

La actividad legislativa y
los derechos humanos en Chile

PRINCIPALES INFORMES DEL INDH
AL PARLAMENTO
2015

2

INDH
INSTITUTO NACIONAL DE
DERECHOS HUMANOS 

La actividad legislativa y
los Derechos Humanos en Chile

PRINCIPALES INFORMES DEL INDH
AL PARLAMENTO

2015



**ACTIVIDAD LEGISLATIVA Y DERECHOS HUMANOS EN CHILE.
PRINCIPALES INFORMES DEL INDH AL PARLAMENTO 2015**

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
Patricia Rada Salazar
Juan Cristóbal González Sepúlveda
Leonardo Urrutia Álvarez

Diseño y diagramación

Rosana Espino Ojeda

Impresión

LOM Ediciones Ltda.

ISBN: 978-956-9025-74-7

Registro de Propiedad Intelectual: 261.470

Primera edición
800 ejemplares
Santiago de Chile
Enero de 2016

ÍNDICE

Presentación	7
1. Obligaciones estatales sobre el desminado en el territorio nacional	9
2. Igualdad y no discriminación: obligaciones internacionales del Estado	33
3. Formación ciudadana y Derechos Humanos	59
4. Política forestal, impacto social y ambiental	75
5. Persecución penal, orden público y Derechos Humanos	119
6. Acceso a la información y memoria histórica	185

PRESENTACIÓN

Para una institución nacional de derechos humanos, la incidencia será siempre uno de sus principales objetivos. La capacidad de influir en la labor legislativa del país, procurando que ella tenga en los derechos humanos un punto de referencia ineludible, será una medida importante de la eficacia y trascendencia de su accionar.

El INDH ha empeñado, desde su origen, importantes esfuerzos en esta perspectiva, incluida expresamente en el número 4 del artículo 3 de la ley 20405 que fija nuestro mandato y funciones.

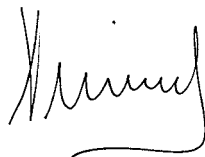
La presencia permanente en las Comisiones y debates legislativos sobre temáticas que afecten derechos, la asesoría a las Comisiones de Derechos Humanos y a los parlamentarios involucrados, la entrega de informes que aborden esas materias y la explicitación de opiniones institucionales son parte fundamental de nuestro quehacer.

A ello hemos agregado la realización de Talleres formativos dirigidos a parlamentarios y, sobre todo, a asesores de la función legislativa, de manera que dispongan de herramientas que les permitan incorporar el enfoque de derechos en sus importantes labores.

Como es natural, este es un esfuerzo permanente y cuyos resultados dependen de diversos factores. En aquellos que sean de nuestra competencia, seguiremos aplicando nuestras mejores capacidades.

En ese sentido se inscribe la entrega de esta segunda publicación sobre ACTIVIDAD LEGISLATIVA Y DERECHOS HUMANOS EN CHILE. PRINCIPALES INFORMES DEL INDH AL PARLAMENTO 2015. En él se reúnen, una vez más, los textos más importantes que, durante el año recién pasado, resumieron la posición oficial del INDH sobre algunos de los más relevantes proyectos de ley que, involucrando aspectos relativos a los derechos humanos, se tramitaron durante ese período legislativo.

Esperamos que esta publicación sea de utilidad para quienes tienen diversas responsabilidades en la tarea legislativa y para todos quienes aspiran a que el marco normativo nacional sea cada vez más armónico con los estándares y obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.



Lorena Fries Monleón
Directora del INDH

1

Obligaciones estatales sobre el
desminado en el territorio nacional

Informe sobre el proyecto de ley que proporciona reparación y asistencia en rehabilitación a las víctimas de explosión de minas u otros artefactos explosivos militares abandonados sin estallar. Boletín N° 9109-02

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 15 de junio de 2015 - Sesión 256.

I. Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley que se informa trata sobre la consagración, a nivel legal, de un sistema de reparaciones y otorgamiento de asistencia en rehabilitación e inclusión social a las víctimas de accidentes ocasionados por minas u otros artefactos explosivos militares que hubiesen quedado abandonados y sin estallar en territorio chileno. Su objetivo es hacerse cargo del legado de víctimas de estos armamentos, tanto del pasado como hacia el futuro, en función de la evolución experimentada por el derecho internacional humanitario que ha generado la obligación para los Estados de suprimir la fabricación, almacenamiento y utilización de ciertos tipos de armamentos, de su destrucción, como la de asistir a las víctimas de los mismos.¹

El proyecto de ley en comento dice relación, además, con un conjunto de obligaciones según estándares internacionales en derechos humanos, tanto desde la óptica de una reparación integral a las víctimas que sufren violación a sus derechos fundamentales, como desde la perspectiva de asistencia e integración social que debe otorgarse a personas que se encuentren por esta razón en situación de discapacidad. En efecto, cabe precisar, que la gran mayoría de víctimas sobrevivientes de accidentes por explosión de minas u otros artefactos explosivos militares, abandonados o sin estallar, son personas que actualmente sufren de distintos grados o niveles de discapacidad.

El proyecto de ley constituye, sin dudas, una iniciativa muy positiva de reparación a las víctimas de minas, u otros artefactos explosivos militares abandonados y sin estallar, no obstante lo cual aún subsisten materias perfectibles desde una óptica de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, fundamentalmente en el cabal respeto a ciertos

¹ Todo ello, de conformidad con tres tratados internacionales sobre armamentos suscritos y ratificados por Chile: la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y su Destrucción, de 1997, conocida como la Convención de Ottawa; la Convención sobre la Prohibición o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, en particular su Protocolo V; y la Convención sobre Municiones en Racimo, de 2008, conocida como la Convención de Oslo.

principios como la igualdad ante la ley, no discriminación, como en consagrar un sistema de reparaciones y asistencia más acorde al concepto de integralidad de la reparación.

II. Antecedentes

Durante la década de los años 70 el estado de relaciones con países limítrofes hizo temer la posibilidad de que ocurrieran uno o más conflictos bélicos, lo que motivó al Estado chileno –a través de sus Fuerzas Armadas– a sembrar minas terrestres en diversos puntos del país, concentrándose tanto en la frontera norte con Perú y Bolivia, como a lo largo del extremo sur de la frontera con Argentina, en la isla de Tierra del Fuego y sus alrededores. Durante estos años, asimismo, la dictadura militar decide instalar una serie de campos minados en recintos militares como Peldehue o Tejas Verdes, o en centros de detención como Pisagua.²

Según estadísticas de la Comisión Nacional de Desminado (en adelante, CNAD), al 26 octubre de 2013 se cifraba la cantidad de minas terrestres instaladas a nivel nacional en 181.814, habiendo sido destruidas 76.972, lo cual representaba un 42,34% de avance en desminado; por otro lado, se contabilizaban 199 áreas minadas –campos demarcados, recintos militares, otros– de las cuales 83 habían sido liberadas, representando un avance del 41,71%; mientras que de los 23.207.281 metros cuadrados considerados como superficie afectada, habían sido liberados 9.302.475 metros cuadrados, lo que representaba un 40,08% de avance. La región más afectada por minas abandonadas era la Región de Arica y Parinacota, que registraba 137.717 minas terrestres sembradas, de las cuales sólo 49.332 habían sido destruidas, representando un avance en desminado de 35,82%.

Si bien en décadas pasadas la utilización de los armamentos en cuestión no se encontraba aún proscrita por el derecho internacional humanitario, lo cierto es que hoy el desminado se ha hecho imperativo y prioritario para Chile a partir de la entrada en vigencia de la Convención de Ottawa y, más aún, luego de que en 2011 se solicitara por parte del Estado, conforme al artículo 5.3 de dicho tratado, una prórroga en 8 años del plazo original para dar cabal cumplimiento a la obligación básica de “destruir, o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal colocadas en las zonas minadas que estén bajo su jurisdicción o control”.³ Conforme al nuevo plazo el desminado debe estar concluido al año 2020. Por su parte, el transcurrir del tiempo ha ido produciendo un legado de víctimas cuya responsabilidad es atribuible a la acción u omisión del Estado de Chile en la materia.

² Por su parte, el Estado de Chile equipa a su Fuerza Aérea con bombas de racimo –fabricadas por empresas nacionales tanto públicas como privadas– y al Ejército con sistemas de cohetes múltiples cuyas cabezas de combate contenían sub-municiones.

³ Convención de Ottawa, artículo 5.1.

Tanto civiles como militares han sido víctimas de la explosión de estas minas u otros artefactos explosivos, abandonados y sin estallar. Su abandono se ha debido a variadas causas, tanto a su mero olvido como a su desconocimiento, falta de registros actualizados y a la remoción a la que hayan podido ser objeto como consecuencia de la acción de agentes externos –aludes, inundaciones, terremotos, entre otros.

De acuerdo a cifras oficiales de la CNAD, se indica que desde 1970 hasta el 1 de marzo del año 2013 se registran 140 personas víctimas como consecuencia de la explosión de minas terrestres o de explosivos militares sin detonar. De ellas, 16 civiles y 12 militares fallecieron, y 40 civiles y 72 militares resultaron lesionados. Esta cifra no generaría consensos entre agrupaciones de víctimas, que consideran cifras más abultadas: a la fecha estiman 170 casos, entre civiles y militares, muertos o sobrevivientes, sobrevivientes con o sin discapacidad (algunos casos no tienen una discapacidad pero presentan esquirolas u otras lesiones no invalidantes, pero son consecuencia del accidente).⁴ El número exacto de víctimas es difícil de establecer puesto que existen diversos registros no sistematizados, víctimas que hasta hoy no han recibido asistencia ni reparación por parte del Estado y otras que, por desinformación, no han denunciado lo que les ocurrió.

Además, durante los últimos años no ha existido una vinculación periódica entre la CNAD con las organizaciones de víctimas. En efecto, el Consejo Consultivo de la CNAD, creado en 2005 con el propósito –entre otros, de otorgar una instancia de participación a la sociedad civil– no habría sesionado, haciendo muy difícil conciliar datos, cruzar información y confirmar si los casos corresponden a lo que se dice o denuncia.

Dar un adecuado tratamiento a esta realidad que se observa tanto a nivel nacional como en otros lugares del mundo ha sido un foco de atención para la comunidad internacional durante las últimas décadas. El derecho internacional humanitario, que regula los métodos y medios de guerra, como también materias de armamento, construye su entramado convencional sobre ciertos principios generales desarrollados en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sus dos Protocolos Adicionales de 1977, así como posteriormente en varios de los modernos tratados sobre armamentos y el Estatuto de Roma de 1998 por el que se crea la Corte Penal Internacional, entre otros. De estos principios destacan aquel que señala que la elección y uso de los métodos y medios de combate no es ilimitado; que existen prohibiciones de utilizar armas, proyectiles, materiales y métodos de combate de naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios; así como aquél que señala que, en todo momento se debe hacer una clara distinción entre fuerzas militares y la población civil, entre combatientes y no combatientes: sólo los primeros podrán ser objetivos militares legítimos.

⁴ Información proporcionada al INDH por don Elir Rojas, geógrafo, consultor y experto en desminado que ha representado a varias organizaciones de víctimas. Las cifras oficiales son las contempladas en el mensaje del proyecto de ley en análisis.

Estos principios generales de derecho internacional humanitario sirven, igualmente, de fundamento a las tres convenciones a las que específicamente alude y se hace cargo el presente proyecto de ley: la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonales y su Destrucción, conocida como la Convención de Ottawa; la Convención sobre la Prohibición o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, en particular su Protocolo V; y la Convención sobre Municiones en Racimo. Sin perjuicio de que estos tratados constituyen los estándares internacionales básicos aplicables al presente proyecto de ley, adicionalmente existen ciertos estándares propios del derecho internacional de los derechos humanos que también resultan atinentes, especialmente en lo que dice relación con la naturaleza y características de las reparaciones que otorga el Estado a víctimas de violaciones a los derechos humanos, a la igualdad y no discriminación, y en la materialización de asistencia a personas que sufren de discapacidad, a cuyo efecto resulta plenamente aplicable lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

III. Estándares de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario

a) Estándares de Derecho Internacional Humanitario

Como ya se señalara, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile sobre la materia que desarrolla el presente proyecto de ley son:

- (i) Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción.

La Convención de Ottawa, de 1997, establece la obligación general para los Estados Partes de que no deben, en ninguna circunstancia, emplear, desarrollar, producir, almacenar o transferir minas ni ayudar a un tercero a que lo haga. Además, deben destruir, en el plazo establecido, las minas antipersonal existentes, estén almacenadas o sembradas (artículo 1). Sin embargo, se faculta a los Estados conservar una reducida cantidad de minas con la única finalidad de desarrollar técnicas de remoción y destrucción de minas, como también, para formar a personal en estas técnicas.

El Tratado se refiere a las minas antipersona, es decir, a aquellas que han sido concebidas para ser colocadas en el suelo o cerca de éste y que explotan por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona (artículo 2.1). Las minas antipersona almacenadas deberán destruirse en el plazo de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor del Tratado para un Estado concreto (artículo 4º). En relación a las minas ya sembradas en campos de minas o en otros lugares, deberán destruirse en el lapso de los diez años siguientes a la entrada en vigencia para cada Estado. Hasta que la destrucción no sea efectiva, hay que

hacer todo lo posible por identificar las zonas minadas y señalarlas, vigilarlas y protegerlas para impedir el acceso a las personas civiles. Si un Estado no puede destruir totalmente las minas sembradas al cabo de los diez años estipulados, puede solicitar a la Reunión de Estados Partes una ampliación del plazo hasta un máximo de diez años, derecho que fue invocado por Chile, extendiéndose el plazo de desminado hasta el año 2020.

El Tratado exige fundamentalmente a cada Estado Parte que se encuentre en condiciones de hacerlo, de proporcionar asistencia para el cuidado y rehabilitación de víctimas de minas, y su integración social y económica, así como para los programas de sensibilización sobre minas (artículo 6.3). La obligación de asistir a las víctimas de minas es una de las singularidades de la Convención de Ottawa – junto al Protocolo V sobre restos explosivos de guerra y la Convención sobre Municiones en Racimo, según se detalla más adelante – que los distingue de todos y cualquier otro tratado sobre control de armas. Esta obligación de asistencia supone un salto cualitativo del derecho internacional humanitario, pues incorpora preocupaciones y visiones propias del derecho internacional de los derechos humanos a su campo, cumpliendo así con el propósito de limitar los efectos de la violencia y de proteger a las víctimas o, como suele decirse, de “humanizar la guerra”.⁵

En cuanto al seguimiento del cumplimiento de los compromisos y desarrollo de sus disposiciones, la Convención de Ottawa prevé un complejo sistema compuesto por: (a) Entrega de información anual por cada Estado Parte relativa a todas las minas antipersona almacenadas, las zonas minadas, las minas conservadas con fines de formación, la destrucción de minas y las medidas tomadas para evitar que las personas civiles se adentren en zonas minadas (artículo 7.2); (b) Se contempla asimismo una reunión periódica de los Estados Parte, con el mandato de considerar cualquier asunto relativo a la aplicación o puesta en práctica de la Convención (artículo 11), a cuyos efectos es conveniente mencionar que se prevé que Chile detendrá la Presidencia durante el año 2016, labor que culminaría con la realización de la Conferencia de los Estados Parte a fines de ese año en Chile; (c) Finalmente, se prevé una Conferencia de Examen convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas transcurridos 5 años desde la entrada en vigencia de la Convención (artículo 12), destinada a evaluar el funcionamiento y grado de cumplimiento por los Estados de las obligaciones establecidas en el tratado, así como resolver las solicitudes de diversa índole, particularmente prórrogas presentadas por los Estados. La Primera Conferencia de Examen se celebró en Nairobi, Kenia, del 29 de noviembre al 3 de diciembre de 2004, la Segunda tuvo lugar en Cartagena de Indias (Colombia), del 30 de noviembre al 4 de diciembre de 2009, mientras que una Tercera se realizó en Maputo (Mozambique), entre el 23 al 27 de junio de 2014.

⁵ Kalshoven, Frits y Zegveld, Liesbeth (2001) *Restricciones en la Conducción de la Guerra*, 3ª Ed (2005), Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, página 12. Para un análisis sobre el concepto y propósito del derecho internacional humanitario, consultar asimismo el libro de Sassoli, Marco y Bouvier, Antoine A. (2006) *How Does Law Protect in War?* Geneva: International Committee of the Red Cross. En inglés, capítulo 1, página 81 y siguientes.

Uno de los principales logros de la Primera Conferencia de Nairobi fue clarificar el significado de los términos “víctima” y “asistencia a las víctimas”, tarea en la que hay que destacar las aportaciones del Comité Permanente de Asistencia a las Víctimas y Reintegración Socioeconómica.⁶ A partir de entonces, el término “víctima” incluye a las personas que han sufrido, de manera individual o colectiva, daños físicos o psicológicos, pérdidas económicas o un menoscabo considerable de sus derechos fundamentales a causa de actos u omisiones relacionados con el empleo de minas. Esta interpretación amplia del concepto de víctima tiene como propósito dejar en evidencia todo el abanico de daños causados por las minas y los artefactos sin estallar, ya que efectivamente, por ejemplo, puede darse el caso de víctimas que sufran sólo daños psicológicos.

En cuanto al concepto de “asistencia a las víctimas”, en la Conferencia de Examen de Nairobi se aceptó que se debe incluir no solo a las víctimas directas de las minas antipersona, sino también a todas las demás personas que han sufrido lesiones a causa de la guerra y a los discapacitados en general. La asistencia a las víctimas exige que se garantice que los sistemas de atención de la salud y de servicios sociales, los programas de rehabilitación, la legislación y las políticas vigentes sean adecuados para atender las necesidades de todos los ciudadanos, entre ellos las víctimas de la explosión de minas terrestres; teniendo en cuenta las características que presentan las víctimas, dando prioridad en cuanto al uso de recursos de salud y para la rehabilitación a las zonas en las que se concentran mayor número de víctimas de las minas antipersona⁷.

Los sucesivos Planes de Acción fruto de las respectivas conferencias, a saber Nairobi 2005-2009, Cartagena de Indias 2010-2014 y Maputo 2014-2019 han establecido hojas de ruta para los Estados Parte en la Convención de Ottawa, contemplando una serie de medidas encaminadas a cumplir sus obligaciones en materia de asistencia a las víctimas tales como: establecer y mejorar los servicios de atención de la salud necesarios para atender las necesidades médicas inmediatas y continuas de las víctimas de las minas; aumentar la capacidad nacional de rehabilitación física; desarrollar la capacidad para atender las necesidades de apoyo psicológico y social de las víctimas de las minas; apoyar activamente la reintegración económica de las víctimas de las minas; velar porque los marcos jurídicos y normativos nacionales se ocupen efectivamente de las necesidades y de los derechos humanos fundamentales de las víctimas de las minas; crear o mejorar las capacidades nacionales de reunión de datos sobre las víctimas de las minas; velar porque en

⁶ Uno de los cuatro Comités Permanentes establecidos por los Estados Partes. Al margen de las Reuniones y Conferencias de Examen contempladas en la Convención, los Estados Partes entendieron que era necesario redoblar los esfuerzos en materia de cooperación y asistencia internacional. Así, elaboraron un Programa de trabajo entre períodos de sesiones, que no se encuentra contemplado en el tratado, cuyo objeto está enfocado a “asegurar una aplicación sistemática y eficaz de la Convención por medio de un trabajo más regular”. Con este fin se crearon los Comités Permanentes, “que pudieran acoger una amplia muestra de la comunidad internacional a los fines de promover el logro de los objetivos humanitarios de la Convención”.

⁷ Informe Final de la Conferencia de Nairobi.

todas las actividades de asistencia a las víctimas se preste especial atención a las cuestiones de edad y género. A estos efectos, interesa destacar lo señalado por el Plan de Nairobi: "Al aprobar la Convención los Estados han contraído un solemne compromiso con respecto a las víctimas de estas armas. Les han prometido que recibirán durante el resto de su vida la asistencia que necesiten a fin de reconstruir su existencia con dignidad".⁸

- (ii) Convención sobre Prohibición o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados y sus Protocolos I, II enmendado, III, IV y V.

El propósito la Convención sobre ciertas Armas Convencionales es la restricción del uso de ciertos tipos concretos de armas que causan a los combatientes lesiones excesivas o sufrimientos innecesarios, o que afectan a los civiles de manera indiscriminada. La estructura de la Convención se adoptó incluyendo Protocolos anexos, para asegurar de esta manera su flexibilidad en el futuro. La Convención en sí sólo contiene disposiciones generales. Todas las prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas o sistemas de armas son objeto de los Protocolos a la Convención.

El Protocolo II enmendado se refiere al empleo en tierra de las minas, armas trampa y otros artefactos ahí definidos. Por su parte, el Protocolo más reciente anexo a la Convención, el Protocolo V sobre los restos explosivos de guerra, constituye el primer instrumento multilateral que se enfrenta al problema de artefactos explosivos abandonados y sin detonar, pretendiendo erradicar la amenaza diaria que esos legados de la guerra suponen. Este Protocolo asigna responsabilidades para la limpieza, remoción o destrucción de los restos explosivos de guerra, (definidos como municiones sin estallar y municiones explosivas abandonadas), y exhorta a tomar todas las precauciones posibles para proteger a los civiles contra sus riesgos y efectos. Con respecto a la asistencia a las víctimas se establece que "cada Alta Parte Contratante que esté en condiciones de hacerlo proporcionará asistencia para la atención, la rehabilitación y la reintegración social y económica de las víctimas de los restos explosivos de guerra. Esa asistencia podrá facilitarse en particular por conducto del sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones o instituciones internacionales, regionales o nacionales competentes, el Comité Internacional de la Cruz Roja, las sociedades nacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja y su Federación Internacional, organizaciones no gubernamentales, o en forma bilateral" (artículo 8).

- (iii) Convención sobre Municiones en Racimo

La Convención sobre Municiones en Racimo, de 2008, también conocida como Convención de Oslo, constituye uno de los últimos tratados de derecho internacional humanitario destinados a disminuir el impacto de los conflictos armados, a través de la regulación de

⁸ Plan de Acción de Nairobi 2005-2009, capítulo IV. Asistencia a las víctimas, párrafo 5.

los armamentos. Establece en primer lugar la prohibición de emplear municiones en racimo; de desarrollar, producir, adquirir de un modo u otro, almacenar, conservar o transferir a nadie, directa o indirectamente, municiones en racimo (artículo 1). Prevé la obligación de destrucción del stock existente en un plazo de 8 años (artículo 3). Contempla, a diferencia de los tratados anteriores, una definición específica de “víctimas de municiones en racimo”, entendiéndose por ello a todas las personas que han perdido la vida o han sufrido un daño físico o psicológico, una pérdida económica, marginación social o un daño substancial en la realización de sus derechos debido al empleo de municiones en racimo. La definición incluye a aquellas personas directamente afectadas por las municiones en racimo, así como a los familiares y comunidades perjudicadas (artículo 2.1).

La Convención establece asimismo que cada Estado Parte, con respecto a las víctimas de las municiones en racimo en áreas bajo su jurisdicción o control, de conformidad con el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, proporcionará adecuadamente asistencia que responda a la edad y género, incluida atención médica, rehabilitación, y apoyo psicológico, además de proveer los medios para lograr su inclusión social y económica. Cada Estado Parte hará todo lo posible por recopilar datos pertinentes y fiables relativos a las víctimas de municiones en racimo (artículo 5.1) En cumplimiento de esta obligación, el artículo 5.2 desarrolla una serie de obligaciones adicionales para el Estado: (a) Evaluar las necesidades de las víctimas de municiones en racimo; (b) Desarrollar, implementar y hacer cumplir todas las leyes y políticas nacionales necesarias; (c) Desarrollar un plan nacional y un presupuesto, incluidas estimaciones del tiempo necesario para llevar a cabo estas actividades, con vistas a incorporar los en los marcos y mecanismos nacionales existentes de discapacidad, desarrollo y derechos humanos, siempre respetando el papel y contribución específicos de los actores pertinentes; (d) Adoptar medidas para movilizar recursos nacionales e internacionales; (e) No discriminar a las víctimas de municiones en racimo, ni establecer diferencias entre ellas, ni discriminar entre víctimas de municiones en racimo y aquellas que han sufrido lesiones o discapacidades por otras causas; las diferencias en el trato deberán basarse únicamente en las necesidades médicas, de rehabilitación, psicológicas o socioeconómicas; (f) Consultar estrechamente e involucrar activamente a las víctimas de municiones en racimo y a las organizaciones que las representan; (g) Designar un punto de contacto dentro del Gobierno para coordinar los asuntos relativos a la implementación de este artículo; (h) Esforzarse por incorporar directrices pertinentes y mejores prácticas en las áreas de atención médica, rehabilitación y apoyo psicológico, así como inclusión social y económica, entre otras.

Como se puede apreciar, varios de los estándares de *soft law* en materia de asistencia a víctimas que habían ido desarrollándose por las sucesivas Conferencias de Examen de la Convención de Ottawa reciben consagración a nivel de norma jurídica por la Convención sobre Municiones en Racimo. Esta Convención representa, en materia de asistencia a víctimas y otras, un avance sustantivo en una mayor regulación vinculante para los Estados, como también en incorporar el requisito general de que las medidas de asistencia a víctimas se

hagan de conformidad no solo a lo establecido por el derecho internacional humanitario, sino que también conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

b) Estándares de Derechos Humanos

Interesa en primer término analizar los estándares existentes de derechos humanos en materia de reparaciones a víctimas, en el entendido de que el proyecto de ley contempla medidas de esta naturaleza –montos de indemnización en dinero por una sola vez para víctimas sobrevivientes y herederos de las fallecidas– dado que la violación de derechos fundamentales es atribuible a la acción u omisión del Estado. En efecto, el elemento constitutivo de reproche está dado por el hecho de que en algún momento el Estado siembra diversos armamentos como minas por el territorio para luego perderles el rastro y/o no retirarlos del todo, o se equipa con otros como municiones de racimo u otras de similar naturaleza que, en virtud de la realización de ejercicios u otras operaciones militares, quedan dispuestas de manera que exponen a las personas que se desplacen por los lugares donde esto haya ocurrido. Las víctimas que resultan de ello pueden considerarse como violentadas por el Estado de Chile en una serie de derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, integridad física y psíquica, derecho a la salud, entre otros.

Por otro lado, se analizan los estándares internacionales de derechos humanos en materia de personas con discapacidad en el entendido que prácticamente todas las víctimas sobrevivientes directas de este tipo de armamentos pueden ser consideradas, asimismo, como personas que sufren actualmente de algún grado de discapacidad.

(i) Reparaciones a víctimas de violaciones a los derechos humanos

En el contexto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia uniforme y constante que el artículo I.1 de la CADH genera dos tipos de obligaciones para los Estados Partes con el fin de garantizar el libre y pleno goce de los derechos humanos reconocidos en dicho tratado. La primera obligación es la de investigar, enjuiciar y, en su caso, condenar penalmente a quienes cometen graves violaciones de derechos humanos. La segunda es la obligación que tiene el Estado de reparar integralmente los daños causados por tales violaciones: *“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior”*⁹.

⁹ Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza – reparaciones*, párr. 61; *caso Bámaca Velásquez – reparaciones*, párr. 39; *Caso Cantoral Benavides – reparaciones*, párr. 41; entre otros.

Por su parte, desde sus inicios el INDH ha señalado que el derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos comprende la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la obligación de brindar garantías de no repetición (INDH, 2010, 2011). Asimismo, tal como señala las Naciones Unidas en el Capítulo IX de los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*¹⁰, es deseable que el diseño de este tipo de medidas de reparación contemple sus directrices orientadoras. Importa destacar, a título de ejemplo, que las *indemnizaciones* que pudieran concederse deberían serlo en forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y las circunstancias de cada caso por los perjuicios económicamente evaluables, tales como la pérdida de oportunidades, los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluidos el lucro cesante (principio 20); y que medidas de *satisfacción* podrían incluir, cuando sea procedente, una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima, o disculpas públicas, según proceda (principio 22).

La doctrina¹¹ ha destacado asimismo que, en materia de derechos humanos, debería primar un criterio diverso al derecho privado a la hora de determinar la óptica desde la cual deben analizarse las medidas de reparación en concreto. En esta línea, la doctrina nacional ha señalado que el deber de reparar consistiría en “*restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible y en indemnizar –a título de compensatorio– los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial como extra patrimonial*”¹². Así, mientras por regla general la responsabilidad se construye desde la óptica del sujeto que causa el daño, en materia de derechos humanos, y en particular en lo que dice relación con las reparaciones, resultaría apropiado adoptar la óptica de la víctima. Así, jueces de la Corte IDH han señalado que: “*Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integridad de la persona de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad*”.¹³

¹⁰ Principios aprobados mediante Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005.

¹¹ Ver Nash, Claudio. “Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998 - 2007)” Segunda Edición, 2009, p. 36

¹² Nash, Claudio. “Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998 - 2007)” Segunda Edición, 2009, p. 35 - 36.

¹³ Voto conjunto de los jueces A.A. Cancado Trindade y A. Abreu B., *Caso Loayza - Tamayo - reparaciones*, part: 17.

(ii) Personas con discapacidad

Las víctimas sobrevivientes de las minas antipersonales y otros explosivos abandonados y sin estallar son, generalmente, personas con discapacidad que presentan necesidades especiales.

Las personas con discapacidad o necesidades especiales constituyen un grupo de población en situación de vulneración, expuesto a dificultades excepcionales en el disfrute y goce de sus derechos fundamentales. Dicha situación de vulnerabilidad se expresa, de acuerdo a la evidencia disponible, en su baja participación en el mercado laboral, y en las dificultades de acceso en condiciones de igualdad y no discriminación, entre otros, a la educación, la salud y los espacios públicos. Durante mucho tiempo se entendieron y explicaron las brechas en el ejercicio y goce de los derechos de este sector de la población como la consecuencia natural e inevitable de las carencias derivadas de las condiciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que las afectan.

Tal concepción llevó a adoptar, en la perspectiva del diseño e implementación de políticas públicas, medidas de carácter asistencialista sin atender a la condición de sujetos de derechos y a considerar el acceso a los derechos fundamentales como un asunto meramente de salud. En el último tiempo se ha avanzado en entender la situación de este colectivo como un asunto de derechos humanos. El cambio en esta percepción se recogió inicialmente en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad¹⁴ y se cristaliza en los instrumentos internacionales de derechos humanos: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile. Ellos sitúan las dificultades de acceso y disfrute efectivo de los derechos fundamentales de las personas con necesidades especiales en el entorno y conducta social y no en la condición que les afecta, ello como “[...] consecuencia de la interacción del individuo con un entorno que no da cabida a las diferencias [...] o impide su participación en la sociedad. Sobre la base de un enfoque conocido como modelo social de la discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce de forma explícita que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos”¹⁵.

En nuestro país el 7,6% de las personas presenta una necesidad especial en cualquiera de sus formas y grados, lo que representa a 1.254.949 personas. La desigualdad en el ejercicio

¹⁴ Organización de Naciones Unidas, A/RES/48/96. 4 de marzo de 1994.

¹⁵ Vigilancia del Cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos. Serie de Capacitación Profesional N° 17. Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Ginebra 2010, pág. 8.

de derechos que afecta a este sector de la población se refleja en los estudios censales que demuestran que el 14,2% de la población con necesidades especiales es analfabeta, en comparación al 2,4% de la población general. El 30% de este grupo no ha completado la educación básica y sólo un 6,1% ha completado la educación superior. Asimismo, la población mayor de 15 años con necesidades especiales exhibe una menor tasa de participación laboral (26,45% vs 58,7%) y una mayor tasa de desempleo (9,1% vs 7,1%) respecto del resto de la población. Se encuentra pendiente la elaboración de estadísticas especiales sobre personas cuya discapacidad se origine en accidentes de minas y otros restos explosivos.

El 10 de febrero de 2010 se publicó la Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad. Con ello el país se dotó de una sólida normativa que recoge los principios y estándares establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos de protección de las personas con necesidades especiales.

IV. Análisis del proyecto de ley

El INDH valora la iniciativa de legislar sobre una materia sensible y con tantos efectos negativos para la vigencia de los derechos humanos como lo es la realidad que encaran las víctimas de minas antipersonales y otros restos explosivos.

El proyecto de ley se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional, habiendo ingresado a la Cámara de Diputados por mensaje del Ejecutivo. En la Cámara fue objeto de revisión por las siguientes Comisiones: Defensa Nacional, Hacienda y Derechos Humanos y Pueblos Originarios. En esta última el proyecto original sufre una serie de indicaciones que finalmente son aprobadas por la Sala. El INDH considera que muchas de estas indicaciones constituyen un positivo avance respecto del proyecto de ley original, en el entendido que se ajustan con mayor fidelidad a los estándares sobre derechos humanos existentes. Sin perjuicio de ello, hay materias que son perfectibles. En lo que sigue nos hacemos cargo del proyecto de ley tal cual fue aprobado, con las indicaciones de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, por la Sala de la Cámara.

Para efectos de análisis y salvo que se indique lo contrario, en adelante este informe adoptará las disposiciones de la Convención de Municiones en Racimo como los estándares de derecho internacional humanitario mayormente deseables a considerar, por dos razones:

a) En primer término porque la Convención de Oslo es, de los tres tratados que se implementan mediante el presente proyecto de ley, aquél que considera mayores y más evolucionados estándares en protección y asistencia a víctimas. Esto se debe a que el consenso internacional sobre la materia ha ido evolucionando desde aquellos tratados

sobre armamentos tradicionales que no consideraban del todo a la víctima; pasando por una etapa evolutiva intermedia con la Convención de Ottawa donde la preocupación por las víctimas se inserta por primera vez de manera tangencial en una disposición secundaria sobre cooperación y asistencia internacionales en tratados sobre armamentos (artículo 6.3); hasta arribar en el año 2008 a la Convención de Oslo, primer tratado sobre armas que contempla un articulado especial detallado en asistencia a víctimas (artículo 5). Además, contempla el siguiente párrafo en su preámbulo: *“Conscientes de la necesidad de coordinar adecuadamente los esfuerzos emprendidos en varios foros para abordar los derechos y las necesidades de las víctimas de diferentes tipos de armas, y resueltos a evitar la discriminación entre las víctimas de diferentes tipos de armas.”*

b) Interesa destacar, además, que tanto el Preámbulo de la Convención de Oslo recién citado, como su articulado, contienen una prohibición general para los Estados de discriminar entre las víctimas de distintos tipos de armamentos. En efecto, la letra e) del artículo 5.2 señala que cada Estado Parte deberá no discriminar a las víctimas de municiones en racimo, ni establecer diferencias entre ellas, ni discriminar entre víctimas de municiones en racimo y aquéllos que han sufrido lesiones o discapacidades por otras causas; las diferencias en el trato deberán basarse únicamente en las necesidades médicas, de rehabilitación, psicológicas o de tratamiento (artículo 5.2).

De lo expuesto y, en aplicación de los principios humanitarios generales seguidos por el derecho internacional humanitario sobre limitar los efectos nocivos de la guerra y evitar el sufrimiento de civiles y víctimas inocentes, es deseable y sostenible una interpretación extensiva de las disposiciones sobre asistencia a víctimas de la Convención de Oslo a la Convención de Ottawa y el Protocolo V sobre Restos Explosivos de Guerra.

a) Objeto de la Ley

El artículo I del proyecto define el alcance general de la ley, señalando que su objeto es proporcionar reparación y asistencia en rehabilitación e inclusión social a las víctimas de accidentes ocasionados por minas o artefactos explosivos de carga de las Fuerzas Armadas, que quedaren abandonados o sin estallar; de conformidad con las condiciones establecidas en ella.

El INDH considera que, conforme a los estándares internacionales de derechos de las personas con discapacidad y a los estándares de derecho internacional humanitario contemplados en los tratados internacionales cuya implementación en el plano interno se hace cargo el presente proyecto de ley, es deseable que en esta instancia de tramitación se pudiera ampliar su objeto actual para que la ley sea omnicomprensiva de toda la gama de asistencia y reparaciones que es necesario otorgar a las víctimas. Las medidas reparatorias debieran pensarse, a su turno, conforme al concepto e idea de reparación integral sostenida en los estándares internacionales. De tal manera nos permitimos sugerir que

se considere el artículo 5, párrafo 1° de la Convención de Municiones en Racimo como el estándar aplicable al caso y que, en tal virtud, se señale dentro del objeto que: a) Las reparaciones y asistencia en rehabilitación a víctimas se hagan conforme al derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos aplicable; b) Se incluya expresamente la rehabilitación y apoyo psicológico a las víctimas; c) Se considere expresamente la inclusión económica de las víctimas. Además, consideramos que, conforme a los estándares sobre personas con necesidades especiales según la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, el objeto de la ley también debiera incluir la inclusión laboral de las víctimas. De esta manera, se posibilitará que las víctimas de armamentos abandonados y sin estallar accedan a una gama mucho mayor de prestaciones sociales y ser objeto de programas y políticas públicas especializadas.

Por otro lado el INDH considera que, a la luz de los principios generales de derecho internacional sobre responsabilidad estatal por violaciones a normas de carácter convencional y/o de derechos humanos, además de lo preceptuado por los tratados sobre derecho internacional humanitario que específicamente se implementan es deseable no restringir el alcance de la ley sólo a los artefactos explosivos de cargo exclusivo de las Fuerzas Armadas, sino que se contemple además aquéllos que estén a cargo de “cualquier otro agente estatal”. De esta manera se cumple de forma a lo menos mínima con el requisito contemplado por las tres convenciones implementadas, que no restringen este ámbito a las Fuerzas Armadas sino que exigen que los Estados Partes se hagan cargo y destruyan los artefactos explosivos que se encuentren “bajo su jurisdicción”.¹⁶

b) Concepto de Víctima

Un segundo punto de atención corresponde al concepto de víctima que considera el actual proyecto de ley. Si bien la modificación que sufrió el proyecto de ley del Ejecutivo en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara constituyó un paso positivo en la protección y definición de víctimas –dado que el proyecto original las limitaba exclusivamente a aquellas que sufrieran heridas o lesiones corporales y, además, a su acreditación como tal por el CNAD, lo que parecía contrario a los estándares internacionales en derechos humanos– hoy subsiste la preocupación del INDH de que el concepto de víctima no se condiga con el estándar internacional humanitario.

¹⁶ Ver por ejemplo, artículo 3.1 y 3.2 de la Convención sobre Municiones en Racimo: “1. Cada Estado Parte deberá, de conformidad con la legislación nacional, separar todas las municiones en racimo bajo su jurisdicción y control de las municiones conservadas para uso operacional y marcarlas para su destrucción. 2. Cada Estado Parte se compromete a destruir, o asegurar la destrucción, de todas las municiones en racimo a las que se hace referencia en el apartado 1 de este Artículo...”

En efecto, la Convención sobre Municiones en Racimo señala que entiende por víctimas a todas las personas que han perdido la vida o han sufrido un daño físico o psicológico, una pérdida económica, marginación social o un daño substancial en la realización de sus derechos, incluyendo tanto a las personas directamente afectadas, así como a los familiares y comunidades perjudicadas (artículo 2.1). Por otro lado, conforme ya señalamos, las Conferencias de Examen de la Convención de Ottawa como la Conferencia de Nairobi, aceptaron la ampliación del concepto de víctima en líneas similares con la Convención de Oslo. Tres son los asuntos que, en consecuencia, debemos resaltar:

i) En primer término, sería deseable incorporar las deficiencias psicológicas dentro de aquéllas deficiencias propias de las víctimas cubiertas por la ley. Si bien durante el primer trámite constitucional del proyecto se logra ampliar el concepto para incluir a “lo sensorial”, creemos que ello no resulta suficiente para ser inclusivo de los trastornos psicológicos y psiquiátricos, muchas veces severos, progresivos y de por vida que suelen presentarse en las víctimas. Su interpretación derivaría probablemente en restringirla a consecuencias asociadas a los sentidos físicos. Es deber del Estado otorgar todas las prestaciones adecuadas al efecto, y garantizar por ley de que ellas efectivamente sean derechos exigibles por las víctimas.

ii) Incluir a las familias dentro del concepto de víctimas. Esto relevaría algo importante que suele soslayarse en la formulación de este tipo de leyes y políticas públicas: es clave que la familia de la persona que sufra discapacidad reciba apoyo estatal para que se posibilite que las víctimas directas gocen sus derechos en igualdad de condiciones. Así, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es claro al efecto: “Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”.¹⁷ En el caso en particular, existen jefas o jefes de hogar víctimas sobrevivientes de minas antipersonales que han quedado con discapacidad y que, a su turno, ha sumido a la familia en una espiral de pobreza y falta de oportunidades.

iii) En tercer lugar la Convención de Oslo, al formular el concepto de víctima, hace una progresiva y novedosa extensión de ello a las comunidades afectadas por las bombas de racimo, visión que en tiempos de negociación de la Convención de Ottawa no fue posible consensuar pero que, diez años después, sí logró consolidarse. Lo que se desea mediante este concepto es hacer justicia y lograr nivelar en goce y ejercicio de derechos humanos a todas aquellas personas que, no obstante no ser familiares ni víctimas directas de municiones en racimo, sí pertenecen a comunidades donde se encuentran o son

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas de 2008 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo.

aledañas a territorios con restos explosivos sin detonar. Esos territorios “contaminados” se tornan en inutilizables para toda actividad económica y de subsistencia, mientras no sean limpiados. El sentido de incluir a las comunidades afectadas es hacerles extensivas ciertas políticas públicas y planes de apoyo que pudieran gestarse para equipararlos en igualdad de oportunidades.

A la luz de lo señalado anteriormente, sería positivo revisar asimismo el concepto de beneficiarios del artículo 3° del actual proyecto de ley para incluir a las personas con daños psicológicos, y de garantizar mediante el mismo proyecto que los beneficios médicos (artículo 7° y demás pertinentes) cubran estas necesidades.

c) Medidas de Reparación

En cuanto a medidas de reparación, el INDH celebra que el actual proyecto de ley contemple en su artículo 6° lo que denomina como “una reparación económica” por una vez para las víctimas pasadas de minas antipersonales y otros restos explosivos. Esto va en línea con las reparaciones que el Estado de Chile ha dado anteriormente a otras víctimas de violaciones a los derechos humanos cuya responsabilidad le ha sido atribuible. Como se sabe, en el contexto chileno existen una serie de iniciativas previas, legales y de otra índole,¹⁸ que sería positivo tener en consideración a la hora de diseñar nueva legislación y políticas en materia de reparación en lo que atañe a este tipo particular de víctimas de violaciones a los derechos humanos. Resulta valorable asimismo que el presente proyecto

¹⁸ El Estado de Chile ha impulsado un conjunto de iniciativas que se han orientado a resarcir el daño ocasionado por las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, tanto de manera individual como colectiva (INDH, 2010). Así en relación al acceso a la verdad se han impulsado las Comisiones de Verdad: Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1990), Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura (2003) y Comisión Asesora para la calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura (2009), de carácter extrajudicial, que han permitido documentar, calificar y establecer la magnitud de las violaciones más graves a los derechos humanos. A partir de éstas se han implementado ciertas iniciativas en torno a materializar el derecho a la reparación. Respecto de las medidas de reparación individual, la ley 19.123 –que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación– estableció un conjunto de beneficios para los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, en el marco de las violaciones a los Derechos Humanos en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, incluyendo una pensión de reparación, becas de estudio, atención gratuita en salud, exención del servicio militar obligatorio y otros beneficios complementarios. Por otro lado, la Comisión Valech otorgó a quienes calificó como víctimas de prisión política y tortura una pensión anual de reparación; un bono equivalente al menor de edad nacido mientras sus padres estaban detenidos; una pensión de viudez, acceso a subsidios de vivienda y la exención de realizar el servicio militar, entre otros. Respecto a otras violaciones a los derechos humanos, entre 1990 y 1994 el Estado creó la Oficina Nacional del Retorno y el Programa de Exonerados Políticos, que ha reconocido beneficios por gracia y pensiones no contributivas. También se cuentan una serie de medidas de reparación colectiva, preservación de la memoria y dignidad de las víctimas, como memoriales, sitios recordatorios como el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos y el traspaso de inmuebles, junto con apoyo a las organizaciones de familiares y sobrevivientes para la preservación de sitios de memoria, como el Parque por la Paz Villa Grimaldi y Londres 38. Finalmente, se cuentan diversas iniciativas y políticas de restitución de bienes confiscados por el Estado a personas naturales y jurídicas tales como la Ley 19.568, que dispuso la restitución de bienes confiscados y adquiridos por el Estado a través de los DL N° 12, 77 y 133 de 1973, DL N° 1697 de 1977, y el DL N° 2346 de 1978, otorgando además una indemnización a los afectados.

considere y garantice que el Estado de Chile reparará a las futuras víctimas que por estas causas se puedan producir; siendo poco habitual que el ordenamiento jurídico contemple medidas de reparación que conlleven un reconocimiento ex-antes de responsabilidad por parte del Estado, por eventuales violaciones a derechos fundamentales. Por otro lado debiera consignarse explícitamente que las medidas de reparación y asistencia de la presente cubren tanto a las víctimas actuales como a las que se puedan producir o verificar en el futuro.

