interior.

6. Aprobado por el Consejo del INDH el 22 de julio de 2014. Este documento se acompaña en anexo N°1.

7. Entre las disposiciones contenidas en la CPR, se pueden mencionar el artículo 9, el artículo 16 N°2, artículo 17 N°3 y artículo 19 N° 7, letra e). Para el detalle, ver informe INDH (2014) anexo a este informe.

En cuanto a los fundamentos sobre los cuales declara inspirarse la propuesta, se afirma en el mensaje que la ley antiterrorista vigente es criticada por su origen y que su ineficacia la ha puesto en desuso. En efecto, declara el mensaje que pese a sus modificaciones posteriores, la legislación actual nació bajo una concepción cuyos principios ya no son los predominantes y que su posterior aplicación selectiva conspira contra su legitimidad democrática. El proyecto también asegura que la ley antiterrorista vigente ha sido denunciada por los problemas jurídicos que presenta, además de reconocer expresamente el aumento desproporcionado de las penas que establece, la extensión a delitos contra la propiedad, la dificultad de prueba de los elementos subjetivos del tipo penal y la utilización de testigos protegidos, todo lo cual ha significado el rechazo internacional a la legislación antiterrorista chilena.

Por último, el proyecto pretende derogar la ley 18.314 manteniendo igualmente la regulación en un cuerpo normativo especial, desestimando expresamente su incorporación al Código Penal. Al respecto, se señala, que si bien existe conciencia de la conveniencia de agregar estas reformas al Código Penal, esta incorporación se haría cuando el Código Penal sea modificado en su integridad.

2. Estándares internacionales aplicables a la legislación antiterrorista

2.1. Estándares internacionales sobre la definición de delito terrorista

En el Derecho Internacional existen numerosos instrumentos cuyo propósito es combatir el terrorismo, contándose al menos con 17 convenios y protocolos internacionales que establecen obligaciones para los Estados partes en orden a sancionar los hechos que lo configuran y la adopción de todo tipo de medidas para prevenirlo⁸. El Consejo de

8. Los instrumentos internacionales son los siguientes: Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Convenio de Tokio), 1962; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de La Haya), 1970; Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 2010; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal), 1971; Convención para prevenir y sancionar los actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional, 1971; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 1973; Convención internacional contra la toma de rehenes (Convención sobre los rehenes), 1979; Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Convención sobre los materiales nucleares), 1980; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 1988; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, 1988; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, 1991; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, 1997; Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 1999; Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, 2005; El Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional, 2010 (Nuevo Convenio de Aviación Civil).

Seguridad de Naciones Unidas ha señalado que *“el terrorismo deber ser condenado ya que “constituye una amenaza contra la paz y la seguridad internacional”*⁹.

A nivel regional la Convención Interamericana contra el Terrorismo¹⁰ obliga a los Estados a sancionar el terrorismo y a que en dicho cometido respeten los límites y garantías que impone el respeto a los derechos fundamentales. De esta forma, la obligación jurídica de sancionar el terrorismo va aparejada de la necesidad de delimitarlo con precisión puesto que, de lo contrario, a pretexto del combate antiterrorista se podrían vulnerar derechos humanos y libertades que precisamente se trata de proteger frente a este fenómeno.

El respeto y garantía de estos derechos constituyen el límite al accionar del Estado en la ejecución del deber de investigar y sancionar hechos de particular gravedad que alteren la convivencia social. Así, dicha Convención interamericana señala en su artículo 15.I que *“las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”*, y en el 15.3, refiriéndose a las personas que sean encausadas por este tipo de delitos, dispone que se les *“garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional”*. Ello porque, como lo ha dicho la Comisión IDH, *“[e]l objeto y el propósito mismo de las iniciativas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo”*¹¹ y malamente podrían darse sin apego a dichas normas.

Lo anterior también ha sido reafirmado por la misma Comisión IDH (2010), que señala que el terrorismo *“[c]onstituye una forma de violencia de naturaleza particularmente infame y abominable que no es justificable cualesquiera que sean sus protagonistas o sus objetivos, y merece el rechazo más contundente por lesionar tanto a los individuos como a la sociedad en su conjunto”*¹².

9. Resolución del CS N° 1368, de 12 de septiembre de 2001.

10. Convención Interamericana contra el terrorismo, adoptada el 3 de junio de 2002, ratificada en Chile mediante Decreto Supremo 263, de 24 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial el 10 de febrero de 2005.

11. Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, Resumen Ejecutivo, párrafo 2.

12. Comisión IDH. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupé y Otros Vs Chile. 5 de noviembre de 2010, párrafo 124. La misma Comisión IDH (2002) ha había establecido iguales criterios al sostener que la *“[l]ucha contra el terrorismo debe realizarse con pleno respeto al derecho nacional e internacional, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, para preservar el estado de derecho, las libertades y valores democráticos en el Hemisferio, elementos indispensables para una exitosa lucha contra el terrorismo”* (Comisión IDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II.116, 22 de octubre de 2002, Resumen Ejecutivo, párrafo 8)

Por otra parte, en relación al concepto de terrorismo no existe hasta ahora una definición consensuada internacionalmente. No obstante, sí existe acuerdo en cuanto a que se trata de actos de particular gravedad que no caben dentro de la categoría de delitos comunes. Así entonces los instrumentos internacionales en la materia se refieren sólo a diversas formas de delito terrorista y no contemplan una definición oficial¹³. En este sentido la Estrategia Global de Naciones Unidas contra el Terrorismo ha establecido un conjunto de elementos que dan cuenta de su finalidad. De acuerdo a dicho documento aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el terrorismo comprende “[a]ctividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizando los gobiernos legítimamente constituidos”¹⁴.

Por su parte la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de la cual Chile es parte, entiende el terrorismo como un atentado contra el estado de derecho que “[i]mpide el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, amenaza la seguridad de los Estados, desestabilizando y socavando las bases de la totalidad de la sociedad, y afecta seriamente el desarrollo económico y social de los Estados de la región”.

La mencionada convención regional, sin definir el delito terrorista, acude para ello directamente a 10 convenciones, protocolos y convenios internacionales destinados a la prevención, prohibición y sanción de formas delictuales que para los efectos de los instrumentos respectivos se consideran terroristas¹⁵. Se trata de actos criminales particularmente graves, como el apoderamiento ilícito de aeronaves y actos contra la seguridad de la aviación civil;

13. En este sentido también Ambos, Kai, “La lucha antiterrorista tras el 11 de septiembre de 2001”, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de conferencias y artículos N° 39, año 2007, pag. 9 y ss. Este autor señala que los esfuerzos para alcanzar una definición antiterrorista son anteriores a la Segunda Guerra Mundial y desde entonces quedó patente que el principal problema para adoptar una definición jurídica de terrorismo, es precisamente, su falta de unanimidad. Por esta razón afirma Ambos, la comunidad internacional decidió “salvar el obstáculo a corto y mediano plazo, acudiendo a un enfoque pragmático y proscribir una serie de conductas determinadas que sería definidas como actos terroristas” (Ibíd.)

14. Asamblea General de Naciones Unidas, Estrategia Global contra el terrorismo, A/RES/60/288, 8 de septiembre de 2006.

15. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973); Convención Internacional contra la toma de rehenes (1979); Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1988); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítimo (1988); Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988); Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, (1997) y el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999).

delitos contra personas internacionalmente protegidas; toma de rehenes; protección de materiales nucleares; violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional; delitos contra la seguridad de la navegación marítima; actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental; atentados terroristas cometidos con bombas y financiación del terrorismo, entre otros.

A pesar de la ausencia de una definición aceptada internacionalmente, es posible advertir en el derecho internacional comparado y en la doctrina criterios normativos que conciben el terrorismo como un atentado organizado contra la institucionalidad política-jurídica, que por la finalidad y naturaleza de los medios empleados, así como por la afectación y daño indiscriminado a determinados bienes jurídicos, requiere de una respuesta punitiva especialmente rigurosa por parte del Estado.