Sin perjuicio de lo anterior, el INDH considera que, conforme a estándares internacionales sobre la materia y en línea, además, con los resultados de las diversas Comisiones de Verdad que ha tenido Chile por las violaciones sistemáticas a los derechos humanos cometidas por la dictadura militar, sería positivo entrar a considerar en esta etapa de tramitación del proyecto de ley la inclusión de una medida de apoyo económico de carácter permanente, en forma de una pensión de reparación vitalicia u otra de similar naturaleza, que garantice a las víctimas un apoyo económico estatal para garantizar una subsistencia a lo menos mínima, al menos para aquellas víctimas que pierdan la posibilidad de generar los medios económicos que antes tenían para su subsistencia. A estos efectos conviene tener presente lo preceptuado por el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad". Nos pronunciamos, pues, en un sentido similar a lo que han manifestado durante la tramitación del proyecto las asociaciones de víctimas de nuestro país y, últimamente, la Comisión de Defensa del Senado en su sesión del 4 de mayo de 2015, que solicitó al Ministerio de Hacienda considerar tal medida.

En todo caso, la eventual pensión vitalicia que pueda adoptarse, junto con el bono de reparación que ya contempla el proyecto de ley, no deben considerarse como excluyentes frente a posibles indemnizaciones de carácter judicial que provengan de procedimientos donde se haga efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado de Chile, entre otros argumentos, porque dichas medidas buscarían reparar daños diversos. Así, mientras vía judicial se podría reparar el daño causado a la víctima y familiares de violaciones a los derechos humanos, la pensión vitalicia y otros beneficios sociales y de salud adicional buscarían asegurar estándares de subsistencia mínimos y goce continuo de derechos fundamentales. En este sentido han existido pronunciamientos similares, tanto de nuestros tribunales de justicia¹⁹, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁹ En un reciente fallo de fecha 29 de mayo de 2015, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado: "15°.- Que, respecto a la alegación de la defensa fiscal, que el actor ya habría sido indemnizado, incluyéndose en ello beneficios educacionales, de salud, gestos simbólicos y una pensión única de reparación, se debe considerar que ello no es

En efecto, la CIDH afirmó en el caso *García Lucero y Otras vs. Chile* que “...los programas administrativos de reparación u otras medidas o acciones normativas o de otro carácter que coexistan con los mismos, no pueden generar una obstrucción a la posibilidad de que las víctimas, de conformidad a los derechos a las garantías y protección judiciales, interpongan acciones en reclamo de reparaciones”.²⁰ Por su parte, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha señalado que “los Estados partes han de promulgar leyes que ofrezcan expresamente a las víctimas de tortura un recurso efectivo y reconozcan su derecho a obtener una reparación apropiada, que incluya una indemnización y la rehabilitación más completa posible. Esa legislación debe permitir ejercer tal derecho a título individual y asegurar que se disponga de un recurso judicial. Si bien las reparaciones colectivas y los programas administrativos de reparación pueden ser una forma de resarcimiento aceptable, esos programas no pueden dejar sin efecto el derecho individual a un recurso efectivo y a obtener reparación”.²¹

d) Exclusiones de la Ley

En cuanto a exclusiones, sería deseable revisar la actual redacción del artículo 4° del proyecto de ley conforme a aquellos estándares específicos sobre no discriminación contemplados en los tratados de derecho internacional humanitario que se implementan por el presente proyecto de ley, como también los generales de derechos humanos relativos a los principios de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación.²² Así, el estándar de derecho internacional humanitario contemplado por la letra e) del artículo 5.2 de la Convención sobre Municiones en Racimo establece una prohibición de discriminación –equivalente para estos efectos a la no exclusión– entre víctimas de estos artefactos explosivos que no se basen exclusivamente en necesidades médicas, de rehabilitación, psicológicas o socioeconómicas. Por lo tanto, ninguna de las tres categorías de exclusión de víctimas del actual proyecto se corresponderían con esta norma, que en un sentido negativo estaría prohibiendo discriminar –con el efecto de dejar sin asistencia ni reparación– a las víctimas que intencionalmente hubieren manipulado el artefacto, a pesar de saber su naturaleza explosiva (letra a) del artículo 4° del proyecto); o aquellas que intencionalmente

incompatible con la petición de daño moral que se demanda en esta causa, puesto que tales beneficios buscaron una forma de reparación diversa, no siendo procedente estimar que se otorgaron para reparar el daño moral demandado, que ha tenido como consecuencia, la constatación por la vía judicial, de la existencia de un delito de lesa humanidad, que afectó al padre del demandante civil.” Rol N° Criminal 479-2015.

²⁰ Caso *García Lucero y Otras vs. Chile*, sentencia de 28 de agosto de 2013, Fondo y Reparaciones, párrafo 190.

²¹ Comité contra la Tortura. Observación General N° 3 (2012), párrafo 20.

²² El Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Mientras, la Convención Americana de Derechos Humanos señala en artículo 24 que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

hubieren ingresado al predio en que el artefacto se encuentre, conociendo o debiendo haber conocido de su posible existencia (letra b) del artículo 4° del proyecto); o si las víctimas resultasen con la ocasión de un crimen o simple delito (letra c) del artículo 4° del proyecto).

El sentido negativo del estándar de derecho internacional humanitario al que se alude anteriormente apunta a la estrecha interrelación entre el principio de no discriminación, visto como el otro lado de la moneda de la igualdad. Así, se ha señalado por la doctrina nacional que:

“El principio de igualdad ante la ley se complementa con una cláusula de exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o del legislador, entendiéndose por ésta aquella diferenciación introducida sin justificación, es decir, una “diferenciación injusta”. Es decir, el derecho reconoce que hay o puede haber diferencias éticas y jurídicamente relevantes y otras irrelevantes al momento de considerar un trato de igualdad entre las personas. De lo que se trata es que la autoridad no puede imponer diferencias, equiparaciones o desequilibrios en las ventajas y cargas sociales que distribuye, si ellas no están normativa y públicamente justificadas”.²³

Ante la ausencia de una definición general en el derecho internacional de los derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señaló en su Observación General N° 18 del año 1989 que la prohibición de discriminación “debe entenderse referida a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.²⁴ Ello no implica, en todo caso, que toda diferenciación de trato, ya sea por vía legal, jurisprudencial o administrativa, esté prohibida; estas son permitidas e incluso pueden llegar a ser necesarias, siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos, con lo cual se llega a hablar de una “distinción legítima” y no de una “discriminación”. Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dicho que “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un

²³ Gómez, Gastón y Figueroa, Rodolfo, Discriminación en contra de la mujer, Informes de Investigaciones Jurídicas N° 8, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, octubre 2000, citado por Palacios Zuloaga, Patricia, La No Discriminación – Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, junio 2006, p. 29.

²⁴ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 18: No Discriminación, 11 de septiembre de 1989, párrafo 7

propósito legítimo en virtud del Pacto”.²⁵ A este respecto, la doctrina nacional ha señalado que una diferenciación de trato será legítima cuando reúne las siguientes características: a) Que se aplique en forma objetiva; b) Que obedezca a una justificación razonable; c) Que se mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida, y; d) Que se persiga un propósito legítimo en virtud del Pacto.²⁶

Sin querer entrar en un análisis profundo en esta instancia, sí parece adecuado apuntar respecto de las dos primeras causales del proyecto en comento, que no estarían cumpliendo con el requisito de aplicación objetiva de la diferenciación, ya que la diferenciación estaría sujeta a interpretación, en este caso, la calificación vía judicial que se haría de la intencionalidad de las víctimas en las situaciones de las letras a) y b). Aquí se presentaría una dificultad de prueba, cual es acreditar la intencionalidad asociada a la conducta que es antecedente del daño sufrido, con lo cual se abren las puertas a una buena cuota de discrecionalidad por parte del intérprete de la norma. Igual razonamiento pensamos que es aplicable a la hipótesis de la letra c) del artículo 4° del proyecto, ya que en la calificación de si una persona comete o no un delito, siempre habrá un juicio sobre si la persona actuó con dolo (intención) o no.

Por otro lado, no resultaría razonable y constituiría una arbitrariedad hacer una distinción entre víctimas que tienen una conducta imprudente –dado por la intencionalidad– con aquéllas que no, puesto que en ambos casos la causa directa del daño que sufren no es su imprudencia, sino más bien la deliberada actuación por parte del Estado al haber sembrado territorios con artefactos explosivos. Finalmente, parece poco razonable que una víctima de una explosión por causa de un delito reciba una especie de “doble sanción” por la ley, la primera por la imposición de la pena respectiva, la segunda por no poder acceder a los beneficios del presente proyecto de ley. Es un principio básico del derecho penal y de las garantías judiciales de todo proceso el que mediante la imposición de una sanción penal por la comisión de un delito, sólo se afecten los derechos fundamentales en la exclusiva medida determinada por la ley penal sancionatoria. La actual redacción estaría extendiendo los efectos de una sanción penal a materias no previstas por el tipo penal.

²⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 18: No Discriminación, 11 de septiembre de 1989, párrafo 7.

²⁶ Palacios Zuloaga, Patricia, La No Discriminación – Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, junio 2006, p. 30.

V. Conclusiones

En cuanto a los aspectos positivos del proyecto de ley se pueden mencionar los siguientes:

- a) Su intención expresa, manifestada en el mensaje con el que se inicia la tramitación del proyecto, de adecuar la legislación nacional al desarrollo que ha experimentado el derecho internacional humanitario, en particular los tres tratados sobre armamentos a los que alude.
- b) En esta adecuación a los estándares del derecho internacional humanitario, constituye un avance que esta rama del derecho se haga cargo de la reparación de víctimas y que, habida consideración a sus limitaciones espacio-temporales, sean los estándares internacionales de derechos humanos los que complementen la normativa aplicable, tanto en tiempos de paz como de guerra.
- c) Resulta positivo que el proyecto de ley contemple un bono reparatorio que, si bien no compensa en forma equivalente la vida o la integridad física y psíquica perdida por las víctimas, sí constituye un monto no despreciable en comparación a algunas medidas de reparación anteriores.

Resulta importante comprender que el estándar superior aplicable corresponde, salvo expresa disposición en contrario, a los contenidos en la Convención de 2008 sobre Municiones en Racimo, ya que existe en ella una prohibición expresa a no discriminar entre medidas que favorecen a unas y otras víctimas de distintos tipos de armamentos, como también al hecho de que sus disposiciones corresponden a un estadio de desarrollo bastante superior en materia de asistencia a víctimas, incluyendo la expresa remisión al derecho internacional de los derechos humanos que hace su artículo 5°.

No obstante las valoraciones positivas, el proyecto en segundo trámite adolece de los siguientes problemas desde el punto de vista del derecho internacional humanitario y/o desde los derechos humanos, según corresponda:

- a) Es necesario ampliar el objeto de la ley para adecuarla a todos los estándares aplicables en la materia, tanto desde el punto de vista de los sujetos a los cuales se aplicaría, las prestaciones y materias a cubrir; como también precisar que el alcance de la ley llega a todos los artefactos explosivos que sean de cargo no sólo de las Fuerzas Armadas, sino que cualquier agente estatal.
- b) Es necesario adecuar el concepto de víctima para adecuarla a los estándares de derecho internacional humanitario, en particular lo contemplado por la Convención de Oslo en su artículo 2° y lo reafirmado por las diversas Conferencias de Examen de la Convención de Ottawa al respecto
- c) El INDH es partidario de que se produzca un debate en torno a la necesidad de que la ley contemple una nueva medida de reparación, en forma de una pensión vitalicia o similar, que permita a las víctimas contar con una

subsistencia periódica, todo ello de conformidad con el concepto de reparación integral de víctimas de violaciones de derechos humanos.

- d) Es necesario, a la luz de los principios y estándares internacionales sobre no discriminación e igualdad ante la ley, que durante el segundo trámite constitucional se revisen las exclusiones de víctimas del actual proyecto, tendiendo a eliminar cualquier categoría de discriminación.

2

Igualdad y no discriminación:
obligaciones internacionales del Estado

Informe sobre el proyecto de ley que modifica definiciones y procedimientos de la ley que establece medidas contra la discriminación. Boletín N° 10.035-17

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 22 de junio de 2015 - Sesión 257.

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 creación de una acción judicial específica constituye un avance para alcanzar el efectivo respeto y garantía del principio de igualdad y no discriminación, aún hay desafíos pendientes¹ y vacíos legislativos que deben ser subsanados.

El INDH desde su establecimiento, especialmente a través de sus Informes Anuales, ha resaltado la importancia del principio de igualdad y no discriminación y cómo el Estado de Chile debe "propender hacia la igualdad a través de medidas efectivas e impedir todo acto de discriminación, esto es, prohibir toda diferenciación basada en fundamentos arbitrarios o absurdos que afecten el acceso al goce y ejercicios de derechos"². Específicamente, el INDH analizó la tramitación y promulgación de la ley que establece medidas contra la discriminación³, señalando que "[I]uego de siete años de debate parlamentario, el 24 de julio de 2012 empezó a regir la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Su aprobación es relevante, por un lado, porque dispone de un mecanismo judicial específico al cual pueden recurrir las personas que consideren que han sido víctimas de discriminación, y por otro, en tanto mensaje simbólico que el Estado envía respecto de aquello que no resulta aceptable en la sociedad chilena actual. Sin embargo, la complejidad y diversidad

¹ Durante la tramitación de la ley se eliminaron las propuestas relativas a consagrar normativamente la procedencia de las "medidas de acción afirmativas", cuestión que debiera considerarse para ser analizado el futuro como un mecanismo efectivo para enfrentar las distintas formas de discriminación.

² INDH, Informe Anual 2010, pág. 78.

³ INDH, Informe Anual 2010, pág. 77 a 79; Informe Anual 2011 pág. 237 a 238; Informe Anual 2012 pág. 109 a 113; Informe Anual 2013 pág. 165 a 177.

de la discriminación y sus prácticas requerirán en el tiempo de esfuerzos mayores, adicionales, a los fines de lograr transformar los prejuicios y prácticas sociales e institucionales existentes”⁴.

En relación al principio de igualdad y no discriminación los mecanismos convencionales de Naciones Unidas a través de sus “Observaciones Finales” 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 internacionales⁵. Específicamente, el año 2013 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó al Estado de Chile “revisar las categorías de discriminación consideradas “no arbitrarias” para alinear la Ley de no discriminación a la Convención” y clarificar si “la Ley contempla las medidas especiales en el combate de la discriminación racial tomando en cuenta su Recomendación general N° 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención”⁶. Anteriormente, el año 2012, el Comité para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, en relación con la definición de discriminación contenida en la Ley 20.609, exhortó al Estado a que “adopte una definición jurídica general de todas las formas de discriminación contra la mujer que abarque tanto la discriminación directa como la indirecta, y establezca en su Constitución y/o en otra legislación el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, de conformidad con el artículo 2 a) de la Convención, con miras a lograr una igualdad formal y sustantiva entre la mujer y el hombre”⁷.

En el marco del Segundo Ciclo del Examen Periódico Universal, el Estado de Chile recibió un conjunto de recomendaciones en materia de igualdad y no discriminación⁸. Específicamente, la recomendación 121.70 de Colombia planteó al Estado “Elaborar y poner en práctica un plan de aplicación de la Ley Antidiscriminación que incluya medidas positivas y preventivas. En particular, hacer frente a la discriminación basada en la identidad de género y la orientación sexual” y la recomendación 121.72 de los Países Bajos exhortaba a “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”.

⁴ INDH, Informe Anual 2012, pág. 109.

⁵ 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.

⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales, 23 de septiembre de 2013, párr: 9. CERD/C/CHL/CO/19-2.

⁷ Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la mujer, Observaciones finales, 12 de noviembre 2012, párr: 11, CEDAW/C/CHL/CO/5-6.

⁸ Recomendaciones 121.51 a 121.73. 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.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos, en materia de igualdad y no discriminación cabe destacar la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile por discriminar a la jueza Karen Atala⁹ en razón de su orientación sexual, al negarle la tuición de sus hijas. La resolución de este caso fue un hito en la jurisprudencia y contribuye para avanzar en los cambios a favor de erradicar la discriminación y construir una sociedad que pueda reconocer en la diversidad y las diferencias entre las personas como un valor a ser resguardado. Otro importante hito, en el marco del sistema interamericano, fue la adopción en el año 2013 de dos nuevos instrumentos internacionales en relación al principio de igualdad y no discriminación: la “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia”¹⁰ y la “Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia”¹¹. Ambos instrumentos reafirman el principio de igualdad y reconocen que “la diversidad humana es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general” y el convencimiento que las actitudes discriminatorias “representan una negación de los valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos, principios y garantías previstos en la Carta de la en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Carta Social de las Américas, en la Carta Democrática Interamericana, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”. Asimismo, los dos textos destacan por incorporar definiciones de discriminación e intolerancia, en todas sus manifestaciones –individual, estructural e institucional– incluyendo los conceptos de discriminación indirecta y discriminación múltiple o agravada. Ambos tratados consagran un conjunto de deberes para los Estados, afirmando que el principio de igualdad y no discriminación son conceptos democráticos dinámicos que propician el fomento de la igualdad jurídica efectiva y presuponen obligaciones para los Estados, entre las cuales destacan la adopción de medidas de acción afirmativa y de políticas especiales a favor de los individuos o grupos que son víctimas de la discriminación tanto en la esfera de actividad pública y privada. Respecto a la “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia” cabe resaltar especialmente dos puntos: primero, la incorporación en la definición de discriminación¹² como categorías sospechosas a la orientación sexual, identidad

⁹ Corte IDH, caso Karen Atala y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012.

¹⁰ AG/RES. 2804 (XLIII-O/13) aprobada el 5 de junio de 2013.

¹¹ AG/RES. 2805 (XLIII-O/13) aprobada el 5 de junio de 2013.

¹² Artículo 1.1 “Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición

y expresión de género, este hecho constituye un avance significativo dado que hasta ahora ningún tratado incorporaba expresamente tales categorías¹³; un segundo punto en relación a los deberes del Estado de prevenir, eliminar y sancionar las manifestaciones de discriminación e intolerancia es la referencia a la utilización de los diversos medios de comunicación, incluyendo internet.

En definitiva, las nuevas convenciones constituyen un desarrollo significativo para el *corpus iuri* del derecho internacional de los derechos humanos ya que ambos instrumentos tienen “como méritos principales reafirmar, actualizar y perfeccionar alguna de las nociones consagradas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU del 1965, consolidando y especificando para las Américas el contenido democrático de los principios de la igualdad jurídica y de la no discriminación”¹⁴. Sin embargo, el Estado de Chile no firmó ninguna de ellas. El INDH manifiesta su preocupación al respecto, dado que la explicación del Estado para no manifestar su consenso fue “en razón a que el procedimiento de consultas jurídicas internas no ha finalizado respecto al Proyecto de Convención contenido en la presente resolución, favorece su aprobación pero se reserve (sic) su posición en relación al mismo hasta no contar con los análisis e informes pertinentes.” Ambas Convenciones entrarán en vigor cuando sean ratificadas por dos Estados Miembros. A la fecha Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay se convirtieron en los primeros firmantes de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. El INDH alienta al Estado de Chile a adoptar las medidas sustantivas pertinentes para hacerse parte de ambas Convenciones y avanzar hacia una mayor esfera de protección de todas las personas víctimas de discriminación.

II. 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

socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.”

¹³ Sin perjuicio de la interpretación extensiva que se ha realizado de los tratados internacionales vigentes para incorporarlas dentro de la frase “cualquier otra condición social”. A modo de ejemplo ver Caso Karen Atala y niñas vs. Chile, 24 de Febrero de 2012 párrafos 83 a 93.

¹⁴ Palabras del Secretario General Insulza, Boletín Informativo Junio 2013 del Departamento de Derecho Internacional OEA. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_tratados_multilaterales_interamericanos_jun-17-2013.html

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”¹⁵. 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”¹⁶. 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”¹⁷.

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 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”¹⁸. En efecto, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra reconocido como cláusula general en los diversos tratados internacionales de derechos humanos.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

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

El proyecto de ley que se analiza a continuación busca subsanar aquellas deficiencias o vacíos identificados en la aplicación de la Ley 20.609 en sus casi tres años de vigencia. En efecto la moción parlamentaria señala que su objetivo es modificar la normativa para que sea “verdaderamente una ley general antidiscriminación”.

III. Proyecto de ley que modifica definiciones y el procedimiento de la ley que establece medidas contra la discriminación

El INDH destaca la presentación realizada el 6 de mayo de 2015¹⁹ del proyecto de ley que modifica definiciones y el procedimiento de la ley que establece medidas contra la discriminación. La iniciativa legislativa tiene como propósito hacer modificaciones a la Ley 20.609 con el fin de subsanar las deficiencias que han sido identificadas en la aplicación de la normativa. En concreto, la moción señala como fundamento la información proporcionada por el Poder Judicial, respecto al uso del mecanismo contemplado en la Ley 20.609, el cual informa que desde la entrada en vigencia de la normativa sólo se han presentado 119 acciones ante los Juzgados de Letras²⁰ y que no existen a la fecha políticas públicas promovidas por el Gobierno para dar cumplimiento al deber de los órganos de la Administración del Estado de garantizar el goce de derechos a toda persona sin discriminación arbitraria. Además el proyecto en análisis propone modificar algunas definiciones contenidas en la ley con el fin de ampliar su esfera de protección y plantea reformas al mecanismo judicial consagrado con el objetivo de otorgar una efectiva reparación a las víctimas de discriminación.

Para efectos del análisis, y en virtud de los estándares internacionales expuestos, se han seleccionado cuatro 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 propósito de la ley y el deber que corresponde a los órganos del Estado para su efectiva aplicación; el concepto de discriminación y sus alcances; las modificaciones al mecanismo judicial tanto en su establecimiento como en su resolución; y la vigencia de la norma general de interpretación de la Ley 20.609.

¹⁹ Moción parlamentaria iniciada por los/as Honorables Senadores/as Señora Van Rysselberghe y Señores Coloma, Orpis, Ossandón y Pérez Varela.

²⁰ Poder Judicial, respuesta a solicitud de transparencia N° NR001T0000367, citado en los antecedentes de la moción.

IV. Observaciones al proyecto de ley modifica definiciones y el procedimiento de la ley que establece medidas contra la discriminación.

a) Propósito de la ley y deber de los órganos del Estado

El artículo 1 inciso primero de la ley señala que el objetivo principal de la normativa es instaurar “un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se comenta un acto discriminatorio”. El inciso segundo consagra un deber general de los órganos de la Administración del Estado, para que dentro de su competencia, “elaboren e implementen políticas públicas destinadas a garantizar a toda personas, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos”. La moción en análisis propone tres modificaciones a este artículo:

- 1) Al inciso primero del artículo 1º, para sustituirlo por el siguiente: “Artículo 1º- Propósito de la ley. Esta ley tiene por objetivo fundamental prevenir, eliminar y sancionar todas las formas de discriminación arbitraria que se ejerzan contra cualquier persona”.

Respecto a la primera modificación propuesta, cabe señalar que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en materia de no discriminación establecen deberes de respeto y garantía, y para ello se requieren medidas de prevención, así como acciones judiciales tendientes a investigar y sancionar cuando corresponda a las personas responsables de hechos discriminatorios. A través de la acción judicial, la ley actualmente vigente solo satisface una de estas dimensiones. La norma actual es débil en materia de prevención, es decir, en formular la obligación de acciones orientadas a informar a la ciudadanía y a transformar mitos, prejuicios e imaginarios culturales que están en la base de la discriminación, lo que constituye una importante debilidad²¹. La erradicación de la discriminación no se agota con la existencia de esta normativa, menos aún si esta solo pone acento en la sanción judicial de actos discriminatorios. Se requerirá del Estado una acción sostenida para transformar –a través de campañas de bien público y otras modalidades– las construcciones culturales que están en la base de los discursos y conductas discriminatorias, así como el desarrollo de procesos de formación hacia funcionarios/as públicas y el continuo mejoramiento de los procesos educativos en todos sus niveles, que aborden la cuestión de la igualdad y la no discriminación²².

Por lo expuesto, el INDH valora positivamente la incorporación expresa del deber de prevención toda vez que coincide con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado de Chile en la materia, sin embargo, se destaca que este cambio de propósito de la normativa debe estar en coherencia con el contenido de la ley y para ello deben considerarse otras modificaciones tales como la consagración de medidas de acción

²¹ Valoración ya desarrollada por el INDH en el Informe Anual 2012, pág. 111.

²² INDH, Informe Anual 2012, pág. 113.

afirmativa y otros elementos –como campañas educativas– orientados a la eliminación de la discriminación.

- 2) Al inciso segundo del artículo 1º, para reemplazar la frase “a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” por la siguiente: “prevenir todo tipo de discriminación arbitraria y garantizar además a toda persona, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

En relación con esta segunda propuesta de modificación, y en concordancia con el análisis desarrollado respecto al punto anterior, se debe señalar que conforme a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en relación con la obligación de garantía, el cabal cumplimiento de esta obligación supone para los Poderes del Estado adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento efectivo a los derechos fundamentales²³. Esta obligación no se satisface con la sola existencia de normas; requiere emprender acciones concretas destinadas a asegurar los derechos contemplados en los tratados internacionales y mantener una continua actitud de observancia, de manera de anticiparse a posibles vulneraciones²⁴. Cumplir con esta obligación conlleva adoptar leyes, definir políticas públicas, asignar recursos, y establecer prácticas administrativas y procesos judiciales con el fin de generar condiciones para el pleno goce de los derechos humanos. En efecto, de la obligación de garantía se desprenden tres subobligaciones: *prevenir*, *investigar* y *sancionar*.

- Prevenir las violaciones de derechos humanos implica que el Estado debe tomar acciones para evitarlas. Un Estado no puede ser responsable de cualquier situación de riesgo y teniendo en cuenta las dificultades que implican la planificación y adopción de políticas públicas, “las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada”²⁵.

²³ Respecto de la obligación de garantía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “(...) implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166.

²⁴ La Corte agregó que esta obligación no se satisface con la sola existencia de normas, sino que “comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. *Ibidem*.

²⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrafo 155.

- En virtud de la obligación de investigar, el Estado tiene el deber de generar procesos judiciales para esclarecer las circunstancias y las responsabilidades, establecer las sanciones pertinentes y asegurar a la(s) víctima(s) una adecuada reparación²⁶.

- La obligación de sancionar “a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, en general exige que el Estado lleve a cabo un proceso penal serio, imparcial y efectivo”²⁷. La investigación y sanción deben estar orientadas a lograr verdad y justicia, a evitar situaciones de impunidad y a garantizar la no repetición²⁸. Se trata de un deber jurídico del Estado, y no de una mera gestión de intereses particulares que descansa en la iniciativa de la víctima y/o de sus familiares.

En virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes y por cómo ha sido conceptualizado por el derecho internacional de los derechos humanos el deber de “garantizar” no parece necesaria la modificación propuesta en la moción, de reemplazar la palabra “garantizar” por “prevenir y garantizar” toda vez que el deber de prevención se entiende comprendido como una de las subobligaciones derivadas del deber general de garantía.

- 3) Para incorporar un inciso tercero nuevo al artículo 1º en los siguientes términos: “Asimismo, los Órganos de la Administración del Estado podrán establecer medidas especiales destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas discriminadas arbitrariamente”.

Esta tercera modificación es coherente con la modificación del inciso primero del artículo I, toda vez que extiende el alcance y esfera de protección de la normativa proponiendo consagrar como un deber de los órganos de la administración del Estado la adopción de medidas especiales de protección en materia de igualdad y no discriminación. En definitiva la moción en análisis propone consagrar como un deber del Estado la adopción de medidas de acción afirmativa.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial establece en su artículo 1.4 que “las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos

²⁶ Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Op. Cit.

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo Suspensión de Garantías, del 30 de enero de 1987, párrafo 19.

²⁸ A modo de ejemplo ver Corte IDH, caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004; caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000; y, caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

Del mismo modo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece en su artículo 4 que “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en los párrafos 3 y 4 del artículo 5, establece que “3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables; 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

Estos artículos hacen referencia a lo que se ha denominado “medidas de acción afirmativa”, es decir, la adopción de medidas especiales en beneficio de un grupo específico con el fin de eliminar la situación de discriminación de la cual son objeto. Es una expresión de la igualdad sustantiva, donde no solo basta con que formalmente todas las personas sean iguales formalmente, sino que esta igualdad debe expresarse además en el igual goce de los derechos.

Así entonces, para el derecho internacional de los derechos humanos, estas acciones constituyen un estándar internacional. Para el Comité DESC “los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible”²⁹. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos, ha señalado que “el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”³⁰.

Un tratamiento específico sobre el tema fue el que hizo la extinta Comisión de Derechos Humanos, la cual interpretó que la “verdadera igualdad que persiguen los instrumentos

²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 sobre la No discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, 2009, párr: 9.

³⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18 sobre No Discriminación, 1989, párr: 10.

internacionales no es necesariamente fruto de un trato idéntico para todos, sino que hay medidas favorables especiales que son perfectamente compatibles con ese objetivo y no constituyen discriminación, siempre y cuando no se mantengan una vez que haya desaparecido la necesidad de aplicarlas”³¹. Por su parte, el Comité de la CEDAW ha establecido que “la eliminación de las barreras jurídicas, aunque necesaria, no es suficiente. [L]os Estados Partes tienen la obligación de garantizar que las medidas especiales de carácter temporal se orienten claramente a apoyar el principio de igualdad y, por consiguiente, cumplan los principios constitucionales que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos”³².

Sobre este mismo punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también expresó que “las medidas de acción afirmativa están en pleno cumplimiento del principio de no discriminación y de las disposiciones aplicables de la ley de derechos humanos; de hecho, tales medidas bien podrían ser requeridas para lograr la igualdad sustantiva de oportunidades”³³. Finalmente, la Corte IDH ha señalado que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”³⁴.

Así entonces, las acciones afirmativas se enmarcan dentro de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, a saber: promover, respetar y garantizar. Justamente, el deber de garantía implica la adopción de medidas especiales para el efectivo ejercicio de los derechos. Sobre este punto, el INDH ha señalado que “esta obligación no se satisface con la sola existencia de normas; requiere emprender acciones concretas destinadas a asegurar los derechos contemplados en los tratados internacionales”³⁵. Uno de esos derechos fundamentales es la igualdad, por lo que el Estado está obligado a no discriminar, como también a subsanar cualquier situación de discriminación presente en la sociedad. Es en este contexto que las acciones afirmativas constituyen una herramienta útil para este objetivo.

³¹ Comisión de Derechos Humanos, El concepto y práctica de la acción afirmativa, E/CN.4/Sub.2/2000/11, 2000, párr. 34.

³² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Recomendación General N° 23 sobre Vida Política y Pública, 1997, párr. 15.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Consideraciones sobre la compatibilidad de las Medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, OEA/Serv.L/V/II.106, 1999, p. 7.

³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, párr. 104.

³⁵ INDH, Informe Anual 2010, p. 33.

Límites de las medidas afirmativas

Para evitar un abuso en la utilización de las medidas afirmativas, los estándares internacionales en la materia han fijado una serie de criterios con el objeto de una correcta aplicación de estas acciones. Estos límites se pueden resumir en dos puntos: a) las acciones afirmativas no pueden provocar una discriminación; y b) son esencialmente temporales.

La acción afirmativa no puede originar una nueva discriminación

El sentido político de las medidas afirmativas es eliminar la discriminación de hecho presente en la sociedad. Por lo mismo, es un requisito de estas medidas el que no constituyan un nuevo acto de discriminación. Así entonces, ¿es la medida afirmativa un acto discriminatorio? Los estándares han respondido negativamente esta pregunta. Los ya citados artículos 4 de la CEDAW, el artículo 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y el artículo 5.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad señalan expresamente que la adopción de medidas afirmativas no constituye un acto discriminatorio. La razón de estas expresiones radica en que se debe diferenciar entre discriminación y distinción. Tal como señala la Comisión de Derechos Humanos, “no todas las diferencias de trato están prohibidas, sólo aquellas que desembocan en una discriminación”³⁶. Esto es confirmado por el Comité de Derechos Humanos al observar que “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]”³⁷. La Corte IDH también ha señalado que “el término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos”³⁸.

Las medidas de acción afirmativa nacen producto de las históricas discriminaciones de las que los grupos en situaciones de vulnerabilidad han sido objeto, por lo que el objetivo de estas no es producir una nueva discriminación, sino que subsanar un escenario que ha sido discriminatorio para miles de personas producto de su raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, condiciones económicas, entre otros motivos. Estas discriminaciones históricas producen y reproducen la desigualdad, expresada en la diferencia de oportunidades y de desarrollo de planes de vida.

³⁶ Comisión de Derechos Humanos, El concepto y práctica de la acción afirmativa, E/CN.4/Sub.2/2000/11, 2000, párr.52.b

³⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18 sobre No Discriminación, 1989, párr.13.

³⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, párr. 84.

Así, aquellas acciones afirmativas planteadas a favor de un grupo determinado de forma desproporcional, irracional o subjetiva, están prohibidas a la luz de los estándares internacionales por constituir un acto de discriminación. A contrario sensu, si son medidas proporcionales, racionales y objetivas, no pueden ser catalogadas como discriminatorias, ya que en su esencia constituyen una distinción amparada por el derecho internacional de los derechos humanos y por tanto, legítimas. Tal como se ha señalado, “el fin de una acción positiva (legítima), a favor de las mujeres o de una minoría étnica o racial, no es discriminar a los hombres o a los blancos, sino promover, mediante tratos preferenciales, la igualdad sustantiva de las mujeres o bien de los que pertenecen a una minoría”³⁹. Asimismo, para Dinah Shelton se ha establecido –a la luz de la jurisprudencia del Tribunal EDH– que “la existencia de la justificación objetiva y razonable [está dada por] si la medida en cuestión tiene un propósito legítimo y [si] existe una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y los objetivos que se intenta lograr”⁴⁰.

La acción afirmativa es esencialmente temporal

La función de la medida afirmativa es eliminar una determinada situación de discriminación de la cual es víctima un grupo específico, es decir, la adopción de medidas mientras persista un escenario de vulnerabilidad. Por lo mismo, una vez solucionado el problema estructural que originaba la vulnerabilidad, la medida afirmativa debe cesar, ya que constituiría un privilegio a favor de un grupo, sin fundamento para su mantención. En otras palabras, la justificación objetiva y razonable, requisito de las medidas afirmativas, no sería plausible.

Este límite ha sido también remarcado por los ya citados artículos 4 de la CEDAW, el artículo 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y el artículo 5.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el sentido que las medidas deben cesar en sus efectos una vez que se ha logrado la igualdad. Tal como señaló la Comisión de Derechos Humanos, “la concesión de unas medidas de acción afirmativa no tiene por qué desembocar en la perpetuación de normas desiguales o distintas, por lo que las medidas cesarán una vez que se hayan logrado los objetivos para los cuales fueron tomadas”⁴¹.

En el ordenamiento jurídico nacional, son escasos los ejemplos en que el legislador haya adoptado medidas afirmativas. En efecto, el artículo 7 de la ley 20.422 que establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con discapacidad,

³⁹ María Vittoria Ballestrero, Igualdad y Acciones Afirmativas. Problemas y argumentos de una discusión infinita; en Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006, p. 60.

⁴⁰ Dinah Shelton, Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; en Anuario de Derechos Humanos 2008, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, p. 23.

⁴¹ Comisión de Derechos Humanos, El concepto y práctica de la acción afirmativa, E/CN.4/Sub.2/2000/11, 2000, párr. 66.

establece que “se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social”.

En este mismo orden de ideas, el proyecto de ley original que establece medidas contra la discriminación, señalaba el deber del Estado de elaborar políticas y arbitrar acciones que fueran necesarias para garantizar que las personas no fueran discriminadas en el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Específicamente, se señalaba que:

Corresponde al Estado elaborar las políticas y arbitrar las acciones que sean necesarias para garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

El Estado podrá establecer distinciones o preferencias destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas o grupos de personas, en los términos que establece la Constitución Política de la República.

El establecimiento de las distinciones o preferencias señaladas en el inciso anterior, deberá siempre tener carácter temporal, deberá cesar en cuanto se logre el objetivo que las justificó y no podrá derivar, en su aplicación, en el mantenimiento de estándares o derechos desiguales.

Esta redacción implicaba la creación de una herramienta de política pública eficaz para la erradicación de toda forma de discriminación, de manera tal que el Estado podía establecer diferenciaciones legítimas, en la medida que ellas se encaminaran a promover y fortalecer el principio de no discriminación y la real igualdad de oportunidades de las personas y grupos vulnerables. Cabe destacar que estas medidas son esencialmente temporales, es decir, su vigencia estará condicionada al hecho de mantenerse la brecha de desigualdad.

Parte de la objeción hacia estas medidas sería que afectan la “meritocracia”, es decir, en caso de que un hombre tenga más aptitudes que una mujer para un determinado puesto laboral, se privilegiaría a la mujer. Al respecto cabe argumentar que la superación de la desigualdad y la discriminación no dependen exclusivamente de la voluntad y fuerza de las personas afectadas y constituyen, la mayoría, fenómenos sistémicos y estructurales. Si se asume que las desigualdades son un problema estructural, entonces le cabe al Estado la obligación de modificar esas estructuras y, al mismo tiempo, contribuir a la igualdad sustancial. En este sentido, también se ha señalado que “quienes así argumentan (refiriéndose a la posición en contra de las cuotas por afectar el mérito) parecen olvidar que nuestro país no solo ostenta una evidente desigualdad en la distribución de los ingresos, sino que es modestamente meritocrático, presenta una escasa movilidad en la elite, poca movilidad intergeneracional y la familia de origen continúa teniendo un peso determinante en el

futuro desarrollo de las personas. Así, cabe preguntarse por qué a las mujeres se les pide que esgriman condiciones que la sociedad, como un todo, no satisface”⁴².

Paradójicamente, pese a que la ley ha sido renuente al establecimiento de acciones afirmativas, en las políticas públicas estas acciones son de extendida aplicación. Ejemplo de esto es en el caso de acceso a la justicia es el “privilegio de pobreza”, en virtud del cual las personas de escasos recursos que deban recurrir a tribunales “tendrán derecho para ser gratuitamente servidos por los funcionarios del orden judicial, y por los abogados, procuradores y oficiales subalternos designados para prestar servicios a los litigantes pobres”⁴³. Con todo, esta figura ha sido objeto de críticas ya que “se exige al interesado no solo conocer la existencia de este beneficio sino, además, la presentación de una petición por escrito ante el tribunal y acreditar su condición de precariedad económica. En la práctica esto resulta a todas luces inviable”⁴⁴. El esfuerzo debe estar en los órganos competentes del Estado y no en la persona.

En materia de educación existe la “Beca de Zona Extrema” en virtud de la cual “estudiantes vulnerables de zonas aisladas continúen sus estudios en establecimientos educacionales reconocidos por el Estado. [L]a beca comprende asignaciones de libre disposición consistentes en una asignación mensual por alumno”⁴⁵. En esta situación se puede apreciar la existencia de una medida especial (la asignación mensual por alumno/a en situación de vulnerabilidad), por el hecho de estar geográficamente alejado/a del establecimiento escolar lo que afecta su derecho a la educación en igualdad de condiciones. Mientras persista la vulnerabilidad o no exista un establecimiento cercano, el Estado otorgará esta asignación, entendiendo que en caso contrario aumentará la deserción escolar, lo cual aumenta la desigualdad social.

Así, la medida afirmativa es un estándar en materia de derechos humanos ya que permite concretar una igualdad de oportunidades que hasta el momento solo es nominal o formal para algunos grupos en situación de vulnerabilidad. Para su aplicación, el Estado debe justificar racional y objetivamente su adopción y que esta sea proporcional en cuanto al fin que se quiere obtener. Solo así la medida adoptada no constituirá un acto discriminatorio nuevo, sino que una distinción legítima que un Estado puede adoptar para asegurar el ejercicio de un derecho por parte de un grupo en situación de vulnerabilidad. Del mismo modo, en atención a que el objetivo de la medida es equiparar, una vez que se ha logrado

⁴² María de los Ángeles Fernández, *Equidad Política de Género en el Chile Actual: entre Promesas y Resistencias*; en *Anuario de Derechos Humanos 2008*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, p. 225.

⁴³ Artículo 591, inciso segundo, Código Orgánico de Tribunales.

⁴⁴ Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2007, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, p. 205.

⁴⁵ Enrique Arzúa (consultor), VI Informe Interamericano de la Educación en Derechos Humanos, Consultoría elaborada para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (informe Preliminar), p. 28.

dicho objetivo, la medida afirmativa debe cesar en sus efectos, ya que de lo contrario esta pasa a ser un privilegio que no tiene fundamento alguno y, por tanto, discriminatorio.

En conclusión el INDH valora positivamente la propuesta de incorporar como uno de los deberes de los órganos de la Administración del Estado la adopción de medidas de acción afirmativa.

b) Modificaciones a la definición de discriminación

- 1) La moción formula modificar la definición de discriminación contenida en el artículo 2 de la ley, para ello se propone eliminar la frase “exclusión y restricción”, afirmando que sólo basta consagrar en la ley la conducta “distinción” que sería “el género en el cual se pueden subsumir las demás clases en cuanto especies del mismo”.

En relación con esta modificación, cabe destacar que en el marco del sistema de Naciones Unidas se identifican un conjunto de instrumentos internacionales que consagran el derecho a la no discriminación⁴⁶. La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁷, particularmente el artículo 2, prescribe que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Consignándose además en el artículo 7° que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Recogiendo estos principios, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸, especialmente el artículo 2, obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos declarados, sin distinción alguna. Igualmente se establece la obligación de adecuar la legislación interna y adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos garantidos por el Pacto. Del mismo modo, en su artículo 26 establece la igualdad de todas las personas ante la ley, prohibiéndose toda discriminación y garantizándoseles una protección igual y

⁴⁶ A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos han consagrado dentro de su normativa alguna cláusula referente al principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. Entre ellos se identifica: Artículo 2 Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 14 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

⁴⁷ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

⁴⁸ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; suscrito por Chile en esa misma fecha y el instrumento de ratificación depositado en la Secretaría General del referido organismo el 10 de febrero de 1972. Se promulgó por el decreto supremo N° 778, de Relaciones Exteriores, de 1976, y se publicó en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁴⁹, dispone en su artículo 5 el compromiso de los Estados Partes de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵⁰ en su artículo 2 condena la discriminación contra la mujer y establece la obligación de los Estados Partes en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer:

Destaca por su especialidad, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial⁵¹ (CERD). La CERD consagra la definición del término “discriminación racial” en el artículo 1.1 señalando: “En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

El Comité de Derechos Humanos, como órgano que realiza las interpretaciones autorizadas de las normas integrantes del PIDCP, en la Observación General No. 18⁵² denominada “No Discriminación” define el término “discriminación” a partir de otras convenciones internacionales referentes a la materia. El Comité alude al artículo 1.1 de la CERD y al artículo 1 de la CEDAW⁵³ para establecer una definición de “discriminación”. El párrafo 7

⁴⁹ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965, cuyo instrumento de ratificación fue depositado por Chile el 20 de octubre de 1971, y promulgado por el decreto supremo N° 747, de Relaciones Exteriores, de 1971, cuya publicación en el Diario Oficial se hizo el 12 de noviembre de 1971.

⁵⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, fue suscrita por Chile el 17 de julio de 1980, ratificada en 1989, y su promulgación se hizo por el decreto supremo N° 789, de Relaciones Exteriores, de 1989, que se publicó en el Diario Oficial del 9 de diciembre del mismo año

⁵¹ La CERD del año 1965, fue desarrollada con el objeto de garantizar a todas las personas el respeto universal de los derechos humanos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Se debe considerar el contexto en el cual se originó este instrumento internacional, en particular la preocupación manifestada por la comunidad internacional tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial por el desarrollo de doctrinas de superioridad basadas en la diferenciación racial y de políticas de gobierno tales como las del apartheid, segregación y separación. En virtud de lo anterior, se estimó determinante consagrar a nivel internacional directrices específicas en materia de discriminación.

⁵² Comité de Derechos Humanos Observación General No. 18, “No Discriminación”, 37° período de sesiones, 1989. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168

⁵³ Artículo 1°: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer; independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del

de la Observación General No. 18 señala: “Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”

A la luz de la definición desarrollada por el Comité de Derechos Humanos y la definición consagrada en el Artículo 1.1 de la CERD, resulta necesario determinar si el concepto propuesto en la modificación cumple con los estándares internacionales vigentes.

De la lectura del artículo 2 de la ley 20.609, se identifica la utilización del término “discriminación arbitraria”⁵⁴, con el objeto de resaltar que la conducta discriminatoria no está asociada a una prohibición de hacer distinciones en forma general, más bien se prescribe realizar distinciones caprichosas. El Comité de Derechos Humanos ha señalado “que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se busca es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.”⁵⁵

En relación con las modalidades que puede adoptar la discriminación, que se puede traducir en *distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias*. El mensaje del proyecto que dio origen a la Ley 20.609 conceptualizó las modalidades señalando que, “las distinciones son diferenciaciones en base a alguna particularidad. Las exclusiones se traducen en quitar a alguien el lugar que ocupa. Las restricciones son reducciones a menores límites. Las preferencias, finalmente, son ventajas que se conceden a una persona sobre otra.”⁵⁶

En definitiva, la normativa vigente se encuentra en armonía con la definición contenida en instrumentos internacionales, específicamente la definición consagrada en el artículo I del CERD que indica “la expresión de “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, ...”, no siendo necesaria su modificación. Por lo tanto el INDH no comparte la modificación propuesta que busca eliminar la frase “exclusión,

hombre y la mujer; de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

⁵⁴ Desde el proyecto original se utiliza dicha terminología de acuerdo a lo señalado en el Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. 14 de marzo 2005, Santiago.

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, “No Discriminación”, 37º período de sesiones, 1989, párr. 13. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168

⁵⁶ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. 14 de marzo 2005, Santiago.

restricción” dado que representaría un retroceso a la luz de los estándares internacionales expuestos.

Por otra parte, el tenor de la normativa vigente es consistente con otras normas antidiscriminación, como es, a saber; el art. 2 inciso 4° del Código del Trabajo que dispone: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

- 2) La moción en análisis propone también suprimir el inciso tercero del artículo 3°, el cual establece: “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

La actual legislación presenta desafíos evidentes, entre ellos destaca el conflicto entre derechos que plantea la norma al considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial aquellos contenidos en los números 4, 6, 11, 12, 15, 16 y 21 del artículo 19 de la Constitución. Al respecto, el INDH expresó en el debate parlamentario que en la eventualidad que ante un acto discriminatorio se alegue colisión de derechos, es tarea del juez ponderar en el caso concreto si hay o no discriminación. No es posible para el legislador decidir en abstracto y a todo evento qué situaciones no se entenderán como discriminatorias. La ponderación debe darse en pie de igualdad entre derechos y no estableciendo una ventaja normativa a favor de uno de ellos. Caso contrario, la apelación a conflictos de derechos conllevará ubicar el principio de igualdad y no discriminación en un estatus inferior al de otras garantías constitucionales. Este escenario requerirá del esfuerzo de jueces y juezas por incorporar en sus consideraciones y sentencias los estándares internacionales de derechos humanos en la materia. En conclusión, el INDH coincide con la necesidad de eliminar el inciso tercero, respaldando en este aspecto la moción en análisis.

- 3) Una tercera modificación propuesta es incorporar un nuevo inciso 3° en los siguientes términos: “La discriminación arbitraria puede ser directa o indirecta. Por discriminación arbitraria indirecta se entiende la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a una persona en desventaja particular con respecto a otra u otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o practica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

En relación a esta modificación cabe señalar que lo propuesto en la indicación coincide con lo consagrado en la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, la cual en su artículo 1.1 señala “*Discriminación indirecta es la que se produce,*

en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”.

El INDH valora la incorporación de la definición de discriminación indirecta ya que recoge los avances desarrollados en la materia a nivel internacional.

c) Modificaciones a la acción judicial

- 1) Para incorporar al inciso segundo del artículo 5º, luego del punto aparte que pasa a ser punto seguido, la siguiente “En ella también podrá solicitarse una indemnización si correspondiere”.
- 2) Para incorporar en el inciso primero del artículo 12º, enseguida del punto aparte que pasa a ser punto seguido, la siguiente oración: “Deberá pronunciar también sobre la indemnización correspondiente en caso de haberse solicitado oportunamente y siempre que proceda en derecho”.
- 3) Para eliminar el inciso tercero del artículo 12º.

Por último, el proyecto en análisis propone una serie de modificaciones a la acción judicial actualmente vigente. Los cambios propuestos se orientan a brindar una adecuada reparación a las víctimas de discriminación –cuestión que la legislación vigente no contempla– y a garantizar un acceso efectivo a la acción al proponer eliminar la multa en el caso que una sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento (previsto así en el actual artículo 12 inciso tercero).

En relación con el deber de reparación frente a la violación de un derecho humano, el Estado tiene la obligación de reparar íntegramente el daño producido⁵⁷ El acto de reparar significa reponer a la persona la situación en que se encontraba antes de que sus derechos fueran vulnerados, y en caso que no sea posible, compensarla de una forma que se considere equivalente. La reparación incluye por tanto la restitución o compensación y la adopción de medidas que aseguren la no repetición de los hechos que provocaron la violación de derechos, entre otras, la adecuación de la legislación interna, la realización de actos públicos en los cuales el Estado reconoce su responsabilidad o la capacitación de funcionarios/as en el conocimiento de los derechos humanos de las personas.

En definitiva, la actual normativa contempla una multa a beneficio fiscal en caso de que hubiera existido discriminación. La moción tiene por objeto incorporar en forma expresa

⁵⁷ Nash, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2009, pág. 11.

la obligación del tribunal para pronunciarse sobre “la indemnización correspondiente” con el propósito de reparar a la víctima de la vulneración. Cabe destacar que si bien la actual normativa no señala en forma expresa la procedencia de una indemnización a la víctima de discriminación, si consagra en el artículo 12 que el juez/a “Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. Si bien la propuesta constituye un avance, tal como se explicitó en los párrafos precedentes, el deber de reparación es más amplio que solo una indemnización de carácter monetario, siendo esta propuesta de modificación una oportunidad para resaltar las otras medidas que componen el deber de reparación y que pueden contribuir a generar una mayor cultura en materia de igualdad y no discriminación a través de medidas que brinden una respuesta adecuada a las víctimas del caso pero que también impacten a nivel sociocultural.

d) Vigencia de la norma general de interpretación de la Ley 20.609

El artículo 18 de la Ley 20.609 dispone: “Interpretación de esta ley. Los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con la sola excepción de las disposiciones señaladas en los tres artículos precedentes”.

El INDH hace presente que de extenderse la finalidad de la ley al campo preventivo y, por lo tanto, abandonar el campo de la mera acción judicial, la norma general de interpretación del art. 18 perderá su razón de ser. En efecto, si de lo que se trata es de reforzar las competencias de prevención y medidas de acción afirmativa, la aplicación de la Ley Zamudio necesariamente escapará a los términos judiciales y, por lo tanto, la cláusula interpretativa final se transformará en un obstáculo para la debida aplicación de la ley revisada.

V. Conclusiones

1. 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. Si bien la creación de la acción judicial específica constituye un avance para alcanzar el efectivo respeto y garantía del principio de igualdad y no discriminación, aún hay desafíos pendientes y vacíos legislativos que deben ser subsanados.

2. El INDH valora positivamente la incorporación expresa del deber de prevención toda vez que coincide con las obligaciones internacionales vinculantes para el Estado de Chile en la materia, sin embargo, se destaca que este cambio de propósito de la normativa debe estar en coherencia con el contenido de la ley y para ello deben considerarse otras modificaciones tales como la consagración de medidas de acción afirmativa y otros elementos –como campañas educativas– orientados a las eliminación de la discriminación.
3. Por cómo ha sido conceptualizado por el derecho internacional de los derechos humanos el deber de “garantizar” no parece necesaria la modificación propuesta en la moción, de reemplazar la palabra “garantizar” por “prevenir y garantizar” toda vez que el deber de prevención se entiende comprendido como una de las subobligaciones derivadas del deber general de garantía.
4. El INDH valora positivamente la propuesta de incorporar como uno de los deberes de los órganos de la Administración del Estado la adopción de medidas de acción afirmativa.
5. En relación con la definición de discriminación, la normativa vigente se encuentra en armonía con la definición contenida en instrumentos internacionales, específicamente la definición consagrada en el artículo 1 del CERD que indica “la expresión de “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia,..”, no siendo necesaria su modificación. Por lo tanto el INDH no comparte la modificación propuesta que busca eliminar la frase “exclusión, restricción” dado que representaría un retroceso a la luz de los estándares internacionales expuestos.
6. El INDH coincide con la necesidad de eliminar el inciso tercero del artículo 2 de la actual legislación, ya que en la eventualidad que ante un acto discriminatorio se alegue colisión de derechos, es tarea del juez ponderar en el caso concreto si hay o no discriminación. No es posible para el legislador decidir en abstracto y a todo evento qué situaciones no se entenderán como discriminatorias.
7. El INDH valora la incorporación de la definición de discriminación indirecta ya que recoge los avances desarrollados en la materia a nivel internacional.
8. En materia de reparación a las víctimas de discriminación el INDH valora la modificación propuesta la cual constituye un avance. Pero destaca que el deber de reparación es más amplio que solo una indemnización de carácter monetario, siendo esta propuesta de modificación una oportunidad para resaltar las otras medidas que componen el deber de reparación y que pueden contribuir a generar una mayor cultura en materia de igualdad y no discriminación a través de medidas que brinden una respuesta adecuada a las víctimas del caso pero que también impacten a nivel sociocultural.

9. El INDH hace presente que de extenderse la finalidad de la ley al campo preventivo y, por lo tanto, abandonar el campo de la mera acción judicial, debe analizarse la subsistencia de la norma general de interpretación contenida en el art. 18 de la ley.

3

Formación ciudadana y Derechos Humanos

Informe sobre el proyecto de ley que crea el Plan de Formación Ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado. Boletín N° 10043-04

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de septiembre de 2015 - Sesión 269.

I. Resumen Ejecutivo

La educación chilena ha ido progresivamente incorporando elementos de formación ciudadana y de derechos humanos, desde la década de los 90 hasta la actualidad. Aun así, su integración es dispar entre niveles educativos y en las diferentes temáticas que la componen.

En el marco del derecho a educación, esos propósitos y contenidos específicos han sido explicitados con claridad en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile (DUDH, PIDESC, CDN, Unesco 1960), y precisados en temas de su implementación en la Observación General N°1 del Comité de Derechos del Niño. Adicionalmente, el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, ha hecho una serie de recomendaciones para impulsar la educación en derechos humanos y ampliar la perspectiva respecto de otros modelos educativos como el de la educación cívica, centrada en el ajuste personal al cumplimiento de normas, y el de formación ciudadana, cuyo centro es la participación formal, más que un trabajo sobre el conjunto de derechos. Ello se ha plasmado en el Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos cuya primera fase promueve la creación de planes nacionales orientados a la educación escolar y la formación docente.

Si bien Chile ha ratificado estos tratados y ha adherido al Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos, no cuenta hoy con un plan nacional de educación en derechos humanos, y es uno de los compromisos pendientes de cumplimiento desde el Examen Periódico Universal de 2009.

Por otra parte, la Ley General de Educación y otras normativas relacionadas con la calidad de la educación, reconocen objetivos relacionados con la formación ciudadana y en derechos humanos.

Todos estos elementos están ausentes en el mensaje presidencial del proyecto de ley, restando potencialidad al Plan propuesto dado que no se establecen las obligaciones de los órganos del Estado que deben velar por el cumplimiento de esta normativa, particularmente en materia de establecimiento de pisos mínimos comunes que eviten generar propuestas de diversa calidad, que generen nuevos focos de desigualdad y, por tanto, de

discriminación; así como en materia de fiscalización que de efectividad a esta normativa. En esa misma línea, preocupa que el proyecto incorpora solo algunos elementos de lo que establecen los estándares internacionales y recomendaciones en torno al educación en derechos humanos.

Por otra parte, el proyecto de ley plantea el Plan de Formación Ciudadana como una política sin articulación con el resto del funcionamiento del sistema educativo, sus normas y políticas, diluyendo esfuerzos y superponiéndose con otras iniciativas que también establecen medidas de formación ciudadana y en derechos humanos, como el de la Subsecretaría de Derechos Humanos.

Finalmente, el proyecto omite referencias al financiamiento y de otros recursos, lo que limita las posibilidades objetivas de implementación y de una formación docente efectiva que pueda conducir y aplicar dicho Plan.

II. Antecedentes

El currículum de todos los niveles de la educación escolar y educación parvularia incluye elementos de educación en derechos humanos y de formación ciudadana, que se han ido integrando progresivamente en las reformas curriculares a partir de la década de los '90, desde las recomendaciones del Informe Rettig hasta la actualidad (INDH, 2012)¹.

No obstante, esta incorporación curricular es disímil en su calidad, profundidad y nivel de integración, dependiendo de las temáticas específicas a las que refiere y los niveles educacionales, no logrando abarcar la totalidad de los estándares y recomendaciones internacionales sobre la materia (INDH, 2015)².

De esta manera, la inclusión de la educación en derechos humanos en el currículum escolar presenta algunas debilidades de enfoque y de comprensión de lo que implican los derechos humanos, que no logra garantizar que los y las estudiantes se reconozcan como sujetos de derechos y que puedan ejercerlos, respetarlos, promoverlos o desarrollar acciones que permitan su exigibilidad o defensa.

Por otra parte, desde la década del 2000, se viene evidenciando una preocupación por la participación juvenil y sobre la necesidad de reforzar la formación ciudadana que reciben.

¹ INDH (2012) "Educación en derechos humanos", en: *Situación de los derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2012*. Págs.300-304.

² INDH (2015), Diagnóstico de la inclusión de la educación en derechos humanos en el currículum escolar chileno al año 2015. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/850> pág. 42-43 (accedido el 1 de septiembre de 2015).

Esta preocupación se plasmó en el año 2004 con la conformación de la *Comisión de Formación Ciudadana*, que realizó un diagnóstico de su inclusión curricular y propuso modificaciones al programa de Historia y Ciencias Sociales en cuarto año medio³. Además, se recomendó generar políticas integrales de gestión educativa y de aprovechamiento de los espacios extracurriculares para generar aprendizajes a través de la experiencia democrática y de participación. Sin embargo, estas recomendaciones no se implementaron en su totalidad, siendo la formación y capacitación docente en estos temas, uno de los aspectos menos tratados. Este es un tema de preocupación para el INDH, puesto que la formación ciudadana y en derechos humanos, está débilmente integrada en la formación inicial docente (Jorquera, 2011; INDH, 2012)⁴ y no han sido prioridad en los procesos de formación continua.

A ello se suma una comprensión difusa sobre las diferencias y los alcances de la educación cívica, la formación ciudadana y la educación en derechos humanos, hoy usados casi como sinónimos en la discusión pública sobre este tema. Mientras la educación cívica pone el acento en la adhesión a las normas jurídicas y de convivencia social, apelando a la responsabilidad individual que le compete a cada individuo en dicho marco, la formación ciudadana procura movilizar la participación sistemática y responsable de los y las jóvenes, particularmente en las instancias formales, como es la elección de autoridades, como mecanismos de refuerzo de la democracia. La Educación en Derechos Humanos, en tanto, engloba las dos anteriores, poniendo en su centro la identificación de sí mismos/as y de los/as demás como sujetos de derechos. Las otras perspectivas, siendo confluyentes, no garantizan la comprensión de los derechos humanos ni de las obligaciones personales y del Estado que existen en torno a ellos.

III. Estándares de Derechos Humanos

a) Estándares internacionales sobre la obligación de educar en Derechos Humanos en los procesos de formación escolar:

La obligación de educar en derechos humanos está establecida en los tratados internacionales suscritos por Chile, que fijan los propósitos de la educación, entre los que destaca con claridad: el “fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”⁵, y la “preparación para asumir una vida responsable en una sociedad libre”,

³ Informe de la Comisión convocada por el Sr. Ministro de Educación, Sergio Bitar, para proponer una visión fundada de los nuevos requerimientos de la ciudadanía democrática. Diciembre de 2004. Disponible en la web: http://www.mineduc.cl/Archivos/ConvivenciaEscolar/doc/archivo_153.pdf (accedido el 1 de septiembre de 2015).

⁴ INDH (2012) “Educación en derechos Humanos” En: Situación de los derechos humanos en Chile, Informe 2012. Pág. 305.

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo y art. 26; Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, art. 5; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.1; la Convención de los Derechos del Niño, art. 29; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 6 y 8.

su orientación “hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso”⁶. Así también, se debe considerar que la formación ciudadana y sobre los derechos humanos contempla un modelo de convivencia social basado en la “comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos”⁷, así como el “combate a los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial”; “la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino”⁸ y la “lucha contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad”⁹, entre otros aspectos.

El Comité de Derechos del Niño precisa respecto a dichos propósitos de la educación, que “el objetivo general de la educación es potenciar al máximo la capacidad del niño para participar de manera plena y responsable en una sociedad libre y sus posibilidades de hacerlo”, razón por la cual “debe promoverse la participación del niño en la vida escolar; la creación de comunidades escolares y consejos de alumnos (...), como parte del proceso de aprendizaje y experiencia del ejercicio de los derechos”, considerando que “los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales.” Además, indica que “la capacidad del niño para participar plena y responsablemente en una sociedad libre puede verse dificultada o debilitada no sólo porque se le deniegue simple y llanamente el acceso a la educación, sino también porque no se promueva la comprensión de los valores reconocidos en el artículo 29 de la Convención de los Derechos del Niño”¹⁰.

Por ello, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado también que “la participación permanente de los niños en los procesos de adopción de decisiones debe lograrse mediante, entre otras cosas, los consejos de aula, los consejos de alumnos y la representación del alumnado en los consejos y comités escolares, en que los alumnos puedan expresar libremente sus opiniones sobre la formulación y aplicación de las políticas y los códigos de conducta de la escuela. Es necesario consagrar esos derechos en la legislación en lugar de depender de la buena voluntad de las autoridades escolares, la escuela o el director para hacerlos respetar”¹¹.

⁶ Carta de la Organización de Estados Americanos, art. 47, y referido en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, art. 26

⁷ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación Racial art. 7.

⁸ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, arts.5 y 10; y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; art. 8.

⁹ Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, arts. 8b y 24.

¹⁰ Comité DN Observación, General N° 1, Propósitos de la educación, 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párrs. 8, 12 y 14

¹¹ Comité DN, Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009. CRC/C/GC/12, párrs. 110 y 134 g)

En esa línea, “el Comité exhorta a los Estados Partes a elaborar un plan nacional integral de acción para promover y supervisar el logro de los objetivos que se enuncian en el párrafo I del artículo 29”, destinando “recursos humanos y financieros hasta el máximo de que se disponga, de conformidad con el artículo 4.”¹²

b) Otras orientaciones y recomendaciones del sistema para la educación en derechos humanos

Adicionalmente, el sistema universal ha promovido lineamientos que permitan comprometer más activamente a los Estados en materia de educación en derechos humanos y en la comprensión del estrecho vínculo entre democracia y derechos humanos¹³. En ese marco, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó un Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos¹⁴ (A/59/113) que se ha materializado en un Plan de Acción para la primera etapa¹⁵ (2005-2009) tuvo como foco el sistema escolar (OACDH/UNESCO, 2006), y en el que se prioriza la generación de estrategias nacionales de educación en derechos humanos (EDH) que sean generales, eficaces y sostenibles, entregando directrices sobre los componentes decisivos en este ámbito.

Como refuerzo a dicho programa, en diciembre de 2011 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos*¹⁶, en la que se reconoce la EDH como un derecho en sí mismo, que compromete a los Estados a tomar medidas que propicien la educación en derechos humanos, en todos los niveles educacionales, la formación de docentes y de agentes del Estado. Esta educación implica a lo menos trabajar en tres dimensiones clave:

- a. La educación sobre los derechos humanos, que incluye facilitar el conocimiento y la comprensión de las normas y principios de derechos humanos, los valores que los sostienen y los mecanismos que los protegen;
- b. La educación por medio de los derechos humanos, que incluye aprender y enseñar respetando los derechos de los educadores y los educandos;

¹² Comité de Observación General N°1, Propósitos de la educación, 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párrs. 18, 23 y 28.

¹³ A/CONF.157/23, párrs. 8, 33, 80-81. En noviembre de 2012 y en marzo de 2015, la Asamblea General aprobó resoluciones destinadas a la “Educación para la democracia” (A/67/18; A/69/268)

¹⁴ Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos, aprobado por resolución de la Asamblea General A/RES/59/113 el 10 de diciembre de 2004. Disponible en la web: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PAActionEducationsp.pdf> (accedido el 1 de septiembre de 2015)

¹⁵ Documento A/59/525/Rev.1, correspondiente a la resolución 59/113 B, de 14 de julio de 2005 de la Asamblea General.

¹⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos, aprobada por resolución de la Asamblea General A/RES/66/137 el 19 de diciembre de 2011. Disponible en la web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/07/PDF/N1146707.pdf?OpenElement> (accedido el 1 de septiembre de 2015).

- c. La educación para los derechos humanos, que incluye facultar a las personas para que disfruten de sus derechos y los ejerzan, y respeten y defiendan los de los demás.

Según las recomendaciones de Naciones Unidas para la generación de los Planes de Educación en Derechos Humanos¹⁷, se debiesen considerar los siguientes componentes: a) Políticas educativas, b) Planificación de la aplicación de la política educativa, asignando recursos suficientes y creando los mecanismos específicos de garantía de la calidad c) El entorno de aprendizaje, d) Enseñanza y aprendizaje, definiendo destrezas y competencias básicas tanto de tipo cognitivo como sociales o afectivos que se han de adquirir en la esfera de los derechos humanos, y e) La formación y perfeccionamiento profesional de profesores y del resto del personal docente.

Asimismo, durante el Examen Periódico Universal (EPU) 2009, el Consejo de Derechos Humanos hizo recomendaciones al Estado de Chile en torno a la educación en derechos humanos (96.15), las que fueron reiteradas en el 2014 (4)¹⁸, en que se insiste sobre el compromiso de elaborar un plan nacional de derechos humanos y aprobarlo sin demora.

c) Normativa nacional sobre educación en derechos humanos y formación ciudadana

A nivel de la normativa interna, también se ha establecido la obligación del Estado de educar en derechos humanos. La Constitución Política de Chile establece que el Estado debe “respetar y promover [los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹⁹”. Por su parte, la Ley General de Educación, en sus disposiciones generales, junto con establecer que los derechos humanos son la base y el marco del sistema de educación²⁰, reconoce que la educación en derechos humanos es una obligación de todo el sistema educativo²¹ y particularmente

¹⁷ Resolución 59/113 B de la Asamblea General.

¹⁸ El documento final aún está en proceso de elaboración, se cita el Informe del Grupo de Trabajo en tono a las Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el Estado examinado (A/HRC/26/5/Add.1/Rev.1).

¹⁹ Constitución Política de la República, Art. 5 inciso 2°.

²⁰ Ley General de Educación, Art. 3. “[e]l sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

²¹ Ley General de Educación, Art. 2. “[s]e enmarca en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad”.

del Estado²². También esta ley fija objetivos específicos en esta materia para cada uno de los niveles educacionales obligatorios, tanto en la educación parvularia²³ como en la educación básica²⁴ y media²⁵.

Asimismo, Chile ha suscrito el Programa Mundial, en el que se establece el compromiso de implementar un plan nacional de educación en derechos humanos, y ha aceptado las recomendaciones que en este mismo sentido hizo el Examen Periódico Universal, en 2009 y que reiteró en 2014, sin embargo aún no lo ha desarrollado.

IV. Análisis sobre el proyecto de ley

a) Antecedentes

En sus antecedentes, el mensaje presidencial con que se presenta el proyecto al Congreso no hace mención a ninguna de las obligaciones específicas que tiene el Estado en virtud de los tratados internacionales ratificados por Chile ya mencionados, y que imponen el deber de educar en derechos humanos, ni tampoco a la obligación jurídica del Estado que ya ha sido establecida en la Constitución Política y en la Ley General de Educación. Aun así, resulta importante señalar que el proyecto contextualiza su importancia en los

²² Ley General de Educación, Art. 5. "Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar la probidad, el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria".

²³ Ley General de Educación, art. 28 e) "Desarrollar actitudes de respeto y aceptación de la diversidad social, étnica, cultural, religiosa y física.

i) Explorar y conocer el medio natural y social, apreciando su riqueza y manteniendo una actitud de respeto y cuidado del entorno".

²⁴ Ley General de Educación, Art. 29 I. "En el ámbito personal y social: c) Actuar de acuerdo con valores y norma de convivencia cívica, pacífica, conocer sus derechos y responsabilidades, y asumir compromisos consigo mismo y con los otros; d) Reconocer y respetar la diversidad cultural, religiosa y étnica y las diferencias entre las personas, así como la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y desarrollar capacidades de empatía con los otros".

"2) En el ámbito del conocimiento y la cultura: g) Conocer los hitos y procesos principales de la historia de Chile y su diversidad geográfica, humana y socio-cultural, así como su cultura e historia local, valorando la pertenencia a la nación chilena y la participación activa en la vida democrática".

²⁵ Ley General de Educación, Art. 30 I. "En el ámbito personal y social:

b) Desarrollar planes de vida y proyectos personales, con discernimiento sobre los propios derechos, necesidades e intereses, así como sobre las responsabilidades con los demás y, en especial, en el ámbito de la familia".

c) Trabajar en equipo e interactuar en contextos socio-culturalmente heterogéneos, relacionándose positivamente con otros, cooperando y resolviendo adecuadamente los conflictos.

d) Conocer y apreciar los fundamentos de la vida democrática y sus instituciones, los derechos humanos y valorar la participación ciudadana activa, solidaria y responsable, con conciencia de sus deberes y derechos, y respeto por la diversidad de ideas, formas de vida e intereses".

"2) En el ámbito del conocimiento y la cultura:

j) Comprender y valorar la historia y la geografía de Chile, su institucionalidad democrática y los valores cívicos que la fundamentan".

compromisos del programa de Gobierno, el que “plantea explícitamente el desarrollo de un Plan Nacional de Formación Ciudadana y Derechos Humanos en todos los niveles educacionales, que sea participativo y de formación integral” y en las recomendaciones del Consejo Asesor, en cuyos lineamientos es posible ver coincidencias con estándares específicos de la educación en derechos humanos contenidos en los propósitos del derecho a educación como en las indicaciones específicas sobre la formación ciudadana y la participación de niños, niñas y jóvenes: (1) para que desarrollen una identidad individual autónoma, con capacidad de tomar decisiones²⁶; (2) para que sean capaces de convivir en una sociedad respetuosa de las diferencias²⁷ y de participar en la construcción del país, contribuyendo como ciudadanos en diversos ámbitos²⁸; (3) para que sean personas con fuerte formación ética, capaces de convivir e interactuar en base a principios de respeto, tolerancia, transparencia, cooperación y libertad²⁹, y (4) para que contribuyan a que el país pueda avanzar a partir de un desarrollo económico sustentable con el entorno y con los otros³⁰ (Informe Final, pp 89-90).

Sin embargo, en este análisis, no se han integrado las conclusiones del Informe de Formación Ciudadana 2004 ni se ha hecho cargo de otros diagnósticos sobre las capacidades docentes que permitirán la implementación exitosa de dicha política, y que son parte de las obligaciones que debiera asumir el Estado en la materia.

b) Articulado

El proyecto tiene dos artículos. En el primero de ellos fija la obligación de los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado de contar con un Plan de Formación Ciudadana, que integre y complemente las definiciones curriculares nacionales en esta materia, principalmente en los espacios no lectivos de la actividad escolar, estableciendo sus objetivos y delineando algunas de sus acciones básicas. En el segundo artículo fija un plazo de inicio de vigencia en marzo de 2016.

B.1) En el artículo 1, el proyecto deja en las escuelas la mayoría de las obligaciones que implica la implementación del plan; establece obligaciones mínimas para el Ministerio de Educación³¹ y no establece obligaciones para los demás órganos competentes del sector

²⁶ CDN OG N°1 párr. 9, 13; CDN OG N° 4, párr. 27; Recomendación CDN 2002, párr. 46 d)

²⁷ DUDH, art. 26.2; CDN, preámbulo, art. 29.1 c) y d); CERD art. 7; PIDESC art. 13.1; CDPD art. 8.1 a) y b); Declaración EDH art. 4c), d) y e)

²⁸ PIDESC art. 13.1; CDN, art. 29.1 d); CDPD, art. 24.1 c); Declaración EDH, art. 7.1

²⁹ DUDH, art. 26.2; PIDESC art. 13.1; CDN, art. 29.1; Unesco 1960, art. 5

³⁰ CDN, art. 24.2 y 29.1 e); CDN OG N°1 párr. 13 y Recomendación CDN 2002, párr. 46 d)

³¹ De acuerdo al artículo, las escuelas deben: visibilizar los objetivos de aprendizaje transversales referidos a la formación ciudadana en la planificación curricular; realizar talleres y actividades extra programáticas; formar docentes y directivos en esta área; desarrollar actividades abiertas a la comunidad; fomentar la representación y participación de los

de educación, que tienen funciones fiscalizadoras: Agencia de la Calidad de la Educación, las Superintendencias de Educación Parvularia y la Escolar. En este sentido, no queda claro cómo el Estado fiscalizará su cumplimiento ni qué medidas tomará en casos que ello no ocurra.

B.2) El Plan propuesto no se encuentra articulado con el resto de la normativa y política educacional, y de otros marcos legales en discusión, como es la Subsecretaría de Derechos Humanos, proyecto que fija la responsabilidad de generar un Plan Nacional de Derechos Humanos, que incluye políticas para “promover la educación y formación en Derechos Humanos, en los niveles de enseñanza parvularia, básica, media y superior” (art. 14 bis, Boletín 8207-07), y del proyecto de ley que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente y modifica otras normas (Boletín 10.008-04). Los objetivos y acciones de implementación relevados en el proyecto de ley cubren solo algunos de los componentes para la elaboración de planes nacionales de educación en derechos humanos que ha recomendado el sistema universal de protección en su Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos, y los que señala la OG N°1 del Comité de Derechos del Niño. Por ello, se requiere de una mayor articulación con el conjunto de políticas educativas.

B.3) El proyecto de ley asigna a las escuelas la “formación de docentes y directivos específicamente en esta área”, sin embargo, hay condiciones materiales que pueden dificultar este proceso si no hay destinación de recursos, tiempos para la capacitación y la generación de una oferta de formación continua de calidad y en cantidad suficiente para que esto sea viable. En este sentido, los estándares internacionales son claros en señalar que “se necesitan recursos humanos y financieros hasta el máximo de que se disponga” para “la toma de las medidas necesarias, o las suficientes” para la ejecución de estos “planes nacionales integrales.”³²

Además, al dejar la responsabilidad a lo que genere cada unidad educativa, no se logra garantizar un piso mínimo común a nivel nacional y el logro de los objetivos propuestos. Sin un adecuado marco de acompañamiento o un mayor perfilamiento del plan, esta política puede desencadenar nuevos focos de segmentación de la calidad educacional y, por tanto, de discriminación. Incluso podría ocurrir que el enfoque con el que se trabajen los temas de ciudadanía, difiera del marco de derechos humanos en el que se deben basar, sosteniendo posiciones ideológicas contrarias a dicho marco. Es importante que el proyecto señale más claramente la labor del Estado en garantizar que los temas sean tratados coherentemente en todas las escuelas y que ello no dependa de los recursos de cada escuela, como ha señalado el Comité de Derechos del Niño en materia de supervisión

estudiantes en decisiones propias del quehacer escolar; promover una cultura de diálogo y sana convivencia escolar; y otras que el sostenedor y la comunidad educativa consideren pertinentes. En tanto que el Ministerio de Educación debe poner a disposición del sistema escolar orientaciones y ejemplos para facilitar la implementación de los planes y elaborar un reglamento que regule su implementación.

³² Comité DN, Observación General N° 1, Propósitos de la educación, 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párr. 28

de la calidad de la educación y de articulación de diferentes políticas en un plan integral que permita velar por el cumplimiento de los propósitos de la educación entendida como derecho humano.³³

En consideración de los puntos anteriores y para ser efectiva la implementación del plan, sería conveniente acompañar esta iniciativa con una revisión a otros cuerpos legales, "para incorporar oficialmente estos principios en sus políticas educativas y en su legislación a todos los niveles", como exhorta el Comité de Derechos del Niño³⁴:

i. Con la Ley General de Educación:

- Sobre los objetivos y aprendizajes de cada nivel educativos, de manera de reafirmar la formación ciudadana que luego se plasma en el currículum nacional: art. 28 y 29 para destacar la conformación y comprensión de los/as estudiantes a sí mismos como ciudadanos/as y sujetos de derechos, hoy indirectamente abordados en otros objetivos.
- Sobre la generación de bases y programas curriculares bajo procesos participativos (Arts. 31, 32, 33 y 86), y que hoy solo establecen la obligación en el Mineduc y la aprobación en el CNED.
- Sobre el resguardo de un tiempo lectivo mínimo para la formación ciudadana y derechos humanos (art. 31), en atención a que se señala que los objetivos no son necesariamente conducentes a la configuración de asignaturas específicas para tratarlos, es importante que se instauren mecanismos que permitan destinar tiempo lectivo y recursos humanos y financieros. En ese sentido, y en función de otras propuestas afines en discusión parlamentaria, podría considerarse indicar por ley un número de horas y un conjunto de contenidos mínimos a resguardar, cuidando que estos tengan una perspectiva de educación en derechos humanos y no solo uno de formación ciudadana.
- Sobre el fomento a la participación y la democratización de los establecimientos educacionales: explicitar el derecho a participar en los temas de interés público de sus comunidades (art. 10 letra a), en concordancia con la recién aprobada ley N° 20.843, que elimina la prohibición de participación de estudiantes y funcionarios en el gobierno de las instituciones de educación superior.
- Sobre derechos y deberes de docente y de directivos; para reforzar tanto la capacitación en formación ciudadana, como la promoción de prácticas democráticas (art. 10 letra c y d).

³³ Comité DN, Observación General N° 1, Propósitos de la educación, 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párrs. 22 y 23

³⁴ Op. Cit., párrs. 17 y 18

- ii. Con la Ley que estructura el Ministerio de Educación Pública:
 - para incorporar en los objetivos y las funciones del Ministerio, la promoción de la formación ciudadana (art. 1º, ley 18956), en concordancia con la modificación a la ley orgánica del Ministerio de Justicia que se pretende incorporar con la aprobación del proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos.
 - para incorporar procesos participativos en la elaboración de instrumentos curriculares (art. 2º bis, letra a)
 - iii. Con la Ley de Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia, básica y media y su fiscalización:
 - para incorporar explícitamente en los estándares de desempeño el Plan de Formación Ciudadana (art. 12, inciso tercero y cuarto, Ley 20529).
 - iv. Con la Ley de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior:
 - para incorporar como criterio de acreditación de las carreras de pedagogías la formación ciudadana y en derechos humanos (arts. 27 y 28 de la ley 20.129)
 - v. Con el Decreto Supremo de Educación N° 381/2013 que establece Otros indicadores de Calidad Educativa:
 - revisar y actualizar los indicadores con que se hace el monitoreo de participación y formación ciudadana de los "otros indicadores de calidad educativa", incorporando aspectos de funcionamiento de espacios de representación, la democratización institucional y la implementación del plan de formación ciudadana y derechos humanos.
- B.4) En cuanto a los objetivos del Plan, expresados en el artículo primero inciso segundo del proyecto de ley, sería deseable considerar un enfoque de la diversidad cultural y social a nivel regional, dada la importancia de los procesos de globalización y migración en la actualidad. Asimismo, sería deseable que dichos objetivos comprendieran a la totalidad de la comunidad educativa, y no solamente a los y las estudiantes.
- B.5) Los plazos de entrada en vigencia señalados en el artículo 2 del proyecto de ley, no son compatibles con lo señalado en los antecedentes y justificación del mismo, respecto de la fecha en que se contará con las bases y programas de la educación diferenciada (3º y 4º medio para el 2017), por lo que sin las definiciones curriculares completas no es posible diseñar e implementar los planes de manera que integren y complementen dichas directrices curriculares.

V. Conclusiones

1. El INDH valora el avance que representa un proyecto como el que se informa, en relación con la formación ciudadana y las recomendaciones sobre la materia que se han venido formulando al Estado desde el Informe de la Comisión Rettig.
2. Sin embargo, en el proyecto persiste una visión poco clara de la distinción entre educación cívica, formación ciudadana y educación en derechos humanos, por lo que no están suficientemente desarrolladas las dimensiones de formación de sujetos de derechos, respetuosos de sus propios derechos y comprometidos con el resguardo de los y las demás, ni se la entiende como una obligación de promoción del Estado, siendo delegada a los establecimientos educacionales. Las indicaciones de promover una “ciudadanía crítica” y una “gestión y cultura democrática”, carecen de la precisión necesaria para asegurar que tanto los establecimientos educacionales como el reglamento que elaborará el Ministerio, diseñen a partir de estos conceptos acciones consistentes con los estándares de la educación en derechos humanos y suficientes para dar cumplimiento a los propósitos del derecho a educación.
3. En esa misma línea preocupa que los objetivos y acciones del Plan de Formación Ciudadana considerados en el proyecto de ley no satisfagan íntegramente los estándares internacionales sobre educación en derechos humanos ni los relativos al derecho a educación, particularmente en lo referido al desarrollo de la dimensión valórica, la formación docente –inicial y continua–, la coordinación con otras políticas y normativas educacionales y la disposición de claros mecanismos de supervisión del logro de los objetivos propuestos.
4. La omisión sobre los sistemas de financiamiento y de supervisión nacional de la implementación del Plan, limitan su implementación y las posibilidades objetivas del Estado para velar por su adecuado cumplimiento, en materia de actividades extra-curriculares, disposición de materiales educativos y en la formación docente. En ese contexto, sin estas correcciones, el Plan podría generar nuevas brechas de calidad de la educación, que no son aceptables bajo el marco de igualdad y no discriminación que rige como principio general de derechos humanos, y de manera particular en los compromisos derivados de la Convención sobre la lucha contra todas las formas de discriminación en la esfera de la enseñanza (Unesco 1960). Adicionalmente, para poder implementar planes efectivos de derechos humanos, es necesario que el Estado promueva la investigación pedagógica y el desarrollo de recursos didácticos en este campo, cuya producción excede a las capacidades y funciones de los establecimientos educacionales escolares, por lo que sus desarrollos dependen de otras fuentes de financiamiento distintas a la subvención escolar.
5. El Plan de Formación Ciudadana que promueve este proyecto aparece como una política que precisa articularse con el resto de la política y normativa educacional

nacional, ya que hay cierta duplicación de esfuerzos en vez de reforzar la implementación de los lineamientos ya contenidos en la Ley General de Educación y en los sistemas nacionales de aseguramiento de la calidad de la educación, así como con otras iniciativas en discusión parlamentaria, particularmente el de Subsecretaría de Derechos Humanos, que también contempla el desarrollo de un Plan de Educación que involucra a los establecimientos escolares, y el de Carrera Docente, componente clave para la implementación satisfactoria de lo que se propone.

4

Política forestal,
impacto social y ambiental

Informe sobre el proyecto de ley que extiende la bonificación establecida en el decreto ley N° 701, de 1974, sobre fomento forestal, cuyo texto fue reemplazado por el artículo primero del decreto ley N° 2565, de 1979. Boletín N° 10064-01

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 19 de octubre de 2015 - Sesión 274.

I. Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley que se informa trata sobre la extensión, por el período de tres años, a contar del 1 de enero de 2016, de la bonificación establecida inicialmente por el decreto ley 701, de 1974, bonificación destinada a fomentar la actividad forestal a través de subsidios a los costos de plantación de especies exóticas.

Para estos efectos, el informe se divide en una primera sección de antecedentes relacionados con el proyecto de ley y con la industria forestal chilena, dentro de los cuales se esboza la política forestal del país; se resumen las justificaciones para legislar sobre la materia; se detallan varios antecedentes relativos a los impactos sociales y ambientales que estaría provocando la industria; y se particulariza un conflicto que se desarrolla sobre tierras y territorios indígenas, específicamente, concerniente al pueblo mapuche.

Enseguida se presentan una serie de estándares internacionales sobre derechos humanos atinentes al presente informe, los que se engloban en las obligaciones del Estado y en las directrices y orientaciones de las empresas frente a violaciones de los derechos humanos; el derecho y deber de consulta previa, según el Convenio N° 169 de la OIT; el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, junto a una referencia al principio preventivo o enfoque precautorio en materia medioambiental; y el derecho humano al agua.

El informe finaliza con un análisis crítico de la idea de legislar y de extender los beneficios del DL 701, siendo la tesis central de que en su virtud, dado que incentiva el crecimiento de la industria forestal sin que ésta se haya sometido a un proceso de reconversión mayor, se continúen afectando los derechos humanos antes mencionados.

II. Antecedentes

a) Política forestal chilena

Conforme lo señalan los antecedentes expuestos en el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 343-363,¹ a partir de la promulgación del Decreto Ley N° 656 de 1925 se establecieron en Chile incentivos a la actividad forestal, fundamentalmente mediante aportes a las plantaciones y manejo forestal y exenciones tributarias como la del impuesto territorial. Con la promulgación del Decreto con Fuerza de Ley N° 265, de 1931, se dicta el Decreto Supremo N° 4.363 del Ministerio de Tierras y Colonización, conocido como la Ley de Bosques, la que tuvo como objetivos fundamentales normar el uso del suelo y proporcionar incentivos a la reforestación, para evitar el déficit proyectado en la disponibilidad futura de madera, así como mantener las exenciones tributarias.