En el Derecho Internacional, en el Derecho Comparado y en la doctrina existen criterios normativos que concuerdan en concebir el terrorismo como un atentado organizado contra la institucionalidad política-jurídica, que por la finalidad y naturaleza de los medios empleados, así como por la afectación y daño indiscriminado a determinados bienes jurídicos, requiere de una respuesta punitiva especialmente rigurosa por parte del Estado. En palabras del profesor Manuel Cancio existirían tres elementos propios que configuran desde una perspectiva jurídico-penal el concepto de terrorismo, “[...]por un lado, la organización y su especial peligrosidad, y, por otro, la utilización del terror como estrategia de comunicación, sumado al tercer factor, la dirección política”¹⁶.

El Tribunal Constitucional español ha refrendando este concepto señalando que “[e]l terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de

16. Cancio Meliá, Manuel (2010). Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto. REUS, Madrid, pg. 184. En esto Cancio coincide con la doctrina mayoritaria, que también se inclina por entender el delito terrorista como organización criminal, sobre esto ver Villegas Díaz, Myrna (s/f). Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal. La autora detalla, entre otros, los siguientes: LAMARCA, Carmen. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*. En: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985; *La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*. En: ADPCP, núm. 42, sep-dic. 1989; *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*. En: ADPCP, 1993. GARCÍA RIVAS, N. *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*. En: PJ nº10, 1984. MESTRE DELGADO. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987. CALDERÓN CEREZO- CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Penal*. tomo II. Parte Especial; editorial Bosch, 1999. PRATS CANUT. *De los delitos de terrorismo*. En: QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS, et. al *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Editorial Aranzadi, 1999. DE PRADA SOLAESA. *Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*. En: JpD nº 25, marzo de 1996. PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Editorial Debate, Madrid, 1990. BARÓN QUINTERO. *Legislación y Jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución*. En: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borallo, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999.

*ser configuradas como 'terrorista', se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de 'banda', en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas"*¹⁷.

Si bien de los instrumentos internacionales destinados a la prevención y sanción del terrorismo no puede desprenderse expresamente la conclusión de que para su comisión se requiere de la existencia de un grupo, es posible sostener que por la naturaleza de los hechos inculcados ello es aconsejable. De hecho, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas identifica expresamente este elemento, pues comete delito el que “[c]ontribuya de algún modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 o 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o delitos de que se trate” (art. 2, 3.c). La misma exigencia contiene el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (artículo 2, 4.c).

De lo contrario, se corre el riesgo de que la definición legal de terrorismo se extienda a otro tipo de fenómenos que no tienen la naturaleza organizada de la amenaza que representa el terrorismo. Tal cual he señalado el relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinen, al identificar Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo, “la adopción de definiciones de terrorismo demasiado amplias pueda dar lugar a tergiversaciones deliberadas del término, por ejemplo, para responder a reivindicaciones y movimientos sociales de pueblos indígenas, así como a violaciones no intencionales de los derechos humanos” y que “si la legislación antiterrorista y las actividades asociadas no se circunscriben a combatir conductas que son realmente de carácter terrorista, también se corre el riesgo de que, si tienen por efecto restringir el disfrute de los derechos y libertades, se quebranten los principios de necesidad y proporcionalidad, sobre cuya base se autoriza toda restricción de los derechos humanos”¹⁸.

2.2. El principio de legalidad penal como punto de partida de la regulación del terrorismo

El principio de legalidad forma parte de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se alza como un derecho fundamental y que no puede ser suspendido, incluso en tiempos de

17. Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, 199/1987, párrafo 4. En: <http://constitucion.rediris.es/juris>

18. A/HRC/C/16/51, 22 de diciembre de 2010, párrafo 26.

emergencia pública, prescribiendo que *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*.

Lo anterior implica que la imposición de la responsabilidad penal está limitada a disposiciones claras y precisas, de manera de respetar el principio de certidumbre del derecho y de velar por que no esté sujeto a interpretaciones que amplíen indebidamente el alcance de la conducta prohibida. Los Estados no pueden utilizar las definiciones excesivamente vagas o amplias del terrorismo como un medio para abarcar acciones pacíficas encaminadas a proteger, entre otras cosas, derechos laborales, los derechos de las minorías o los derechos humanos o, más en general, para limitar cualquier tipo de oposición política¹⁹.

En el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”* (art. 9). Luego, aun cuando se trate de conductas especialmente repudiables, el Estado sólo puede perseguir y determinar la responsabilidad penal de una persona, cuando la conducta ha sido previamente descrita, de manera nítida en la forma y por los medios que el ordenamiento jurídico establece. Como lo señala la Corte IDH (1999), *“la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”*²⁰.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte, la Comisión IDH (2010) ha señalado que *“la determinación de las conductas que van a ser calificadas como delitos y respecto de las cuales se activa el poder punitivo del Estado, corresponde en principio a éste último en el ejercicio de su política criminal, con base a sus particularidades históricas, sociales y de otra índole. Sin embargo, del artículo 9 de la Convención Americana se derivan ciertos elementos que deben ser observados por los Estados al momento de ejercer la potestad de definir tipos penales. En lo relevante para el presente caso, y tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el principio de legalidad trae como corolario la regla según la cual la legislación penal debe estar formulada sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos y unívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos”*²¹.

19. Véase un ejemplo regional en Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (párr. 121).

20. Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párrafo 121.

21. Comisión IDH. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto

En nuestro país, la Constitución Política de la República dispone que *“ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella”* (art. 19 N° 3 inciso 8). El Tribunal Constitucional por su parte ha sostenido que *“el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su núcleo esencial, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior”*²² y distingue entre principio de legalidad y principio de tipicidad, sosteniendo que *“el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero”*²³. Así, mientras *“la legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley (...) la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reproachable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”*²⁴.

También el TC ha señalado que *“el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su núcleo esencial, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior”*²⁵ y que se traduce en un *“límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y en un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona”*²⁶.

2.3. Garantías judiciales y debido proceso aplicables al terrorismo

Las garantías procesales constituyen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde sus inicios y se encarnan, entre otros, en el principio de contradicción que *“incluye (...) la noción de que las normas del procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja frente a la otra”*²⁷. La Declaración Universal de Derechos Humanos (art.10), la Declaración Americana (art. XXVI), la Convención Americana (art.8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) establecen que toda persona tiene derecho *“a ser oída”*, lo que incluye la facultad de controvertir la prueba de cargo y la participación de la asistencia letrada para el control de la prueba rendida en juicio.

Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupé y Otros Vs Chile, 5 de noviembre de 2010, p. 116

22. STC Rol 479-06, de 8 de agosto de 2006, c. 20.

23. STC Rol 244-96, de 26 de agosto de 1996, c. 10.

24. Ibíd.

25. STC 479, c. 20

26. STC 1443, c. 23. En el mismo sentido, STC 1432, cc. 26 y 28.

27. Defensoría Penal Pública (2003). Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos. Santiago, pág. 89.

El Comité de Derechos Humanos aprobó la Observación General N° 32, en que revisó su observación general sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, afirmando que el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia es un elemento fundamental de la protección de los derechos y sirve para salvaguardar el imperio de la ley por medios procesales²⁸.

Las garantías procesales, se establecen en los artículos 14 y 15 del Pacto e incluyen el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído con las debidas garantías y en un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial, y el derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisados por un tribunal superior que reúna los mismos requisitos²⁹.

2.3.1 Los testigos protegidos y el derecho a defensa

Específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala como derecho de quien es enjuiciado por un delito el de *“interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”* (art. 14, 2 letra e). A su turno, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el *“derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”* (art. 8, 2 letra f).

La Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente obliga a que *“toda persona respecto de la cual se sustancia un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2 gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento”* (art. 9). Similar estándar se formula en la Convención internacional para prevenir y sancionar los actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional (1971), que preceptúa que: *“Toda persona privada de su libertad por aplicación*

28. Observación General CDH N° 32, Julio de 2007 señala que *“El artículo 14 del Pacto tiene por objeto garantizar la adecuada administración de la justicia y a tal efecto garantiza una serie de derechos específicos, incluida una garantía general de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, si enfrentan una acusación de carácter penal o si sus derechos y obligaciones tienen carácter civil, que todas las personas acusadas de un delito tienen derecho a la presunción de inocencia en tanto no se demuestre su culpabilidad con arreglo a derecho y que todas las personas condenadas por un delito tengan derecho a que su condena sea revisada por un tribunal superior con arreglo a derecho”*.

29. Véase, en general, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 13 (1984).

de la presente Convención gozará de las garantías legales del debido proceso" (art. 4), agregando que para cooperar en la prevención y sanción de los delitos previstos los Estados contratantes aceptan las obligaciones siguientes: "(...) c) *garantizar el más amplio derecho de defensa a toda persona privada de libertad por aplicación de la presente Convención*" (art. 8) . De igual manera, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas señala que: "*Toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo al presente Convenio gozará de un trato equitativo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y con las disposiciones pertinentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional en materia de derechos humanos*" (art. 14).

La igualdad de medios procesales forma parte y dota de contenido el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, "*esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que importe ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado*"³⁰.

A nivel regional, la Convención Interamericana contra el Terrorismo dispone que "*toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional*" (art. 15.3).

En el sistema interamericano, la Corte IDH ha indicado que "*dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa*"³¹. La Comisión IDH, siguiendo esta jurisprudencia y a propósito del análisis de este derecho en el marco de la acción antiterrorista, ha refrendado que el derecho a interrogar a los testigos de cargo "*(...) constituye una de las garantías mínimas a las que tiene derecho toda*

30. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32. Artículo 14. El Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. CCPR/C/GC/32. 23 de agosto de 2007, párrafo 13.

31. Corte I.D.H., Caso Castillo Petrucci y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 154 En el mismo sentido, Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas v. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 152. Este Tribunal ha señalado anteriormente que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa; Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía v. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 184. "La Corte Interamericana ha señalado, como lo ha hecho la Corte Europea, que el inculcado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa".

persona, en condiciones de igualdad, durante cualquier juicio penal que se siga en su contra, por estar directamente relacionado con la oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan, lo cual es esencial para asegurar que el juicio sea justo..."³². Por tanto, el examen de la prueba testimonial rendida es parte del derecho a la defensa en igualdad de condiciones y representa el medio eficaz para controlar la aptitud, imparcialidad e idoneidad de este medio de prueba. El irrespeto a este derecho altera seriamente la naturaleza adversarial del procedimiento penal.

El sistema interamericano ha considerado que el llamamiento a testigos "sin rostro" o el establecimiento de testigos secretos o de identidad reservada en principio constituyen una afectación al derecho a un juicio justo. El Estado puede otorgar protección a los testigos y peritos, incluido mantener bajo reserva su identidad, en circunstancias excepcionales que se justifican y toleran cuando concurren copulativamente determinados requisitos. Siguiendo los criterios establecidos por la Comisión Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos, la permisibilidad de la comparecencia y valoración de testigos con identidad reservada supone que:

- a. Exista peligro real hacia el testigo o compareciente derivado de su colaboración en la causa.
- b. Que la adopción de dicha medida no afecte las garantías esenciales del debido proceso, lo cual ha de ponderarse en la especificidad del caso particular. En los términos de la CIDH, "*dichas medidas deben evaluarse caso por caso, aunque siempre disponiendo que su carácter o aplicación no comprometan las garantías inderogables de los encausados a un juicio justo, incluidos su derecho a la defensa y a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial*"³³.
- c. En cuanto medio de prueba, el testimonio prestado por el testigo bajo reserva de identidad, debe haber sido compensado "*con otras medidas dentro del proceso, a ser evaluadas caso por caso, que reparen el desequilibrio en el ejercicio del derecho de defensa del acusado, y las declaraciones de las personas con reserva de identidad no pueden ser las pruebas determinantes para llegar a una condena*"³⁴.

De esta manera, lo que en principio constituye una alteración a las normas del debido proceso resultará tolerable a la luz del derecho internacional siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos y que estos sean sometidos a un escrutinio riguroso caso a caso.

32. Comisión IDH, OEA/SER.L/V/III.116, Op. Cit., párrafo 235.

33. Ibídem, párrafo 233.

34. Comisión IDH (2010), Op. Cit., párrafo 240.

En este mismo sentido, una sentencia reciente del Tribunal Constitucional se ha referido al tema señalando que la garantía constitucional de un proceso racional y justo obliga al juez a velar por la vigencia tanto del derecho a la libre producción de la prueba como del derecho al examen y objeción de la prueba rendida y que, para que la medida de reserva de identidad de los testigos cumpla con lo anterior, debe resguardarse lo siguiente: que la medida se limite a casos en que es estrictamente necesaria; que se debe proteger la posibilidad de las partes de interrogar a dichos testigos en el contexto del derecho a defensa; que los intereses de la defensa sean ponderados con los de testigos o víctimas citados/as a declarar; lo que obliga a examinar en cada caso si la reserva de identidad es útil e imperiosa; que la reserva de identidad se decrete sólo en la persecución de delitos de extrema gravedad y que se disponga únicamente si hay datos concretos que permitan presumir un atentado grave en contra del testigo. Agrega también que el anonimato del testigo realmente sirva para evitar tal atentado y que no exista otra forma de impedir dicho atentado menos lesiva del derecho de defensa del imputado (como la caracterización física del testigo o impedir el ingreso del público a la sala de audiencias), así como también que el tribunal sí conozca la identidad del testigo; que la defensa del imputado pueda interrogar al testigo; que la declaración prestada por el testigo durante la investigación haya podido ser revisada por la defensa del acusado con el tiempo suficiente para preparar el contrainterrogatorio; que el tribunal sea más exigente para atribuir fuerza probatoria a los dichos del testigo de cargo cuya identidad la parte desconoce, que a los del testigo de descargo cuya identidad el acusador sí conoce (por la desigualdad de armas en el plano de la contradicción) y que la eventual condena no se fundara solamente ni de modo principal en las declaraciones del testigo con identidad reservada³⁵.

2.3.2. El secreto de la investigación

En cuanto a lo relacionado con el secreto de las investigaciones, se puede afirmar que para ejercer con plenitud el derecho de defensa las personas imputadas tienen que tener acceso a todos los antecedentes que se manejan en la investigación dirigida en su contra.

Esta exigencia está contenida en el artículo 14.3 letra b) del PIDCP³⁶, que garantiza que los acusados sean informados sin demora de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra, y que cuenten con los medios y facilidades adecuados para la preparación de su defensa. Garantías similares son consagradas en el artículo 8.2 letra c) de la CADH³⁷.

35. STC Rol 2657-2014, de 9 de julio de 2014, Considerando Jurídico 23.

36. "Art. 14.3: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección".

37. "Art. 8.2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca

Contemplar la posibilidad de declarar el secreto sobre ciertas piezas de la investigación claramente contraviene ese derecho y sólo podría autorizarse de manera excepcional, por plazos de tiempo lo más acotados que sea posible, cuando se debe ponderar el derecho del imputado junto con otros intereses legítimos como lo ya señalado respecto a protección de testigos, o el éxito de la investigación. Con todo, en esos casos deben aplicarse, al igual que lo señalado respecto del uso de testigos protegidos, criterios de legalidad, estricta necesidad y el uso de mecanismos de contrapeso que permitan resguardar los derechos del imputado.

Una solución que demuestra una correcta comprensión del problema es aquella por la que se optó al aprobar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que en su artículo 54.3 letra e), no permite que la prueba confidencial sea usada por el Fiscal como base de la acusación, sino que sólo la autoriza *“a los efectos de obtener pruebas nuevas”*, que una vez obtenidas deben ser puestas en conocimiento del imputado y su defensa³⁸.