Luego, con el propósito de incorporar nuevos terrenos de aptitud preferentemente forestal al desarrollo económico del país y a objeto de crear una gran superficie de bosques plantados para abastecer la industria forestal nacional, en octubre de 1974 entró en vigencia el D.L. N° 701 sobre Fomento Forestal, sustituido por el D.L. N° 2565 de 1979, que estableció bonificaciones y exenciones tributarias a las plantaciones forestales. Como resultado de ello, durante los primeros veinte años de su vigencia (1974-1994) se bonificaron 807.203 hectáreas de superficie forestada.²

Posteriormente, en mayo de 1998 fue publicada la Ley N° 19.561 que modificó el D.L. N° 701 de 1974 sobre Fomento Forestal. Sus objetivos declarados apuntaban a integrar progresivamente a los pequeños propietarios a los beneficios provenientes del desarrollo forestal, fomentar la protección y recuperación de suelos erosionados mediante trabajos de recuperación y forestación, y modernizar los procedimientos de administración de la bonificación y perfeccionar el régimen de sanciones aplicables. Para lo anterior la ley estableció, por un período de 15 años, incentivos a la actividad forestal con los cuales se esperaba generar las bases para un desarrollo forestal más equilibrado socialmente, y con un mayor aporte a la calidad del medio ambiente.

Durante los diecisiete años de vigencia de los nuevos incentivos el Estado asignó un total de US\$ 476 millones por concepto de bonificaciones forestales, de los cuales aproximadamente el 49% fue captado por pequeños propietarios forestales³, revirtiéndose solo parcialmente el proceso de concentración de beneficios que caracterizó la primera etapa del D.L. N° 701 de 1974 en manos de grandes empresas forestales.

¹ Proyecto de ley que extiende la bonificación establecida en el decreto ley n° 701, de 1974, sobre fomento forestal. Boletín N° 10064-01.

² Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 343-363.

³ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República N° 343-363.

En términos de superficie, durante dicho período se bonificaron por forestación 508 mil nuevas hectáreas en el país, de las cuales, aproximadamente, el 38% fueron establecidas en predios de pequeños propietarios forestales. De dicha superficie, 215 mil hectáreas contemplaron labores de protección y recuperación de suelos degradados, de las cuales un 37% corresponde a predios de pequeños propietarios forestales.

Luego, la Ley N° 20.488 de 2011 tuvo como objetivo principal prorrogar por dos años los incentivos del D.L. N° 701 para el establecimiento de plantaciones forestales. En términos de incentivos, la ley focalizó las bonificaciones a las plantaciones asignando porcentajes de 90% para los pequeños propietarios forestales, de 75% para medianos propietarios, y de 50% para grandes propietarios. Este proyecto además incorporó medidas y beneficios especiales para las personas y comunidades indígenas.

De acuerdo al Catastro Forestal de CONAF, en sus 40 años de vigencia el 69.8% de los subsidios otorgados beneficiaron a los grandes y medianos propietarios⁴. De acuerdo a estimaciones basadas en el Censo nacional Agropecuario de 2007, a esa fecha el 78% de las plantaciones pertenecía a grandes propietarios en contraste con el 4% que pertenecía a pequeños propietarios.⁵ No es de extrañar en este contexto que tres grandes conglomerados forestales pertenecientes a los grupos Arauco, CMPC y Masisa al 2014 acumulaban más del 80% de las exportaciones forestales del país, dominando la cadena de producción y comercialización de los productos forestales⁶.

b) Sobre la justificación de legislar para extender por un nuevo periodo las bonificaciones forestales

El explosivo crecimiento de plantaciones forestales de especies exóticas de rápido crecimiento, como consecuencia de la política forestal antes expuesta pero, particularmente, a partir de la bonificación establecida por el decreto ley 701, es innegable. En palabras de un significativo grupo de académicos de diversas disciplinas de la Universidad Austral de Chile⁷, estas plantaciones "han sido la base del desarrollo y consolidación de un importante sector

⁴ <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/07/655-639180-9-dl-701-en-40-anos-70-de-aportes-fueron-a-grandes-forestales.shtml>

⁵ González-Hidalgo, Marien. ¿Agua para quién? Escasez hídrica y plantaciones forestales en la Provincia de Arauco, 2015, disponible en <http://www.aguaquehasdebeber.cl/publicacion/agua-para-quien-escasez-hidrica-y-plantaciones-forestales-en-la-provincia-de-arauco/>

⁶ INFOR; Anuario Forestal 2014, disponible en <http://wef.infor.cl/publicaciones/publicaciones.php?subopcion=0>

⁷ Carta fechada el 6 de julio de 2015, dirigida al Presidente de la Comisión de Agricultura de la Cámara, Diputado José Pérez Arriagada, por un grupo de 27 académicos de diversas disciplinas de la Universidad Austral de Chile pertenecientes a la Facultad de Ciencias Forestales y Recursos Naturales - Instituto de Conservación, Biodiversidad y Territorio; Facultad de Ciencias - Instituto de Ciencias Ambientales y Evolutivas, e Instituto de Ciencias Marinas y Limnológicas; Facultad de Ciencias Agrarias - Instituto de Economía Agraria e Instituto de Ingeniería Agraria y Suelos; y Facultad de Filosofía y Humanidades - Instituto de Estudios Antropológicos.

económico, además de su incidencia en las economías de diversas regiones, especialmente entre el Maule y la Araucanía. Las plantaciones destinadas a la producción de materias primas para la industria forestal (principalmente pino radiata y eucaliptos) se encuentran establecidas sólidamente a gran escala y con positivos balances económicos, a lo cual se suma la leña y biomasa combustible como importantes sectores consolidados (eucaliptos y aromos).” Otros autores, junto con destacar la bonificación implícita del DL 701 subrayan lo que denominan el “ambiente de seguridad” que se habría generado “en materia de tenencia de la tierra y de abastecimiento de materias primas a la industria forestal, elemento que constituye un requisito mínimo indispensable para proyectos de inversión de lenta maduración”.⁸

Cifras oficiales muestran un aumento de 753.002 hectáreas de plantaciones entre 1997 y 2011, con un incremento anual de 37.000 hectáreas en los últimos años y una superficie total de plantaciones que actualmente supera los 2,8 millones de hectáreas.⁹ ¹⁰ Según consignan estos académicos de la Universidad Austral en su presentación hecha al Presidente de la Comisión de Agricultura a propósito de la tramitación del proyecto de ley en informe, “dadas las ventajas comparativas y competitivas de este sector y, en consecuencia, alta rentabilidad, las plantaciones forestales de especies exóticas han continuado su expansión en forma independiente de la existencia de subsidios, por lo que la eficiencia de la prórroga del DL 701 es discutible.”¹¹

En opinión de los académicos de la Universidad Austral antes citados, las circunstancias y los beneficios sociales y ambientales que justificaron el subsidio de las plantaciones por 40 años mediante el DL 701 de 1974 y su renovación en 1994 han cambiado significativamente en nuestro país. Sostienen que hoy existen otros tipos de demandas sociales insatisfechas sobre las cuencas y territorios en que se distribuyen dichas plantaciones, las que se han generado, al menos en parte, por la excesiva expansión de este uso del suelo. Entre ellas, se cuentan las demandas por restitución de tierras indígenas, el derecho al desarrollo del pueblo mapuche, la degradación ambiental y la escasez hídrica para el consumo humano y para la agricultura de subsistencia que afecta a diversos territorios forestales.

Por otra parte, en la última década se ha desarrollado un amplio conocimiento respecto a opciones de inversión pública en el sector forestal basadas en la restauración de ecosistemas degradados y destruidos. Por ejemplo, se han investigado los principales servicios eco sistémicos de los bosque nativos de Chile, los cuales son los servicios que prestan

⁸ Prado, José Antonio (2015). *Plantaciones Forestales. Más allá de los Árboles*. Colegio de Ingenieros Forestales de Chile. Santiago. Página 35.

⁹ CONAF. 2011. *Catastro de los recursos vegetacionales nativos de Chile. Monitoreo de cambios y actualizaciones. Periodo 1997 - 2011*. Santiago, Chile.

¹⁰ CONAF. 2015. <http://www.conaf.cl/chile-asumio-compromiso-contra-la-desertificacion-y-cambio-climatico/> (Consultado el 21 de agosto de 2015).

¹¹ *Ibíd. supra* 2, página 2.

los ecosistemas y que brindan beneficios directos o indirectos que son clave para la sociedad; se ha cuantificado y estimado el valor económico de la provisión de agua para consumo humano, conservación de la fertilidad de suelo y oportunidades de recreación de los bosques nativos chilenos; se han evaluado y propuesto diferentes instrumentos de política para fomentar la provisión de estos servicios; finalmente, se cuenta con una sistematización y evaluación de los principales proyectos de restauración de bosques nativos realizados en el país. De todo ello dan cuenta las conclusiones de los académicos de la Universidad Austral, apoyados en una diversidad de trabajos científicos.¹²

En suma, la Universidad Austral concluye que “es necesario que el Ejecutivo y los legisladores, sobre la base de sólidos criterios científico-técnicos y económicos, analicen la conveniencia de prorrogar una legislación que por más de 40 años ha promovido las plantaciones comerciales de especies exóticas. Mas al considerar que se trata de un sector productivo consolidado y que hoy en día no requiere de subsidios para su desarrollo. Por otra parte, tanto la escala de estas plantaciones como su homogeneidad y organización espacial han generado una serie de profundos impactos ambientales y sociales negativos ampliamente documentados y vigentes.”¹³

No obstante, existen posiciones que señalan que, si bien el DL 701 cumplió con su objetivo general de fomentar la actividad forestal en base a plantaciones, habría quedado en deuda con los pequeños propietarios forestales. Según estos autores, al día de hoy existirían “más de dos millones de hectáreas de suelos degradados, muchos de ellos de escasa productividad, que deberían ser forestados”.¹⁴ Plantean asimismo que sería necesario “que el Estado continúe con una política de fomento a la forestación con una orientación clara en cuanto a los beneficiarios, ya que la deuda con los pequeños propietarios aún sigue pendiente.”¹⁵ En este sentido, se tomaría imprescindible la adopción de mecanismos de control eficientes que permitan fiscalizar el real destino de los fondos públicos provenientes del DL 701, que bajo este escenario tomarían a la legislación en cuestión en una herramienta de impulso al desarrollo social, más que a una actividad económica *per se*. Finalmente, al igual que lo establecen estos autores el INDH considera que sería “importante que se incorporen mecanismos que permitan establecer bosques con fines netamente ambientales, como son la lucha contra la desertificación y la mitigación del cambio climático”.¹⁶

¹² Ibíd. supra 2, páginas 2 y 3.

¹³ Ibíd. supra 2, página 3.

¹⁴ Prado, *Op. Cit.*, página 35.

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Ibídem.

c) Impactos económicos, ambientales y sociales de las plantaciones

Siguiendo los planteamientos de académicos de la Universidad Austral y otros, a continuación se mencionan los principales impactos ambientales y sociales de las plantaciones, los que probablemente se verían incrementados con la aprobación del proyecto de ley en informe al extender la bonificación y por ende el crecimiento y sostenimiento de la industria forestal basada, casi exclusivamente, en el cultivo y explotación de especies exóticas.

l) *Provisión de agua: cantidad y calidad.* Investigaciones¹⁷ muestran que por cada 10% que aumenta la cobertura de plantaciones forestales en las cuencas, los caudales de verano disminuyen en un 20%, lo que se explica por el mayor consumo de agua y tasas de evapotranspiración de las plantaciones de pino y eucaliptos, en comparación con otros usos del suelo.¹⁸

Junto a la reducción del rendimiento hídrico en las cuencas dominadas por plantaciones forestales, la disminución de precipitaciones observada durante las últimas décadas para la zona centro-sur del país está ocasionando serias dificultades en el abastecimiento de agua potable en las zonas rurales.¹⁹ Esta situación ha obligado a establecer un sistema de abastecimiento de agua potable con camiones aljibe, financiado por el Estado, en comunas con problemas de provisión de agua y en donde las plantaciones cubren extensas áreas, incluso en la región de Los Ríos que presenta una mayor pluviometría. De acuerdo a las cifras oficiales para 2014, la región donde se realizó el mayor gasto en abastecimiento de agua potable con camiones aljibe en áreas rurales fue la del Biobío, la cual concentra cerca del 40% de las plantaciones forestales. El gasto en la región fue de \$570 millones de pesos mensuales para 2014 (20% del total nacional), entregando agua a 45.000 personas, lo que representa un 11% del total de beneficiarios en todo el país.²⁰

Un estudio reciente realizado en Arauco, provincia que cuya superficie cubierta por plantaciones forestales exóticas alcanza a 315 mil hectáreas, que corresponden al 58% de la superficie total provincial, da cuenta de que cerca de 6 mil de los 57 mil habitantes que

¹⁷ Lara, A., Little, C., Urrutia, R., McPhee, J., Álvarez-Garretón, C., Oyarzún, C., Soto, D., Donoso, P., Nahuelhual, L., Pino, M., Arismendi, I. 2009. Assessment of ecosystem services as an opportunity for the conservation and management of native forests in Chile. *Forest Ecology and Management*. 258, 415-424.

¹⁸ *Ibíd.* Supra. Por otra parte, se ha demostrado que es posible revertir este proceso incrementando los caudales de verano en un 14% por cada 10% de aumento en la cobertura de bosque nativo.

¹⁹ Cárcamo M., A. Lara, L. Palma, M. Lavado, D. Rco, R. Bravo. 2013. Proyecto Innova Cuencas APR, una oportunidad para generar condiciones habilitantes para el desarrollo de comunidades rurales. Hacia la construcción de un modelo de gestión de cuencas en la región de Los Ríos, Chile. En: A. Lara, P. Laterra, R. Manson, G. Barrantes. (ed.). *Servicios ecosistémicos hídricos: estudios de caso en América Latina y el Caribe*. Red ProAgua CYTED. Valdivia, Chile. Imprenta América. Páginas 160-185.

²⁰ Delegación Presidencial para los Recursos Hídricos. 2015. Política Nacional para los Recursos Hídricos 2015. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Gobierno de Chile, pág. 101 http://www.interior.gob.cl/media/2015/04/recursos_hidricos.pdf (consultado 25 de agosto de 2015)

habitan en zonas rurales, son abastecidos de agua potable por la ONEMI. El mismo estudio da cuenta de la relación existente entre las plantaciones y la escasez hídrica.²¹

Adicionalmente, se presentaría una decreciente calidad en los cursos de agua en cuencas cubiertas por plantaciones, en comparación con aquellas cubiertas por bosque nativo, por ejemplo, en cuanto a la mayor cantidad de sedimentos presentes.²² Las plantaciones tienen asimismo una menor capacidad de retención de nutrientes tales como nitrógeno y fósforo, los cuales son acarreados aguas abajo con el consiguiente riesgo de provocar eutrofización en los cuerpos de agua (crecimiento abundante de macrófitos y algas, reducción de la visibilidad, intervención sobre la oxigenación del agua y pérdida de biodiversidad).²³

2) *Aumento de incendios forestales.* La ocurrencia de incendios ha aumentado especialmente en aquellos territorios que concentran la distribución de plantaciones forestales comparado con otros usos del suelo. Esto se debe a la inflamabilidad de las plantaciones, su homogeneidad sobre áreas extensas y las altas cargas de combustible que generan. Según las estadísticas de incendios forestales de la CONAF para el año 2014, en el lapso de los últimos 15 años, en siete de ellos el área anual quemada de plantaciones ha superado las 20.000 hectáreas, lo que representa el 40% del promedio anual de vegetación que se quema en el país (52.000 hectáreas/año). La región del Biobío, la cual concentra la mayor superficie de plantaciones del país, registra la principal ocurrencia de incendios forestales, los que alcanzan al 37.9% del total de incendios entre 1997-2014 (202.574 incendios).²⁴

Los incendios han implicado serias amenazas a la seguridad de las personas y pérdidas de vidas humanas, como también, generado profundos impactos en la pérdida de infraestructura e inversiones en territorios dominados por plantaciones. Esto ha sido especialmente crítico en las áreas de la interface urbano-rural, tal como lo demostraron los incendios de Pichiqueime en 2012 (comuna de Quillón) y de Valparaíso en 2014.

3) *Homogeneización del paisaje y reducción de la biodiversidad.* La homogeneización del paisaje tiene profundos impactos negativos en la composición y estructura de los bosques nativos y en el flujo génico de las especies, poniendo en entredicho hacia el futuro la capacidad de los bosques remanentes de mantener su biodiversidad original y su funcionalidad ecológica. Por otra parte, la fauna que habita en estas plantaciones ocupa en realidad el bosque nativo secundario que rebrota bajo las plantaciones. Cuando las plantaciones son

²¹ González-Hidalgo, Marien, op cit.

²² Oyarzún, C.E., Peña, L. 1995. Soil erosion and overland flow in forested areas with pine plantations at coastal mountain range, Central Chile. *Hydrological Processes*, 9(1): 111-118.

²³ Fuentes de contaminación difusa y sus impactos en ecosistemas acuáticos. Ministerio del Medioambiente. Gobierno de Chile, http://www.mma.gob.cl/1304/articles-53802_pdf_1.pdf (consultado el 25 de agosto de 2015).

²⁴ CONAF. 2014. Estadísticas, resumen regional número y superficie afectada por incendios forestales 1977-2013. Disponible en: <http://www.conaf.cl/incendios-forestales/incendios-forestales-en-chile/estadisticas-historicas/> (consultado el 25 de agosto de 2015).

cosechadas, esta renovación de especies nativas es completamente eliminada, por lo cual su valor como hábitat para la fauna es efímero.

4) *Sustitución y fragmentación de bosques nativos de alto valor para la conservación de la biodiversidad.* Las plantaciones forestales de especies exóticas se han establecido principalmente en la Cordillera de la Costa del centro y centro sur de Chile, justamente en las zonas de mayor biodiversidad y endemismos del país, y con la menor representatividad en las áreas silvestres protegidas del Estado. Por ejemplo, en la Cordillera de la Costa de la Región del Maule un estudio²⁵ determinó que en 25 años (1975-2000) la superficie de bosques disminuyó un 67%, con una tasa anual de 4,5%, una de las mayores del mundo. Otro estudio²⁶ determinó que en la Cordillera de la Costa de la región de Los Ríos se ha producido un incremento en la superficie de plantaciones de un 168% entre los años 1985 y 2011, principalmente a expensas de los bosques nativos y de los matorrales, además de praderas de uso ganadero. En este periodo se perdieron 54.304 hectáreas de bosques adultos (30% de la superficie total de bosques nativos de esta Cordillera en la región de Los Ríos). Los procesos de sustitución y fragmentación representan una seria amenaza para los bosques templados chilenos. De acuerdo a lo sostenido por académicos de la Universidad Austral, la extensión de incentivos tales como los propuestos en el proyecto de prórroga del DL 701 favorecería estos procesos de cambio del paisaje.

No obstante, posiciones más cercanas al mundo de la ingeniería forestal relativizan el impacto de las plantaciones sobre la diversidad biológica, lo que dependería de acuerdo a ciertos autores en “la situación previa a la plantación, de las especies plantadas, del manejo y de la vegetación vecina, entre otros factores. Si la plantación se establece sustituyendo un bosque o un matorral nativo, sin duda que la diversidad biológica se verá seriamente afectada, tanto en sus especies vegetales como animales. Por el contrario, si las plantaciones se establecen en tierras que fueron degradadas por décadas o siglos de prácticas agrícolas no sustentables, la situación es radicalmente distinta. En este caso, todos los estudios coinciden en que las plantaciones forestales generan un considerable incremento en la diversidad de especies, tanto nativas como exóticas”.²⁷

5) *Aumento de invasiones de especies exóticas.* Las especies utilizadas en las plantaciones (pino radiata, eucaliptos, pino contorta, aromos) han demostrado tener una alta capacidad de dispersión e invasión de áreas aledañas. Tales invasiones han afectado en forma creciente a praderas de uso ganadero (ej. Aysén), así como a bosques nativos, algunos de

²⁵ Echeverría, C., Coomes, D., Salas, J., Rey-Benayas, J.M., Lara, A., Newton, A. 2006. Rapid deforestation and fragmentation of Chilean temperate forests. *Biol. Conserv.* 130, 481-494.

²⁶ Zamorano-Elgueta, C., Rey-Benayas, J. M., Cayuela, L., Armenteras, D., Hantson, S. 2015. Native forest replacement by exotic plantations in southern Chile (1985-2011) and compensation of forest loss by natural regeneration. *Forest Ecology and Management* 345, 10-20.

²⁷ Prado, *Op. Cit.*, página 61.

ellos ubicados en áreas protegidas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado (ej. Malalcahuello, Reserva Los Ruales y Áreas Protegidas Privadas).

6) *Pobreza y exclusión social.* Las estadísticas oficiales dan cuenta de impactos socio-económicos adversos que la forestación exótica ha generado. Las regiones con mayor superficie de plantaciones forestales son aquellas que concentran los mayores niveles de pobreza del país según la Encuesta CASEN 2013²⁸. De acuerdo a esta encuesta la región de La Araucanía es la región que concentra el mayor porcentaje población en situación de pobreza según ingresos, con un 27,9%. La siguen la región de Los Ríos con un índice de un 23,1%, luego la región del Biobío con un 22,3% y finalmente la región de Los Lagos con un porcentaje de personas en situación de pobreza según ingresos de un 17,6%. Situación similar ocurre con el porcentaje de personas en extrema pobreza, según nivel de ingresos. La región de La Araucanía sigue encabezando los índices a nivel nacional, con un 10,6% población en extrema pobreza. Le siguen las regiones del Biobío y Los Ríos con un 8% cada una, y finalmente las región de Los Lagos con un 5,7%. Todas por sobre el promedio nacional que es de un 4,5%.²⁹

Desde un enfoque multidimensional, el que mide carencias en dimensiones como salud, trabajo, seguridad social, educación, vivienda entre otras, los índices de pobreza en estas regiones son aún superiores. Así la región de La Araucanía sigue siendo la región con más índice de población en situación de pobreza, con un porcentaje de 28,5%. Las otras regiones siguen esta tendencia; la región del Biobío con 22,4%; la región de Los Ríos con un 22,9%; y la región de Los Lagos con un 26,1%, todas por sobre el promedio nacional que es de un 20,4%.³⁰

En las regiones de la Araucanía y el Biobío, las comunas cuya principal actividad productiva es la forestal tienen un índice de pobreza que alcanza al 26% (162.137 personas), casi el doble del promedio nacional. En las mismas comunas el ingreso monetario per cápita mensual del hogar promedio el 2009 de \$108.739 (RIMISP 2010)³¹. Al 2011 las comunas con mayor tasa de pobreza comunal fueron Ercilla (48,8% de la población), Los Álamos (41,3%), Puerto Saavedra (37,3%), Los Sauces (31,5%), Collipulli (31,5%), Lumaco (31,0%), y Chol Chol (30,3%), las cuales concentran las mayores superficies de plantaciones forestales en la Araucanía³².

²⁸ Ministerio de Desarrollo Social, Resultados Encuesta CASEN 2013, disponible en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/resultados-encuesta-casen-2013/>

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Frene, Cristián y Mariela Núñez, "Hacia un nuevo Modelo Forestal en Chile", en *Bosque Nativo* 47: 25 - 35, 2010, disponible en http://www.bosquenativo.cl/descargas/Revista_Bosque_Nativo/RBN_47_art_op2web.pdf

³² Ministerio de Desarrollo Social, "Incidencia de la Pobreza a nivel Comunal, según Metodología de Estimación para Áreas Pequeñas. Chile 2009 y 2011", 2013, disponible en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/midesocial/pobreza-comunal-2009y2011.pdf>

7) *Otros Efectos*. Cabe señalar que a pesar de los impactos ambientales antes descritos las plantaciones forestales que gozan de los beneficios del DL 701 no son objeto de estudios de impacto ambiental. En efecto, de acuerdo a la Ley 19.300 sobre Bases Generales de Medio Ambiente, modificaciones posteriores y a su reglamentación, solo se someten al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) los proyectos de desarrollo forestal definidos como de dimensiones industriales. En el caso de las regiones del centro sur del país en que la mayor parte de estas plantaciones están emplazadas, ello implica que estos proyectos deben ser de una superficie superior a las 500 hectáreas. A objeto de evitar que las plantaciones entren en esta categoría, las plantaciones se hacen en espacios de superficie menor³³.

También se ha señalado que las plantaciones forestales han tenido efectos sociales adversos en las áreas rurales, tales como el estímulo a la compra de propiedades campesinas, favoreciendo la concentración de la propiedad.³⁴

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, un reciente estudio de la Universidad de Chile sobre el aporte económico y social del sector forestal en Chile afirma que “el aporte al desarrollo de un sector [en este caso el forestal] debe evaluarse con criterios objetivos y no basándose únicamente en percepciones y posiciones de los actores involucrados. La cuantificación del aporte de un sector productivo se mide a través de sus impactos económicos, sociales y ambientales, tanto a nivel nacional, como regional y local”.³⁵ El estudio resalta la medición del aporte económico directo del sector forestal a la economía, en términos de valor agregado y producción, afirmando que “es el segundo sector intensivo en recursos naturales en importancia, luego del cobre, generando en el año 2008 casi el 3% del valor agregado nacional”³⁶, el que incluso aumentaría a un 4,5% del valor agregado regional promedio para las cuatro regiones forestales (VII, VIII, IX y X).³⁷ También destaca su contribución al PIB, especialmente en el Biobío, “donde el sector forestal lidera la contribución al PIB de la región”.³⁸

³³ De acuerdo al artículo 10 de la ley N° 19300 de 1994 modificada el 2010, los proyectos de desarrollo o explotación forestal en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, “todos de dimensiones industriales susceptibles de causar impacto ambiental”, en cualesquiera de sus fases, deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. El artículo 3 letra m del DS 40 Reglamento SEIA de 2013, sin embargo, dispone que para ser sometidos a esta exigencia en el caso de las regiones del centro sur de Chile en que se ubican la gran mayoría de las plantaciones forestales, estos proyectos deben abarcar una superficie única o continua de corta de cosecha final o corta de regeneración por tala rasa de más quinientas hectáreas anuales (500 ha/año), cuestión que nunca ocurre.

³⁴ Camus, P. 2006. Ambiente, bosques y gestión forestal en Chile: 1541-2005. Lom Ediciones, Santiago, Chile.

³⁵ Estudio “Aporte Económico y Social del Sector Forestal en Chile y Análisis de Encadenamientos”, realizado por encargo de la Corporación Chilena de la Madera (CORMA) por la UNTEC – Fundación para la Transferencia Tecnológica creada por la Universidad de Chile. Policy Report, noviembre de 2014. Página 1. Disponible en http://www.corma.cl/_file/material/resumen-ejecutivo-evaluacion-del-aporte-economico-y-social-del-sector-forestal-2014.pdf

³⁶ *Ibidem*, página 17.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

En términos laborales el estudio señala que “el multiplicador del empleo en el sector Forestal, a nivel nacional, lo ubica en una posición intermedia entre todos los considerados y está bajo el promedio del país”, aunque resalta que “por cada empleo generado de manera directa, se genera casi un empleo y medio en forma indirecta”.³⁹ En términos de ingresos, “el ingreso promedio [del sector], para el año 2011, es mayor que el agrícola pero menor que el pesquero y además presenta una menor brecha en términos de género, ya que el salario masculino es ligeramente superior al femenino, a diferencia de otros sectores”.⁴⁰

El estudio termina afirmando que “en términos sociales este sector ha presentado un alto grado de certificaciones internacionales en términos de responsabilidad social corporativa y ambiental”⁴¹, sin mencionarlas, como tampoco sin argumentar cuáles habrían sido las contribuciones al medioambiente del sector:

El estudio fue objeto de fuertes cuestionamientos por una serie de organizaciones sociales y ambientales⁴², quienes pusieron en entredicho, entre otras cosas, el análisis efectuado sobre evolución y disminución de la pobreza en las comunas forestales, señalando al respecto que “es de público conocimiento que a nivel nacional la pobreza bajó de 38.6% en 1990 a 14.4% en 2011 (CASEN 1990, 2011). Siguiendo la metodología del estudio, se podría concluir, por ejemplo, que bajó la pobreza en las comunas contaminadas y en las comunas afectadas por los terremotos, reflejando el impacto de la contaminación y terremotos en el desarrollo a nivel local”.⁴³ La discrepancia de estos antecedentes, y la polémica que se ha generado en torno a los efectos positivos y negativos de la industria, muestran la necesidad de contar con una mayor y más profunda evaluación y fiscalización oficial sobre el sector forestal, mediante estudios económicos, sociales, ambientales y especiales de impacto sobre los derechos humanos, considerando que el impulso de la industria se ha dado primordialmente a través del subsidio público que representa el DL 701. En este sentido, no parecería correcto desde una óptica de derechos humanos de que el subsidio estuviera beneficiando directa o indirectamente los intereses económicos de las grandes empresas forestales, y que a su turno estuviera generando un balance social y ambiental negativo en las comunidades y en el entorno.

Para finalizar, viene al caso mencionar que el mundo de la ingeniería forestal sustenta asimismo posiciones positivas sobre ciertos efectos deseables de las plantaciones forestales, entre ellos, que constituirían “un aporte fundamental a la producción de madera a nivel mundial. Con sólo un 2% de la superficie total de bosques y con especies de rápido

³⁹ Ibídem.

⁴⁰ Ibídem, página 18.

⁴¹ Ibídem.

⁴² “Declaración pública en rechazo a reciente estudio de la CORMA sobre el aporte económico y social del sector forestal”, disponible en <http://www.mapuexpress.org/?p=1111>

⁴³ Ibídem.

crecimiento, generan casi el 30% de la madera de uso industrial"⁴⁴. Por otro lado, desde un punto de vista ambiental se destaca que las plantaciones resultarían "insustituibles en las tareas de recuperación de suelos degradados, cuyo proceso luego permite el establecimiento de ecosistemas productivos o de protección que generan una serie de beneficios económicos y ambientales, entre ellos el aporte a la mitigación del cambio climático".⁴⁵

d) Conflictos sobre territorios indígenas

Las regiones del Biobío, La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos corresponden al territorio ancestral del Pueblo Mapuche.⁴⁶ Según lo sostiene el Observatorio Ciudadano, ellas "constituyen zonas de importante presencia de bosques nativo y poseen la mayor concentración de plantaciones forestales, con un total de 1.559.185 hectáreas, siendo las zonas de mayor concentración las regiones del Biobío y La Araucanía, con 878.970 y 434.185 hectáreas, respectivamente (INFOR, 2011). La expansión de la industria forestal en este territorio ha puesto en permanente conflicto a las empresas forestales con las comunidades mapuche, generándose la disputa en torno a la propiedad de las tierras, el control sobre los recursos naturales existentes en el territorio y la sustentabilidad del hábitat indígena. Ello resulta evidente, considerando las dimensiones que según lo expresado ha alcanzado la industria forestal en este territorio, la que supera con creces las tierras de propiedad mapuche, tanto las de posesión histórica como las restituidas a partir de la implementación de la Ley Indígena en dichos territorios."⁴⁷

En contraste con la superficie de plantaciones forestales, las que como se ha señalado en un gran porcentaje son de propiedad de grandes empresas forestales, las tierras reconocidas en propiedad individual o comunitaria a los mapuche en las mismas regiones alcanzan a 863 mil hectáreas⁴⁸. Un estudio encargado por el Estado determina que para tres de las cuatro regiones (regiones del Biobío, Araucanía y Los Ríos) en que habita ancestralmente el pueblo mapuche las demandas basadas en tierras anteriormente reconocidas

⁴⁴ Prado, *Op. Cit.*, página 163.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ De acuerdo al artículo 14, párrafo 1 del Convenio 169 de la OIT "[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes."

⁴⁷ *Ibíd.* supra 18.

⁴⁸ Registro de Tierras de CONADI, 2010, en Gobierno de Chile, Informes periódicos 19°, 20° y 21° de aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Chile Septiembre de 2010.

por el Estado a sus comunidades alcanzan a 165 mil hectáreas.⁴⁹ Muchas de estas tierras les fueron reconocidas mediante títulos de merced y durante la reforma agraria, que hoy son de propiedad de empresas forestales. A ello se debe agregar el que las empresas forestales ocupan también tierras de ocupación tradicional que hoy son reivindicadas por sus comunidades, lo que determina una situación de importante conflictividad en estas regiones del país.

III Estándares de Derechos Humanos

a) Empresas y Derechos Humanos

Los Estados son los destinatarios principales de las obligaciones de respeto y satisfacción efectiva de los derechos humanos, de lo que se colige que son éstos, o las personas o grupos actuando en aquiescencia o consentimiento del Estado, los obligados al respeto y garantía de los derechos humanos, y que en el evento de una infracción sea el Estado el responsable internacionalmente. Ello no significa que la acción de particulares o agentes no estatales sean indiferentes al derecho internacional de los derechos humanos: los Estados tienen la obligación “[d]e organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público” a los fines de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”⁵⁰ Así, se ha asentado en el derecho internacional de los derechos humanos que hechos o actos perpetrados por particulares, no imputables directamente al Estado, pueden atribuir responsabilidad al Estado cuando este ha omitido o no ha desplegado su conducta con el objeto de prevenir, investigar, sancionar o reparar un hecho constitutivo de una lesión o puesta en peligro de un derecho amparado por el derecho internacional.⁵¹ Específicamente en relación con la actividad empresarial, existe una vasta jurisprudencia en el sistema interamericano que ha sido ampliada particularmente en atención a los impactos de proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. La Comisión IDH, por ejemplo, ha señalado en ese contexto que “reconoce (...) la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio; pero que al mismo tiempo, las

⁴⁹ Universidad de Concepción Centro Eula-Chile, *Proyecto Actualización Catastro Demanda y Oferta de tierras, aguas y Riego para indígenas Etapa I (Resumen Ejecutivo)*. 2010, inédito.

⁵⁰ Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia (Fondo) 29 de julio de 1988. Párr. 166. Disponible en la web: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nld_Ficha=189&lang=es (accedido el 28 de agosto de 2015).

⁵¹ López Hurtado, Carlos. Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional. pág. 7-8. En: *Empresas y derechos humanos: una relación compleja*. Revista de la Fundación para el Debido Proceso. Núm. 15 año 4, septiembre de 2011. Pág.8.

actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas (...)"⁵² De esta manera, lesiones ocasionadas con motivo de proyectos o planes de desarrollo o inversión que colisionen con derechos garantizados por el derecho internacional entrañan la obligación para el Estado de "(...) suspenderlos, reparar los daños (...), e investigar y sancionar a los culpables (...)"⁵³

En el ámbito europeo, la Corte de Estrasburgo ha establecido similar marco de tutela de derechos cuando se trata de agentes privados que impactan los derechos consagrados en la Convención Europea. Así por ejemplo, la Corte ha declarado que "[e]n los asuntos medioambientales, se puede exigir la responsabilidad del Estado debido a la ausencia de reglamentación adecuada de la industria privada (...) por tanto, que el agravio (...) debe ser examinado desde la perspectiva de la obligación positiva encargada a los Estados de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos garantizados por [el Convenio Europeo]."⁵⁴

Sistematizando los desarrollos interpretativos y jurisprudenciales del derecho internacional de los derechos humanos, John Ruggie, ex Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas, estableció en su informe la obligación del Estado de "ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia."⁵⁵ Ello requiere de "[u]n marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos, ello incluso en relación a las actividades de terceros (sujetos no estatales)."⁵⁶ La obligación de proteger, incluye la adopción de medidas adecuadas y pertinentes "[p]ara prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia."⁵⁷ Por su parte, dada la creciente influencia de la actividad empresarial en el disfrute y goce de los derechos humanos, en la comunidad internacional se ha debatido en torno a la fijación de un marco regulatorio para las empresas en consideración a su carácter de

⁵² Comisión IDH. Derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II.Doc.59/09. 30 de diciembre de 2009. Párr:210.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Derechos Humanos. Empresas y violaciones a los derechos humanos. Una Guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas

⁵⁵ John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Asamblea General. A/HRC/17/31.

⁵⁶ *Ibidem*. Principio 9.

⁵⁷ *Ibidem*. Principio 1.

instituciones u órganos de la sociedad igualmente vinculados a los deberes de promoción y respeto de los derechos, enunciados desde 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁵⁸ Esto ha derivado en la creación de un corpus no vinculante, de naturaleza voluntaria, programática y no justiciable en el ámbito internacional, asentado en el principio de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y la de sujetar su conducta a la debida diligencia.

De esta manera, se ha avanzado en sostener que la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos “[a]barca, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”.⁵⁹ La obligación de respetar entraña, de acuerdo a dicho marco normativo, el deber de abstenerse de afectar los derechos de terceros y el de hacerse responsable de las consecuencias dañosas que la actividad empresarial ocasione en la esfera de su influencia.⁶⁰ Por su parte, la responsabilidad empresarial de prevenir los impactos de su actividad o relaciones comerciales sobre los derechos humanos,⁶¹ y de esta manera respetarlos, requiere satisfacer el estándar de la debida diligencia, norma de soft law⁶² que se puede conceptualizar como el deber de la organización empresarial de identificar, prevenir y abordar “[l]os impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos, resultantes de sus actividades o de aquellos con los que tienen relación”.⁶³

El 2005 se creó la figura del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. En 2008 el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó el Marco para “proteger, respetar y remediar” que el Representante Especial había elaborado, que sistematizaba los consensos obtenidos en relación con las obligaciones del Estado y las correspondientes al sujeto empresarial. Dicho marco se sustenta sobre la base de tres ejes

⁵⁸ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. de 26 de agosto de 2003. Preámbulo.

⁵⁹ John Ruggie. *Op. cit.* 43. Principio 12.

⁶⁰ “La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a estas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos” John Ruggie. *Op. cit.* 43. Principio 13.

⁶¹ John Ruggie. *Op. cit.* 43. Principio 17

⁶² Las normas programáticas referidas a empresas y derechos humanos se encuentran desarrolladas en diversos instrumentos, directrices, informes e iniciativas que han logrado el consenso de la comunidad internacional, entre los cuales existen en el marco de la Organización de las Naciones Unidas: 1) La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo/OIT; 2) La iniciativa ‘Pacto Mundial de las Naciones Unidas’; 3) Las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos; 4) El Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras Empresas.

⁶³ NCh-ISO 26000.n2010.pág. 27

conceptuales: el primero se refiere a la obligación de protección del Estado respecto a la actividad de agentes no estatales; el segundo alude a los deberes y obligaciones de respetar los derechos humanos de los agentes privados y, por último, se menciona el marco de garantías compartidas de acceso a formas de reparación efectivas tanto judiciales como no judiciales.⁶⁴ “Cada uno de estos principios constituye un elemento esencial de un sistema interrelacionado y dinámico de medidas de prevención y de reparación: el deber del Estado de brindar protección, ya que constituye la base misma de respetar los derechos humanos, por tratarse de la expectativa social más elemental en relación con las empresas; y el acceso a vías de reparación porque ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos”.⁶⁵

Posteriormente, en junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Dicho instrumento fue adoptado por unanimidad, representando las pautas de comportamiento deseables a los fines de implementar los principios elaborados y consensuados. Concluido el mandato del Representante Especial, el Consejo creó el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, constituido por cinco expertos internacionales.⁶⁶ Reiterando que las empresas “tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos”⁶⁷, estableció entre otros objetivos de su mandato el de promover la divulgación efectiva y global de los Principios Rectores, aumentar el acceso a recursos efectivos disponibles para quienes vean afectados sus derechos humanos por las actividades de las empresas, y formular recomendaciones al respecto.

b) Derechos de pueblos indígenas

(i) Derechos de propiedad y recursos naturales

El Convenio 169 de la OIT establece que los estados “[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

⁶⁴ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. A/HRC/20/29. 10 de abril de 2012. Párr:8

⁶⁵ John Ruggie. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Asamblea General. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. Párr: 6.

⁶⁶ Consejo de Derechos Humanos 17° Período de sesiones. A/HRC/17/L.17/Rev.1 15 de junio de 2011. Párr: 6. El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas celebró su primer período de sesiones en el mes de enero de 2012.

⁶⁷ Consejo de Derechos Humanos 17° Período de sesiones. A/HRC/17/L.17/Rev.1 15 de junio de 2011.

posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.⁶⁸ La 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 extienden 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”.⁶⁹

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 consentimiento.⁷⁰ 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”.⁷¹

⁶⁸ 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”.

⁶⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009. pág. 742.

⁷⁰ “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)

⁷¹ 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 Estado.⁷² La Comisión IDH señala que el fundamento de este derecho descansa en el uso y posesión tradicional y ancestral de las tierras y territorios y no en el reconocimiento oficial del Estado.⁷³ 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”.⁷⁴ De esta manera se ha asentado que el derecho de propiedad indígena comprende y por lo tanto, alcanza en sus efectos, a 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”.⁷⁵

En el caso *Sarayaku Vs. Ecuador* (2012), la Corte IDH dijo que el derecho a usar y gozar del territorio 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”.⁷⁶ 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. 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 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

⁷² 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.

⁷³ 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.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr.146.

generales que deben ser cumplidos en caso de expropiación, y con cumplimiento de las demás garantías jurídicas de la propiedad territorial indígena".⁷⁷

c) Obligación de Consulta Indígena según el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ⁷⁸

El deber de consulta previa 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, James 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."⁷⁹

El deber de consulta previa encuentra su fuente normativa en el artículo 6° del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo⁸⁰, el que por su naturaleza de tratado internacional de derechos humanos 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 conjunto integrado por la Declaración

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Para un completo análisis sobre el deber de consulta previa, ver INDH: "Informe en Derecho: El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas", 2014, en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/664/Consulta%20ind%C3%ADgena%202014.pdf?sequence=1> (accedido el 26 de agosto de 2015).

⁷⁹ 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. Disponible en la web: http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_07_anaya_inf_cdh.pdf (accedido el 26 de agosto de 2015).

⁸⁰ Artículo 6° del Convenio 169 de la OIT: "1. 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".

de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁸¹, la que ha sido fuente de interpretación y desarrollo jurisprudencial tanto por parte de los órganos de control de tratados, como por la Corte IDH.

Ordenamientos jurídicos comparados 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 unitarios.⁸² Por otro lado, de acuerdo a los más recientes desarrollos jurisprudenciales a nivel internacional, la satisfacción de esta obligación no sólo tiene sus fuentes en el cuerpo de normas convencionales, sino que es igualmente estimado hoy un Principio General del Derecho Internacional.⁸³

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 Humanos.⁸⁴ Específicamente respecto de Chile, el Comité de los Derechos del Niño⁸⁵, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁸⁶ y el Consejo de Derechos Humanos en el Examen Periódico Universal⁸⁷ 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. Recientemente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que el Estado debe establecer un “[m]ecanismo efectivo de consulta y que este se ajuste a los principios del artículo 27 del Pacto y garantice el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas con respecto a decisiones relativas a proyectos que afecten a sus derechos, en

⁸¹ Resolución aprobada por la Asamblea General 107a. sesión plenaria 13 de septiembre de 2007.

⁸² 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 párrafo 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.”

⁸³ Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador; Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr: 164. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf (accedido el 26 de agosto de 2015).

⁸⁴ 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 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile. Noviembre de 2012. Párr: 23.

⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, párr: 62(c).