Debe además tenerse en cuenta que el derecho del imputado y su defensa a conocer todos los antecedentes de la investigación necesariamente debe respetarse de manera más intensa cuando el imputado se encuentra privado de libertad. Así lo ha declarado la Corte EDH en sentencias como la del Caso Lamy vs. Bélgica, de 30 de marzo de 1989, y la del caso Nicolova vs. Bulgaria, de 25 de marzo de 1999, pues sólo teniendo acceso a toda la información es posible que la defensa pueda efectivamente impugnar la procedencia de la detención o prisión preventiva. En especial la Corte EDH ha declarado que *“reconoce la necesidad de que las investigaciones penales sean conducidas con eficiencia, lo cual puede implicar que parte de la información recabada durante ella sea mantenida en secreto, con el fin de evitar que los imputados puedan manipular la evidencia y perjudicar la acción de la justicia. Sin embargo, un fin legítimo como éste no puede alcanzarse a costa de sustanciales restricciones a los derechos de la defensa. Por lo tanto, aquella información que resulte esencial para evaluar la legalidad de la detención debe ponerse, de manera adecuada, a disposición del abogado del imputado”*³⁹.

A nivel interamericano, la Corte IDH ha sostenido que *“El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”*⁴⁰.

legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”.

38. Estatuto de Roma, art. 54.3 “El Fiscal podrá: e) Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información”.

39. Corte IDH, Caso García Alva vs. Alemania, sentencia de 13 de febrero de 2001, parr. 42.

40. Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009, parr. 29

A nivel constitucional, todos estos estándares deben entenderse como parte del derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos.

2.4. El derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal constituye un eje fundamental en la protección de los derechos civiles y políticos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el artículo 3 que “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”. Por su parte el artículo 9 del PIDCP lo consagra expresamente al afirmar que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales.

Respecto a la Declaración Americana de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 1 se consagra el “*Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”. Por su parte, la CADH, dispone en cuanto al derecho a la libertad personal, en su artículo 1° que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal y que las causas que la limiten deben estar fijadas de antemano por la Constitución y las leyes.

Asimismo, la posibilidad de restricción del derecho a la libertad personal exige la concurrencia de distintos requisitos. En primer lugar, cualquier privación de la libertad física tiene como primer requisito su legalidad. Lo anterior implica la existencia de normas legales que regulen en cada Estado, desde las causales que justifican la afectación hasta el procedimiento para llevarlo a cabo. Al respecto, la Corte IDH ha señalado, en relación al artículo 7 de la CADH, que este tiene una doble dimensión, una formal y otra material, declarando que “*el aspecto material significa que nadie puede verse privado de libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley*” y en cuanto al aspecto formal “*se refiere a que esta privación sólo puede llevarse a cabo con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma*”⁴¹.

El segundo requisito para la restricción de este derecho, dice relación a que, junto a la legalidad, es necesaria la exigencia de ausencia de arbitrariedad, la cual debe estar presente tanto en el aspecto material como formal antes referido, es decir, tanto en la normativa como en la práctica de los funcionarios que la aplican. El Comité de Derechos Humanos, en el caso Van Alphen c. Holanda, estimó que “*la detención que sigue a un arresto legal debe ser razonable y necesaria en todas las circunstancias, condición que no se daba en el caso, por lo cual declaró que Holanda había violado el artículo 9 del Pacto Internacional*”⁴².

41. Caso Gangaram Panday, de 4 de diciembre de 1991, párr. 47; caso Bámaca Velásquez, párr. 139, 22 de Febrero de 2002; caso Duran y Ugarte, párr. 85, 16 de Agosto de 2000, entre otros.

42. CDH, caso Van Alphen c. Holanda, N° 305/1988.

En el sistema interamericano, por su parte, existe una tercera limitación en cuanto a que sólo se permiten restricciones “*necesarias en una sociedad democrática*”. Este requisito se establece explícitamente para los derechos de reunión pacífica, libertad de asociación y libertad de movimiento. Sin embargo, su aplicación como un límite a las restricciones de cada uno de los derechos de la Convención se puede deducir del contexto mismo de la Convención, especialmente a la luz de su objeto y propósito⁴³.

2.4.1.El plazo de detención

El artículo 7.5 de la CADH obliga al Estado a que “*toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales*” y en el punto 6 se consagra el derecho de toda persona privada de libertad a “*recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales*”.

Por su parte, el artículo 9.3 del PIDCP reconoce el derecho de las personas detenidas a ser llevadas sin demora ante un juez y en el punto 4 el derecho a recurrir ante un tribunal que decida sobre la legalidad de su privación de libertad.

La consagración de situaciones que autorizan plazos más largos de detención inicial tiende en sí misma a contravenir estos estándares. En efecto, los plazos que se consagran en cada Estado a efectos de presentar al detenido ante la justicia forman parte del derecho al debido proceso y no admiten suspensión o restricción, como otras normas de derechos humanos⁴⁴.

A nivel regional, la Corte IDH ha entendido que la demora tolerable en materias de puesta a disposición de un detenido ante el tribunal es la necesaria para efectuar el traslado⁴⁵.

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha referido en algunos casos a que un plazo de detención de 4 días, incluso a pretexto de investigar delitos terroristas, es excesivo y viola la garantía de ser puesto sin demora a disposición de la autoridad judicial⁴⁶.

43. MEDINA, *ob. cit.*, pág. 267.

44. Ver la Opinión Consultiva N°9 de la Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia, 6 de octubre de 1987.

45. Corte IDH, Caso Castillo Petrucci vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, par. 105, a) (citando a la Comisión IDH): “el Perú violó el artículo 7 de la Convención al no haber puesto a las supuestas víctimas a la orden del juez dentro del plazo razonable establecido en la Convención. En el caso en estudio el “juez militar recién [fue] anoticiado de las aprehensiones, de los allanamientos, de las requisas y de las pericias que se llevaron a cabo, treinta días después”, cuando la norma convencional establece que quienes sean detenidos deben ser llevados ante el juez sin demora, o bien con una demora tolerable. Puede entenderse como demora tolerable “aquella necesaria para preparar el traslado”.

46. Corte EDH, Caso Brogan vs. Reino Unido, sentencia de 29 de noviembre de 1988, y Caso O'Hara vs. Reino Unido,

2.4.2. La prisión preventiva

Sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva y la necesidad de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, previsibilidad y excepcionalidad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintos fallos ha sostenido que *“las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”*⁴⁷ y que, por lo mismo, en el entendido de que la prisión preventiva constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, *“debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal (...) En este sentido, el Tribunal ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”*⁴⁸. Por lo mismo, en el entendido de que la prisión preventiva constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, *“debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal (...)”*⁴⁹.

De este modo y para precaver el uso punitivo, es necesario garantizar que no existan delitos inexcusables *per se* y tener en cuenta que, incluso ante acusaciones graves como la de terrorismo, la prisión preventiva debe ser una medida excepcional y no constituirse en una pena anticipada, en sintonía con lo señalado recientemente por la Comisión IDH en su Informe de 2013 sobre prisión preventiva⁵⁰.

Ahora bien, en cuanto a los fines legítimos que debe tener la prisión preventiva, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido sistemática en sostener que para que esta sea respetuosa de los valores de una sociedad democrática debe trazarse como fines legítimos

sentencia de 16 de octubre de 2001. Ambos casos son referidos y comentados por Cecilia Medina, Derechos humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, Informe en derecho encargado por la DPP, 2012.

47. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, Párrafo 197; Caso Acosta Calderón, *supra* nota 189, párr. 74; Caso Tibi, *supra* nota 206, párr. 180; y Caso Ricardo Canese, *supra* nota 172, párr. 153.

48. Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, Párrafo 67; Cfr. Caso García Asto y Ramírez Rojas, *supra* nota 7, párr. 106; Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, Párrafo 69; Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párrafo 228.

49. *Ibíd.*

50. Comisión IDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13, 30 de diciembre de 2013, citado por INDH, 2014, página 19.

únicamente asegurar que el/la acusado/a no evada la acción de la justicia y no impida el desarrollo del procedimiento. Sobre el punto la Corte ha dicho que *“para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia”*⁵¹. Por lo mismo destaca la Corte IDH que nunca se debe perder de vista su carácter cautelar y no punitivo, puesto que de lo contrario, por ejemplo, una *“prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida”*⁵².