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Examen Periódico Universal. Conclusiones y recomendaciones. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr: 67.

particular debe velar por que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado, de las comunidades indígenas antes de que se adopte cualquier medida que ponga en peligro sus actividades económicas de importancia cultural o interfiera sustancialmente en ellas.”⁸⁸ Por su parte, este año el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, volvió a recomendar al Estado de Chile la adopción de aquellas “medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en lo que respecta a la toma de decisiones susceptible de afectar directamente el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales.”⁸⁹

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 previamente 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. Puesto en clave de *deber* del Estado, el derecho de consulta establecido en el Convenio 169 hace énfasis en la exigencia estatal como requisito de *validez* para cualquier medida legislativa o administrativa susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Ahora bien, para la satisfacción de este derecho según la jurisprudencia de la OIT, la cual fue 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 a un proceso de reforma constitucional chilena en el año 2009⁹⁰, la consulta debe al menos satisfacer las siguientes condiciones:

- i. Previa: La consulta debe disponerse siempre que se prevean medidas susceptibles de afectar al pueblo indígena o tribal de que se trata, lo que implica que la consulta debe hacerse desde las primeras etapas de la formulación de la medida. Si bien el artículo 6 no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se exige que los pueblos interesados tengan la

⁸⁸ Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. 111° período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2014, párr: 10 c). http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fCHL%2fCO%2f6&Lang=en (accedido el 26 de agosto de 2015).

⁸⁹ Consejo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las NN.UU. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile respecto del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 34° y 35° sesiones, 9 y 10 de junio de 2015, párrafo 8 b) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/150/08/PDF/G1515008.pdf?OpenElement> (accedido el 26 de agosto de 2015).

⁹⁰ 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 (accedido el 27 de agosto de 2015). 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.

oportunidad de participar libremente a todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente.⁹¹

- ii. Procedimientos adecuados. La expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.⁹² 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 transparente⁹³. Ello implica ajustarse a las condiciones que requieren los consultados para poder adoptar una posición, “para 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.”⁹⁴
- iii. Instituciones representativas. 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 interesados.
- iv. Buena fe. Ello implica respetar los intereses, valores y necesidades de la otra parte, tomando en cuenta cada circunstancia y las características especiales

⁹¹ 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: 78[en línea]. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>. También, 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 [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la Web: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm>. (accedidos el 27 de agosto de 2015).

⁹² 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.

⁹³ Cfr: OIT. Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Francia: Impreso por Dumas-Titoule, 2003, pág. 17.

⁹⁴ 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 (accedido el 27 de agosto).

de un determinado grupo o comunidad.⁹⁵ Al mismo respecto, e invocando la jurisprudencia de la OIT, el Relator Especial de la ONU ha puesto énfasis en “que 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 un 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.”⁹⁶

- v. Apropia 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.⁹⁷
- vi. Finalidad de llegar a un acuerdo o lograr un consentimiento acerca de las medidas propuestas. Debe existir un esfuerzo positivo por obtenerlo. Comporta

⁹⁵ Cfr. *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación ...*, op. citada supra.

⁹⁶ Cfr. Anaya, James, *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta ...*, op. citada supra.

⁹⁷ El Informe del Comité de Expertos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT recomendó al Gobierno de Colombia modificar el decreto 1320 de 1998, adecuándolo al Convenio 169, para lo cual debía consultar de manera previa con los pueblos indígenas de Colombia. Señaló que “[e]l Comité considera que el decreto núm. 1320 de 1998, cuyo objetivo explícito es de reglamentar “la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación dentro de su territorio” constituye una medida legislativa susceptible de afectar directamente a dichas comunidades. Por lo tanto, del artículo 6, inciso 1, apartado a) claramente se desprende la obligación de consultar con los pueblos indígenas del país antes de la adopción y promulgación de dicho decreto”. 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: 72, op. citada supra. Por su parte la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-737/05, que conoció del mismo caso, señaló que las consultas deben hacerse en un marco fuertemente garantista que implica que los procesos de consulta previa no pueden “responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT (...) los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”, lo que incluso exige definir cómo se efectuará el proceso consultivo adecuado con la participación activa de la comunidad en cuestión. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-737/05 Rama Judicial, República de Colombia. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-737-05.htm> (accedido el 27 de agosto de 2015).

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.⁹⁸ El Relator Especial ha sostenido que “[e]l principio de que el consentimiento de los pueblos indígenas deberá ser la finalidad de las consultas no implica que la obtención del consentimiento sea un requisito absoluto en todas las situaciones. En todos los casos, es fundamental que el Estado haga un esfuerzo de buena fe para llegar a un acuerdo. Los pueblos indígenas también deben procurar de buena fe alcanzar el consenso sobre las medidas propuestas y evitar las posiciones inflexibles cuando las medidas propuestas se basen en intereses públicos legítimos.”⁹⁹

De acuerdo a lo destacado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su Informe Anual 2014, durante el año pasado tanto el Ministerio de Desarrollo Social como el Consejo de la Cultura y las Artes iniciaron por separado dos procesos de consulta previa respecto de los anteproyectos de ley que crean el Ministerio de Pueblos Indígenas y el Consejo o los Consejos de Pueblos Indígenas. Si bien estos procesos podrían ser perfectibles, lo cierto es que van en la línea de cumplir y no frustrar el objeto mismo del Convenio I 69 de la OIT¹⁰⁰. En el informe, además, el INDH hizo notar que otras iniciativas legislativas

⁹⁸ En relación a la posibilidad de disidencias internas en la consulta efectuada a un pueblo respecto de una decisión legal que les atañe, es interesante conocer la decisión del Comité de Derechos Humanos que rechazó una reclamación de un grupo de indígenas maoríes frente a la promulgación de una ley de pesca que afectaba una actividades tradicional del pueblo en su conjunto. Señaló al respecto: “[e]l Comité observa que el Estado Parte emprendió un complejo proceso de consulta para lograr un amplio apoyo maorí a la solución y a la reglamentación de las actividades pesqueras a nivel nacional. Se consultó a las comunidades y a las organizaciones nacionales maoríes y sus propuestas quedaron reflejadas en la solución adoptada. La solución no se promulgó en forma de ley hasta disponer del informe de los representantes de los maoríes según el cual había un sustancial apoyo a la solución. Para muchos maoríes, la ley era una solución aceptable de sus reivindicaciones. El Comité ha tomado nota de las reclamaciones de los autores en el sentido de que ni ellos ni la mayoría de los miembros de sus tribus estaban de acuerdo con la solución, y de que afirman que no se habían tenido en cuenta sus derechos como miembros de la minoría maorí. En tales circunstancias, cuando el derecho de personas a disfrutar de su propia cultura está en conflicto con el ejercicio de derechos paralelos de otros miembros del grupo de la minoría, o de la minoría en su conjunto, el Comité puede considerar si esa limitación favorece a los intereses de todos los miembros de la minoría y si hay una justificación razonable y objetiva para su aplicación a las personas que se declaran afectadas adversamente”. En su decisión respecto del artículo 27 del tratado señaló que “el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte, al participar en amplias consultas antes de promulgar la nueva legislación y al atender específicamente a la sostenibilidad de las actividades pesqueras maoríes, ha adoptado las medidas necesarias para que la solución sobre las pesquerías y su promulgación como ley, incluido el sistema de gestión de cuotas, sean compatibles con el artículo 27”. Cfr: Apirana Mahuika, et al v. Nueva Zelanda. CDCP/C/70/D/5471/1993 (2000) [en línea]. Los Pueblos Indígenas y los Organismos de los Tratados de las Naciones Unidas: Recopilación de Jurisprudencia de los Organismos de los Tratados II, septiembre de 2005. Forest Peoples Programme. Disponible en la Web: http://www.forestpeoples.org/documents/law_hr/un_jurisprudence_comp_sept05_sp.pdf (accedido el 27 de agosto de 2015).

⁹⁹ Anaya, James. Una cuestión fundamental: El deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas. Capítulo principal del Informe A/HRC/12/34, presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 12 período de sesiones de Septiembre 2009. Párr: 66

¹⁰⁰ 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 previa constituyen la piedra de toque o angular del Convenio en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo. Ver a estos efectos Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre pueblos indígenas

susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas no hayan sido sometidas al proceso de consulta previa en la etapa pre-legislativa, tales como el proyecto de ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas¹⁰¹, el que legisla sobre áreas protegidas que en un porcentaje significativo se sobreponen a tierras que, de acuerdo con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, son de propiedad y posesión indígena en razón de su ocupación tradicional.

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, la Corte IDH reflexionó en el caso Sarayaku 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”.¹⁰² 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”.¹⁰³ La CEACR recordó al

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 (Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat SIK). 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. Disponible en la Web a través de: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/repframeS.htm> (accedido el 26 de agosto de 2015).

¹⁰¹ Boletín N° 9404-12. Proyecto de ley iniciado por Mensaje N° 161-362, de que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Ingresado al Senado de la República el 18 de junio de 2014.

¹⁰² Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Párr.217.

¹⁰³ 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

Estado 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”.¹⁰⁴

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 utilidades.¹⁰⁵ 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”.¹⁰⁶

Por otro lado, 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.

Además, por medio de estos instrumentos se trata de garantizar la efectiva capacidad de decisión del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de autorizaciones de proyectos de inversión y desarrollo.¹⁰⁷ 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

¹⁰⁴ 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

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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

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

indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia".¹⁰⁸

Finalmente, conviene tener presente una de las conclusiones sostenidas por el Relator de la ONU James Anaya sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: "es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas."¹⁰⁹

d) Derecho a un Medio Ambiente libre de contaminación y principio precautorio

Tal como lo señalara el Instituto Nacional de Derechos Humanos en sus Informes Anuales de los años 2011 y 2012, cabe precisar que a nivel internacional el derecho a un medio ambiente libre de contaminación se encuentra resguardado por la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, la Carta Mundial de la Naturaleza, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Resolución de Naciones Unidas sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas, el Convenio de Aarhus y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, así como en artículos específicos de tratados internacionales. En particular, una forma de abordar este tema desde el campo de los derechos humanos ha sido a través del análisis del derecho de acceso a información, del derecho a la participación y del derecho de acceso a la justicia, presentes en el Convenio de Aarhus, los que constituyen estándares al momento de tomar decisiones en materias medioambientales.

Estos estándares internacionales se materializan en nuestro país a través de los tratados internacionales ratificados y en el artículo 19 N°8 de la Constitución Política, entre otros, donde se reconoce el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y se establece el deber del Estado de velar por su protección. Además, se cuenta con un marco legal específico constituido por la Ley 19.300 que establece las Bases Generales del Medio Ambiente y la Ley 20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ Anaya, James. *Promoción y protección de todos los derechos humanos...* op. citada supra, párrafo 43.

Del conjunto de los instrumentos internacionales, la relación más estrecha entre los derechos humanos y medio ambiente está en la Declaración de Estocolmo de 1972, que reconoce a las personas el “derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar; y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras” (Principio 1). Diez años después, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Carta Mundial de la Naturaleza, y luego en 1992, en la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre de Río) promulgó la Declaración de Principios de Río, cuyo principio 10 sentará las bases para el Convenio de Aarhus: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

Por su parte, del conjunto de tratados de derechos humanos que reconocen de alguna manera el derecho a un medio ambiente libre de contaminación destacan los artículos pertinentes del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989); la Convención de los Derechos del Niño de 1989; y el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador).

Resulta por otra parte atinente mencionar que en materia de derecho y política medioambiental se ha desarrollado el *principio preventivo o enfoque de precaución o precautorio*, cuyo objetivo es proporcionar una guía para el desarrollo y aplicación del derecho ambiental en los casos donde existe incertidumbre científica.¹¹⁰ Este principio tiende a recibir otras denominaciones, como principio preventivo en materia ambiental.

El principio preventivo o precautorio nació en Alemania, para proteger la salud humana del efecto de ciertos productos químicos, donde extendió su aplicación a la protección de los recursos naturales y de los ecosistemas así como a los problemas globales. En la escena internacional, aparece en 1984 en la Primera Conferencia Internacional de Protección del Mar del Norte, para ser rápidamente adoptado en numerosos tratados multilaterales y

¹¹⁰ Ver a estos efectos Artigas, Carmen. El Principio Precautorio en el derecho y política internacional. CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile, 2001. Disponible en la web: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6377/S01050369_es.pdf?sequence=1 (accedido el 27 de agosto de 2015).

declaraciones internacionales. Si bien ya en 1991 la OCDE lo integra en la Recomendación C(90)164 de su Consejo sobre prevención y control integrado de la contaminación, su consagración se produce por el principio 15 de la Declaración de Río de 1992, suscrita por Chile en la llamada Cumbre de la Tierra: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”

El principio de precaución es un concepto que respalda la adopción de medidas protectoras antes de contar con una prueba científica completa de un riesgo; es decir, no se debe posponer una medida por el simple hecho de que no se disponga de una información científica completa. Este principio genera, a la vez, acuerdos y desacuerdos sobre su aplicación. Por un lado, hay quienes consideran que proporciona la base para la acción legal temprana encaminada al tratamiento de problemas ambientales que constituyen graves amenazas para el bienestar humano. Opuestamente, sus detractores argumentan que el principio de precaución es potencialmente una causa de sobre-regulación y que limita la actividad humana.

Si bien el principio precautorio o preventivo hoy no está consagrado en nuestro derecho interno como un principio general del mismo, sí es recogido importantemente por cierta legislación sectorial.

Una crucial integración de este principio se encuentra en la Ley de Bases del Medio Ambiente, Ley N° 19.300 y sus modificaciones. De acuerdo al Mensaje Presidencial con que se ingresó dicha ley,¹¹¹ el primer objetivo explícito de la nueva regulación ambiental “es darle un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, el proyecto pretende hacerse cargo del deber del Estado de velar para que dicha garantía se cumpla. En virtud de ello, busca dar un marco general en el cual se deba desarrollar el actuar del sector público y el privado. El sector público, tanto como ente fiscalizador y regulador de las actividades productivas; y, en muchas ocasiones como contaminante esto es, en el papel de un particular más. Ello implica que todos los sectores del país deben desarrollar las actividades que les son propias dentro de un esquema de respeto por el medio ambiente, y que la explotación de los recursos naturales debe ser realizada de tal modo que se asegure su sustentabilidad en el futuro”.

¹¹¹ Mensaje N° 387-324 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley. Fecha 14 de septiembre, 1992. Cuenta en Sesión 26, Legislatura 324. Disponible en la web a través de la historia de la ley: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667> (accedido el 27 de agosto).

A continuación, se señala que para los efectos de concretar los objetivos de la ley, se establecen ciertos principios que permiten darle coherencia, y sin los cuales no se podrá entender plenamente su real alcance y pretensiones. El primero de los mencionados es el principio preventivo, mediante el cual "se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos."¹¹² Para ello la ley contempla una serie de instrumentos, tales la educación ambiental, el sistema de evaluación de impacto ambiental (declaración de impacto ambiental, respecto de aquellos proyectos cuyo impacto ambiental no es de gran relevancia; y los estudios de impacto ambiental, respecto de los proyectos con impactos ambientales de mayor magnitud); los planes preventivos de contaminación; y las normas sobre responsabilidad. De esta manera, la Ley de Bases del Medio Ambiente construye a través de todo su entramado el deber de prevenir los efectos negativos sobre el medio ambiente que podrían traer una serie de actividades humanas, y el deber de reparación en su caso.

Otra aproximación al principio precautorio o preventivo lo contiene la Ley General de Pesca y Acuicultura. La Ley N° 20.657, que modificó sustancialmente la Ley N° 18.892 y sus modificaciones, introdujo un nuevo artículo 1°B de la siguiente manera: "El objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque eco sistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos." Luego, el artículo 1°C mandata la aplicación del principio precautorio en la administración y conservación de los recursos hidrobiológicos y la protección de sus ecosistemas de la siguiente manera: "i) Se deberá ser más cauteloso en la administración y conservación de los recursos cuando la información científica sea incierta, no confiable o incompleta, y ii) No se deberá utilizar la falta de información científica suficiente, no confiable o incompleta, como motivo para posponer o no adoptar medidas de conservación y administración." Finalmente, en una clara aplicación concreta del enfoque precautorio respecto de la pesca de fondo en áreas donde se podría sospechar la presencia de montes submarinos, la Ley N° 20.657 introdujo la siguiente disposición: "en virtud del principio precautorio, tratándose de montes submarinos, no se permitirá la pesca de fondo, a menos que exista una investigación científica realizada de acuerdo al protocolo y reglamento a que se refiere el artículo 6° B, que demuestre que la actividad de pesca no genera efectos adversos sobre los ecosistemas marinos vulnerables presentes en el área."¹¹³

e) Derecho al Agua

El derecho humano al agua se ha desarrollado como parte del derecho internacional desde 1999, cuando Naciones Unidas se pronunció a favor de reconocer que el derecho

¹¹² Ídem supra.

¹¹³ Artículo 5° Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura.

al agua es una de las bases del derecho al desarrollo. Sin embargo, existen precedentes de la discusión internacional en torno a esta temática que datan de 1972, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo), que propugnó la protección del agua como un recurso natural esencial para el uso sustentable por las generaciones actuales y futuras. Posteriormente se adoptaron otras normas que se ven expresadas en la Convención sobre Cambio Climático y la Convención de Lucha contra la Desertificación y Sequía. Mediante resolución, el 2010 la Asamblea General de la ONU reconoció que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.¹¹⁴

Existen antecedentes del derecho al agua potable y saneamiento en diversos tratados de derechos humanos.¹¹⁵ El Comité DESC ha reconocido que el derecho al agua es un derecho que debe ser garantizado al amparo del PIDESC. En 2002 estableció en forma expresa la relación entre derechos humanos y agua al adoptar la Observación General N° 15, que determinó el contenido sustantivo de este derecho y las obligaciones consustanciales de los Estados.

La base del reconocimiento de este derecho es el aseguramiento de un mínimo de vida digna, conforme a la interpretación que se hace del párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC, que identifica una serie de derechos que emanan precisamente del derecho a acceder a un nivel de vida adecuado, incluida la alimentación, vestido y vivienda adecuadas, condiciones indispensables para la concreción del derecho a un mínimo de vida digna.¹¹⁶

Según la Observación General N° 15 del Comité DESC, la definición del derecho humano al agua en general aceptada es “el derecho de todos sin discriminación a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Los indicadores que permiten evaluar la garantía de este derecho son su disponibilidad, calidad, accesibilidad y participación.¹¹⁷ El Comité ha dicho asimismo que el derecho al agua se

¹¹⁴ Resolución 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento, aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010

¹¹⁵ Entre estos, en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14); en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14.2); en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 28); y en el Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 5). En el plano regional se hace referencia a este derecho en la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (art. 14) y en el Protocolo relativo a los derechos de la mujer de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 15).

¹¹⁶ El Comité DESC planteó que “[e]l uso de la palabra ‘incluso’ indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.

¹¹⁷ De manera complementaria, la experta independiente de Naciones Unidas, Sra. Catarina de Albuquerque, agregó los criterios de seguridad y asequibilidad, así como los principios de no discriminación, participación, responsabilidad, efectividad y sostenibilidad. Informe de la Experta Independiente, doc. A/HRC/15/31/Add.1., julio de 2010.

relaciona e involucra con el derecho al desarrollo, a la salud, al medio ambiente y a la autodeterminación.

El derecho al agua, igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos de obligaciones a los Estados: respetar, proteger y garantizar. Según la sistematización hecha por el Comité DESC, las obligaciones básicas del Estado son, entre otras: (i) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades; (ii) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados; (iii) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; (iv) Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua; (v) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles; (vi) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población, los que deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente, proveyendo métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia, que permitan seguir de cerca los progresos realizados; (vii) Vigilar el grado de realización del derecho al agua; (viii) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados.

Tomando nota de la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, que dispone que no puede privarse a un pueblo de sus medios de subsistencia, el Comité señaló que los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas¹¹⁸.

El Comité además instó a los Estados a poner especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, incluyendo en ellos a las mujeres, los niños, los grupos minoritarios y los pueblos indígenas¹¹⁹. También aclaró que los Estados violan el derecho al agua no sólo cuando desarrollan acciones directas en este sentido, sino que cuando no adoptan todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute del derecho al agua, entre ellas no adoptar o ejecutar una política nacional sobre el agua encaminada a garantizar a todos el derecho al agua; no adoptar

¹¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, para. 7

¹¹⁹ Así dispone que: a) "No se excluya a las mujeres de los procesos de adopción de decisiones sobre los recursos y los derechos en materia de agua"... b) "No se impida a los niños ejercer sus derechos humanos por falta de agua potable en las instituciones de enseñanza y los hogares o a causa de la carga que supone la obtención de agua"... c) "Las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. Debe protegerse el acceso a las fuentes tradicionales de agua en las zonas rurales de toda injerencia ilícita y contaminación"... d) "El acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op cit.*, para. 16.

medidas contra la distribución no equitativa de las instalaciones y los servicios de agua; no establecer mecanismos de socorro de emergencia; no lograr que todos disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable¹²⁰.

Finalmente, debe tenerse presente que recientemente, en sus observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile sobre la aplicación del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó su preocupación respecto del "limitado acceso a servicios de agua potable y saneamiento, en particular en las zonas rurales, así como el uso desproporcionado y no sostenible del agua en la industria de la minería (Art. 11). El Comité recomienda al Estado parte que garantice el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento de los grupos más desfavorecidos y marginados, particularmente en las zonas rurales y tome las medidas necesarias para asegurar el uso moderado del agua en la industria de la minería, que incluyan la adopción de normas para el procesamiento del agua utilizada en la minería."¹²¹

IV. Proyecto de ley

La idea central del proyecto de ley, que consta de tres artículos, es prorrogar los incentivos contemplados en el Decreto Ley N° 701, estableciendo un nuevo plazo de tres años para el otorgamiento de éstos, sin afectar los objetivos ni las regulaciones establecidas en dicho cuerpo legal.

De acuerdo al Mensaje, con este proyecto de ley se espera dar continuidad a una política pública de larga data, disminuir la incertidumbre sectorial y generar las condiciones políticas y comunicacionales favorables para iniciar una discusión sectorial amplia e inclusiva sobre los contenidos que debería tener una nueva ley de fomento forestal que deberá regir al sector forestal durante las próximas décadas.

Entre los fundamentos de la idea de legislar se encuentran la activa participación del sector forestal en el proceso de inserción del país en el comercio mundial, cuyas exportaciones durante el año 2014 alcanzaron un récord de 6.094 millones de dólares, destacando el balance forestal positivo de Chile en contraste con la tendencia de deforestación que se evidencia en el planeta. Otro de los beneficios del desarrollo forestal, según lo estima en Mensaje de la Presidencia, es su importancia como factor de mejoramiento de las condiciones ambientales, (asumiendo exclusivamente como balance positivo el cultivo de bosques en suelos de aptitud forestal que estaban sin cubierta vegetal boscosa). Finalmente,

¹²⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op cit.*, para. 44.

¹²¹ Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, aprobadas en la 50ª sesión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrada el 19 de junio de 2015. E/C.12/CHL/CO/4.

se destaca que las tierras susceptibles de verse beneficiadas con los incentivos forestales son principalmente de dominio de pequeños y medianos propietarios.

V. Análisis del proyecto de ley

De acuerdo a los antecedentes expuestos anteriormente, el INDH considera atingente formular un conjunto de observaciones referidas a los efectos que pudieran traer la aprobación del proyecto de ley, prolongando la extensión de las bonificaciones y la política forestal bajo las mismas condiciones actualmente existentes por los siguientes tres años, a partir del 1 de enero de 2016, y con ello, la posible afectación del derecho de consulta previa del pueblo mapuche junto a otros derechos indígenas relacionados, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho humano al agua.

a) Afectación de derechos de pueblos indígenas

(i) Derechos de propiedad y recursos naturales

La expansión de la industria forestal en el territorio perteneciente a la nación Mapuche ha puesto en permanente conflicto a las empresas forestales con las comunidades, generándose disputas en torno a la propiedad de las tierras, el control sobre los recursos naturales y la sustentabilidad del hábitat indígena.

De acuerdo a los antecedentes expuestos, la propiedad de la tierra en manos de la industria forestal casi duplica a aquellas reconocidas en propiedad individual o comunitaria a los mapuches. A pesar de la política de compra de tierras por el Estado para satisfacer la demanda histórica de restitución de “tierras usurpadas”, persisten reclamaciones basadas en derechos ancestrales de propiedad sobre una proporción considerable de las tierras de la industria. Sin embargo, “la expansión forestal hace inviable la demanda indígena destinada a aumentar la cabida territorial de sus predios, los que tras la radicación por medio de otorgamiento de títulos de merced (1884-1929) y posterior división de sus tierras en parcelas individuales (1930-1989), constituyen minifundios que ni siquiera permiten el desarrollo de una economía de subsistencia”.¹²²

Con ello se plantean dos grandes problemas sobre derechos humanos: el primero y más evidente, es una grave, constante y prolongada vulneración a los derechos de propiedad indígena, derecho que tiene la cualidad intrínseca, según lo han afirmado los organismos

¹²² Aylwin, J., Yáñez, N., Sánchez, R. 2013. Pueblo Mapuche y Recursos Forestales en Chile: devastación y conservación en un contexto de globalización económica. Observatorio Ciudadano. Santiago – Temuco. Pág. 14.

del sistema interamericano de derechos humanos y de la OIT, de subsistir y de no extinguirse a pesar de que las tierras se encuentren en posesión de terceros no indígenas. El reconocimiento oficial de títulos de dominio inscritos en favor de terceros no obsta a la validez, legitimidad y subsistencia de la titularidad indígena sobre sus tierras ancestrales.

La exigua cabida de la propiedad indígena frente a la propiedad forestal es problemática desde una perspectiva de derechos humanos, asimismo, ya que no permite la plena realización de los otros derechos individuales y colectivos del pueblo mapuche, entre ellos, el derecho al desarrollo de sus miembros y comunidades y la pérdida del control y la posibilidad de aprovechamiento de los recursos naturales existentes dentro de los territorios, lo que se ve reflejado en las mayores tasas de pobreza que presentan las regiones indígenas en relación al resto del territorio nacional. Además, la pérdida de las tierras supone poner en jaque modos de vida, costumbres y conocimientos ancestrales, dado el especial vínculo espiritual y simbiosis que unen al pueblo mapuche con su tierra.

(ii) El derecho de consulta previa

De acuerdo a lo señalado en el Informe¹²³ de la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la Cámara de Diputados, durante la discusión en primer trámite constitucional del proyecto de ley, el Ministerio de Agricultura habría considerado “necesario efectuar esta prórroga, principalmente, por la existencia de un fallo del Tribunal Constitucional que impide que la Corporación Nacional Forestal (CONAF), en cuanto organismo de carácter privado, pueda asumir nuevas funciones públicas. En consecuencia, desde la política de fomento forestal, existe una situación extremadamente compleja respecto a la posibilidad de incorporar otras dimensiones que son absolutamente necesarias en la producción primaria, su procesamiento y el encadenamiento hacia adelante.” Más adelante, se señaló que “esta iniciativa tiene como horizonte 3 años, pues se espera que en ese plazo se apruebe la legislación para implementar el Servicio Nacional Forestal, lo que permitirá un mayor margen para el desarrollo de políticas de fomento que puedan influir en este instrumento u otros”.

En relación a la necesidad o no de conducir un proceso de consulta indígena planteada por diputados de la Comisión, el Ministro de la Cartera habría sostenido que “quien determina si los proyectos de ley son sometidos a algún tipo de consulta, como la estipulada en el Convenio N° 169 de la OIT, es la Secretaría General de la Presidencia, y el hecho de que este proyecto haya sido enviado a la Cámara de Diputados responde la consulta por sí mismo.” Por otro lado, durante la tramitación del proyecto de ley que crea el Servicio

¹²³ Párrafos extractados del Informe de la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley que extiende la bonificación establecida en el decreto ley n° 701, de 1974, sobre fomento forestal, cuyo texto fue reemplazado por el artículo primero del decreto ley n° 2.565, de 1979. 14 de julio de 2015. Disponible en la web: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#> (accedido el 25 de agosto de 2015).

de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas –proyecto que es concomitante a aquél que crea el Servicio Nacional Forestal y también al presente que se informa– el Ministro habría concluido que “en caso de promoverse una prórroga del decreto ley N° 701... el Ministerio de Agricultura no es de la opinión de someter dicha extensión a un proceso de consulta indígena.”¹²⁴

De la reciente tramitación del proyecto de ley en informe, y otros relacionados, se desprende que no ha existido voluntad política para conducir un proceso de consulta previa sobre un proyecto de ley susceptible de afectar directamente los intereses y derechos del pueblo mapuche sobre sus territorios ancestrales, tanto en cuanto subsisten muchas reclamaciones sobre tierras donde se desarrolla la industria forestal, como por la afectación de una serie de otros derechos indígenas relacionados que se ven o podrían ver amenazados, entre ellos: el derecho indígena a establecer sus prioridades en materia de desarrollo¹²⁵; el derecho a ejercer control sobre sus territorios y los recursos necesarios para asegurar su existencia colectiva, acorde a su propio proyecto civilizatorio¹²⁶; el derecho a mantener su cultura y consecuentemente su sistema de vida y costumbres¹²⁷; el derecho a participar de los beneficios de las explotaciones que se ejecuten en sus territorios ancestrales¹²⁸; el derecho a la propiedad y posesión de sus tierras¹²⁹; el derecho a la integridad del hábitat que conforma sus territorios.¹³⁰

Al efecto, cabe recordar que desde la adhesión a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, así como en virtud del actual desarrollo tanto de los estándares fijados por los procedimientos especiales de Naciones Unidas, como de los órganos de control de tratados y la jurisprudencia del Corte IDH, pesa sobre el Estado la obligación de consultar previamente 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.

Siendo la consulta previa un derecho para los pueblos indígenas, constituye una obligación para todos los órganos del Estado, incluyendo el Congreso Nacional.

¹²⁴ Informe de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. 23 de diciembre de 2014. Disponible en la Web: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#> (accedido el 26 de agosto de 2015).

¹²⁵ Artículo 7, Convenio 169 de la OIT.

¹²⁶ Artículo 1 inciso 2, PDGP y PDESC.

¹²⁷ 43 Artículo 27, PDGP.

¹²⁸ Artículo 15, Convenio 169 de la OIT.

¹²⁹ Artículo 14, Convenio 169 de la OIT.

¹³⁰ Artículos 13 y 4 del Convenio 169 de la OIT.

Al respecto, con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169, formulado por 31 diputados, el Tribunal Constitucional, ejerciendo control de constitucionalidad, se pronunció sobre la naturaleza jurídica del derecho a consulta y sobre sus alcances en la tramitación de proyectos de ley.¹³¹

En relación al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que consagra el derecho a consulta, el Tribunal Constitucional sostuvo que por su precisión, así como por su mandato perentorio, constituía una norma de aplicación directa o autoejecutable.^{132 133} Más aún, el Tribunal razona que dicha norma internacional viene, en lo que respecta a la tramitación de leyes cuyas materias sean susceptibles de afectar a 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."¹³⁴

En línea con el razonamiento del Tribunal Constitucional y conforme a los estándares internacionales ya razonados, el INDH considera que se hace imperativo subsanar la ausencia de consulta durante la restante tramitación del proyecto de ley, ya que legisla sobre beneficios a aplicarse a una industria que en un porcentaje significativo se sirve de territorios que, de acuerdo con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, son de propiedad y posesión indígena en razón de su ocupación tradicional. Lo contrario podría devenir en un vicio de inconstitucionalidad de la ley que se apruebe, y en una afectación de los derechos humanos en cuestión.

b) Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

A pesar de que el Mensaje del proyecto de ley señala expresamente que, dentro de los beneficios del desarrollo forestal, se contabilizaría "su importancia como factor de mejoramiento de las condiciones ambientales", numerosos son los estudios, opiniones científicas

¹³¹ Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. "Requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República. Disponible en la web: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver:php?id=310> (accedido el 27 de agosto de 2015).

¹³² Ídem, considerando 7.

¹³³ Ídem, considerando 48. EITC recuerda 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."

¹³⁴ Ídem, considerando 7.

y estadísticas existentes que apuntan en un sentido contrario o que, al menos, tienden a morigerar tan categórica afirmación.

En efecto, los antecedentes expuestos en este informe –muchos de los cuales fueron allegados a la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Social de la Cámara de Diputados recientemente por la Universidad Austral de Chile, según se señaló– mostrarían que, si bien no se puede desconocer el aporte de las plantaciones exóticas en cuanto a recuperar ciertas áreas erosionadas y sin vegetación, principalmente del centro-sur de Chile, por otro lado han ocasionado paulatinos, indeseados y graves efectos negativos sobre el medio ambiente, particularmente de aquél que rodea las comunidades indígenas

Refiriéndose en específico a las consecuencias ambientales del DL 701, Aylwin, et al. advierten que “[l]as plantaciones han rodeado las comunidades mapuche, impactando no solo su paisaje, sino también su flora y fauna y la calidad de las tierras, afectando además los cursos del agua, la mayoría de las cuales se han secado. Estas plantaciones han generado además graves impactos económicos y sociales, al dañar las formas de relación con la tierra, propias de la cultura mapuche. Como consecuencia de lo anterior, muchos mapuches han debido dejar sus comunidades para buscar empleo en los centros urbanos (Yáñez, et al., 2008). Si bien son múltiples los impactos ambientales que genera la industria forestal en los territorios indígenas, destacan la contaminación por uso de pesticida, la deforestación como consecuencia de malas prácticas de cosecha, en especial la modalidad de tala rasa y el desecamiento de fuentes de agua como consecuencia directa del impacto generado por el monocultivo de pino radiata y eucalipto, especies que requieren grandes volúmenes de agua para su crecimiento, y dañan los suelos”.¹³⁵

Frente a estos antecedentes –algunos de los cuales presentarían certeza científica, mientras otros a lo menos darían pie para dudas– cabe recordar que pesa sobre los organismos del Estado el deber de cautelar y proteger el medio ambiente en relación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. El principio preventivo, como principio general informativo en materia ambiental, indica la necesidad de evaluar los riesgos e impactos de actividades humanas sobre el medio ambiente, antes de que los posibles efectos negativos se materialicen.

Así, por ejemplo, en la sentencia de Río Cuervo¹³⁶ la Corte Suprema se explaya latamente en la conceptualización del principio preventivo al señalar que éste “a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego

¹³⁵ Aylwin, J., Yáñez, N., Sánchez, R. 2013. Pueblo Mapuche y Recursos Forestales en Chile: devastación y conservación en un contexto de globalización económica. Observatorio Ciudadano. Santiago – Temuco. Pág. 20.

¹³⁶ Corte Suprema, Rol 2463-2012, sentencia de fecha 11 de mayo de 2012.

determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que estos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren.”¹³⁷

De manera congruente, la Corte Suprema señaló en su fallo del recurso de protección del proyecto de la Termoeléctrica Castilla¹³⁸ que “singular importancia cobra uno de los principios que inspiraron la Ley N° 19.300, desarrollados en el mensaje presidencial con el que se inició el proyecto de ley de Bases del Medio Ambiente, esto es, el Principio Preventivo, según el cual ‘se pretende evitar que se produzcan problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos’”.

El principio preventivo, si bien circunscrito en la actualidad a la actividad administrativa frente a la autorización de proyectos de explotación de recursos naturales, o proyectos de inversión con efectos sobre el medio ambiente, o en la gestión de los recursos pesqueros, ilustra que en la adopción de decisiones de cualquier otra índole debiera procederse con similares grados de cautela. Por ello, el INDH estima que ante el cúmulo de antecedentes y evidencia científica existente sobre posibles impactos negativos que estaría generando la industria forestal en su conjunto, la premura por legislar ante la existencia de un fallo del Tribunal Constitucional que impide que la CONAF pueda asumir nuevas funciones públicas, junto con el vencimiento de las bonificaciones establecidas por el DL 701, no deben ser justificaciones suficientes para establecer legislación que perpetuaría el actual modelo de explotación forestal, sin la introducción de una serie de otras medidas para cautelar por la reconversión de una industria que sea respetuosa del medio ambiente.

En línea con lo razonado en párrafos anteriores, el INDH considera que una forma o buena práctica de concretar este deber de prevención en materia medioambiental es que la legislación sectorial capaz de generar ciertos efectos indeseados sobre derechos fundamentales, tales como el derecho humano a vivir en un medio ambiente libre de

¹³⁷ Ibíd., considerando 6.

¹³⁸ Corte Suprema, Rol 1960-2012, sentencia de fecha 28 de agosto de 2012.

contaminación, considere en su etapa pre-legislativa estudios especiales que en su diseño y resultados evalúen el impacto de la normativa en cuestión sobre los derechos humanos en jaque, haciéndose eco de las legítimas preocupaciones de las comunidades involucradas e igualmente, haciéndose cargo de manera preventiva y propositiva sobre cuestiones esenciales de buen relacionamiento entre comunidades, su entorno, su hábitat, empresas y el Estado. El INDH considera que esta sugerencia es válida tanto en materia ambiental propiamente tal, como extensiva a toda otra posible afectación de derechos fundamentales (en el caso que ocupa, derecho humano al agua y derechos indígenas, entre otros), considerando el deber general de garantía y prevención que pesa sobre el Estado en materia de derechos humanos.

c) Derecho humano al agua

De manera similar y relacionada con el punto anterior, según se consignara en los antecedentes de este informe, preocupa al INDH la posible afectación del derecho humano al agua a raíz de la actividad forestal, tanto en su faz de calidad como de cantidad disponible. En cuanto a la calidad de este vital recurso, son ilustradoras las palabras consignadas en un informe del Banco Mundial del año 2011: "Sector forestal. Existen numerosos procesos industriales ligados a este sector de la economía que pueden afectar la calidad de las aguas, tales como la pérdida de la capacidad de mejoramiento natural de las aguas, al reemplazar la vegetación nativa por plantaciones exóticas en la ribera de los ríos; drenaje de los suelos para aumentar la cobertura forestal (Ley de fomento No 18.450); aumento del transporte de sedimentos durante la cosecha; acidificación de los suelos con la consecuente liberación de nutrientes y metales; y aplicación de compuestos fitosanitarios y para combatir incendios forestales".¹³⁹

En cuanto a la cantidad, la reducción del rendimiento hídrico en las cuencas dominadas por plantaciones forestales estaría ocasionando serias dificultades en el abastecimiento de agua potable en las zonas rurales, compeliendo al Estado a establecer un sistema de abastecimiento de agua potable con camiones aljibe en comunas con problemas de provisión de agua.

El INDH considera que, no obstante los esfuerzos del Estado por asegurar el abastecimiento de agua potable a comunidades afectadas por escasez –lo cual aseguraría el acceso al recurso, conforme a estándares internacionales– cabe preguntarse si es razonable un esfuerzo y gasto de la magnitud involucrada cuando, en las regiones afectadas, existe una alta pluviometría en comparación con otras regiones del país, y que razonablemente, de no exis-

¹³⁹ CHILE - Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos. Banco Mundial, Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe. 2011. Párrafo 45, pág. 15. Disponible en la web: http://www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco%20Mundial.pdf (accedido el 27 de agosto de 2015).

tir la intervención de la industria forestal, no deberían tener problemas de abastecimiento. Por lo demás, el reparto de agua en camiones aljibe debe mirarse como una medida paliatoria a una situación crítica que, por definición, debiera ser siempre provisoria mientras no se encuentre una solución de fondo. En otras palabras, la legislación y política forestal deben velar en el futuro por garantizar el derecho humano al agua de los habitantes y actividades agrícolas de subsistencia en las áreas de actividad forestal.

Por otro lado, el principio preventivo en materia ambiental indica proceder con cautela y previsión en las políticas públicas frente a la escasez de agua, especialmente dado el contexto del cambio climático y de los periodos de sequía estivales, lo que implica, en opinión del INDH, a no seguir promoviendo con fondos estatales plantaciones que posiblemente agraven la escasez hídrica.

VI. Conclusiones

1. El INDH recuerda a los órganos del Estado, incluyendo el Poder Legislativo, su deber general de garantía y su obligación de ofrecer protección frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas. Ello requiere que se dote al país de un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos. La obligación de proteger incluye la adopción de medidas legislativas adecuadas para prevenir que las empresas incumplan con su deber de respetar los derechos humanos garantizados según estándares internacionales. El INDH, junto con destacar que en materia de Ley de Bases del Medio Ambiente y otros se haya adoptado un enfoque preventivo en materia medioambiental, alienta a que en la línea de los compromisos ambientales asumidos por Chile mediante la Declaración de Río de 1992, otras legislaciones sectoriales como la atingente a la industria forestal sigan la misma orientación.
2. El INDH considera que esta es una valiosa oportunidad para cambiar una cultura de legislar que, en ocasiones, tiende a sobreponer legítimos intereses económicos frente a los legítimos y fundamentales derechos de los pueblos originarios, el medio ambiente y otros derechos humanos, tales como el derecho al agua. En esta línea el INDH hace un llamado a legislar con un sentido y enfoque de prevención en materia de derechos humanos, para lo cual formula una recomendación general a los poderes competentes, incluyendo el Legislativo y Ejecutivo, a que contemplen la realización de estudios especiales de impacto en materia de derechos humanos durante el proceso de diseño de aquella legislación que tenga la capacidad de afectar negativa o regresivamente el reconocimiento o goce de tales derechos. Con ello se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales y garantizar aquellos derechos humanos que puedan verse en jaque. En este sentido, el INDH se permite resaltar nuevamente las palabras contenidas tanto en el Mensaje de la Ley de Bases del Medio Ambiente como en la jurisprudencia de la Corte Suprema: "no es posible

continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos”.

3. Preocupa al INDH que, frente a una falta de definición política sobre la posible afectación directa a los intereses de los pueblos originarios mediante el presente proyecto de ley, su actual tramitación no considere el derecho de consulta previa que asiste al pueblo mapuche, conforme al Convenio N° 169 de la OIT. Frente a escenarios como el presente el INDH considera oportuno adoptar, a lo menos como una buena práctica, la realización del proceso de consulta en aras a lograr los necesarios consensos que prescribe el derecho internacional de los derechos humanos. De manera más genérica, el INDH estima que en la medida que se generen dudas sobre la procedencia de una consulta sobre un proyecto de ley originado en Mensaje del Ejecutivo, éste debiera acompañarse con un informe de posibles impacto sobre derechos humanos al Congreso Nacional para que éste decida sobre la aplicación de un proceso consultivo.
4. El INDH se permite recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile, asiste al Congreso Nacional la obligación de velar por el respeto a la garantía fundamental de consulta previa durante la tramitación de cualquier proyecto que pudiera afectar directamente los intereses de los pueblos originarios, so pena que lo contrario podría devenir en inconstitucionalidad de la ley. Asimismo, dado que se estarían violando normas autoejecutables de un tratado internacional de derechos humanos, suscrito y ratificado por Chile, se generaría responsabilidad internacional para el Estado. Por tales motivos el INDH formula una recomendación al Poder Legislativo a que contemple regular, de manera general y en forma urgente, el mecanismo de consulta para la tramitación de proyectos de ley de la naturaleza antes descrita.
5. Sin perjuicio de reconocer que existen estudios y opiniones fundadas que demostrarían ciertos efectos positivos generados por la industria forestal, el INDH estima que hay un cúmulo de antecedentes congruentes indicativos de que la industria forestal estaría afectando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de las comunidades aledañas a las plantaciones, además de derechos indígenas conexos al medio ambiente, la propiedad de la tierra indígena, especialmente las reclamaciones sobre tierras ancestrales usurpadas, y el derecho humano al agua de la población que vive en el entorno donde se desarrollan las plantaciones exóticas. Una política forestal moderna requiere de una visión holística frente a estos problemas interrelacionados para el pleno goce y disfrute de todos los derechos humanos afectados. El INDH estima que renovar los beneficios del DL 701 por tres años mediante el presente proyecto de ley, apuntaría en un sentido contrario al deber general de prevención en materia de derechos humanos, y alienta a que la política de incentivo forestal se enmarque y conduzca dentro de la discusión macro sobre la creación de un nuevo Servicio Forestal Nacional y la ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, asuntos que, por cierto, deben someterse al requerimiento de la consulta previa a los pueblos originarios susceptibles de ser afectados.

5

Persecución penal,
orden público y Derechos Humanos

Informe I sobre el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07

Actualizado en relación al Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana aprobado el 2 de julio de 2015.