2.5 Igualdad y no discriminación

El ejercicio de derechos para todas las personas en igualdad de condiciones es requisito esencial en una sociedad democrática. En virtud del principio de igualdad y no discriminación, fundamento del sistema internacional de protección de los derechos humanos, se establece como una obligación del Estado de Chile adoptar aquellas medidas legislativas que sean necesarias para garantizar el efectivo goce de los derechos.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que *“la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”*⁵³.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que *“Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres*

51. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, Párrafo III; Cfr: Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 101 y Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 90; Cfr: Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, supra nota 58, párr. 103; Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, supra nota 58, párr. 90, y Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, supra nota 22, párr. III.

52. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela op. cit., Párrafo III.

53. Comité de Derechos Humanos Observación General No. 18 “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párr. I. U.N. Doc. HRI/GEN/I/Rev.7 at 168.

*de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos*⁵⁴.

Los órganos del Estado responsables de investigar e impartir justicia deben adoptar sus decisiones sobre la base de la razonabilidad y proporcionalidad en relación al fin perseguido. En caso contrario, se incurrirá en un tratamiento diferenciado respecto de las demás personas que integran la comunidad que no se justifica, y por tanto, sería un trato arbitrario y discriminatorio. Para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la aplicación selectiva está sometida a un escrutinio estricto, recayendo la carga de la prueba en el ente estatal, a fin de no contravenir la prohibición absoluta de discriminación⁵⁵.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a propósito de los/las migrantes indocumentados señaló en su Opinión Consultiva que *“... 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 ordenamiento jurídico”*⁵⁶.

Igualmente la Constitución Política de la República en su Artículo 1º inciso 1º consagra que *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Esta igualdad exige tanto un reconocimiento formal y también demanda una igualdad sustantiva, es decir, que el ejercicio de los derechos por parte de las personas no se vea obstruido por impedimentos fácticos. En otras palabras, el derecho no solo debe ser legalmente reconocido, sino que debe ser en la práctica ejercido libremente sin restricciones arbitrarias.

54. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 16 “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 34º período de sesiones, 2005, párr. 7. E/C.12/2005/4.

55. Comisión IDH (2002), OEA/SER.L/V/II. 116, Op. Cit., párrafo 355: *“[l]a investigación efectiva de los delitos de terrorismo, debido a su motivación ideológica y los medios colectivos con los que se ejecutan, podrían requerir la investigación de individuos o de grupos conectados con determinados movimientos políticos, ideológicos, religiosos, o, en el caso del terrorismo instigado por un Estado, los gobiernos de ciertos Estados. La Comisión también debe subrayar, sin embargo, que las iniciativas antiterroristas que incorporan criterios de esta naturaleza, a efectos de no contravenir la prohibición absoluta contra la discriminación, deben basarse en una justificación objetiva y razonable en el sentido de que deben perseguir un objetivo legítimo, respetando los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y asegurando que los principios sean razonables y proporcionados con el fin perseguido. Las distinciones basadas en factores mencionados explícitamente en los artículos pertinentes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto”*.

56. Corte IDH, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

3. Análisis del proyecto de ley

El INDH valora la apertura a legislar en torno a la materia para, como dice el mensaje del proyecto de referencia, actualizar la legislación antiterrorista a los estándares internacionales de derechos humanos. En este sentido constituye un avance que, coincidentemente con lo sostenido por el INDH, se constaten los problemas de los que adolece la actual ley 18.314 en materia de derechos humanos.

En términos generales, el proyecto en análisis intenta dar un paso decisivo en dirección a superar las deficiencias en materia de definición de terrorismo y garantías del debido proceso, punto que estuvo a la base del cuestionamiento que hiciera el INDH en relación con la Ley 18.314. En este sentido, la opción por una definición más precisa de los delitos de terrorismo que tiene en cuenta que en principio estos son cometidos por un tipo de organización criminal, el aumento de resguardos para los eventuales imputados, así como la búsqueda de un tratamiento sistémico a los crímenes de más alta complejidad resultan un esfuerzo en dicha dirección.

Sobre las modificaciones de carácter procesal penal en particular, el proyecto introduce medidas y diligencias tendientes no solo a fortalecer la investigación de los delitos terroristas, si no que abarca un ámbito de aplicación mucho más amplio consagrando medidas para facilitar la investigación de los delitos más complejos como la criminalidad organizada.

Destaca la exigencia de autorización judicial para la aprobación de medidas intrusivas y utilización de agentes encubiertos y agentes reveladores en los procedimientos en que ellas se utilicen. Por su parte, en cuanto al denominado uso indirecto de la ley antiterrorista, se establece que en ningún caso se podrá fundar una condena para un delito diferente con medios probatorios permitidos para estos casos.

También resulta un avance el régimen propuesto para los testigos protegidos, el que resulta más respetuoso de los derechos de los acusados que el de la legislación vigente, toda vez que se resguarda el ejercicio del derecho de defensa. Así, se establece que en ningún caso la duración de la reserva de dichos testigos podrá exceder de seis meses desde la primera declaración del testigo protegido y siempre cesará la reserva una vez cerrada la investigación. Igualmente se señala que en ningún caso la reserva del testigo impedirá el ejercicio del derecho a la defensa a que se le revele la identidad del testigo que sea(n) ofrecido(s) como medios de prueba por el Ministerio Público en su acusación y garantizándose igualmente el derecho a contrainterrogarlos en la oportunidad que corresponde.

No obstante lo señalado, persisten puntos de preocupación. Uno de ellos dice relación con la ausencia de modificaciones a la Constitución Política en materia de terrorismo. En el Informe del INDH entregado a la Comisión de Expertos para la Revisión de la Ley 18.314 se criticó especialmente el hecho de que la Constitución establezca que por el sólo hecho de que una persona sea acusada de la comisión de esta clase de delitos se le suspenda el derecho a sufragio, lo que vulneraría el derecho a la presunción de inocencia. Además se cuestionó la existencia de requisitos adicionales que se imponen para la obtención de la libertad provisional. Es comprensible que esta materia no sea abordada en el proyecto de ley, considerando que se trata de una reforma legislativa que requiere de una ley de quórum calificado. La modificación de los aspectos de la regulación constitucional del terrorismo tendría entonces que ser objeto de un futuro proyecto de reforma constitucional.

También queda pendiente otro aspecto que preocupa al INDH. Se trata de la falta de regulación legal y, por lo tanto, de garantías respecto del modo en que se ejecutan en Chile las resoluciones internacionales relativas a la lucha contra el terrorismo internacional⁵⁷.

En cuanto al contenido del proyecto, preocupan algunas modificaciones que desmejoran situaciones en relación al régimen de la ley 18.314, reflejado en la regulación que se propone sobre los niños, niñas y adolescentes cuya exclusión del ámbito de la legislación antiterrorista es más restringida en este proyecto que en la actual legislación. En efecto el proyecto solo los/as excluye para efectos de sanciones y determinación de penas.

Preocupa también que el proyecto establezca limitaciones a los beneficios alternativos de cumplimiento de las penas de la ley 18.216 (reformada por la ley 20.603), excluyendo en algunos casos la posibilidad de estos beneficios a quienes resulten condenados por la nueva ley, pudiendo llegar a ser inconstitucional por discriminatoria y vulneratoria del principio de igualdad.

Por su parte, en materia procesal penal el INDH advierte algunos problemas en relación a la incorporación de medidas de carácter investigativo respecto de la criminalidad compleja u organizada, con prescindencia que se trate o no de la delincuencia terrorista. Con lo anterior se pretende que la normativa sea aplicable para todos los delitos de mayor gravedad, lo que atendido su alcance muy amplio nos parece que requeriría de mayor justificación ya que se trata de casos que exceden la motivación fundamental del proyecto, que es la investigación y persecución de los delitos terroristas.