I.- Resumen Ejecutivo

El presente informe se refiere al proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín N° 9885-07) cuya tramitación se inició con la presentación por la Presidenta de la República del Mensaje N° 1167-362, el 23 de enero de 2015, y actualizado al estado en que quedó tras la primera fase de su primer trámite constitucional, ante la Comisión de Seguridad Ciudadana, cuyo Informe fuera aprobado con fecha 2 de julio.

En primer lugar, el informe se refiere a los antecedentes de este proyecto, tal cual son manifestados en el Mensaje referido. A continuación, se revisan los principales estándares de derechos humanos que dicen relación con la política criminal y la seguridad ciudadana, tal cual aparecen contemplados en tratados internacionales, en la Constitución, y han sido entendidos por órganos de tratados y el Tribunal Constitucional. Posteriormente, se explica en qué consisten las reformas legales proyectadas tanto respecto al Código Penal, Código Procesal Penal, y otros cuerpos legales, para pasar al análisis crítico de las mismas desde el punto de vista de los derechos humanos.

Finalmente, el Informe contiene las conclusiones que sintetizan la opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos sobre esta iniciativa.

II.-Antecedentes del proyecto

En el Mensaje del proyecto de ley de referencia se señala que se busca enfrentar el aumento de la criminalidad y la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, y lo hace tomando la decisión de “combatir los delitos de mayor connotación social, sin alterar las bases de nuestro sistema procesal penal acusatorio”.

A lo largo de su fundamentación se reitera la necesidad de “recoger los avances de la investigación empírica” y las “propuestas de mejoramiento” del sistema “recabados desde la

instalación de la Reforma Procesal Penal por las diferentes comisiones de expertos, instituciones y académicos que han evaluado su funcionamiento” si bien no se hace referencia explícita a las investigaciones o documentos en que constan tales propuestas.

Las estadísticas que se mencionan son las policiales de los años 2013 y 2014, tomadas del “Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención de la Violencia y del Delito” las que darían cuenta de un incremento de la actividad delictiva y no sólo de la percepción de inseguridad. Se destaca que en el 2013 se habrían cometido 600 mil delitos de mayor connotación social (DMCS), de los cuales el 83% corresponde a delitos contra la propiedad y sólo el 17% a delitos contra las personas. También se destaca que el robo con violencia o intimidación, categoría que afectaría fuertemente la percepción de inseguridad, representaba sólo el 9,7% de ese total de DMCS.

En base a estas cifras, se concluye que “un pequeño grupo de personas reincidentes son responsables de la mayoría de los delitos de mayor connotación social”, y que “los delitos de mayor ocurrencia y que afectan en mayor medida a la ciudadanía son los delitos contra la propiedad por apropiación, ubicados en los primeros cuatro párrafos del Título IX del Libro II del Código Penal”. De acuerdo al texto existiría por tanto “una necesidad ciudadana absolutamente transversal de que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometan, sujetos a penas privativas de libertad”. En otras palabras, el proyecto llama a “trancar la puerta giratoria” en esta clase de delitos.

A esa finalidad apunta en síntesis este proyecto, aunque en principio se acota únicamente a ciertas formas de DMCS: los delitos contra la propiedad. De todas formas, se señala que es necesario adoptar un abordaje integral y sistemático del problema, y no sólo medidas parciales. Explícitamente se declara que el modelo a seguir en estos temas es el de la “Ley Emilia” (N° 20.770), sobre todo en lo relativo a aplicar sanciones efectivas de cárcel.

Esta reforma puntual se entiende como parte de un conjunto de ejes de la Política Criminal definida por el actual gobierno, que son los siguientes: implementar una mayor dotación policial para el período 2015-2018 (6000 carabineros y 1500 funcionarios de la PDI); modificaciones a la ley 17.798, de control de armas y explosivos (ya aprobadas mediante la Ley 20.813); fortalecimiento del Ministerio Público; reforma de la Ley Antiterrorista (en actual tramitación, Boletín 9692-07); ampliación de la infraestructura y personal penitenciario; proyecto de ley a presentar el 2015, destinado a crear la “institucionalidad para el trabajo de reinserción y reintegración de los condenados”; reforma y reforzamiento de los Tribunales de Tratamiento de Drogas; defensa de las víctimas del delito mediante la creación de un Servicio Nacional de Apoyo a Víctimas.

Así, los contenidos de esta agenda se enuncian de la siguiente manera:

- 1.- Modificaciones a los delitos contra la propiedad. Las que incluyen: a) regla especial de determinación de la pena para delitos contra la propiedad por apropiación; b) mayor sanción de la reincidencia en los delitos de hurto y robo; c) “Ley Emilia” para condenados por robos en lugar habitado, con violencia o intimidación (suspensión por 1 año de las penas sustitutivas a aplicar, período durante el cual debe aplicarse pena de cárcel efectiva); d) elevación de penas para robos y receptaciones cuantiosas.
- 2.- Modificaciones al Código Procesal Penal. Éstas incluyen: a) aumento de las capacidades de investigación del sistema penal; b) limitación del principio de oportunidad; c) modificaciones en el régimen de suspensión condicional del procedimiento.
- 3.- Modificaciones a la ley N° 18.216 (sobre penas sustitutivas).
- 4.- Modificación del Decreto Ley N° 321 de 1925 (sobre libertad condicional).
- 5.- Modificación a la ley N° 19.970 (que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN).
- 6.- Modificación a cuerpos legales para liberar a Carabineros de Chile de labores administrativas (Ley del Tránsito y ley que establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local).
- 7.- Consagración legal del Banco Unificado de Datos.
- 8.- Régimen especial de ampliación de establecimientos penitenciarios.

III.- Estándares de derechos humanos

La iniciativa legal en comento se refiere a variados aspectos del sistema penal vigente en Chile. En tanto política criminal cuyos intereses y objetivos se declaran abiertamente en el Mensaje, debe ajustarse al conjunto de los estándares que tanto desde el Derecho internacional de los Derechos Humanos como en la Constitución Política de la República limitan y orientan la acción del Estado en estas materias.

Atendido los fines y contenido del proyecto, si bien éstos se relacionan con las garantías tanto sustantivas como procesales que en lo esencial se encuentran reguladas en el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 14 y 15¹), y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 9)², las principales observaciones al proyecto

¹ “Artículo 14: 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Artículo 15: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran 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.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

² “Artículo 8. Garantías judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

se extraen más bien de los estándares que dicen relación con límites y principios que deben ser respetados y aplicados en el diseño de la actividad político-criminal que desde el Estado vela por la seguridad pública. Concretamente, los estándares relevantes en esta discusión dicen relación con el principio de proporcionalidad en la imposición de penas (también conocido como principio de prohibición de exceso), y con el principio de igualdad y no discriminación, los cuales se vinculan con el debido proceso legal y las garantías penales de fondo³.

a) Política criminal y seguridad democrática

La seguridad es una necesidad humana. Si asumimos lo anterior podríamos definir a la seguridad humana como la condición de vivir libre de temor y libre de necesidad⁴. Por ende toda política de seguridad que provenga del Estado necesariamente debe estar encaminada a satisfacer las necesidades reales de los seres humanos y de esta forma asegurar las condiciones mínimas de una vida digna. De tal manera que, y traduciendo lo anterior al ámbito normativo, las políticas de seguridad emprendidas por el Estado son fundamentales en la medida que se constituyen en uno de los instrumentos principales para la protección de los derechos humanos como la vida, la integridad física y psíquica, la vivienda, la educación, etc.

-
- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

"Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el 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."

³ La Comisión IDH se ha referido a la obligación que tienen los Estados de implementar políticas de seguridad que tengan en cuenta el derecho a las garantías procesales y a la protección, y "en especial: respetar los principios fundamentales de derecho penal reconocidos internacionalmente: presunción de inocencia; *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* y *non bis in idem*" (Comisión IDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, recomendación específica N° 16, letra a).

⁴ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, "Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: Diagnósticos y Propuestas Para Latinoamérica", 2013-2014, p. 5.

En este contexto, la seguridad ciudadana –especie de seguridad humana– específicamente tiene un rol preponderante en la protección de “un núcleo básico de derechos, incluidos el derecho a la vida, el respeto a la integridad física y material de la persona y su derecho a tener una vida digna”⁵, los cuales pueden verse amenazados por eventuales comisiones de delitos.

Efectivamente comprender en su real dimensión el fenómeno del “delito” implica asumir que al igual que otros problemas sociales, su ocurrencia afecta más intensamente –ya sea que provenga de delitos callejeros, criminalidad organizada y/o corporativa– a los grupos vulnerables y más postergados de la sociedad. En este sentido, razón tiene el proyecto al sostener que, sea cual fuere la dirección de donde provenga el delito, las víctimas y grupos vulnerables siempre son las que deben soportar la acumulación de distintos tipos de delitos (contra la propiedad y contra el orden financiero), además de los demás problemas sociales (como el desempleo o la mala calidad de la educación, etc.)⁶.

La anterior explica que una política criminal o de seguridad ciudadana no debe basarse exclusivamente en una estrategia punitiva para reducir los índices de criminalidad sino que debe ser parte de una política social integral que comprenda “la mejora de la calidad de vida de la población, la acción comunitaria para la prevención de delito, una justicia accesible, ágil y eficaz, una educación que se base en valores de convivencia pacífica, el respeto a la ley, en la tolerancia y la cohesión social”⁷. Precisamente lo que se quiere destacar es que si bien es importante reconocer el impacto del delito en la vida de las víctimas y en desarrollo de toda la sociedad, de la misma manera es fundamental entender que la seguridad ciudadana, en tanto forma específica de la seguridad humana, no puede agotarse en la “mano dura” o la “guerra contra la delincuencia” sino que debe enmarcarse en políticas (comunitarias, urbanísticas, institucionales, etc.) que de manera integral permitan hacer frente al delito y sus consecuencias negativas. Esto nos permitirá avanzar no exclusivamente hacia una cultura de la “seguridad” –con la respectiva restricción de garantías fundamentales– sino que nos permitirá avanzar hacia una cultura de “seguridad de los derechos”⁸.

En este sentido, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en su Informe de Desarrollo Humano 2013-2014, en relación a la experiencia en la región en cuanto a la articulación de la seguridad ciudadana de una manera preferentemente “punitiva” ha sido enfático al señalar que:

⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *op. cit.*, p. 5.

⁶ Lea John, Young Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, pp. 264 y 265.

⁷ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *op. cit.*, p. 6.

⁸ Baratta Alessandro, “El concepto actual de seguridad en Europa”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2001, Núm. 8, p. 19.

“Las políticas de mano dura adoptadas en la región han fracasado en su intención de disminuir los niveles de violencia y delitos. También han tenido un impacto negativo y profundo en la convivencia democrática y el respeto a los derechos humanos, que están en la base del desarrollo humano (...)

Las políticas de mano dura –con un enfoque punitivo que privilegia la represión, el aumento en la severidad de las penas y el uso de la fuerza– han tenido repercusiones negativas, muchas de ellas inesperadas, entre las cuales destacan el aumento en los niveles de violencia letal, el fortalecimiento de redes criminales, el congestionamiento de los sistemas carcelarios –ya sobrecargados–, violación de derechos humanos –particularmente en contra de jóvenes y menores de edad y abuso de autoridad”⁹.

Un efecto similar se pudo observar en Nueva York cuna de la “Tolerancia Cero”. Si bien los estudios criminológicos hasta hoy discuten si la disminución de la criminalidad violenta en Nueva York a partir de 1994 fue el fruto de las políticas del control del delito implementadas por el Alcalde Rudolph Giuliani y su Jefe de Policía William Bratton (asimismo los índices de criminalidad violenta en el mismo periodo bajaron en ciudades como San Francisco, Chicago y Los Ángeles, lugares donde no se aplicaron las políticas de tolerancia cero), lo que no se puede discutir es que en dicho periodo se pudo observar, desde un punto de vista de las garantías individuales y los derechos humanos, varias consecuencias negativas que si pueden ser imputables a la aplicación de dicho modelo de seguridad ciudadana:

1994-1997: incremento del 50% de las demandas de resarcimiento por daños causados por las persecuciones violentas efectuadas por el NYPD.

1994-1997: incremento del 41% de las demandas penales contra el NYPD por abusos cometidos durante las operaciones policiales.

1993-1994: incremento del 35% del número de civiles muertos por el NYPD durante las operaciones de policía.

1993-1994: aumento del 53% del número de personas fallecidas en circunstancias sospechosas durante la custodia policial.

1992-1997: los resarcimientos abonados a civiles por violencia cometida por el NYPD pasaron de 13,5 millones de dólares a 24 millones de dólares¹⁰

Un informe de 1996 del Amnistía Internacional llamado *Police brutality and excessive force in the New York Police Department* documentó detalladamente una serie de casos de violencia y presentó datos que demostraron en qué medida el llamado “patrullaje agresivo” inaugurado por Giuliani y Bratton había agravado ya el serio problema de la violación sistemática de los derechos humanos por parte de la policía de NY. Entre los datos más significativos que relevó el estudio de Amnistía Internacional podemos destacar:

⁹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *op. cit.*, p. 182.

¹⁰ Di Giorgi Alessandro, *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*. Barcelona, Editorial Virus, 2005, pp. 168-169.

- a) La sospecha de prácticas abiertamente racistas por parte del NYPD: el 75% de los que denuncian violencia por parte de la policía está constituido por afroamericanos y latinos, mientras que el 21% de blancos. Los porcentajes, si los miramos desde los policías acusados de violencia, se invierten: el 69% de los policías acusados son blancos y el 12% son policías afroamericanos o latinos.
- b) La existencia de un código del silencio, como parte de una cultura dentro del NYPD, incluso auspiciada por Bratton. Desde 1977 a la fecha del informe había habido solo una condena por homicidio¹¹.

A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el año 2009 un Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, donde se apunta a la construcción de un "gobierno de la seguridad", concebido como "*la capacidad institucional por parte de las autoridades legítimas de diseñar, implementar y evaluar políticas de prevención y control de la violencia y el delito*"¹². Esta perspectiva es acorde al grado de desarrollo actual del Derecho internacional de los Derechos Humanos, y se diferencia notoriamente de la tendencia previa a entregar todos esos temas a las fuerzas de seguridad¹³.

Adicionalmente, la Comisión IDH entiende que si bien "*los Estados Miembros tienen el deber de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en el área de la seguridad ciudadana, a través de planes y programas de prevención, disuasión y, cuando ello sea necesario, de medidas de represión legítima respecto a los hechos de violencia y criminalidad*", ello debe hacerse "*a partir de las orientaciones y dentro de los límites que establecen los estándares y los principios de derechos humanos recogidos en el marco de los Sistemas Universal y Regional de derechos humanos*"¹⁴. Así, en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad "*en ciertas ocasiones los Estados miembros pueden limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos humanos*", pero "*estas limitaciones o restricciones solamente se ajustan a los estándares internacionalmente aceptados en materia de derechos humanos cuando se aplican respetando los principios de necesidad; finalidad legítima; proporcionalidad; razonabilidad y no discriminación*"¹⁵.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que "*en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales*

¹¹ Amnesty International, *United States of America: Police brutality and excessive force in the New York City Police Department*, 1996, citado en Di Giorgi, *op. cit.*, p. 169.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.LV/II.Doc.57, 2009, párr. 74.

¹³ El INDH se ha referido en detalle a esto en el capítulo I, "Seguridad democrática y derechos humanos", de su Informe Anual 2012.

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.LV/II.Doc.57, 2009, Párr. 227.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 228.

*de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado*¹⁶.

b) Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad aparece explícitamente recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos cuando en el artículo 4.2, a propósito del derecho a la vida y la pena de muerte, se consagra que “ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves”. Una disposición equivalente está contenida en el artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En relación con lo anterior, también hay que tener en cuenta que la Convención Americana se pronuncia expresamente acerca de la finalidad que deben tener las penas privativas de libertad, cuando en el artículo 5.6 señala que ésta será “la reforma y la readaptación social de los condenados”. A partir de ello, Cecilia Medina ha comentado que “en estricto rigor, las penas deberían controlarse a la luz de todas las limitaciones existentes para la restricción de un derecho humano, y determinarse, por ejemplo, si la pena es conducente para alcanzar el objetivo, que en el caso de la pena privativa de libertad no será solamente el proteger los derechos de terceros, sino que también 'la reforma y la readaptación social de los condenados'”¹⁷.

Nuestra Constitución no alude explícitamente al principio de proporcionalidad. No obstante, tal como lo ha entendido la doctrina “este principio se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la Institucionalidad que dan forma el Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho”¹⁸.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional (TC) en numerosas sentencias, donde ha dado aplicación al llamado “test de proporcionalidad” desarrollado en la doctrina alemana por Alexy, exigiendo que exista una relación de razonabilidad entre los medios legítimos utilizados y el fin que se persigue por el legislador. A modo de ejemplo, el TC ha señalado que la regulación legal de los derechos consagrados en la Carta Fundamental “*debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad*”

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr: 76.

¹⁷ Cecilia Medina Quiroga, La convención americana: teoría y jurisprudencia, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, pág. 350/351.

¹⁸ Humberto Nogueira, El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en: Miguel Carbonell, coordinador, El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Santiago, Librotecna, 2010, pág. 374.

la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos"¹⁹.

En otra sentencia, el TC señaló que *"si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando, por ende, tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes"*²⁰.

Así, en relación con cuestiones de política criminal, y particularmente en las iniciativas legales referidas al sistema penal es necesario tener en cuenta dicho principio y las exigencias de razonabilidad que de él emanan, realizando siempre una ponderación entre el fin lícito perseguido (el control de la criminalidad) y los medios concretos empleados. Una expresión puntual de esto es la obligación para el legislador de emplear la herramienta penal más intensa (privación de libertad de personas, sea como pena o como medida cautelar) como *ultima ratio*.

Esta afirmación debe relacionarse con el mandato constitucional de racionalidad y justicia que se consagra a raíz del debido proceso legal (art. 19 N°3), y que se extiende no sólo a cuestiones estrictamente procesales penales. Además, estas consideraciones hacen necesario aplicar y tener también siempre en cuenta la manera en que distintas medidas y políticas afectan a los derechos fundamentales reconocidos tanto en el artículo 19 como en el 5 de la Constitución. En relación a esto, el TC ha tenido ocasión de señalar que, si bien en principio la facultad de determinar penas y sus modalidades de cumplimiento es resorte del legislador, la justicia constitucional debe resguardar el que *"las penas deben obedecer a fines constitucionalmente lícitos sin que se vulneren los límites precisos que la Constitución ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del art. 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del art. 19 N° 7, inc. 2°, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inc. 2° del art. 5° CPR que impone a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano"*²¹.

¹⁹ STC Rol 541-06, de 13 de julio de 2006, considerando 15.

²⁰ STC Rol N° 1.061-08, de 17 de abril de 2008, considerando 17.

²¹ STC Rol N° 786-07, de 13 de junio de 2007, considerando 30.

c) Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra a la base de todo el sistema de garantías y protección de derechos humanos, y necesariamente debe aplicarse también en el Derecho Penal, que regula precisamente la afectación de derechos de las personas mediante la intervención punitiva del Estado. Una derivación o “corolario negativo” del principio de igualdad es la exigencia a los Estados de que las personas sean tratadas sin discriminación²².

En el sistema universal, el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³ prescribe que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados *sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*. Una fórmula similar se repite en el artículo 2º la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2 de la Carta Africana, a través de la cual en definitiva todos los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos de los tratados respectivos para todos sin ningún tipo de discriminación e incluso a contrarrestar algunas formas de distinción que son fuertemente desaprobadas, como las distinciones en términos de raza, color, idioma, nacimiento y religión, sexo, origen social o nacional.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴, en su artículo 26 establece la igualdad de todas las personas ante la ley, prohibiéndose toda discriminación y garantizándoseles una protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Comité de Derechos Humanos, para resolver los casos de supuesta discriminación presentados a dicho organismo en relación con el Pacto, ha señalado que esta “*debe entenderse referida a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o*

²² Patricia Palacios, *La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del comité de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2006, p.29.

²³ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

²⁴ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; suscrito por Chile en esa misma fecha y el instrumento de ratificación depositado en la Secretaría General del referido organismo el 10 de febrero de 1972. Se promulgó por el decreto supremo N° 778, de Relaciones Exteriores, de 1976, y se publicó en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"²⁵.

Por su parte, la Corte IDH en una Opinión Consultiva ha hecho notar que *"la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio". Así, "no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza"*²⁶.

De esto no se colige necesariamente que toda distinción de trato sea ofensiva de la dignidad humana, puesto que *"no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas"*. Por ello es que según la Corte IDH señale que *"no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"*²⁷.

De esta, sólo resulta legítimo en un Estado de Derecho hacer distinciones que se basen en la aplicación del principio de igualdad, y por ende se orienten a corregir una situación de hecho en que exista una diferencia que se estime necesaria de ser compensada en base a criterios de razonabilidad y que cumplan además con el principio de proporcionalidad.

IV.- Contenido del proyecto de ley

Se trata de un proyecto que en ocho artículos más uno transitorio modifica una serie de cuerpos legales (Código Penal, Código Procesal Penal, Ley 18.216, Decreto Ley 321, Ley 19.970, Ley 18.290). Nos referiremos a su contenido siguiendo ese mismo orden.

²⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 18: No Discriminación*, 11 de septiembre de 1989, párrafo 7.

²⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva 4-84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Párr. 54.

²⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva 4-84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Párr. 57.

a) Modificaciones al Código Penal

El artículo 1 del proyecto introduce los artículos 449 y 449 bis en el Código Penal.

En el 449 se señala que para la determinación de la pena en relación a los delitos de los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Título IX del Libro II de dicho Código no se aplicará lo establecido en los artículos 65 a 69, y se estructura un sistema especial de determinación de penas en cuatro numerales.

En el numeral 1 se señala que el tribunal determinará la cuantía de la pena tomando en cuenta el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren, y la mayor o menor extensión del mal causado, “dentro del límite del grado o de los grados señalados por la ley al delito”.

Por su parte, el numeral 2 contempla que en los casos de condenados reincidentes, en los términos de las agravantes de los números 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, el juez deberá determinar la pena de acuerdo a los mismos criterios señalados en el punto anterior; pero “dentro del grado inmediatamente superior al señalado por la ley, tratándose de simples delitos”. En el caso de crímenes, además “se deberá excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta o la mitad inferior si consta de un solo grado”.

Con esto se cumple el objetivo señalado en orden a evitar que la concurrencia de atenuantes produzca por aplicación de las reglas generales del Código Penal una rebaja de grados en la determinación de la sanción penal, finalidad en la cual el Mensaje declara haber tenido a la vista como modelo la llamada “Ley Emilia”. La única excepción a esto viene regulada en el numeral 3, donde se señala que solamente en los casos en que el imputado acepte los hechos y su participación en el juicio, la pena se rebajará “hasta el tramo comprendido en la mitad superior del grado inferior al mínimo de los señalados por la ley”. Dicha rebaja se calculará después de efectuados los aumentos regulados en el numeral 2.

Adicionalmente, el proyecto original agregaba un numeral 4 al artículo 449 que establecía que para los/las condenados/as por estos delitos que merezcan pena de crimen, en caso de que se les aplique una pena sustitutiva, “la ejecución de ésta quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que había sido condenado originalmente”. Dicha modificación fue rechazada en la Comisión de Seguridad Ciudadana.

La otra disposición que se incorpora al CP es el artículo 449 bis, que asigna la pena de presidio mayor en su grado mínimo “cuando la cuantía de lo robado o receptado exceda de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que el hecho constituya uno de los crímenes señalados en el párrafo 2º anterior; caso en el que se impondrá la pena prevista para cada delito, con exclusión de su grado mínimo”.

Con esto se busca atacar a la criminalidad organizada, “pues este tipo de delitos generalmente es ejecutado por bandas, respecto de las cuales es complejo –procesalmente– acreditar los elementos subjetivos de las agrupaciones, asociaciones, grupos o pandillas, imponiéndose penas que no se condicen con la gravedad del delito”.

b) Modificaciones al Código Procesal Penal

El artículo 2 del proyecto contiene varias modificaciones al CPP que según se declara tienden a aumentar las capacidades de investigación, limitar la aplicación del principio de oportunidad, y modificar el régimen de la suspensión condicional del procedimiento. Cabe destacar que estas modificaciones no se limitan a la persecución de los delitos a los que se alude en las modificaciones del CP (DMCS contra la propiedad), sino que modifican el régimen general regulado en el CPP.

Algunas de ellas dicen relación con las facultades policiales. Así, en el artículo 83 del CPP, que regula las actuaciones autónomas de la policía (es decir, sin necesidad de instrucciones del Fiscal), se reemplaza la letra d) que actualmente se refiere a la identificación de testigos y consignación de sus declaraciones en los casos de las letras b) y d) del mismo artículo (que respectivamente se refieren a la detención por flagrancia y al resguardo de sitios del suceso), y la amplía en los siguientes términos: “Identificar en el menor plazo posible a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de casos de delito flagrante y cada vez que en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito”.

Durante la tramitación del proyecto en la Comisión de Seguridad Ciudadana, surgió una indicación que incorpora al CPP un artículo 85 bis, sobre “control de identidad preventivo”, cuestión que hemos abordado en otro Informe específico sobre el tema.

En el artículo 127, que regula las hipótesis de detención judicial, se hace aplicable el artículo 89, que faculta a las policías para proceder al registro de vestimentas, vehículo y equipaje del imputado, a los casos en que el juez ordene la detención sin previa citación, cuando la comparecencia a su presencia de otra forma pudiera verse demorada o dificultada. Además se agrega que “el juez podrá considerar como razón suficiente para entender que la comparecencia del imputado se verá demorada o dificultada, si el hecho que motivare la solicitud de orden de detención constituyere un hecho punible al que la ley asigne una pena privativa de libertad de crimen”.

En el artículo 129 del CPP, relativo a la detención por flagrancia, se agrega que “en el mismo acto, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona detenida”.

En el artículo 132, que regula la comparecencia judicial, a la regulación actual que establece que la inasistencia del fiscal o su abogado asistente a la primera audiencia “dará lugar a la liberación del detenido”, se agrega que “el juez de garantía informará de ello al Fiscal Regional respectivo a la mayor brevedad, con el objeto de determinar la eventual responsabilidad disciplinaria que correspondiere”.

En el artículo 140, que es el que establece los requisitos para decretar la prisión preventiva, el proyecto incorpora un nuevo inciso final que se refiere al peligro de fuga: “El tribunal podrá considerar especialmente que existe un peligro de que el imputado se dé a la fuga cuando registre una o más órdenes de detención judicial pendientes. Además, tendrá en consideración la existencia de reiteradas detenciones anteriores”.

Durante la tramitación en la CSC se agregó un nuevo inciso final, que señala que “para efectos del inciso anterior, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido contra el sujeto, para su concurrencia ante el tribunal o el ministerio público, en calidad de imputado”.

A propósito de la regulación del mecanismo del principio de oportunidad, en el artículo 170 se introduce un nuevo inciso segundo, que señala: “Tampoco procederá el ejercicio de esta facultad respecto del imputado que hubiese sido condenado anteriormente, hubiese sido beneficiado anteriormente con su ejercicio, o bien, hubiese acordado una suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio, dentro de los cinco años anteriores al nuevo hecho denunciado”.

En el artículo 206, que regula la entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden, el proyecto agrega al final del inciso primero (que faculta a la policía a ingresar a lugares cerrados sin consentimiento expreso del propietario ni autorización u orden previa, cuando desde el interior se efectúen llamadas de auxilio u otros signos hagan evidente que se está cometiendo un delito), la siguiente frase: “o de que se está procediendo a la destrucción de objetos, documentos, instrumentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren. Para la validez de esta diligencia y las que se practiquen durante su realización deberá acompañarse su registro audiovisual”.

La tramitación en la CSC llevó a modificar ligeramente la propuesta original y, en vez de hablar de “hecho investigado”, se optó por “hecho constitutivo de delito”.

Por último, en el artículo 237, referente a la suspensión condicional del procedimiento, se agrega un nuevo requisito: “d) Si el imputado no hubiere acordado anteriormente una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio, dentro de los cinco años anteriores al nuevo hecho denunciado”.

c) Modificaciones a otros cuerpos legales

(i) Ley 18.216. (de penas sustitutivas)

Se agrega (sin referir a qué artículo) un inciso final que señala que “Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y para la aplicación de la pena mixta del artículo 33”.

Se intercala un nuevo artículo, 2° bis: “Las penas del artículo 1° y el régimen del artículo 33 sólo serán aplicables, en los casos de condenados por delitos de hurto y robo contemplados en los párrafos 1 a 4 bis, inclusive, y 456 bis A, del Título IX del Libro II del Código Penal, a aquellos respecto de los cuales se haya podido obtener la huella genética de acuerdo a las previsiones de la ley N° 19.970 y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que, para cada una de las penas sustitutivas o para el régimen intensivo del artículo 33 establece la presente ley y su reglamento”.

Posteriormente, la CSC acotó este régimen especial a los robos: artículos 433, 436 inciso 1°, 440, 443 y 443 bis. Además, se agregó un nuevo inciso final que establece lo siguiente: “Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el tribunal deberá ordenar la diligencia señalada en la respectiva sentencia. En aquellos casos en que el condenado, debidamente notificado, no compareciere para tales efectos el tribunal podrá ordenar revocar la pena sustitutiva, pudiendo (sic) ordenar se cumpla la pena efectiva”.

El artículo 15 bis es sustituido por el que sigue: “La libertad vigilada intensiva podrá decretarse si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a tres años y no excediere de cinco y se cumplen además las condiciones indicadas en ambos numerales del inciso segundo del artículo anterior”.

Por último, también durante la tramitación ante la CSC, se agregaron cuatro incisos al final del artículo 33 (aunque en lo que suponemos un error formal, se señala que serían tres los incisos agregados):

“Asimismo, el tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de Gendarmería de Chile, en los términos expuestos precedentemente, disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero, cuando la persona condenada cumpla 80 años de edad.

No procederán los beneficios contemplados en esta ley respecto de los condenados por los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142; 361; 372 bis; 390 y 391, números 1° y 2°, del Código Penal; en los

Párrafos 5, 6, 7 y 8 del Título VII del Libro II, cuando las víctimas fueren menores de edad; en el Párrafo 5 bis del Título VIII del Libro II, y en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código, ni respecto de los condenados por crímenes o simples delitos tipificados en la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

Salvo el caso contemplado en el artículo 5° de esta ley, no procederán los beneficios contemplados respecto de los condenados por crímenes o simples delitos tipificados en la ley N° 20.000, en la ley N° 19.366 y en la ley N° 18.403, que sancionan el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Tampoco procederán estos beneficios respecto de los condenados por los delitos contemplados en la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, crímenes contra los derechos humanos o de aquellos señalados como imprescriptibles”.

(ii) Decreto Ley N° 321

En el artículo 3, inciso tercero, a la alusión al artículo 367 del Código Penal se agregan los artículos 436, 440 y 443 bis.

(iii) Ley 19.970 (que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN)

La letra a) del artículo 17, se reemplaza por una nueva letra a) que alude a los delitos “previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N°s 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N°1, 401, 403 bis, 433, 436, 440, 442, 443, 443 bis, 474, 475, 476 y 480 del Código Penal”.

(iv) DFL N° 1, de 2009 (texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito)

Se agregan dos numerales al artículo 167 (N°s 2° y 21), incorporando dos nuevas hipótesis de presunción de responsabilidad del conductor en caso de accidente de tránsito (20: “No dar cuenta a la autoridad policial de un accidente de tránsito, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 168”; 21: “Abandonar el lugar del accidente sin dar cumplimiento a la obligación establecida por el artículo 176”).

Se reemplaza el artículo 18 por uno nuevo cuyo texto es el siguiente:

“En todo accidente de tránsito, los participantes estarán obligados a dar cuenta inmediata a la autoridad policial más próxima, salvo que sólo resultaren daños materiales, caso en el cual será Carabineros de Chile quien formulará la respectiva denuncia ante el Juez de Policía Local competente y siempre que alguno de los interesados lo solicite y, en todo caso, sin proceder al retiro de la licencia, permiso u otro documento para conducir. Para hacer efectivos los seguros de daños a terceros o propios, el interesado

deberá denunciar el siniestro mediante declaración jurada simple prestada ante la respectiva compañía aseguradora”.

En la CSC se simplificó la redacción, y tras la tercera coma, se dice “caso en el cual quedarán exceptuados de tal obligación”.

(v) Ley N° 18.287 (establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local)

Se modifica parte del inciso tercero del artículo 8, limitando a “casos calificados, que el tribunal determinará por resolución fundada” la realización por Carabineros de la diligencia de notificación.

(vi) Creación de Banco Unificado de Datos

El artículo 8 del proyecto contiene una norma relativa a la creación de un Banco Unificado de Datos personales de imputados y condenados, el que se regirá por un Decreto Supremo del Ministerio de Justicia, y en el que en principio podrán intercambiar datos el Ministerio Público, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones, Gendarmería de Chile y el Poder Judicial.

El único cambio introducido aquí por la CSC consiste en sustituir la palabra “podrán” por “deberán”.

(vii) Ampliación y/o construcción de establecimientos penitenciarios

Por último, se contiene en el proyecto un artículo transitorio que contempla algunas reglas especiales para la ampliación y/o construcción de establecimientos penitenciarios en las regiones de Valparaíso, Bío-Bío y Metropolitana, hasta el 31 de enero de 2018, haciendo excepciones a la regulación general contenida en el Decreto N°75, 2004, del Ministerio de Obras Públicas, y a las exigencias del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental contemplado en la Ley 19.300 (sobre Bases Generales del medio ambiente).

Lo anterior es coherente con lo señalado en el Mensaje, en tanto se busca “posibilitar la rápida construcción de cárceles, reduciendo los actuales trámites, a efectos de aumentar la capacidad del sistema”.

Tras el paso por la CSC, ahora sólo se alude a “ampliación” de establecimientos, suprimiendo la referencia a su construcción.

V.- Análisis del contenido del proyecto

a) Orientación político-criminal con perspectiva de derechos humanos

No sólo las clásicas garantías de fondo y procesales son un límite al accionar de la potestad punitiva del Estado, sino que los estándares de derechos humanos deben inspirar la política del Estado en materia de control, reducción, represión y tratamiento de la cuestión criminal. Tal cual se señaló en el Informe Anual 2012, hay un nuevo paradigma que se opone al del “populismo penal”, y que propugna “un modelo de seguridad ciudadana armónico con los derechos humanos, capaz de abordar de formas preventiva la complejidad de elementos (políticos, económicos, sociales, institucionales) involucrados en la violencia y la comisión de delitos, que en parte producen la sensación de inseguridad que se manifiesta en las encuestas de opinión pública”²⁸. En materia de política criminal, esto implica, además del respeto a los derechos que emanan del debido proceso, “un uso racional del poder punitivo y de la herramienta penal, con sistemas de control social para su correcto seguimiento, con límites claros a las autoridades para evitar su utilización arbitraria, con un sistema de información complejo que permita una continua revisión sobre su eficacia y, fundamentalmente, con una estrategia clara y esfuerzos sostenidos de reinserción social hacia quienes han delinquido”²⁹.

En primer lugar, en relación al objeto del proyecto de ley, cabe referir que el concepto de “delitos de mayor connotación social” (DMCS) no es propiamente un aporte de la ciencia penal ni criminológica. Fue acuñado en Chile para referirse al “conjunto de delitos que provocan, sea por los medios de comisión o por los bienes jurídicos que afectan, mayor impacto en la comunidad”, tal como fuera definido el 2004 por el Foro de Expertos de Seguridad Ciudadana convocado por el Ministerio del Interior³⁰. Su listado incluye: el robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, lesiones, homicidio y violación. Además, en el Glosario incluido en el Diagnóstico de Seguridad Ciudadana en Chile del 2004 se señala que a esta lista “se agrega la violencia intrafamiliar, que si bien no es susceptible de ser calificado (sic) como delito, crimen o falta por sí mismo, reúne características de infracción que causa impacto social”³¹. No obstante esa definición, este proyecto se acota a los llamados “delitos de apropiación” que indica, a los que por las razones ya señaladas (sobre todo la percepción de inseguridad) ameritarían un tratamiento más drástico que todo el resto de los delitos a que se refiere nuestro ordenamiento (incluyendo al homicidio y la violación, que también estarían dentro del listado de DMCS).

²⁸ INDH, Informe Anual 2012, pág. 20.

²⁹ Ibid., pág. 21.

³⁰ Diagnóstico de la Seguridad Ciudadana en Chile, Documento de Trabajo N°1. Foro de Expertos de Seguridad Ciudadana, Santiago - Abril del 2004.

³¹ Ibid.

En los fundamentos del proyecto se alude a la existencia del fenómeno de la “puerta giratoria”, y a que la idea del mismo es “trabarla”. Si bien ese concepto goza de amplia aceptación a nivel periodístico informativo, la verdad es que los estudios y el nivel de conocimiento criminológico del funcionamiento del sistema penal chileno no avalan su existencia, sino que muy por el contrario lo que se detecta es una fuerte expansión del sistema, cuya capacidad de criminalización efectiva de personas no ha hecho sino aumentar en el tiempo. En contra de la idea de “puerta giratoria”, de acuerdo a cifras entregadas por el Poder Judicial, durante el período 2006-2013, el 87,69% de las solicitudes de prisión preventiva fueron acogidas por los tribunales de primera instancia, cifra que sube al 88,55% considerando los casos en que es concedida a nivel de Corte de Apelaciones³². Al INDH le preocupa la apropiación del concepto “puerta giratoria” y el uso oficial del mismo por parte de las autoridades, puesto que eso cubre con un manto de duda el funcionamiento de las instituciones del sistema penal, tales como, jueces, fiscales, defensores, policía y gendarmería.

El proyecto asume que de ser aprobado, se producirá un notorio incremento de la población penal. La población penitenciaria del país ha aumentado desde 33.050 internos/as en el año 2000, a 50.923 el año 2009³³. El aumento más notorio se produce casi en coincidencia con la aprobación de la anterior “Agenda Corta antidelinuencia” (Ley 20.253, de 2008). De acuerdo a la información estadística proporcionada por Gendarmería, al 15 de abril de 2015, en nueve regiones del país existe una tasa de ocupación femenina, masculina o ambas superiores al 100%, presentándose índices especialmente preocupantes en las regiones de Atacama, Valparaíso y Maule con tasas de sobrepoblación 185,2%, 156,6% y 157,2% respectivamente. En términos de sobrepoblación por unidad penal, 9 cárceles en nuestro país presentan índices de hacinamiento, esto es una tasa de ocupación mayor al 200%, en su gran mayoría se trata de cárceles pequeñas como Calama, Copiapó, Limache pero también afecta al principal centro penitenciario del país; CDP Santiago Sur. A su vez existen 49 recintos penitenciarios que presentan sobrepoblación, esto es una tasa superior al 100% e inferior al 200%.³⁴

³² Citado en María Angélica Jiménez, Tamara Santos y Paula Medida, Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos, Santiago, Universidad Central, 2014, pág. 235. Por esta razón es que, en su momento, el Presidente de la Corte Suprema tuvo ocasión de señalar que este concepto “es más un mito que una realidad que se refleja no respecto a la generalidad de los casos sino de situaciones puntuales en la que el público espera que cualquier persona que sea detenida tiene que estar presa”. Entrevista a Milton Juica en Revista 93 Defensoría Penal Pública. 10 años de Reforma procesal penal en Chile, N° 4, (2010). Citado en Jiménez et al., pág. 234.

³³ Según datos de Ministerio del Interior (División Seguridad Pública) y Fundación Paz Ciudadana.

³⁴ Cabe hacer presente que los índices de ocupación de las cárceles Chilenas ha bajado en los últimos dos años. Este fenómeno no tiene su origen fundamental en la incorporación de nuevas cárceles al sistema o en la reducción de la población privada de libertad sino más bien en el proceso de “densificación de las cárceles concesionadas” por el que se aumentó significativamente la capacidad de estas cárceles. Este proceso implicó un aumento de las plazas disponibles sin una ampliación y/o mejora de la infraestructura existente lo que básicamente ha empeorado ostensiblemente las condiciones de privación de libertad. Por ejemplo, en CDP Santiago I hay problemas de abastecimiento de agua para la población penal ya que actualmente habitan en ella aproximadamente el doble de la población para la que fue diseñada.

Hay que tener en cuenta que Chile es uno de los países con más alto nivel de encarcelamiento a nivel global, y el tercero a nivel regional (después de Surinam y Guyana Francesa, con una tasa de 305 personas presas por cada 100.000 habitantes³⁵.

Es alarmante que las referencias someras a la necesidad de tomar en serio el trabajo de reinserción social se queden en el plano de las declaraciones, y que este proyecto no asuma una política en dicho sentido. Al efecto, basta considerar que del presupuesto total de Gendarmería de Chile tan sólo el 3,48% se asigna a programas de rehabilitación y reinserción social³⁶.

Estos vacíos de la política criminal son graves, y a mediano y largo plazo generan un efecto contraproducente: a mayores niveles de encarcelamiento sin políticas efectivas de reinserción, mayor efecto tiene el fenómeno de la prisionización y la tendencia a la consolidación de carreras delictivas que conlleva. Este efecto resulta tanto más criticable cuando tal como se propone en la especie, se trata de situaciones que en principio ameritarían la aplicación de salidas alternativas y/o de penas sustitutivas.

Una política criminal bien entendida no concibe como contradictorios sino como complementarios sus dos objetivos: protección de bienes jurídicos relevantes (función protectora-preventiva del sistema penal) y protección de los derechos de las personas (función garantista). De lo contrario, por más que las intenciones declaradas de reformas legales como la que estamos comentando se orienten supuestamente a priorizar el primer aspecto en desmedro del segundo, en los hechos tienen un efecto criminógeno que genera un empeoramiento de la situación inicial sobre la cual se trataba de incidir.

b) Modificaciones al Código Penal

En primer lugar, llama la atención que se proponga una reforma que alteraría las reglas de determinación de la pena contenidas en el Libro del Código Penal que contiene la Parte General de nuestro Derecho Penal, mediante la cual las reglas contenidas en los artículos 65 a 69 del CP no se aplicarían a los delitos de robo, hurto y receptación, en circunstancias que una Comisión está estudiando una reforma general que llevaría a un nuevo Código Penal acorde a nuestros tiempos.

³⁵ International Centre for Prison Studies, citado en INDH, Informe Anual 2013, pág. 115. Según algunos expertos, Chile es actualmente el país más encarcelador de la región, si es que tomamos en cuenta que los dos países que según la información disponible están por sobre nuestra tasa de encarcelamiento (Surinam y Guayana francesa) no tienen información actualizada ni válidamente comparable (ver: Sebastián Salinero, ¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal, en: *Ius et Praxis* Vol. 18 N° 1, 2012).

³⁶ INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2013, pág. 118. En concreto, según fuentes de GENCHI, el año 2012 dicho presupuesto total fue de M\$268.349.506, y el destinado a reinserción ascendió a M\$9.354.733.