57. A modo de ejemplo, podemos señalar que el cumplimiento de importantes medidas como las contenidas en las resoluciones 1267 (1999) y 1455 (2003) del Consejo de Seguridad ha quedado entregado a Decretos como el N° 106-2002 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En este mismo sentido, además no se define que se entiende por “delitos complejos” y, si bien existe una lista de delitos respecto de los cuales operaría la modificación, también es cierto que se considera una clausula que permite al Fiscal solicitar su aplicación a otros delitos no contemplados en el referido catálogo, con lo que en la práctica podría terminar aplicándose en la generalidad de los casos, cuestión que no responde a ninguno de los motivos expresados por este proyecto de ley.

3.1. Observaciones específicas al proyecto de ley

a) Definición del delito de asociación criminal terrorista

El Proyecto declara entender el terrorismo como crimen organizado y establece como figura penal básica el delito de asociación criminal terrorista. El artículo 1° del proyecto prescribe:

“Artículo 1°.- Constituirá asociación criminal terrorista toda organización o grupo cuando, a través de la perpetración de los crímenes por ella proyectados, y siempre que éstos consistan en aquellos establecidos en los artículos 141, 142, 150 A, 315, 316, 391, 395, 396, 397 o 398 del Código Penal y artículos 5°, 5° b) y 6° de la Ley N° 12.927 el delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios establecido en la Ley N° 17.798, se persiguiera socavar o destruir el orden institucional democrático, alterar gravemente el orden público, imponer exigencias a la autoridad política, arrancar decisiones de ésta o infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de los derechos fundamentales.

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente, la asociación se entenderá efectivamente organizada en atención a la cantidad de sus miembros; su dotación de recursos y medios; la división de tareas o funciones, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo.”

De la definición propuesta por el proyecto, se puede observar que ella contiene al menos tres elementos esenciales, a saber: un elemento de carácter estructural, un elemento de carácter instrumental y un elemento de carácter teleológico. El elemento estructural se encuentra dado por la exigencia de que se trate de una organización o grupo, inclinándose con ello por la formula o modelo de terrorismo como forma de crimen organizado. Para estos efectos, el inciso segundo del citado artículo se encarga en entregar los criterios para saber cuando se trata o no de una organización de personas en tal sentido.

Respecto al elemento instrumental, este se encuentra dado por la existencia de los denominados delitos medios, necesarios para el actuar de la asociación. El proyecto establece más de 25 tipos penales que pueden servir de base para el delito de la asociación terrorista, incluidas figuras del Código Penal, la Ley 12.927 de Seguridad Interior del Estado y la Ley 17.798 de control de armas y explosivos.

Sobre las figuras del Código Penal incluidas, en términos generales el INDH no tiene comentarios puesto que en general se trata de conductas que revisten la gravedad suficiente para ser incluidas y, en relación al catálogo actual de delitos que pueden ser considerados terroristas, se excluyen aquellas figuras que importan delitos contra la propiedad. Habría sido deseable, sin embargo, incluir la figura del artículo 150 B, que en los casos de apremios ilegítimos o tortura sanciona a los particulares que realicen estos actos a instancias de agentes del Estado, situación que parecería adecuado agregar en la lógica de lo que se pretende regular con esta iniciativa legal.

Llama la atención en todo caso que, en ausencia de una figura que se refiere específicamente a la colocación de artefactos explosivos, el listado de delitos del CP no incluya la figura del artículo 403 bis (envío de cartas o encomiendas explosivas).

Respecto, en cambio, al catálogo la ley 12.927 el INDH ya ha señalado en su Informe Anual de 2012 que desde el punto de vista de los derechos humanos esta normativa “*exacerba la penalidad y el rigor de la sanción penal de manera especial*”⁵⁸, en circunstancias que la protección del orden público en el Título VI del Libro II del Código Penal sería suficiente con el conjunto de disposiciones que ofrece, partiendo por la figura de desorden público del artículo 269. Además, el INDH ha afirmado que esta ley “*lesiona las garantías judiciales básicas al contemplar tipos penales que contravienen los principios de legalidad y tipicidad*”⁵⁹.

Por lo tanto, no es aconsejable desde el punto de vista de los derechos humanos que el listado de delitos señalados en el artículo 1 haga remisiones a una amplia cantidad de figuras penales contenidas en la Ley de Seguridad Interior del Estado, toda vez que se corre el

58. INDH, Informe Anual 2012, Capítulo I, página 34.

59. INDH, Informe Anual 2012, Capítulo I, página 34. También se puede decir que resulta complejo que en una disposición legal que crea un tipo penal se haga una remisión a lo que de una simple lectura de la Ley en cuestión resulta que existen a lo menos una docena de figuras penales que al igual que las ya mencionadas del Código Penal pueden engrosar las actividades de una “asociación criminal terrorista”. El artículo 5 que se cita directamente, en realidad remite a su vez a las figuras del artículo anterior, que son siete. El artículo 6 contempla directamente otras siete figuras delictivas. Por su parte, el artículo 5 b) sanciona a “los que con el propósito de alterar el orden institucional o la seguridad pública, o de intimidar a la población o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad, privaren de libertad a una persona”. Como se puede observar, es una especie de secuestro distinta a la del CP, figura calificada por la referencia a ciertos fines que se asemejan bastante a la definición de terrorismo que se extrae del Proyecto en comento.

riesgo que la nueva legislación se aboque más a la criminalización de la disidencia política que al fenómeno propiamente terrorista.

Por otra parte, la remisión a la ley de control de armas y explosivos (17.798) también resulta en principio problemática, por cuanto tiene el grave problema de que en dicha ley no hay alusión alguna a un delito de “colocación de artefactos explosivos”, sino que a su porte o posesión en contravención al régimen regulado en dicha Ley. Los delitos de porte o posesión de artefactos explosivos o bombas son a lo menos tres (artículos 9, 13 y 14) y no queda claro si en el proyecto se están refiriendo a una o más de estas figuras. Sería deseable crear una norma penal que específicamente aborde ese tema en el proyecto, cuestión que se hacía en la propuesta contenida en el Informe de la Comisión de Expertos⁶⁰.

En este sentido, preocupa al INDH que no resulte claro el tipo de comportamiento que en definitiva se pretende sancionar, puesto ello podría constituir una afectación a los principios de legalidad y tipicidad, establecidos en el artículo 19 N° 3 de la CPR así como en el artículo 9 de la CADH.

Respecto del elemento teleológico, existe poca claridad en cuanto al sentido y alcance de las “finalidades” que se señalan en el Art. I del proyecto. En efecto, no queda claro si estas deben concurrir conjuntamente a la configuración del ilícito o independientemente unas de otras. Además, en relación con las expresiones como “*alterar gravemente el orden público*” o “*imponer exigencias a la autoridad política*” pueden generar numerosas dificultades a la hora de la aplicación en el caso concreto por parte de los tribunales de justicia. Por último, en relación a la expresión “infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de los derechos fundamentales” si bien objetiva la finalidad en relación con la

60. En dicha propuesta se agregaba al CP una figura nueva, el artículo 403 ter, que consagraba directamente dentro de la legislación penal común un crimen relativo a la colocación de bombas o artefactos explosivos (“que pudieren afectar la vida o la integridad corporal de las personas”, si la bomba o artefacto se *instala, activa o hace detonar* “en cualquier lugar de uso público, redes de transporte público, instalaciones de Estado o instalaciones de infraestructura”). Cabe agregar que la aplicación de la Ley de Control de Armas a casos de colocaciones de bombas obedece más bien a una solución jurisprudencial alcanzada en años recientes, luego de la eliminación de las presunciones que en el artículo I de la Ley 18.314 permitían dar por establecida la finalidad terrorista salvo que la defensa probara lo contrario. El caso más conocido en que se efectuó este razonamiento fue el de Luciano Pitronello, condenado por la colocación de una bomba en una sucursal bancaria, acción que fue estimada como constitutiva de infracción a la ley 17.798 y delito de daños (RIT 150-2012 del 4° TOP de Santiago). Confirmando la sentencia del TOP, el considerando vigésimo quinto de la sentencia que rechaza el recurso de nulidad impetrado por el MP señala que, aunque los tipos de la Ley de Control de Armas no incluyan expresamente la “colocación” de un artefacto explosivo, las conductas demostradas “necesariamente quedan comprendidos por ellos, ya que para instalar o colocar una bomba ha de portarse o tenerse previamente” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2384-2012). Por todo lo anterior, una propuesta con estos reparos podría vulnerar los principios de legalidad y tipicidad, desde la óptica de la incertidumbre en que queda el/la ciudadano/a potencialmente imputable de cometer esta clase de delitos.