El proyecto en análisis propone una reforma solo en relación a determinados delitos de apropiación, en que más allá de las razones político-criminales señaladas en el Mensaje,

no brinda una justificación suficiente para establecer una diferencia tan radical entre la forma general de determinación de penas y la que se propone como sistema especial para este tipo de delitos, fórmula que podría significar una afectación al principio de igualdad y no discriminación consagrado en el Art. 19 n° 2 de la Constitución Política de la República. Así, al consagrar un sistema de determinación de penas que impide que en la fase de individualización de las mismas en sede judicial respecto de los señalados delitos de apropiación la concurrencia de circunstancias atenuantes genere el efecto general de rebajas de grado para efectos de determinar la pena concreta, no parece justificado ni razonable si se tiene en cuenta que para otros delitos mucho más graves –tanto desde el punto de vista de las penas asignadas, como del bien jurídico protegido– subsista siempre la posibilidad de aplicar dicho mecanismo. Si bien el Mensaje tiene en cuenta que los delitos de apropiación referidos generan inquietud ciudadana y sensación de inseguridad, y en base a ello se genera este proyecto de ley, el legislador no debe perder de vista que en aras del principio de proporcionalidad, el tratamiento punitivo más intenso debe reservarse a los delitos de mayor gravedad. De aprobarse esta iniciativa, nos encontraríamos con una situación en la cual los autores de homicidios, apremios ilegítimos y violaciones (por dar algunos ejemplos de criminalidad grave) podrían optar a rebajas de grado en la determinación de las penas, no así los autores de hurtos, robos y receptaciones. En efecto, el proyecto de ley en análisis propone una valoración mayor respecto a los delitos contra la propiedad en contraposición a delitos que protegen otros bienes jurídicos, cuestión que implica una vulneración a la igualdad ante la ley de cual todas las personas son titulares.

Lo mismo puede decirse de la propuesta de agravar el régimen de la reincidencia de los artículos 12 N° 15 y 16 del CP, lo cual viene a agravar una situación que en sí misma es cuestionable desde el punto de vista del derecho penal de acto y el *ne bis in ídem*, dado que se desplaza hacia un reproche a la forma de conducción de la vida de las personas. Por lo demás, al menos en los casos de la reincidencia en las infracciones más graves (crímenes), las consecuencias de la propuesta analizada no tienen un efecto real en cuanto en el régimen vigente las posibilidades de que se opte a penas sustitutivas es prácticamente inexistente. De ahí que en este punto la propuesta manifieste su enmarque en plano de un uso simbólico del Derecho penal.

De esta forma, la propuesta en comento afecta notoriamente tanto el principio de proporcionalidad como el principio de igualdad, sin justificar adecuadamente la razonabilidad de la diferencia que pretende establecer y que ciertamente tendría como efecto práctico un incremento considerable de los niveles de privación de libertad en el país. Por lo demás, en cuanto a los efectos sobre el comportamiento de las personas, que el Derecho Penal en su fase de conminación busca motivar, podría generar un verdadero efecto perverso el mensaje político-criminal de que es más probable recibir penas efectivas de cárcel por delitos contra la propiedad y no así por diferentes delitos contra la vida.

También resulta preocupante en el proyecto la concepción de fondo que trasluce en cuanto a la determinación de penas y la función que en cada fase de la misma cumplen los distintos poderes del Estado. En efecto, al fundamentar los objetivos se señala que se quiere “modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad (robos, hurtos y receptaciones), de modo que los responsables por dichos delitos reciban la pena prevista por la ley para el delito que se trate”.

Dicha afirmación pasa por alto todo el sentido del desarrollo del Derecho Penal moderno, que contempla una fase de determinación legal de la pena, cuyo protagonista es el legislador y se realiza a un nivel abstracto (lo que la criminología denomina fase de criminalización primaria o normativa), y una fase de determinación concreta o individualización judicial de la pena (fase de “criminalización secundaria”). Lo que define precisamente la segunda, son las reglas relativas tanto a *iter criminis* como a circunstancias modificatorias y formas de participación, y en un Estado de Derecho es el tipo de actividad que por definición está entregada al Poder Judicial. Desconocer lo anterior va en contra del sentido y fisonomía del Derecho Penal moderno y lleva a la desconfianza hacia los jueces a un nivel de cercenamiento o recorte de facultades que constitucionalmente son propias de la judicatura, y que están reconocidas en el artículo 76 y siguientes de la Constitución. Además, hay que tener en cuenta que el Mensaje del Código Penal vigente expresamente menciona que incorpora un sistema de “circunstancias atenuantes y agravantes sometidas a reglas fijas, para apreciar el grado de responsabilidad resultante de los delitos”, y que “se ha procurado dar reglas bastante comprensivas, pero precisas al mismo tiempo, para que puedan fácilmente ser aplicadas por el tribunal en cualquier caso sometido a su decisión”, para lo cual es indispensable confiar en “la rectitud y al sano criterio del magistrado”, dado que “no hay precepto alguno general, por claro y perfecto que se suponga, que pueda suplir a la apreciación juiciosa de los hechos, propia sólo del tribunal que los ve y los pesa”.

Particularmente preocupante resultaba lo dispuesto en el art. 449 N° 4 que se propone y que no fuera aprobado en la CSC. En virtud de la propuesta original los condenados por estos delitos, cuando merezcan pena de crimen, en caso de ser condenados a penas sustitutivas, debían cumplir efectivamente una privativa de libertad durante un año antes de que se produzca la sustitución. Además de una cuestión de orden lógico, que recomendaría tratar este tipo de excepciones en la Ley de penas sustitutivas (18.216, modificada por la 20.603) y no en el Código Penal, lo dispuesto contraviene el fundamento mismo del establecimiento y aplicación de penas sustitutivas, que precisamente tienen por finalidad el constituir una alternativa a la privación de libertad, las que incluso por esta vía dejarían de ser tales para transformarse en una especie *sui generis* de cumplimiento de penas privativas de libertad de corta duración.

De hecho, en el Mensaje que dio origen a la Ley 20.603 se aludía explícitamente a que en relación a las medidas alternativas y/o penas sustitutivas “existe consenso en cuanto

a su rol en la reinserción social de las personas condenadas por delitos, evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas”³⁷.

En sentido opuesto, el encarcelamiento efectivo de personas por un año, redundaría en un impulso hacia la formación de carreras delictivas que hará más difícil el trabajo posterior de reinserción, habiéndose producido por un período importante de tiempo en la vida de una persona todos los efectos nocivos asociados a la “prisonización”, y por esa vía el proyecto que comentamos puede ser visto como incoherente, disfuncional y regresivo en relación a los objetivos perseguidos al establecer la Ley 20.603.

Por otra parte, resulta bastante preocupante que a esta Ley, en vigencia hace poco más de un año (diciembre de 2013), se la pretenda modificar sin mediar ningún estudio acerca de su aplicación.

c) Modificaciones al Código Procesal Penal

La incorporación en la letra d) del artículo 83 de la referencia a actuaciones que la policía puede realizar ya no sólo en casos de delito flagrante sino que “cada vez que en el ejercicio de sus funciones, tomen conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito” resulta demasiado vaga y amplia, y además no resulta coherente con el diseño institucional que desde la Constitución entrega la función de dirigir las investigaciones penales al Ministerio Público.

La regulación propuesta en el artículo 129, que amplía la facultad policial de examinar vestimentas, equipajes y vehículos a todos los casos de detención por flagrancia, constituye una ampliación considerable del estándar actual contenido en el artículo 89 (que permite dicho registro en el caso de que “existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”. En la forma propuesta, no se asegura que frente a esta ampliación de facultades se apliquen los resguardos necesarios (como los contemplados en el inciso final del artículo 89).

La frase final agregada al artículo 140, por la cual el juez podría entender que hay peligro de fuga cuando una persona ha tenido “reiteradas detenciones anteriores”, vulnera el derecho a la libertad personal dado que ni siquiera se está hablando de órdenes de detención pendientes, sino de un historial que en la medida que no ha generado condenas ni otras medidas perfectamente podría incluir infracciones de bagatela, detenciones ilegales, y detenciones que no han acarreado posteriores formalizaciones, pudiendo incluso darse el caso de detenciones que luego den lugar a absoluciones, aplicación de principio de

³⁷ Historia de la Ley 20.603, pág. 5. En: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegal/es/10221.3/37271/1/HL20603.pdf>. Consultado el 13 de marzo de 2015.

oportunidad o facultad de no perseverar. El INDH en su Informe Anual 2014 ya manifestó su preocupación por el criterio que considera “condenas anteriores” establecido en el artículo 140 del CPP, señalando que “entender que la libertad de la persona imputada constituye un peligro para la seguridad de la sociedad cuando ella hubiese sido condenada con anterioridad por el delito al que la ley señale igual o superior pena que al delito que actualmente se le imputa. Esto se traduce en que la ley le asigna a la persona imputada nuevas consecuencias penales (la prisión preventiva) a partir de hechos por los cuales ya fue investigada y sancionada. Así, condicionar la prisión preventiva en un caso particular basándose en hechos sobre los cuales ya se estableció una responsabilidad penal, afecta garantías procesales mínimas reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos y en la legislación interna³⁸. Mediante esta fórmula se le quita al tribunal el rol ponderador de circunstancias fácticas específicas en orden a determinar la procedencia de la prisión preventiva, acotándolo a una verificación de la existencia de una condena anterior para decretar la prisión preventiva originada por hechos posteriores”³⁹. Los argumentos que fundamentan la preocupación del INDH por el criterio de “condenas anteriores” también son aplicables respecto a la reforma propuesta en el proyecto en análisis para considerar las “detenciones anteriores” como antecedente determinante para la procedencia de la prisión preventiva.

Si bien durante la tramitación en la CSC se agregó un inciso final que señala que para estos efectos “sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido contra el sujeto, para su concurrencia ante el tribunal o el ministerio público, en calidad de imputado”, que en parte restringe el alcance de la propuesta original, ello no modifica la crítica formulada en el párrafo anterior.

Respecto al uso indiscriminado de la prisión preventiva, producto de los sucesivos endurecimientos de la institución, la Defensoría Penal Pública en su cuenta anual 2015 ha manifestado su preocupación afirmando que “según las cifras oficiales de la Defensoría: de las 347 mil 650 causas terminadas durante el año (2014), 45 mil 129 correspondieron a imputados que terminaron como inocentes o no condenados, lo que representó el 13 por ciento del total de términos. Preocupantemente, 2 mil 462 de esos imputados estuvieron en prisión preventiva o internación provisoria, lo que sostiene la preocupación de

³⁸ El artículo 8.4 de la CADH establece como garantía procesal que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Interpretando este derecho la Corte IDH ha señalado que “este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”. Corte IDH, caso Loayza Tamayo vs. Perú, 17 de septiembre de 1997, párr. 66. Asimismo, el artículo 1, inciso último del CPP establece que “la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

³⁹ INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2014, pág. 76.

la institución por el uso exagerado de una medida que, a todas luces, se usa más de lo necesario, apareciendo incluso como pena anticipada en muchos casos”⁴⁰.

En definitiva, la reforma al artículo 140 del CPP transgrede la obligación de los Estados de recurrir a la privación de libertad como *ultima ratio*, e incorpora además elementos impropios de un derecho penal de acto, con la gravedad adicional de que se estaría reprochando a una persona no sólo el haber tenido condenas anteriores, sino que meras detenciones, las que de no derivar en condenas demostrarían haber sido incapaces de desvirtuar la presunción de inocencia de una persona y no podrían aparejarle consecuencias tan drásticas como la prisión preventiva.

Por su parte, las modificaciones que se proponen a los artículos 170 y 237 agregan exigentes requisitos adicionales a la aplicación de mecanismos como el principio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento.

Las salidas alternativas forman parte esencial del nuevo sistema procesal penal, y tal como se destaca en el Mensaje del CPP, están destinadas tanto a descongestionar el sistema, como a evitar efectos criminógenos de la aplicación del proceso penal en casos en que político-criminalmente resulta aconsejable optar por otras formas de gestión del conflicto.

Imponer estos requisitos adicionales limita la facultad de los tribunales de aplicar estos mecanismos, y va en contra del espíritu del nuevo CPP, que crea un sistema que además de ser un Derecho Penal garantista se concibe como un derecho de alternativas.

Cabe destacar nuevamente que estas modificaciones alteran de manera general la regulación del CPP, no quedando acotadas a los delitos de apropiación a que se refiere en principio el proyecto de ley que comentamos (pese a que en su título se menciona que es respecto de tales delitos que se “mejora la persecución penal”).

d) Otros cuerpos legales

El INDH valora las modificaciones relativas a las leyes de Tránsito y de Procedimientos en Juzgados de Policía Local, en la medida en que efectivamente pretenden descomprimir el trabajo administrativo de Carabineros para que puedan dedicarse prioritariamente a la prevención y persecución de delitos.

No obstante, más complejo resulta lo que se propone en relación a la Ley 18.216 en relación a los registros de ADN, puesto que en relación a los delitos de hurto, robo y receptación, se estaría agregando como requisito adicional para la concesión de penas

⁴⁰ Memoria 2014 Defensoría Penal Pública, pág. 9.

sustitutivas del artículo 1 y régimen especial del artículo 33, el que la persona acceda a que se tome su huella genética a efectos de lo dispuesto en La Ley 19.970. Esta exigencia adicional, limitada a estos delitos, contraviene los principios de proporcionalidad y de igualdad ante la ley, y no aparece razonablemente fundada. Además, contradice el propio texto de la Ley 19.970, que en su artículo 2 inciso segundo establece que “bajo ningún supuesto el Sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna”. Al exigirse este requisito adicional respecto de personas condenadas por los delitos aludidos, respecto de las cuales no se haya podido obtener una huella genética, la imposibilidad de concederles penas sustitutivas resulta evidentemente discriminatoria.

La crítica anterior sigue siendo pertinente, aunque la CSC acotó los delitos aludidos a los robos de los artículos 433, 436 inciso 1º, 443 y 443 bis del CP.

Los incisos agregados al artículo 33 durante la tramitación en la CSC, por indicación del Ejecutivo, vienen a modificar de una manera importante el régimen de la llamada nueva ley de penas sustitutivas, que entró en vigencia hace tan sólo un año y medio. La necesidad de estas modificaciones no viene demostrada por ningún estudio ni cifras sobre su aplicación y eventuales problemas detectados.

En cuanto se pretende dar la posibilidad de interrumpir la pena privativa de libertad de personas mayores de 80 años no se aprecian problemas desde una perspectiva de derechos humanos⁴¹. Lo complejo es que de manera asistemática se termine consagrando un régimen especial para varias categorías de delitos, respecto de lo cual es posible reiterar todo lo ya señalado a propósito de la vulneración de los principios de proporcionalidad e igualdad al comentar las reformas al CP.

De hecho, la opción que se ha tomado es tan curiosa que traslada y amplía lo que hasta ahora estaba en el artículo 1 de esta ley al artículo 33, que en principio se refiere sólo al mecanismo de interrupción de la pena privativa de libertad, para desde ahí proclamar el listado de delitos respecto de los cuales “no procederán los beneficios contemplados en esta ley” (se entiende que todos estos “beneficios”, que en rigor no son tales sino que penas sustitutivas). Todo esto se realiza sin reformar el artículo 1.

También resulta criticable la inclusión en el listado de “delitos sin derecho a beneficios” de los de la ley 18.314 y de “crímenes contra los derechos humanos o de aquellos señalados como imprescriptibles”.

⁴¹ Si bien los estándares internacionales de derechos humanos no impiden el encarcelamiento de personas mayores de edad, sino que más bien lo que requieren de los Estados es que tengan en cuenta sus necesidades especiales. Al respecto, ver los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Respeto a los delitos de terrorismo, basta con mencionar que la Ley vigente ha sido objeto de severas críticas por vulnerar en su diseño mismo derechos y garantías esenciales y por ello, de no mediar una profunda reforma de dicha normativa, no es aceptable agravar aún más su estatuto actual⁴².

En relación a violaciones de derechos humanos, como ya hemos tenido ocasión de señalar, si bien “la determinación de la responsabilidad penal individual en materia de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos contiene un significado jurídico (y ético) que la distingue esencialmente de la responsabilidad por la comisión de un delito común”⁴³, y por eso “la persecución en materia de crímenes de Estado presenta diferencias con la persecución penal de un delito común”, ello no significa que la posibilidad de aplicar diversos beneficios esté totalmente excluida, sino que debe ajustarse a algunas exigencias mínimas⁴⁴.

Particularmente delicado resulta lo dispuesto en el artículo transitorio con que se cierra este proyecto de ley en relación a la ampliación de recintos penales (habiéndose eliminado en la CSC la alusión a construcción de dichos recintos). Los autores del proyecto son conscientes de que de ser aprobado, la ya preocupantemente alta población penitenciaria del país se incrementará notablemente, y por eso es que declaran abiertamente que se necesita aumentar la capacidad de encarcelamiento del sistema “con menos trámites”. En este contexto, las alusiones a que se requiere de una estrategia integral que contemple también aumentar las posibilidades de trabajar por una efectiva reinserción, y la mención que se hace en el Mensaje a que deben otorgarse “condiciones dignas a los internos” resultan meramente declarativas a la luz de lo que finalmente se propone, que es sencillamente la relajación de las exigencias que tanto desde un punto de vista administrativo como ambiental se hacen normalmente a la construcción de nuevos recintos penitenciarios.

Esto contradice evidentemente lo que ha recomendado la Corte IDH en su ya mencionado Informe del año 2009, del cual parece necesario citar un párrafo completo: *“Las políticas que propician el empleo de la privación de la libertad como instrumento para la disminución de los niveles de violencia y las tasas de delincuencia, más allá de lo debatible de su eficacia, han generado incrementos en la población penitenciaria. Sin embargo, la inmensa mayoría de*

⁴² A todos estos problemas el INDH se ha referido en el Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el INDH, aprobado por el Consejo del INDH el 22 de julio de 2014.

⁴³ Informe Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad, aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013 – Sesión 153, pág. 3.

⁴⁴ Entre ellas: control judicial; transparencia en el otorgamiento de los beneficios; recoger la opinión de familiares y víctimas. Ver: Informe sobre los Beneficios Carcelarios Concedidos a Condenados por los Secuestros Seguidos de Homicidios de José Manuel Parada Maluenda, Manuel Guerrero Ceballos y Santiago Nattino Allende, aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 05 de agosto de 2013 – Sesión 166.

*los países de la región no contaban, ni cuentan, con la infraestructura ni con los recursos humanos o técnicos necesarios en su sistema penitenciario para garantizar a las personas privadas de libertad un trato humano. Consecuentemente, dichos sistemas no están en condiciones de constituirse en herramientas efectivas para contribuir a la prevención de la violencia y el delito. Las obligaciones asumidas por los Estados Miembros en relación con los derechos humanos directamente comprometidos en las políticas públicas de seguridad ciudadana imponen a éstos la responsabilidad de diseñar e implementar programas de adecuación de su normativa procesal-penal y de la infraestructura y asignación de recursos humanos y materiales de su sistema penitenciario, a los efectos de garantizar que la ejecución de las sanciones de privación de libertad dispuestas por la justicia competente se cumplirán respetando estrictamente los estándares internacionales en esta materia. La Comisión subraya muy especialmente que no es posible implementar planes o programas de prevención ni de efectivo control de la violencia y el delito si no se tienen en cuenta estos factores relacionados con el sistema penitenciario en el marco de la ejecución de una política pública sobre seguridad ciudadana”.*⁴⁵

Específicamente en materia ambiental la norma transitoria señala que “[t]ratándose de las exigencias asociadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contemplado en la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, éstas deberán materializarse en un plazo no superior a tres meses. Transcurrido dicho plazo se prescindirá de dicho pronunciamiento, entendiéndose aprobado el proyecto de inversión en los términos propuestos por Gendarmería” (el destacado es nuestro). En definitiva, el Estado establecerá un régimen especial de evaluación ambiental, cuestión que preocupa al INDH toda vez que dará lugar a menores estándares de protección al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación afectándose la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

VI.- Conclusiones

- 1.- El INDH valora el interés que el Ejecutivo muestra por las víctimas de los delitos que son objeto de la propuesta legislativa en análisis, ya que como se sostuvo en párrafos anteriores, son las personas pertenecientes a grupos vulnerables las que más duramente resienten las consecuencias de la comisión de delitos (ya sea que estos provengan de delincuencia común, económica u organizada). Sin embargo, preocupa al INDH que esta iniciativa legal no se enmarque en una política integral de prevención de delito y de la violencia.
- 2.- Resulta preocupante que el Mensaje presidencial que se propone no sea una política pública fundada en diagnósticos integrales y que su justificación desde el punto de

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, párr. 157.

vista de una política criminal no haya sido formulada preferentemente con una perspectiva de derechos humanos.

- 3.- Las reformas propuestas al Código Penal tienden a endurecer injustificadamente las penas aplicables a los delitos mencionados, de una manera que no resulta razonable de acuerdo a los requisitos propios de medidas restrictivas de derechos fundamentales en un Estado de Derecho, y a recortar las facultades de los tribunales en la fase de determinación judicial de la pena. Además, en la medida que se contempla un régimen especial de determinación de penas y de regulación de la reincidencia para estos delitos, mucho más severo que el aplicable al resto de los delitos, entre ellos delitos graves contra las personas, se vulneran los principios básicos de proporcionalidad e igualdad ante la ley.
- 4.- Adicionalmente, no resulta razonable adelantar la reforma del Código Penal exclusivamente en lo referido a estos delitos, en circunstancias en que existe una Comisión trabajando en una reforma integral que tiene por objetivo aprobar un nuevo Código Penal para Chile.
- 5.- Las modificaciones que se plantean al Código Procesal Penal van más allá de lo anunciado en el título del proyecto de Ley, toda vez que se refieren a la regulación general de institutos como el principio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento –entre otros–. Además, van en contra del espíritu del CPP vigente al contemplar requisitos adicionales para la aplicación de ciertos mecanismos y salidas alternativas, restringiendo así las facultades judiciales y propiciando un excesivo uso del sistema penal en casos que podrían ser resueltos de otra manera.
- 6.- El proyecto comentado genera una discriminación no justificada ni razonable en cuanto a la concesión de penas sustitutivas, las que quedarán sometidas a mayores exigencias en este tipo de delitos que en todo el resto, entre ellas la de contar con la huella genética de los condenados por hurto, robo y receptación en el respectivo registro de ADN, además de endurecer injustificadamente el régimen de la Ley de penas sustitutivas en relación a un amplio conjunto de delitos que se han agregado durante la tramitación en la Comisión de Seguridad Ciudadana.
- 7.- De la forma en que está planteada esta iniciativa legal, no existe ningún mecanismo ni política que se haga cargo de los altísimos niveles de privación de libertad efectiva que acarrearía, y el estado actual de hacinamiento carcelario y ausencia de políticas reales de reinserción. Por el contrario, el proyecto solamente se hace cargo de hacer menos exigencias legales y administrativas a la construcción y ampliación de cárceles en las tres regiones más pobladas del país de aquí al 2018, afectando además el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación al rebajar las exigencias ante el sistema de evaluación de impacto ambiental.

Informe II sobre el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Informe sobre el “Control de Identidad Preventivo”.

Boletín N° 9885-07

Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 17 de agosto de 2015 - Sesión 284. Actualizado al 30 de noviembre de 2015, proyecto despachado en primer trámite constitucional por la Sala de la Cámara de Diputados.

I.- Resumen Ejecutivo

El presente informe se refiere a los artículos 2º, número 2), y 12º del proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín N° 9885-07), cuya tramitación se inició con la presentación por la Presidenta de la República del Mensaje N° 1167-362 el 23 de enero de 2015. En lo sustancial, el primero de los artículos mencionados facilita aún más la procedencia del control de identidad de las personas en el contexto de la comisión de un presunto delito o en una investigación penal, materia regulada por el artículo 85 del Código Procesal Penal, mientras que la segunda de las disposiciones –incorporada inicialmente al proyecto vía indicación de las diputadas Nogueira y Sabat y de los diputados Coloma, Farcas, Fuenzalida, Silber y Squella¹, y cambiada en lo sucesivo durante el resto de su tramitación en la Cámara de Diputados– propone la configuración de una nueva figura de “control de identidad preventivo” en el contexto general del cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública asignados a los funcionarios policiales..

En primer lugar, el informe se referirá a los antecedentes de la indicación sobre control de identidad preventivo, tal cual fueron manifestados por sus autores/as en la tramitación del proyecto ante la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados. A continuación, se analizará la trayectoria histórica de las facultades preventivas de las policías para controlar la identidad de los/as ciudadanos/as, comenzando por la fórmula original utilizada en el vetusto Código de Procedimiento Penal de 1906 hasta el control

¹ La indicación original en cuestión planteaba incorporar un nuevo artículo 85 bis al Código Procesal Penal, estableciendo el “control de identidad preventivo”. Sin embargo, como se explicará en este informe, durante el debate en la Cámara de Diputados se estimó más adecuado contemplar esta nueva facultad policial en forma autónoma al CPP y, al mismo tiempo, ampliar sustancialmente la procedencia del artículo 85 del CPP. De esta manera, el propuesto artículo 85 bis ha sido aprobado con modificaciones sustanciales por la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional, como un nuevo artículo 12º al proyecto de ley.

de identidad preventivo propuesto por la indicación comentada, pasando por las fórmulas elaboradas en 1998 con la creación de la institución del control de identidad, que fue el antecedente inmediato del control de identidad consagrado en el CPP y su devenir de acuerdo a las reformas de los años 2002, 2004 y 2008. Luego se realizarán algunas consideraciones a la luz de lo señalado respecto a la función policial en informes del INDH en lo que sea pertinente para después revisar los principales estándares de derechos humanos relacionados con la libertad personal, principio de igualdad y no discriminación, derecho a la presunción de inocencia y el principio de progresividad. Posteriormente, se explicará en qué consiste la reforma legal proyectada, para pasar al análisis crítico de la misma desde el punto de vista de los derechos humanos. Finalmente, el Informe contiene las conclusiones que sintetizan la opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos sobre esta iniciativa.

II.- Antecedentes sobre el “Control de Identidad Preventivo”

En el contexto de la tramitación del proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos –conocido comunicacionalmente como “nueva agenda corta anti delincuencia”, en primer trámite constitucional ante la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, los/as diputados/as Coloma, Farcas, Fuenzalida, Nogueira, Sabat, Silber y Squella propusieron incorporar al Código Procesal Penal un nuevo artículo 85 bis mediante el cual creaban un nuevo Control de identidad preventivo. Dicha indicación fue aprobada por siete votos a favor, seis votos en contra y ninguna abstención, pasando a formar parte del proyecto de ley antes mencionado.

El artículo 85 bis propuesto originalmente en la indicación parlamentaria, otorgaba a los/as funcionarios/as en servicio activo de las policías –Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones de Chile– la facultad de solicitar la identificación de cualquier persona para cotejar la existencia de órdenes de detención pendiente, sin ningún tipo de límites.

En el inciso segundo, replicando la fórmula utilizada por la parte final del inciso primero del artículo 85 CPP, se indicaba que la identificación se realizará en el lugar en que se encuentre la persona controlada, por medio de documentos de identificación otorgados por la autoridad pública. A modo de compensación –en relación a la mayor intensidad de la institución propuesta– el inciso segundo del artículo 85 bis en relación al artículo 85, innovaba al permitir que la identificación se acreditaría, además de los documentos tradicionales (cédula de identidad, pasaporte, etc.), por “cualquier otro medio verosímil que permita establecer positivamente su identidad”. Además se señalaba que el/la funcionario/a policial deberá otorgar las facilidades para identificarse y no solo otorgar las facilidades para encontrar y exhibir los instrumentos de identificación, como lo prescribe el artículo 85 del CPP.

Luego el inciso tercero de la propuesta, en el caso en que la persona controlada niegue identificarse, se remitía en forma íntegra al procedimiento de detención establecido en los incisos tercero y siguiente del artículo 85 CPP.

Finalmente en su inciso final, el artículo 85 bis –con un fin más pedagógico que práctico– hacía explícitas las reglas generales, señalando que el abuso de las facultades establecidas a las policías en el artículo, acarrearía las responsabilidades penales y administrativas que correspondan.

Los/as diputados/as patrocinantes fundaron la presentación de la indicación en la idea de entregar a las policías “la posibilidad de controlar la identidad de las personas con el efecto de cotejar órdenes de detención pendientes y, en consecuencia, se amplía lo establecido en el artículo 85 vigente que exige que existan antecedentes fundados, lo que significa, prácticamente, que la persona debe estar cometiendo un delito, recién haberlo cometido o estar encapuchado, para poder controlar su identidad”². En este mismo sentido subrayaron que el actual artículo 85 CPP es ineficiente precisamente por todas las restricciones que posee, sosteniendo que “El problema se presenta en la necesidad de probar fundamento para requerir la identificación, como lo exige el artículo 85”³. Por tanto, el objetivo de la propuesta parlamentaria, de acuerdo a los/as autores/as de la misma, es librarse de las hipótesis absolutamente restrictivas del artículo 85 CPP, ya que teniendo en consideración las “66.000 órdenes de detención pendientes que no han podido ser pesquisadas”⁴ la realización de un control de este tipo constituiría una carga menor y además que en nada afectaría a los/as ciudadanos/as, puesto que quien nada hace nada teme.

El INDH, invitado a analizar el proyecto a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos a la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara el día 20 de abril del año 2015 y a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia el día 5 de agosto del mismo año, de inmediato destacó –como se expondrá en extenso en lo sucesivo– que la amplitud, vaguedad y falta total de límites de la actividad policial en la regulación del artículo 85 bis propuesto por los/as parlamentarios/as estaría en pugna con varios estándares internacionales y nacionales relativos a los derechos a la libertad personal, la seguridad individual y el derecho a la privacidad⁵. Parlamentarios/as integrantes de la Comisión también plantearon profundas objeciones al señalar que la falta de límites y la autonomía de la actividad policial era de tal magnitud en la indicación propuesta, que en los hechos se estaría derogando tácitamente el artículo 85 CPP sobre control de identidad. En este

² Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana recaído en el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín N° 9885-07), p. 71.

³ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, op. cit. p. 71.

⁴ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, op. cit. pp. 71-72.

⁵ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, op. cit. pp. 54-56.

sentido indicaron “que la aprobación del artículo 85 bis derogaría tácitamente el actual artículo 85 vigente, por cuanto este último exigiría una serie de requisitos que quedarían sin efecto de aprobarse el nuevo artículo”, concluyendo que una manera sería de resolver la cuestión de las órdenes de detención pendientes en nuestro país “no es reponiendo la detención por sospecha porque al hacer controles masivos se vulnerarán los derechos de todas aquellas personas que no tengan órdenes pendientes”⁶.

La discusión en la Comisión sobre la incorporación del “control de identidad preventivo” a la ya discutida “agenda corta antidelincuencia” fue el comienzo de una encendida discusión. Así algunos/as sostuvieron que la institución era un deber necesario de colaboración de la ciudadanía hacia las fuerzas policiales y otros/as derechamente plantearon que la reforma significaría la vuelta a la detención por sospecha.

En vista de estas consideraciones, el texto finalmente aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional abandona la idea de incorporar el “control de identidad preventivo” en el texto del CPP y lo autonomiza como un nuevo artículo 12° de la ley, contextualizándolo en el cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública asignadas a los funcionarios policiales.⁷

⁶ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, op. cit. p. 72.

⁷ El texto del artículo 12 aprobado por la Cámara de Diputados dice lo siguiente: “Artículo 12.- En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 del mismo Código podrán controlar la identidad de cualquier persona en el lugar en que se encontrare, por cualquier medio de identificación expedido por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir y pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona las facilidades para identificarse.

En la práctica de la identificación se deberán respetar la igualdad de trato y no discriminación arbitraria.

En el ejercicio de esta facultad los funcionarios policiales deberán exhibir su placa e identificarse. Si la persona se niega a acreditar su identidad o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación.

El conjunto de procedimientos detallados precedentemente no deberá extenderse por más de cuatro horas, transcurridas las cuales deberá ser puesta en libertad. En caso de que la persona mantenga órdenes de detención pendientes, la policía procederá a su detención, de conformidad a lo establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal.

Las Policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo para ser implementado en cada unidad policial, que permita a aquellas personas que estimaren haber sido objeto del ejercicio arbitrario del control de identidad del presente artículo, formular su reclamo de conformidad con las normas administrativas, sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediere.

Además, dichas instituciones deberán publicar bimensualmente en su página web estadísticas de la cantidad de reclamos formulados en virtud del inciso anterior, desagregada por sexo, edad y nacionalidad. La misma información, además de los avances y resultados de dichos reclamos, deberá ser remitida al Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

También deberán publicar semestralmente el número de controles de identidad practicados en virtud del presente artículo, desagregados por sexo, edad y nacionalidad.

Junto con lo anterior, a lo menos semestralmente las Policías deberán dar cuenta al Ministerio del Interior y Seguridad Pública de la frecuencia y lugares en que se concentra la mayor cantidad de controles de identidad por sexo, edad y nacionalidad. Asimismo, deberán informar la cantidad de detenciones por flagrancia que diere origen en virtud de su práctica, desagregada por tipo de delito y las variables antes señaladas, de conformidad a lo dispuesto en la ley N°20.502.”

A continuación desarrollaremos un breve análisis de la trayectoria histórica de la facultad autónoma de control de las policías para lograr la identificación de las personas, para de esta manera poder desentrañar la verdadera naturaleza y alcances de la institución propuesta, desde una perspectiva de derechos humanos.

III.- Evolución histórica

Las facultades preventivas de las policías en Chile son de antigua data. Ya el viejo Código de Procedimiento Penal de 1906 (artículo 282 original) entregaba a los cuerpos policiales la facultad de detener al que “anduviere con disfraz o que de otra manera dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare darla a conocer y, (...) al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas”. Es decir la versión original del código de enjuiciamiento criminal, permitía a la policía detener “bajo ciertos supuestos” a las personas que intentaban ocultar su identidad o se encontraran a ciertas horas, lugares o circunstancias que lo/a hacían sospechoso/a de haber participado en alguna actividad criminal. Esta facultad permitía el registro corporal de la persona y su detención, sin control jurisdiccional de ningún tipo, mientras no se desvanecieran las sospechas que la habían habilitado.

Dicha facultad, que rigió por más de 100 años, al igual que todo el sistema de enjuiciamiento criminal de corte inquisitivo, una vez retornada la democracia en Chile en la década del 90', fue objeto de intensas críticas. Sin embargo la detención por sospecha en particular se erigió como el mayor blanco de críticas, ya que se le identificaba como el paradigma de la arbitrariedad y abuso del antiguo sistema. Explicando este punto, el profesor y Juez de la República Jaime Salas Astrain enseña que la detención por sospecha “fue utilizada muchas veces como herramienta de represión política durante el Gobierno Militar (1973-1990) o mecanismo de vejación respecto de sectores sociales vulnerables, tales como: travestis, mendigos, prostitutas (sic), sujetos de apariencia humilde o desordenada”⁸, por lo mismo de ahí se explicaría todo su descrédito. Efectivamente se ha sostenido que esta facultad autónoma con la que contaba la policía le permitía detener por una plazo de cuarenta y ocho de horas, sin ningún tipo de intervención judicial y tenía como verdadero propósito remover de las calles a aquellos/as considerados/as como peligrosos/as o indeseables para el resto de la sociedad⁹.

⁸ Salas Astrain, Jaime, *Problemas del proceso penal*. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales, ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2015, p. 162.

⁹ Irazabal, Paz, Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad. Pol crim. Vol 10, N° 19 (julio 2015), Art. 8, pp. 234-265. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A8.pdf]

Lo anterior, como se dijo, motivó en la década de los 90' un importante debate en torno a la detención por sospecha en el Parlamento. Así los/as parlamentarios/as que estaban por derogar la norma del Código de Procedimiento Penal sostenían que el mayor problema estaba en que su utilización generaba una importante fuente de discriminación, "principalmente en contra de los jóvenes, que eran sometidos a controles arbitrarios en espacios públicos (...) de acuerdo a estos parlamentarios, carabinero confundía la moda de los jóvenes de los 90' por un disfraz (...) de esta forma, zapatillas, pelo largo, y aritos eran considerados sospechosos, dando lugar al constante hostigamiento de los jóvenes en las calles"¹⁰. Otra razón que tuvieron los/las parlamentarios/as para derogar la norma era falta de control externo de la facultad policial y su falta de efectividad, toda vez que sólo un 2% de las persona a quienes se les aplicó la detención por sospecha, se habían involucrado en algún momento de su vida en alguna actividad delictual¹¹.

Por su parte los/as parlamentarios que alegaban la mantención de la norma, señalaron que el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal establecía ciertos requisitos y límites, por lo que si Carabineros actuaba de manera discriminatoria eran ellos los que debían cambiar sus prácticas y no la norma. Además señalaban que era importante mantener "las facultades preventivas de las policías de manera de proteger mejor a los ciudadanos de los criminales"¹².

La consecuencia del debate parlamentario fue la dictación de la ley 19.567 de 1998, que buscó lograr un equilibrio entre ambas posturas, derogando formalmente la detención por sospecha y a su vez creando la figura del control de identidad.

De esta manera el artículo 260 bis del Código de Procedimiento Penal mantuvo las facultades preventivas de la policía, facultándola ahora sólo en "casos fundados" solicitar la identificación de cualquier persona. A título ejemplar señalaba que la policía podía pedir la identificación de personas respecto de las cuales existiese un indicio que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que puede suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. En la nueva norma se establecía un procedimiento para permitir la identificación de la persona controlada y también establecía el procedimiento de detención de la persona que se negaba o no podía identificarse. Finalmente se prescribía que el uso abusivo de la facultad podía ser constitutivo del delito del artículo 293 del código penal. (Véase el Anexo, Cuadro Comparativo N° 1).

Dos años más tarde la clase política, académicos/as y operadores/as del sistema reanudaron el debate sobre la necesidad de dotar y/o mantener a la policía de facultades

¹⁰ Para apreciar la reproducción de debate parlamentario en extenso véase Irarrazabal, op. cit. p. 237-239.

¹¹ Irarrazabal, op. cit. p. 238.

¹² Irarrazabal, op. cit. p. 238

preventivas, en el contexto de la discusión parlamentaria de la Reforma Procesal Penal. La versión original de la propuesta legislativa no contempló un sistema de control de identidad, puesto que los redactores del nuevo Código señalaban que las facultades preventivas de la policía debían estar contenidas en un cuerpo legal destinado exclusivamente a tal efecto¹³. Luego en la discusión del proyecto en el Senado, los senadores Stange y Cordero (ambos ex Directores Generales de Carabineros)¹⁴ inspirados en un informe de la Dirección General de Carabineros, a través de una indicación propusieron reponer la detención por sospecha del Código de Procedimiento Penal al nuevo Código Procesal Penal. La necesidad de reponer la detención por sospecha, se fundamentaba en que se había producido una posible merma en la “labor preventiva de Carabineros, creando una sensación de impunidad, tanto en los delincuentes que saben que sólo podrá controlarse su identidad, como en el público en general, que observa como los sospechosos quedan libres sin que puedan tomarse medidas en su contra”¹⁵. Como dato empírico para formular dicha aseveración se señaló que desde la eliminación de la detención por sospecha más la eliminación del delito de vagancia “se ha observado un aumento de mendigos y vagos que entregan malos ejemplos a la juventud y genera un sentimiento de amenaza en los vecinos de los lugares en que se instalan”¹⁶. La propuesta del Senado fue rechazada por la Cámara de Diputados, por lo cual la Comisión mixta propuso incorporar en el nuevo CPP el control de identidad del artículo 260 bis, con algunos ajustes para diferenciarla de su antecesora detención por sospecha.

De esta manera, sintetizando las posturas contrapuestas en orden a establecer facultades preventivas en el nuevo CPP, nació la fórmula original del artículo 85 CPP sobre el control de identidad. Si bien el control de identidad se alejaba del espíritu garantista del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, mantuvo la facultad preventiva y autónoma de las policías, estableciendo una serie de límites y un procedimiento específico en caso en que la persona controlada se negara a dicho control (Véase el Anexo, Cuadro Comparativo N° 2).

El artículo 85 del nuevo CPP facultaba directamente a las policías, sin orden previa del Ministerio Público y/o del juez de garantía, solicitar la identificación de cualquier persona en los “casos fundados” indicados en el inciso primero del mencionado artículo, y en caso en que la persona no pueda o quiera identificarse, se establece un procedimiento, el cual puede llegar hasta una privación de libertad personal –en la versión original de 4 horas–, con el único objetivo de que la persona se pueda identificar correctamente.

Ahora bien, a sólo dos años de entrada en vigencia del CPP y no estando siquiera vigente la reforma en todo el territorio nacional, el año 2002 a través de la Ley N° 19.789, se

¹³ Salas Astrain, op. cit. p. 163.

¹⁴ Irarrázabal, op. cit. p. 239.

¹⁵ Salas Astrain, op. cit. p. 164.

¹⁶ Salas Astrain, op. cit. p. 164.

modifica el CPP principalmente con el objetivo principal de ampliar las facultades policiales. Una de las principales reformas la experimentó el artículo 85 sobre control de identidad. Efectivamente la reforma autorizaba la realización y registro de vestimentas, equipaje y vehículos, se aumentó el plazo de detención a 6 horas y se ampliaron los indicios que justifican la realización del control a las faltas. Como se puede observar esta primera modificación legal desnaturalizó la función original preventiva de identificación de identidad a funciones derechamente investigativas como lo son la de registro del controlado, ampliándose las facultades discrecionales de la policía, que justamente se habían limitado en el nuevo CPP con el objeto de cumplir con los estándares internacionales en derechos humanos que obligaban al Estado de Chile. Es importante destacar que una de las principales razones que generó el cambio de perspectiva fue la alegación de Carabineros que residía en la idea de que “al haberseles disminuido y limitado sus facultades en materia de detención (...) no estaban en condiciones de ejercer eficazmente su función”.¹⁷ (Véase el Anexo, Cuadro Comparativo N° 3).

Posteriormente, y a un año de que la Reforma Procesal Penal entrara en vigencia en todo el territorio de la República, el año 2004 se dictó la Ley N° 19.942, que básicamente hizo que el control de identidad fuera obligatorio y que la negativa a identificarse fuera constitutivo de una falta. Destaca Paz Irarrazabal que durante la discusión parlamentaria de la referida ley, los congresistas señalaron que “se había dado demasiada consideración a los derechos humanos de unos pocos, lo que había puesto en peligro la seguridad de la mayoría de los ciudadanos y que para enfrentar el aumento de la criminalidad se requería dar mayor flexibilidad a la policía”.¹⁸ (Véase el Anexo, Cuadro Comparativo N° 4).

El año 2006 la administración del Presidente Ricardo Lagos Escobar se propuso hacer el primer ajuste importante a la nueva justicia penal. Frente a este anuncio el Fiscal Nacional del Ministerio Público de la época, respondió con un documento que contenía una serie de medidas relacionadas con la persecución penal y políticas públicas en materia de seguridad ciudadana. Ambos hitos se constituyeron en la base del proyecto de ley presentado por el ejecutivo en julio del año 2006, conocido comunicacionalmente como “agenda corta anti delincuencia”. Este proyecto desde un comienzo generó resistencia generalizada desde distintos grupos de académicos/as y especialistas, esencialmente porque se entendía que se alejaba de los principios que inspiraron a la Reforma original y también porque fue una forma poco reflexiva que no sustentaba en evidencia empírica para responder frente a la sensación subjetiva de inseguridad que se había instalado en el país.¹⁹

¹⁷ Jiménez María Angélica, Santos Alvis Tamara, Medina González Paula, *Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos*. Universidad Central/Centro de Investigaciones Criminológicas de la Justicia Penal, Santiago de Chile, 2014.

¹⁸ Irarrazabal, op. cit. p. 241.

¹⁹ Para un examen pormenorizado de la discusión académica y comunicacional sobre el proyecto véase Jiménez Allendes et. al., op. cit. p. 212 y ss.