privación de derechos, no la aclara en torno a la población de que se trate, dejándolos a la completa discrecionalidad del juez en cada caso concreto.

b) La regulación del “terrorista solitario”

La regulación de los denominados casos de terrorismo individual (artículo 3° del proyecto) genera preocupación para el INDH en tanto resulta contradictoria, en términos generales, con los fundamentos del mismo proyecto, en cuanto afirma entender el terrorismo como crimen organizado. En efecto, el proyecto pierde coherencia en cuanto a sus propios fundamentos de entender el terrorismo como criminalidad organizada. Al respecto, el Informe de Expertos que asesoró al Ministerio del Interior en la elaboración del proyecto en comento, propuso como fórmula de tipificación el modelo de asociación criminal o delito organizacional y excluyó de toda consideración esta figura⁶¹.

No obstante lo anterior el proyecto considera dos hipótesis distintas de terrorismo individual para efectos de punibilidad. En el primer caso, castiga a quien, sin pertenecer a una agrupación, actúa adhiriendo positivamente a los propósitos de una organización terrorista (actuar por adherencia). Esta adhesión positiva, de acuerdo al texto podría darse en forma expresa o tácita y por cualquiera sea el medio en que se realice. Aquí no resulta del todo clara la formula diseñada para la vinculación con la asociación, en el sentido de que no se encuentran criterios para determinar su sentido y alcance. En el segundo caso es evidente la desconexión de esta figura y solo bastará que se cometa con la finalidad y a través de los crímenes que establece el artículo 1°.

c) La situación de los niños, niñas y adolescentes en el proyecto de ley

La situación de los niños, niñas y adolescentes en el proyecto constituye un importante motivo de preocupación, toda vez que la actual propuesta desmejora el régimen que establece la ley 18.314, según la cual los menores de edad están totalmente excluidos de su ámbito de aplicación.

Este tema había sido objeto de preocupación bajo la legislación antiterrorista actual, producto de la cual en el 2010 mediante la reforma efectuada por la Ley 20.467 se agregó al artículo 1 de la Ley 18.314 la siguiente frase: “*por aplicación del principio de especialidad se aplicarán siempre el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente*”. Dicho intento legislativo por excluir a los adolescentes de la aplicación de la LAT no fue suficiente, puesto que el

61. Informe de la Comisión de expertos sobre la regulación jurídica de las conductas terroristas, octubre de 2014

Ministerio Público insistía en que en principio sí era posible aplicarles esta normativa, pero realizando los ajustes contemplados en el sistema de responsabilidad penal adolescente. Por eso fue necesaria una nueva modificación legal mediante la Ley 20.519 de junio del 2011 que señaló claramente y de manera tajante que *“La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años”*.

La propuesta actual vuelve a introducir confusión en esta materia, dado que el inciso 1° del artículo 8 señala que *“en ningún caso, adolescentes podrán ser juzgados por los delitos señalados en los artículo 1, 3, 5 y 6”*. Esta formulación resulta defectuosa, toda vez que deja fuera el artículo 2, que en conjunto con el artículo 1 es lo que permite establecer distintos tipos de responsabilidad por distintas formas de participación en las actividades de la asociación a la que se refiere el artículo 1.

Más complejo aún es que luego, en el inciso 2° del Art. 8 del proyecto, la exclusión que aparentemente consagra el inciso anterior se desdibuja al señalar que ella *“no se extenderá a las medidas de investigación y demás disposiciones que no digan relación con la determinación y cuantía de la sanción a imponer a los adolescentes responsables de algunos de los delitos a que se refieren los artículos anteriores”*. De esta forma, la propuesta de reforma legislativa deviene en regresiva respecto de los estándares ya contemplados y garantizados por la Ley 20.519, abriendo el camino para nuevas formas de aplicación más o menos directa de la normativa antiterrorista a personas menores de 18 años, lo que claramente contraviene lo dispuesto en instrumentos tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Opinión Consultiva 17-2002 de la Corte IDH y la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño⁶².

d) La prohibición de beneficios alternativos de acuerdo a la Ley 18.216

El proyecto niega la posibilidad de sustitución de las penas conforme a los beneficios alternativos de cumplimiento de estas, consagrados en la Ley 18.216, cuyo ámbito de aplicación es de carácter general. En efecto, en el caso de tratarse de los delitos de los artículos 1, 5, y 6 del proyecto se encuentra proscrita su procedencia. Lo anterior podría llegar a ser inconstitucional por discriminatoria, vulnerando con ello el principio de igualdad, toda vez que no se avizoran argumentos razonables para impedir a priori la procedencia de estos beneficios, sin un desarrollo argumentativo más consistente.

Efectivamente, hay un conjunto principios y normas que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha venido desarrollando en relación a las personas condenadas, que

62. Observación General N° 10, Comité de los Derechos del Niño, 25 de abril de 2007.

se orientan a prohibir el establecimiento de medidas fundadas en violación al principio de igualdad y no discriminación. Así, por ejemplo, las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de Naciones Unidas estatuyen que las mismas deben ser aplicadas imparcialmente sin hacer diferencias de trato fundadas entre otras categorías, en la raza, color, sexo, religión, opinión política u otra situación cualquiera (principio 6.1) y además alienta a los Estados a que “[a]ntes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia (...)” (Principio 60.1)⁶³.

La posibilidad que personas que purgan condenas por esta clase de delitos puedan acceder a beneficios en la etapa de ejecución de la pena, no contraviene la obligación a cargo del Estado, consistente en investigar y a garantizar en todo tiempo y lugar el acceso a la justicia, incluida la determinación de responsabilidades penales y la consecuente aplicación de sanciones efectivas y proporcionales a la gravedad de los ilícitos perpetrados, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario reclaman respecto de los delitos terroristas. Esta ha sido por lo demás también la opinión del INDH en informes anteriores⁶⁴.

e) Penalidad

En cuanto al tipo penal que castiga al “integrante que hubiere fundado o contribuido a fundar o a quien provea o haya proveído fondos para su financiamiento”, despierta preocupación la alta penalidad asignada, que va desde los diez años y un día a 20 años. Estas penas son mucho más intensas que las penas asignadas al integrante no fundador y a las penas que señala el artículo 5, norma en que las penas tienen un rango mínimo de 541 días y 10 años en su máximo, cuestión que permitiría a los/las jueces/juezas mayor flexibilidad para adecuar criterios de proporcionalidad necesarios.

En comparación a la regulación actual relativa a la “asociación ilícita terrorista” del artículo 2 N° 5 de la Ley 18.314 (que aumenta dos o un grado en relación al sistema de penas contemplado en los artículos 293 y 294 en el CP para la asociación ilícita común), el sistema de penas se vuelva más rígido e inflexible, sobre todo si tal como parece ser en el modelo propuesto, se pretende que siempre los hechos se sancionen como crímenes.

63. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C(XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

64. Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad, aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013 – Sesión 153.

El mensaje que contiene el proyecto, afirma estar consciente que una de las problemáticas de la actual legislación es el desproporcionado régimen de penas. No obstante, más allá de esta declaración se puede observar que no contiene criterios reconocibles de proporcionalidad, entendiéndose que debe existir una adecuación o correspondencia entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita⁶⁵.

f) El ámbito general de aplicación de las medidas propuestas

El proyecto describe en el Art. 226 una serie de delitos a los que le serán aplicables las nuevas medidas investigativas. Posteriormente establece que, además, en casos que el Ministerio Público justifique, podrán proceder igualmente las referidas medidas. Lo anterior puede terminar generalizando el estatuto de excepción y con ello endureciendo los marcos de persecución penal a la totalidad de los ilícitos del sistema. Dicha posibilidad socava el sistema de garantías y límites del Derecho Penal, que se expresa en el propio CPP cuando señala en su artículo 5 que *“las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente (...)”*.

En todo caso, es fundamental que el proyecto consagre disposiciones que, aun cuando restrinjan derechos fundamentales, lo hagan de acuerdo a la ley y respetando siempre las exigencias provenientes del principio de necesidad, proporcionalidad y legalidad contenidas en los estándares nacionales e internacionales. Ello quiere decir que cualquier intervención que tenga por objeto limitar el ejercicio de los derechos fundamentales resulta válida siempre que cumpla con a lo menos tres requisitos: primero, que la limitación constituya un medio idóneo para el fin perseguido por el legislador; segundo, que sea además necesaria; y, tercero, que entre los sacrificios y los beneficios perseguidos exista proporcionalidad, en sentido estricto⁶⁶.

g) Plazo máximo para la detención

En cuanto al plazo máximo para la detención, se propone un límite de cinco días, cuestión que constituye un avance respecto de la ley actual y que se enmarca dentro de los límites que establecen estándares de derechos humanos en la materia. Sin embargo, dicho plazo no sólo rige para los delitos terroristas si no que será de aplicación general respecto de

65. “El Derecho penal y procesal penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2006-2010)”, p. 68.

66. Tribunal Constitucional STC Rol 541, considerandos 15 y 16; STC Rol 519, considerando 19; y las sentencias allí mencionadas. Del Tribunal Constitucional Español, STC 66/1995; STC 55/1996; STC 207/1996, entre otras. Del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 19, 342 [348]; BVerfGE 90, 145; BVerfGE, 75, 108 [154 y siguientes], entre muchas otras.

los delitos que señala el artículo 226 m) del proyecto. Lo anterior es contrario a lo que el INDH ha recomendado⁶⁷, en cuanto a que el plazo máximo para los delitos terroristas se igualara a la regla general. Además, se produciría un evidente retroceso en cuanto a cómo opera este derecho en la actualidad, siendo que el plazo máximo para los delitos que no estén dentro del marco de la ley 18.314 es de 24 horas, ampliables a tres días como máximo.

h) Plazo de las investigaciones

Igualmente en materia de plazos, el art. 226 c) establece como plazo máximo para la investigación de los delitos complejos tres años, aumentando en un año el plazo contenido en las reglas generales del sistema, decisión que podría tensionar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, garantía inspiradora del actual sistema procesal penal en concordancia directa con el artículo 8.1 de la CADH, el cual dispone que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...”*.

i) Secreto de las investigaciones

El art. 226 d) sobre secreto de la investigación establece que en casos justificados el Ministerio Público podrá ampliar el plazo general del art. 182, el cuál con autorización judicial no podrá exceder de seis meses. Lo anterior es contrario a lo sostenido por el INDH en su informe, empeorándose la situación actual ya que se aplicará a una mayor cantidad de delitos⁶⁸.

j) En cuanto a la prisión preventiva

En relación a la prisión preventiva, se agrava el régimen normal existente para estos delitos. Lo anterior podría ser contrario a la especial y excepcional naturaleza que tiene esta institución, de acuerdo a lo que informa en forma categórica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el propuesto artículo 226 N, establece medidas especiales en prisión preventiva, en cuanto a la posibilidad de recluir al imputado en lugares públicos destinados a ese objeto, establecer restricción al régimen de visitas e interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones. Todo lo anterior es contrario a la excepcionalidad y finalidad de la prisión preventiva según los estándares internacionales de derechos humanos ya vistos.

67. NDH, 2014, punto 10: Conclusiones, letra e).

68. INDH, 2014, punto 8: secreto de piezas de la investigación.

4. Conclusiones

En cuantos a los aspectos positivos del proyecto de ley se pueden mencionar los siguientes:

- a) De la propuesta se valora la intención expresa de adecuar la legislación vigente a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- b) En esa adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos, constituye un avance lo que se propone respecto a la necesidad de autorizaciones judiciales para las medidas intrusivas y para la actuación de los agentes encubiertos e informantes.
- c) En relación al uso de la figura de los testigos protegidos es destacable que se busque compatibilizar su aplicación con el pleno ejercicio del derecho de defensa, tal como se han recomendado el INDH y órganos de los tratados de derechos humanos.

No obstante la valoración positiva de los aspectos mencionados, el proyecto adolece de los siguientes problemas desde el punto de vista de los derechos humanos:

- d) Al tratarse de un proyecto de ley de quórum calificado, subsisten los problemas ya señalados por el INDH acerca de la regulación constitucional del terrorismo, esto es, la suspensión de derechos políticos por el sólo hecho de ser acusado, con lo cual se contraviene la presunción de inocencia, y la existencia de requisitos adicionales para la concesión de libertad provisional. La necesidad de modificar estos aspectos criticables de la regulación constitucional queda a la espera de un futuro proyecto de reforma constitucional.
- e) La definición de terrorismo que está contenida en el artículo I del proyecto sigue siendo ambigua e insuficiente a la luz de los estándares relacionados con los principios de legalidad y tipicidad, y amplía la definición anterior al incorporar más finalidades alternativas, que hacen más difusa y problemática la definición.
- f) Resulta particularmente problemático desde el punto de vista de los derechos humanos que el listado de delitos señalados en el artículo I haga remisiones a una amplia cantidad de figuras penales contenidas en la Ley de Seguridad Interior del Estado, con lo cual se corre el riesgo que la nueva legislación se aboque más a la criminalización de la disidencia política que al fenómeno propiamente terrorista. La remisión que se hace a una figura de la Ley de Control de Armas y Explosivos es confusa y contraviene también los principios de legalidad y tipicidad, puesto que un corolario de estos principios es que “la legislación penal debe estar formulada sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos y unívocos” (Comisión IDH, Informe de Fondo 176/10, p. 116).

g) La opción por consagrar legalmente el “elemento estructural” de los delitos de terrorismo parece razonable, pero al legislar formas de participación que incluyen la posibilidad del “terrorismo solitario” la propuesta legislativa adolece de problemas de coherencia.

h) El proyecto desmejora claramente la condición jurídica de niños, niñas y adolescentes, que desde la modificación efectuada por la Ley 20.519 a la Ley Antiterrorista estaban totalmente excluidos de su aplicación.

i) La consagración de un sistema de ejecución de penas que prohíbe la aplicación de beneficios alternativos o penas sustitutivas resulta problemática en tanto podría vulnerar el principio de igualdad y no discriminación.

j) Se aprecia como resultado general de la propuesta una tendencia al aumento de las penas que podría afectar el principio de proporcionalidad y al uso de la prisión preventiva, lo que es contrario a los estándares de derechos humanos desarrollados respecto a dicha medida cautelar.

k) En materia procesal penal, preocupa al INDH que el régimen especial de investigación incorporado por el proyecto y que constituye un Párrafo completo que se agrega al CPP termine extendiéndose excesivamente a otro tipo de ilícitos y por esa vía se normalicen regulaciones de medios que por definición deben ser excepcionales y de aplicación restrictiva.

l) Específicamente en cuanto al plazo de detención inicial, el plazo de hasta cinco días para formalizar disminuye a la mitad el plazo actualmente regulado en la Ley 18.314, pero aumenta en dos días el plazo máximo permitido en el sistema del CPP, aumentando su procedencia para otro tipo de delitos (todos los señalados en el artículo 226 A). Respecto al plazo de investigación de 3 años contemplado para todos los delitos a que hace referencia el nuevo título propuesto, se valora positivamente que dicho plazo comience a contarse desde que hay una intervención judicial, pero se estima que la extensión de 1 año por sobre el tope máximo contemplado en el sistema del CPP puede vulnerar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. El secreto de las piezas de investigación puede extenderse hasta por 6 meses, lo cual no es distinto a lo señalado en la LAT actual, con la diferencia de que ahora se podrá extender dicho plazo máximo a un conjunto de otros delitos.