Si bien esta fue una reforma amplia, uno de los principales objetos de la modificación fue el control de identidad del artículo 85 del CPP, el que había experimentado modificaciones importantes hace sólo cuatro años atrás. Dentro de las principales modificaciones podemos destacar las siguientes:

- a) Se modifica el sistema vía ejemplos para indicar los indicios o casos fundados, para pasar a un sistema de casos taxativos fundados;
- b) se hace un énfasis especial en que la calificación de los casos es de iniciativa exclusiva de la policía;
- c) a los antiguos casos fundados se agrega el caso en que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad;
- d) Se permite proceder al registro de vestimentas, equipaje y vehículos en el contexto del control de identidad sin necesidad de nuevos indicios;
- e) Asimismo, se permite proceder al cotejo de órdenes de detención pendientes sin necesidad de contar con nuevos indicios;
- f) En los casos de las letras anteriores, se habilita a la policía a proceder a la detención sin necesidad de orden judicial, de conformidad al artículo 129 CPP y,
- g) Finalmente se amplía el plazo de detención a fin de lograr la identificación de 6 a ocho horas. (Véase el Anexo, Cuadro Comparativo N° 5).

Pues bien, como se señaló al principio, la última fase de esta trayectoria histórica es el artículo 85 bis propuesto en el proyecto comentado, modificado según se señaló como el actual artículo 12° del proyecto aprobado por la Cámara. A diferencia del artículo 85 del CPP, el artículo 12° permite a funcionarios/as policiales en servicio activo, a todo evento y bajo cualquier circunstancia en cumplimiento de sus funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, controlar la identidad de cualquier persona sin ningún objetivo específico (antes, el objeto declarado del artículo 85 bis era cotejar órdenes de detención pendientes). Luego, en los incisos siguientes el nuevo artículo regula el procedimiento de identificación, como la detención de la persona en caso de comprobarse órdenes de detención pendientes en su contra al momento de ser controlada.

Los últimos incisos del artículo 12° aprobado por la Cámara de Diputados establecen medidas de *accountability*, control y publicidad de la gestión policial en torno al ejercicio de la facultad de control de identidad preventivo, en el contexto del resguardo del orden y la seguridad pública. Así, el inciso 5° establece que las policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamos, a ser implementado en cada unidad policial, que permita a las personas que se sientan afectadas de haber sido objeto de un ejercicio arbitrario del control de identidad preventivo, de formular reclamo en conformidad con las normas administrativas. El inciso 6° agrega la obligación a las policías de publicar bimensualmente las estadísticas con la cantidad de reclamos formulados de conformidad con el artículo anterior, desagregados por sexo, edad y nacionalidad, además de remitir la misma información al Ministerio del Interior y Seguridad Pública. El inciso 7° siguiente establece similar obligación de publicar, semestralmente, el número de controles de identidad preventivos practicados,

desagregados por sexo, edad y nacionalidad. Por último, el inciso final del artículo 12° aprobado por la Cámara impone la obligación a las policías de dar cuenta al Ministerio del Interior, al menos semestralmente, de la frecuencia y lugares en que se concentra la mayor cantidad de controles de identidad por sexo, edad y nacionalidad, y de las detenciones por flagrancia que dieran origen en virtud de su práctica.

En resumen, en la trayectoria histórica antes propuesta podemos identificar tres momentos fundamentales:

- a) En el primero, que va desde la fórmula de la detención por sospecha consagrada en la versión original del Código de Procedimiento Penal de 1906 hasta el control de identidad propuesto en el nuevo Código Procesal Penal del año 2000 (y su antecesor, el control de identidad del artículo 260 bis del Código de Procedimiento), caracterizado como una verdadera evolución, toda vez que se superó la vaguedad, indeterminación y amplitud en las funciones policiales que dejaba la puerta abierta a la arbitrariedad y discriminación en el actuar policial, pasando a un sistema que tenía como única finalidad de controlar la identidad de las personas, estableciendo un sistema de límites que restringía la posibilidad de arbitrariedad.
- b) El segundo momento, comprendido entre el periodo del control de identidad del CPP original y su versión de la Ley N° 20.253, que está caracterizada como una involución o regresión, toda vez que en forma constante las reformas del 2002, 2004 y 2008 ampliaron la discrecionalidad de la policía y desnaturalizaron la función preventiva del control, alejándose de los principios que inspiraron la gran reforma del 2000.
- c) Finalmente, el tercer momento representado por el nuevo artículo 85 bis del CPP (contemplado en la redacción original del proyecto), que devino en el actual artículo 12° autónomo del texto aprobado, y los ajustes a la norma del artículo 85 del CPP, lo podríamos caracterizar como “regresión total”, toda vez que la fórmula de control tanto general como preventivo de identidad, ni siquiera cuenta con los precarios límites que tenía la detención por sospecha (transitar a ciertas horas, lugares circunscripciones, etc.), otorgando facultades ilimitadas a las policías en el ejercicio de su labor preventiva e investigativa.

En definitiva, lo que se puede observar es que durante un siglo rigió una figura –la detención por sospecha– en donde la autonomía del actuar policial, que daba lugar a la reproducción de todo tipo de prejuicios y estereotipos, sumada a la falta de controles internos y externos de las mismas policías, representaba un peligro constante a las libertades de los/ os ciudadanos. Por lo mismo, la entrada en vigencia del CPP y la incorporación del control de identidad del artículo 85 –con todos sus límites y garantías– significó un importante giro, en el sentido de circunscribir la actuación de la policía únicamente al propósito de controlar la identidad.

Sin embargo, desde el año 2000 en adelante, a pesar que en Chile fueron disminuyendo progresivamente los índices de delincuencia, considerando que en distintos reportes de organismos internacionales Chile se ubicaba dentro de los países en Latinoamérica con los índices de criminalidad violenta más baja, la creciente sensación subjetiva de inseguridad y su difusión por los medios de comunicación, auspiciaron sucesivas reformas (2002, 2004 y 2008) que en la práctica comenzaron a dismantelar todo el sistema de garantías que se había tejido en torno a la facultad de la policía de lograr la identificación de las personas en uso de sus facultades preventivas

De esta manera, como se indicó más arriba, podemos reconocer en la propuesta sobre el control de identidad preventivo la fase culmine de la involución o regresión de la facultad preventiva de control de las policías, toda vez que el artículo 12° logra desembarazarla de todos sus límites y restricciones, llevándonos a un momento incluso anterior a la fórmula de 1906 del viejo Código Procesal Penal, que si bien precarios, contenía algunos límites que habilitaban su procedencia. Por último es importante destacar que los/as comentaristas sobre la transformación histórica antes expuesta, señalan enfáticamente que de todas las reformas emprendidas con posterioridad al año 2000, ninguna se fundamentó sobre la base de evidencia empírica confiable que diera cuenta de la necesidad de la política pública que se proponía²⁰.

IV.- Función policial: ¿ampliación de facultades o mayores controles?

Luego de referir la evolución histórica del control de identidad y antes de pasar a ocuparnos de los estándares de derechos humanos aplicables, procede dar algunas pistas acerca de los problemas que el INDH ha ido detectando desde su creación, en su actividad de monitoreo de la función policial desde el punto de vista de los derechos humanos.

Esto nos resulta indispensable para poder contextualizar adecuadamente la figura del control de identidad preventivo que se propone, la que en muchos aspectos tiene la aptitud de agravar y profundizar problemas ya detectados con el control de identidad del artículo 85 del CPP.

Así, ya en el Informe Anual 2012²¹ se pudo constatar que personas detenidas en manifestaciones, una vez trasladadas a las Comisarías no son consideradas detenidas, sino “conducidas”, en virtud del procedimiento de control de identidad regulado en el Código

²⁰ Irarrazabal, op. cit. 236-242; Salas Astrain, op. cit. pp. 161-197; Jiménez Allendes et. al., op. cit. 201-250 y; Horvitz Lennon María Inés, López Masle Julián, *Derecho procesal penal chileno*. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapa de investigación, ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 591-599

²¹ Informe Anual 2012 del Programa de DDHH, Función Policial y Orden Público, página 35 y 36.

Procesal Penal. Esta situación se genera en especial respecto de personas que son detenidas por Fuerzas Especiales en el marco de manifestaciones, a las que, una vez en el recinto policial, se les informa que han sido trasladadas para un control de identidad.

No obstante, en las observaciones directas realizadas por funcionarios/os del INDH se ha constatado que cuando han existido casos de personas a quienes se las ha privado de libertad para efectos de realizarles un control de identidad, no se han verificado los requisitos propios del control de identidad. El INDH ha sostenido al respecto que el uso inadecuado del control de identidad para convalidar detenciones irregulares o para detener y/o revisar efectos personales sin indicios objetivos, puede configurar diversos ilícitos penales (Art. 148 y 255) y puede considerarse una forma de desincentivar la adhesión o participación en manifestaciones pacíficamente, afectando así, el derecho a reunión y libertad de expresión²².

Además, la situación es cuestionable por cuanto los “conducidos”, pese a ser tratados materialmente como los “detenidos”, por la diferencia entre las figuras en definitiva adoptadas, quedan privadas de los derechos que asisten a cualquier persona detenida (entre ellos el de conferenciar con abogado/a, y el derecho a que se controle la legalidad de su detención).

En un reciente Informe del INDH sobre un estudio de casos en La Legua²³ se recogen diversas situaciones reveladoras de un uso arbitrario de esta herramienta legal por parte de las policías. Así, los testimonios de pobladores/as dan cuenta de que suelen aplicarse controles de identidad masivos a la hora en que ellos/ellas van saliendo a trabajar (entre las 05.00 y las 07:00 AM), y luego a la hora en que regresan de sus trabajos (18:00 a 20:00), lo cual obliga a andar siempre con carnet. Lo curioso es que según esos testimonios, a las 07:00 de la mañana sólo están en las calles quienes salen a trabajar, y los llamados “delincuentes habituales” están durmiendo a esa hora. En general, estos testimonios acusan falta de reglas claras, y arbitrariedad.

Adicionalmente, en la Legua se da cuenta de la práctica habitual de registros de vestimentas y equipaje, los que incluso devienen en controles del cuerpo. Esas revisiones corporales se realizarían en plena calle, lo que resultaba denigrante para los/las controlados/as. También se incluyen denuncias de revisión de la vagina de mujeres, por personal que hasta portaba guantes quirúrgicos para tal efecto²⁴. Si bien estos comportamientos policiales pueden

²² Informe Anual 2012 del Programa de DDHH, Función Policial y Orden Público, página 35 y 36.

²³ Estudio de caso. Violencias y derechos humanos en La Legua. INDH, 2015, página 41 y 42.

²⁴ Estudio de caso. Violencias y derechos humanos en La Legua. INDH, 2015, página 42.

constituir ilícitos penales²⁵ (además de infracciones administrativas²⁶), existen múltiples problemas que el INDH ha señalado en sus informes respecto al ejercicio del control interno y externo de las policías. En este contexto, en las recomendaciones del Informe Anual 2014 del Programa de DDHH, Función Policial y Orden Público, se reitera la sugerencia al Ministerio del Interior y Seguridad Pública en orden a que incorpore, dentro del informe semestral establecido en el artículo 5 de la Ley 20.502, información sobre las medidas que ha adoptado para ejercer el control sobre las policías cuando le son comunicados hechos imputables a estas constitutivos de abusos a derechos humanos, así como de las reformas reglamentarias y las políticas que está promoviendo para avanzar en una mayor adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos de la actuación de las policías en el control del orden público²⁷.

Todo este cúmulo de evidencia nos lleva a insistir en la necesidad de que las actuaciones policiales susceptibles de afectar derechos fundamentales de las personas estén sometidas a mayores controles tanto internos como externos, lo cual apunta en el sentido contrario a la idea de otorgarles más autonomía y menos control como se plantea en el proyecto de ley objeto de este informe.

V.- Estándares de derecho internacional de derechos humanos

a) Derecho a la libertad personal y seguridad personales

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. En efecto, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁸ lo consagra expresamente al afirmar que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales²⁹. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos

²⁵ El actual articulado del inciso final del artículo 85 del CPP dispone que los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal.

²⁶ El Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile, decreto Supremo N° 900 dispone en su artículo 2° que para los efectos de este Reglamento, se entenderá por falta toda acción u omisión en que incurra el personal y que, sin alcanzar a constituir delito, lo aparte del cumplimiento de sus deberes profesionales o morales. El artículo 22 de Clasificación de las Faltas dispone en su número 5) De abuso de autoridad que se considerarán comprendidas entre ellas: Toda extralimitación de atribuciones, ya sea contra subalternos o contra el público, y todo hecho que pueda calificarse como abuso de funciones, siempre que no alcance a constituir delito.

²⁷ Informe Anual 2014 del Programa de DDHH, Función Policial y Orden Público, página 113.

²⁸ Promulgado por Decreto N° 778 (Diario Oficial de 29 de abril de 1989).

²⁹ Artículo 9 PIDCP "I. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley

(CADH)³⁰ 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.³¹

En ambos casos, el derecho protegido alude a la libertad en sentido amplio³², de manera que cualquier privación o restricción de la libertad personal entendida como libertad ambulatoria o de residencia se encontrará dentro del ámbito de protección del derecho. Efectivamente, por ejemplo, el artículo 9 del PIDCP ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos en el sentido que la disposición es proteger toda privación o restricción de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de inmigración entre otras³³.

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

y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

³⁰ Promulgada por Decreto N° 873 (Diario Oficial de 5 de enero de 1991).

³¹ Artículo I CADH “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constitucionales Políticas de los Estados partes o por las leyes dictados conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ellas. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”

³² Medina, Cecilia, “La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia”, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago, 2003, pp. 211 y siguientes.

³³ Medina, *ob. cit.*, p. 212.

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”³⁴ .

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/las funcionarios/as 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 necesario 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”³⁵.

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 propósito³⁶.

b) Principio de igualdad y no discriminación

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”³⁷. Por su

³⁴ 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.

³⁵ CDH, caso Van Alphen c. Holanda, N° 305/1988.

³⁶ Medina, ob. cit., p. 267.

³⁷ 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.

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”³⁸. 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 se mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos”³⁹.

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 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”⁴⁰. 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 específicas, 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 taxativa⁴¹.

c) Derecho a la presunción de inocencia

Uno de los pilares de nuestro sistema jurídico es la presunción de inocencia, parte esencial del bloque constitucional de derechos, que de acuerdo al artículo 5 inciso 2 de la Constitución

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ Corte IDH, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

⁴¹ 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.

constituyen límites a la soberanía, que deben ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado.

En efecto, este derecho fundamental aparecía consagrado incluso en la época del surgimiento del discurso de los derechos humanos, estableciéndose en el artículo 9 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que “A todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable”⁴². Posteriormente, lo recoge el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en el sistema regional está consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴³ y en casi idénticos términos en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A nivel nacional, si bien no se le señala expresamente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución chilena⁴⁴, se entiende que forma parte del debido proceso tal cual está reconocido en las disposiciones aludidas de la CADH y el PIDCP, que también forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

En Chile, el Código Procesal Penal el artículo 4 dispone que “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”. Esta disposición debe necesariamente relacionarse con el artículo 5 inciso 2 del mismo Código, que determina que la limitación del ejercicio de derechos debe interpretarse siempre restrictivamente y con la garantía normativa del artículo 19 N°26 de la CPR, que prohíbe al legislador afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En doctrina, ya desde los tiempos de Francesco Carrara se le considera como presupuesto de todas las demás garantías del proceso. Con todo, esto no significa que tan sólo cobre sentido la protección de este derecho sólo una vez que alguien comparece ante la justicia penal, imputado/a de la comisión de algún hecho ilícito. Si analizamos bien los procesos de criminalización (que en su dimensión legal o abstracta es denominada “criminalización primaria” y que deviene en “criminalización secundaria” una vez que ya es puesta en aplicación frente a una persona en concreto), la posibilidad de “ser tratado como culpable” comienza mucho antes de la comparecencia a tribunales, en la interacción cotidiana que a nivel callejero se da entre los/las funcionarios/as policiales y los/las ciudadanos/as⁴⁵.

Por eso es que, yendo mucho más allá de una concepción que restrinja el alcance de este principio a lo que ocurra una vez ya iniciado un procedimiento penal en contra de una persona, la Corte IDH, citando a la Corte Europea, ya ha señalado que “[el derecho a la]

⁴² “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

⁴³ “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad”.

⁴⁴ Que señala en su inciso sexto que “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

⁴⁵ Sobre los conceptos de criminalización primaria y secundaria, ver Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2da. Ed., 2002, pág. 7 y ss.

presunción de inocencia puede ser violado no sólo por un juez o una Corte sino también por otra autoridad pública”⁴⁶.

d) El principio de progresividad y no regresividad

A nivel normativo la idea de “progresividad” está reconocida expresamente en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁷ y en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este último artículo se refiere a *“lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la Organización de los Estados Americanos”*.

El carácter progresivo con que los instrumentos internacionales caracterizan las obligaciones estatales en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), implica entre otras cosas que ni a nivel normativo como tampoco de resultados, pudiera el Estado retroceder respecto del nivel de satisfacción efectiva de un derecho reconocido por el ordenamiento.

Si bien la prohibición de regresividad o retroceso ha sido ampliamente desarrollada en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal cual dice Christian Courtis, “su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo”⁴⁸. De hecho, en el sistema interamericano es posible entender que la prohibición de regresividad que se extrae del artículo 26 de la CADH constituye una obligación general de la misma, aplicable a todos los derechos en ella establecidos, como efecto general de dos disposiciones centrales: el artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno)⁴⁹ y 29 (normas de interpretación)⁵⁰.

⁴⁶ Eur. Court H.R., case *Allenet de Ribemont v France*, judgment of 10 february 1995, Series A no. 308, párrs. 36 y 38. Citado en Corte IDH, caso *Lori Berenson vs. Perú*. Serie C N° 119. Sentencia de 24 de noviembre de 2004, párrafo 159.

⁴⁷ 2.1 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

⁴⁸ La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en: Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, C. Courtis (compilador), Del Puerto/CELS/CEDAL, 2006.

⁴⁹ “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁵⁰ “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

El artículo 11 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador define las medidas que implican un retroceso: “*por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido*”. Como se ve, esta definición no tiene por qué restringirse a DESC, sino que es aplicable en general al conjunto de derechos reconocidos, entre ellos, los derechos y garantías que hemos mencionado a raíz de los estándares aplicables a la iniciativa en comento.

VI.- Comentarios a la propuesta legislativa que establecería el control de identidad preventivo

a) Acerca de las consideraciones político-criminales que sustentan la reforma

Desde un punto de vista político-criminal⁵¹, llama la atención que en la justificación de la figura que se propone crear se asuma sin más que bajo el régimen actual la policía carezca de facultades preventivas. Una simple lectura del actual artículo 85 revela que existe una obligación para la policía en orden a requerir la identidad de personas que se encuentran no sólo en hipótesis de comisión actual de crímenes, simples delitos y faltas, sino que eventual (“que se dispusiere a cometerlo”), e incluso que puedan suministrar informaciones útiles para su indagación.

El hecho de que de acuerdo a las propias cifras de Carabineros⁵², en los últimos tres años el promedio de controles de identidad realizados sea de 2.122.554 al año, confirma el que en la práctica esta figura se aplica de manera masiva: si excluimos del total de la población chilena a los menores de 14 y los mayores de 65 años, tenemos que anualmente a una de cada cinco personas se le realiza control de identidad. Es importante destacar que la cifra anteriormente expuesta –1.853.244 controles de detención realizados el 2014– no comprende los controles vehiculares, los cuales devienen en controles de identidad de sus conductores/as. Estos durante el año 2014 ascendieron al número de 8.498.623. Finalmente, si sumamos los controles preventivos que Carabineros efectúa a los/as dueños/as

c) *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

d) *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.*

⁵¹ Para analizar en mayor detalle los estándares relativos a una política criminal democrática, remitimos al Informe sobre el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y recepción y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-97, aprobado por el Consejo del INDH el 18 de mayo de 2015.

⁵² De acuerdo a “Carabineros en cifras” para el período 2012 a 2014, el total de control de identidad realizados en los últimos 3 años fue el siguiente: 2.781.492 el 2012, 1.732.928 el 2013, y 1.853.244 el 2014.

de entidades bancarias y comerciales durante el mismo año (1.391.271), tendríamos que el total de controles preventivos durante el año 2014 fue de 11.743.138.⁵³

Ahora bien, si nos concentramos sólo en los 1.853.244 controles de identidad realizados durante el año 2014 y teniendo en cuenta que los datos ofrecidos por Carabineros nos permiten determinar el número de controles de identidad que devienen en detenciones, es un dato a tener en cuenta que, según cifras de Carabineros, el número de detenciones practicadas durante el mismo año fue de 432.766 y que de aquellas 220.545 pasaron a control de detención⁵⁴. Haciendo una proyección –muy generosa por lo demás– que del total de las detenciones que pasan a control de identidad, un 50% de ellas es el resultado de un control de identidad, podríamos decir que sólo el 6% de los controles de identidad, pasa a control de detención. Por tanto, de esta manera se desvanece la crítica en cuanto a que una gran cantidad de los controles de identidad que devienen en detención “se caen” en los juzgados de garantía por las excesivas restricciones que establece el artículo 85 CPP.

Lo anterior nos permite desde ya concluir dos cuestiones fundamentales. La primera es que Carabineros con sus facultades actuales, ya realiza una intensa labor de control preventiva, y la segunda es que si tenemos en consideración que la principal razón para proponer una figura como el control de identidad preventivo son las “66.000 órdenes de detención pendientes” y que la dificultad para realizar las capturas serían los excesivos límites que pone a la policía el artículo 85 CPP, de acuerdo a lo demostrado en el párrafo anterior, pareciera que las críticas en ese sentido son infundadas.

Al referirnos a los datos estadísticos acerca del actual control de identidad y su uso como herramienta para prevenir delitos, es importante señalar que resulta preocupante la falta de información sobre la materia en los informes de los diversos órganos del Estado. Así, no existe ningún dato respecto a cuantos de los controles de identidad que se realizan se traducen en detenciones. Ello sin duda parece relevante si lo que se busca en la indicación al proyecto de ley es hacer frente a órdenes de detención pendientes. En segundo término, tampoco existen estadísticas respecto a cuales de las cuatro causales para realizar los controles de identidad contempladas en el actual artículo 85 del CPP son las que finalmente en la práctica motivan su utilización. De esta forma, parecería razonable que antes de establecer un nuevo control de identidad mucho más amplio que el actual se contara con antecedentes estadísticos confiables y completos que permitieran evaluar la facultad actualmente vigente para las policías.

De todas formas, la discusión que se ha dado del tema ha revelado la necesidad de contar con más y mejores cifras sobre estos procedimientos, lo cual sería una precondition para

⁵³ Carabineros de Chile, Carabineros en cifras. Cuenta pública 2014, p. 14, 2014.

⁵⁴ Carabineros de Chile, Carabineros en cifras. Cuenta pública 2014, p. 14, 2014.

cualquier discusión y adopción de una política criminal seria y democrática. De lo contrario, la tendencia que se aprecia es a realizar propuestas político-criminales basadas en supuestos falsos o del todo imprecisos.

b) Acerca de los estándares de derechos humanos que podrían entrar en colisión con la nueva norma

(i) Afectación de la libertad personal

Como ya se dijo, las restricciones a la libertad personal están sujetas en un sistema democrático a una serie de requisitos. Entre ellos, además de ser restricciones legales, no pueden ser arbitrarias y deben ser necesarias en una sociedad democrática. En este caso, el mecanismo propuesto respeta a lo menos formalmente la legalidad pero el contenido material de lo que se pretende establecer, al permitir que sin indicio ni supuesto material alguno los/las funcionarios/as policiales apliquen un control de identidad a “cualquier persona”, no parece razonable y consagra la posibilidad de una arbitrariedad policial permanente.

A lo anterior cabe añadir además algo bastante grave. Si consideramos la evolución del control de identidad en Chile, desde que surge en la legislación en 1998 para reemplazar a la derogada figura de la detención por sospecha, hasta el año 2008 en que se aprueba la llamada “agenda corta anti delincuencia” (Ley 20.253), sucesivas modificaciones legales han ido ampliando las facultades de los agentes estatales en desmedro del respeto a la libertad personal de todas las personas –en un ejercicio de ponderación que supuestamente ha privilegiado el objetivo de mayor seguridad pública–, acercando cada vez más esta nueva figura a la derogada detención por sospecha. Así, hemos llegado con la propuesta actual a un punto en que claramente se estaría retrocediendo a un escenario que es incluso peor que el de la regulación de la detención por sospecha en el viejo Código de Procedimiento Penal. En efecto, frente a la propuesta de que “cualquier persona” deba soportar la carga de acreditar su identidad, “en el lugar en que la persona se encontrare”, sin especificar ni siquiera de manera genérica algún tipo de supuesto que habilite el ejercicio de esta facultad intrusiva, es sorprendente constatar que en comparación, hasta la regulación que hacía el viejo Código de Procedimiento Penal hace un siglo sea más garantista.

Esto es así porque, por criticable que fuera la vieja figura, a lo menos requería la concurrencia de supuestos que, por inciertos que resultaran, estaban referidos en la ley en el artículo originalmente numerado como 282: “Los agentes de policía de seguridad (...) están además autorizados para detener: 3.- al que anduviere disfrazado i rehusare darse a conocer; 4.- al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas”. Con la reforma legislativa que se propone no se requeriría para eventualmente llegar a privar de libertad a una persona ni de una particular apariencia,

ni de que nos encontremos de noche, ni de determinadas circunstancias asociadas a un lugar, para que la ley autorice a los agentes policiales a realizar este tipo de procedimiento policial, sino que, por primera vez en la historia, la decisión sobre su realización queda entregada a su mero arbitrio.

Por eso es que resulta relevante tener en cuenta que lo que en un momento el legislador nacional consideró necesario derogar, esto es, una detención por sospecha que “ha sido desvirtuada y miles de jóvenes son detenidos por su aspecto físico o por transitar a altas horas de la noche, situaciones que, por sí mismas, no justifican que se adopte esa medida”⁵⁵, se haya reconfigurado en la práctica anual de controles de identidad a un promedio de más de dos millones de personas y que hoy se pretenda ampliar la facultad de manera de no contemplarle ya límite legal alguno.

(ii) Afectación de la presunción de inocencia

En efecto, y yendo mucho más allá de una concepción que restrinja el alcance de este principio a lo que ocurra una vez ya iniciado un procedimiento penal en contra de una persona, la Corte IDH, citando a la Corte Europea, ya ha señalado que “[el derecho a la] presunción de inocencia puede ser violado no sólo por un juez o una Corte sino también por otra autoridad pública”⁵⁶. Esto es precisamente lo que ocurriría de aceptarse que las policías de un país estén autorizadas en todo momento y lugar a requerir la identificación de cualquier persona.

Esto adquiere una especial relevancia al discutir sobre figuras como el “control de identidad preventivo” o la derogada “detención por sospecha”. Si bien en el caso del control de identidad se ha argumentado desde siempre que no es una detención, y por ende se podría concluir que no afecta el derecho a presunción de inocencia, la verdad es que la necesidad de acotar estrictamente tanto sus supuestos como su operatoria práctica emana precisamente de la obligación estatal de resguardar tanto el derecho de libertad personal como la presunción de inocencia de todas las personas.

Lo anterior se hace más evidente si tenemos en cuenta que en los hechos la adopción de este tipo de procedimientos policiales puede generar una severa restricción de la libertad por un período elevado de tiempo. En este punto, la persona debe estar protegida no sólo de una actuación “formalmente punitiva” como es el caso de la detención, sino que también de actuaciones que “materialmente” impliquen la restricción o privación de un derecho fundamental. En cuanto a esto, la comprensión jurídica no puede ser formalista,

⁵⁵ Informe de la comisión de constitución, legislación y justicia, en Historia Legislativa de la Ley 19.567, pág. 16.

⁵⁶ Eur: Court H.R., case *Alenet de Ribemont v France*, judgment of 10 february 1995, Series A no. 308, párrs. 36 y 38. Citado en Corte IDH, caso *Lori Berenson vs. Perú*. Serie C N° 119. Sentencia de 24 de noviembre de 2004, párrafo 159.

puesto que la evidencia criminológica indica que muchas veces lo que se produce fácticamente es la situación de restricción o privación de un derecho como la libertad personal, y posteriormente se intenta justificar dicho hecho acudiendo a diversas posibilidades legales, entre ellas la de escoger entre “control” y “detención”.

Frente a eso se alega que por parte de la ciudadanía se trataría de una carga menor. Pero no es así. Ya se ha señalado en base a observación empírica que muchas veces ocurre que los/las funcionarios/las que practican el control alegan no tener como verificar en terreno la existencia de posibles órdenes de detención pendientes y ante eso no les quedaría otra opción que llevar a las personas “conducidas” a la unidad policial más cercana, o a un retén móvil⁵⁷. Dada la ausencia que por definición existe de control judicial respecto de estas actuaciones, el límite entre esta situación y la “negativa a identificarse” se diluye y queda una vez más entregado a la apreciación discrecional de las policías.

En todos estos casos, la persona, pese tener derecho a no ser tratada como culpable, podría sufrir una restricción importante en sus derechos fundamentales por el lapso de hasta 8 horas, en un régimen que si bien formalmente es de “conducido/a”, materialmente casi en nada se diferencia del de “detenido/a”. De hecho, la diferencia redundaría en beneficio del/a detenido/a, puesto que en principio él/ella sí tiene derecho a cuestionar la legalidad de su detención.

(iii) Afectación del principio de igualdad y no discriminación

Desde el punto de vista de la vigencia efectiva del principio de igualdad y no discriminación, la iniciativa propuesta es preocupante, toda vez que al autorizar a la policía a realizar controles de identidad preventivos a cualquier persona en cualquier lugar que ésta se encuentre, los criterios en base a los cuales los/las funcionarios/las policiales tomen este tipo de decisiones queda a su completo arbitrio y, al no tener ninguna delimitación normativa, podrían constituir en los hechos una invitación abierta a aplicar criterios basados en estereotipos y prejuicios relativos a la apariencia personal de cada sujeto.

Este problema no desapareció al ser derogada la detención por sospecha, puesto que se ha seguido dando con las diversas versiones de control de identidad que han existido desde 1998 y obedece a lo que criminológicamente constituye una tendencia permanente de ciertos segmentos del sistema penal, que sienta una de las bases de la operatividad selectiva y hasta discriminatoria que caracteriza al sistema.⁵⁸

⁵⁷ A este se refieren tanto Paz Irrazábal en *Igualdad en Chile: el caso del control de identidad*, Revista Política Criminal Vol. 10, N° 19 (julio 2015), Art. 8, págs. 242 y ss., como Mauricio Duce en un texto inédito titulado *Comentarios a proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dicho delitos* (Boletín N° 9885-07), 20 de julio de 2015, página 5 y 6.

⁵⁸ A nivel teórico, desde el famoso estudio de Kitsuse/Cicourel (1963) sobre el uso de las estadísticas oficiales, en Criminología se ha estudiado la manera en que en la aplicación práctica de las definiciones legales los diversos actores

Si bien, como ya hemos advertido, casi no se cuenta con datos acerca de la manera en que se aplica el control de identidad en Chile, existen de todas formas denuncias que dan cuenta de la aplicación de controles de identidad a estudiantes y mapuche⁵⁹, y controles abiertamente discriminatorios y hasta vejatorios en contra de LGTB y trabajadoras sexuales.⁶⁰

A modo de ejemplo, la práctica del control masivo de identidad (que claramente excede y transgrede los límites del artículo 85 del CPP), es referida en el Informe del INDH sobre Función Policial 2013, cuando se da cuenta de que “el 13 de Junio en Santiago un aspecto de especial observación fue el registro control de identidad de jóvenes que se dirigían al lugar de la convocatoria, previo al inicio de la manifestación por parte de Carabineros –apoyados por personal de la PDI–”, a lo que se agrega que “no obstante no haber sido en otros informes objeto de una observación específica, esta práctica fue también registrada en otras manifestaciones, siendo analizada en informes anteriores”⁶¹.

Si estas prácticas ya se han detectado (pese a la pobreza de los datos disponibles) en el marco del artículo 85 actual, es de esperar que de aprobarse la iniciativa legal propuesta, el control preventivo podría llegar a implicar una tendencia mucho mayor a la discriminación en base a distintos estereotipos (edad, condición social, étnica, sexual, etc.).

(iv) Afectación del principio de no regresividad

Como ya hemos señalado, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos los Estados adquieren obligaciones relativas a la efectivización de los derechos reconocidos, que implican la prohibición de regresividad o retroceso. En nuestro sistema esto es así respecto del conjunto de derechos de la CADH y no queda restringido a los “derechos sociales”.

En la iniciativa en comentario, al retroceder respecto del nivel de concreción legislativa de los derechos afectados (sobre todo seguridad personal y derecho a la intimidad), la propuesta es abiertamente regresiva, al punto que desmejora –respecto a los límites y controles que se establecían– la protección de estos derechos incluso con respecto a la regulación del CPP de 1906.

del sistema emplean una especie de “segundo código”, no escrito, y altamente discriminatorio. Algunas referencias en: Elena Larrauri, *La herencia de la criminología crítica, siglo XXI*, pág. 33 y ss.

⁵⁹ Referidas por Irarrázabal, *op.cit.*, pág. 242 y ss.

⁶⁰ En un caso relativo a una trabajadora sexual transexual, la Corte de Apelaciones acogió un amparo constitucional declarando la ilegalidad de la actuación policial. Rol 1393-2012, sentencia de 19/07/2012, Corte de Apelaciones de Santiago.

⁶¹ INDH, Informe anual 2013. Programa derechos humanos y función policial, pág. 23.

(v) Medidas de control, publicidad y reclamos

El texto aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional contempla medidas de control, publicidad y reclamos relativas al ejercicio de la facultad por parte de las policías que el INDH considera necesario analizar⁶² con el fin de evitar al máximo la arbitrariedad y dar máximas garantías de no discriminación en el proceso de control preventivo de identidad.

El establecimiento de este tipo de medidas frente al ejercicio de facultades policiales que pudieran afectar derechos fundamentales, es un contrapeso necesario para: (i) Inhibir y desincentivar a los agentes policiales a desplegar un uso de la fuerza arbitrario que conduzca a abusos de los derechos y garantías de las personas; (ii) Permitir la rendición de cuentas del monopolio del ejercicio de la fuerza, en el contexto de una sociedad democrática; (iii) Posibilitar el resarcimiento de los daños causados, en su caso, como asimismo la aplicación de medidas disciplinarias, administrativas y penales en contra de los funcionarios policiales responsables; (iv) Dotar al Ministerio de Interior y Seguridad Pública, de información para ejercer control sobre las policías; (v) Asimismo, estas medidas debieran arrojar información para evaluar a corto y mediano plazo el actuar de las policías, con datos que permitan afinar la política de seguridad en función de la protección de los derechos humanos como la vida, la integridad física y psíquica, igualdad y no discriminación, y libertad y seguridad de las personas.

En cuanto a la desagregación de los datos que las policías deberán publicar e informar en función de sexo, edad y nacionalidad de las personas controladas, ello se valora positivamente en tanto constituye un piso mínimo para intentar velar por el respeto a los principios de igualdad y no discriminación de las personas en el ejercicio de facultades que, como se ha dicho, podrían abrir la puerta al ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado.

Por otro lado, un correcto cumplimiento de las medidas de control, publicidad y reclamo contemplados por el artículo 12° podría implicar una carga administrativa y la destinación de recursos humanos y materiales importantes para las policías, lo cual a su turno podría desincentivar el uso de tales facultades e incentivar un mayor uso del control de identidad del artículo 85 del CPP, sin contrapesos. Para contrarrestar esta situación y evitar

⁶² El texto del artículo 12 del proyecto aprobado por la Cámara contempla el establecimiento de procedimientos estandarizados de reclamos por ejercicio arbitrario del control de identidad preventivo a ser implementado en cada unidad policial (inciso 5°); publicidad de estadísticas de reclamos y de controles practicados, desagregados por sexo, edad y nacionalidad (incisos 6° y 7°); e información al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre las cifras y estadísticas publicadas (incisos 6° y 7°), junto con la frecuencia y lugares en que se concentren la mayor cantidad de controles, y la cantidad de detenciones por flagrancia que dieran origen en virtud de su práctica, desagregada por tipo de delitos y las variables antes señaladas.

en definitiva los abusos, sería deseable “nivelar” ambas normas de manera que ambas contengan medidas de control, publicidad y reclamos eficientes.

Finalmente, el INDH desea sugerir que es deseable contemplar en la ley que el mandato legal de establecer “un procedimiento estandarizado de reclamos” debe efectuarse vía reglamentaria y debe estar vigente en el mismo momento en que la norma entre en aplicación. En otras palabras, el nuevo sistema de control de identidad preventivo no debe funcionar sin contrapesos adecuados, ya que lo contrario implicaría una letra muerta de estas disposiciones por un tiempo indeterminado.

(vi) Modificaciones al artículo 85 del CPP

Junto al establecimiento de un control de identidad preventivo autónomo, el proyecto de ley aprobado en primer trámite constitucional fortalece las facultades policiales del actual artículo 85 del CPP en desmedro de garantías fundamentales de las personas. En efecto, si antes el inciso primero exigía la existencia de “indicios” de que una persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, el texto que pasa al Senado sólo pide que “exista algún indicio”, abriendo con ello la puerta a una discrecionalidad casi absoluta en la apreciación de los hechos que llevan a fundar un control de identidad por la policía y a la posibilidad de vulnerar gravemente el principio de presunción de inocencia. Con efectos potencialmente similares, un nuevo segundo inciso al artículo 85 del CPP propone que el control también procederá cuando los funcionarios policiales “tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene una orden de detención pendiente”, sin que sea prácticamente posible ejercer medidas de control eficientes respecto del criterio que podría utilizar un funcionario policial al momento de sopesar la posible existencia de tal antecedente.

VII. Conclusiones

- 1.- El INDH considera que no existe un verdadero fundamento político criminal para la iniciativa de crear un “control de identidad preventivo”, puesto que la versión actual del artículo 85 establece precisamente una figura que reviste esas características y que en su evolución legislativa desde su creación el año 1998 ha visto ampliadas sistemática y sucesivamente las facultades de la policía a efectos de practicar controles de identidad.
- 2.- Ligado a lo anterior, el INDH estima que es necesario contar con datos confiables, oficiales y sistematizados, que permitan servir de fundamento científico real para realizar modificaciones legales que afectan de manera tan decisiva el sistema penal chileno y los derechos y garantías de todas las personas.

- 3.- El control de identidad preventivo que se propone no se puede justificar de acuerdo a lo que los estándares internacionales de derechos humanos exigen como requisito para la restricción de la libertad personal. En particular, la restricción propuesta parece arbitraria y no resulta justificable en una sociedad democrática. Además, dada la falta de control judicial del procedimiento y la posibilidad de que restrinja la libertad de las personas por hasta 4 horas, se estima que vulnera el principio de presunción de inocencia.
- 4.- La iniciativa propuesta, al hacer aplicable este control de identidad en base al mero arbitrio de la policía, podría implicar aumentar considerablemente los problemas que ya en el marco legal actual se han detectado en cuanto a la existencia de casos en que se ha realizado un uso discriminatorio de esta facultad, en particular sobre grupos vulnerables. Por estas razones resulta fundamental perfeccionar y asegurar medidas eficientes de control, publicidad y reclamos sobre el ejercicio del control de identidad preventivo.
- 5.- En relación a la regulación actual del control de identidad, cuya evolución trazamos en este Informe, la propuesta actual es regresiva, e incluso es posible afirmar que deja nuestra legislación en un estado que desde el punto de vista de la procedencia de una medida que puede finalmente redundar en una privación de libertad es más precario que la época de la “detención por sospecha”.
- 6.- El INDH considera necesario adoptar medidas de control, publicidad y reclamos en la aplicación del control de identidad, sea este preventivo o no. Estos controles, si bien no son eficientes ex-antes para erradicar el campo de la posible arbitrariedad y discriminación en la aplicación de la norma, sí permiten evaluar, en el mediano y largo plazo, la vulneración que presentaría la aplicación de la norma en relación a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, además de contribuir a generar cifras y estadísticas confiables.

**ANEXO: trayectoria histórica de la facultad preventiva de control
de las policías en la legislación procesal penal**

Cuadro Comparativo N° I

Art. 260 Código de Procedimiento Penal	Art. 260 bis Código de Procedimiento Penal
<p>Artículo 260. Los agentes de policía estarán (...) autorizados para detener:</p> <p>3.º Al que anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare darla a conocer; y</p> <p>4.º Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas»</p>	<p>'Artículo 260 bis. La policía podrá solicitar la identificación de cualquier persona, en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que puede suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encuentre, debiendo dársele todas las facilidades posibles para acreditarla, lo que podrá hacer por cualquier medio. En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad o si, habiendo recibido las facilidades del caso no le ha sido posible acreditarla, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 266. El ejercicio abusivo de esta facultad o la negativa a dar facilidades para permitir la identificación serán sancionados disciplinariamente en los términos del inciso final del artículo 293.'</p>

Fuente: Elaboración propia

Cuadro Comparativo N° 2

Art. 260 bis Código de Procedimiento Penal	Artículo 85 versión Ley N° 19.696
<p>Artículo 260 bis. La policía podrá solicitar la identificación de cualquier persona, en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que puede suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encuentre, debiendo dársele todas las facilidades posibles para acreditarla, lo que podrá hacer por cualquier medio. En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad o si, habiendo recibido las facilidades del caso no le ha sido posible acreditarla, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 266. El ejercicio abusivo de esta facultad o la negativa a dar facilidades para permitir la identificación serán sancionados disciplinariamente en los términos del inciso final del artículo 293.</p>	<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. Si no le hubiere sido posible acreditar su identidad, se le darán en ese lugar facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados. Si esto último no resultare posible, se ofrecerá a la persona ponerla en libertad de inmediato si autorizare por escrito que se le tomen huellas digitales, las que sólo podrán ser utilizadas para fines de identificación.</p> <p>La facultad policial de requerir la identificación de una persona deberá ejercerse de la forma más expedita posible. En caso alguno el conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes podrá extenderse por un plazo mayor de cuatro horas, transcurridas las cuales será puesta en libertad.</p>

Fuente: Elaboración propia

Cuadro Comparativo N° 3

Artículo 85 versión Ley N° 19.696	Artículo 85 versión Ley N° 19.789
<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. Si no le hubiere sido posible acreditar su identidad, se le darán en ese lugar facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados. Si esto último no resultare posible, se ofrecerá a la persona ponerla en libertad de inmediato si autorizare por escrito que se le tomen huellas digitales, las que sólo podrán ser utilizadas para fines de identificación.</p> <p>La facultad policial de requerir la identificación de una persona deberá ejercerse de la forma más expedita posible. En caso alguno el conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes podrá extenderse por un plazo mayor de cuatro horas, transcurridas las cuales será puesta en libertad.</p>	<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p>Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identificación de una persona en los casos a que se refiere el presente artículo, deberán realizarse de la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal. En caso alguno estos procedimientos podrán extenderse en su conjunto a un plazo superior a las seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad."</p>

Fuente: Elaboración propia

Cuadro Comparativo N° 4

Artículo 85 versión Ley N° 19.789	Artículo 85 versión Ley N° 19.942
<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p>Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identificación de una persona en los casos a que se refiere el presente artículo, deberán realizarse de la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal. En caso alguno estos procedimientos podrán extenderse en su conjunto a un plazo superior a las seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad.".</p>	<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p>Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.</p> <p>Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal."</p>

Fuente: Elaboración propia

Cuadro Comparativo N° 5

Artículo 85 versión Ley N° 19.942	Artículo 85 versión Ley N° 20.253
<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.</p> <p>Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.</p> <p>Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal."</p>	<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos."</p> <p>Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a ocho horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.</p> <p>Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal.</p>

Fuente: Elaboración propia

Cuadro Comparativo N° 6

Artículo 85 modificado por la Ley N°20.253	Artículo 85 bis sobre control de identidad preventivo
<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.”.</p> <p>Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a ocho horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.</p> <p>Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal</p>	<p>Artículo 85 bis.- Control de identidad preventivo. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, en el ejercicio de su rol preventivo, las policías a través de su personal en servicio, podrán solicitar la identificación de cualquier persona para cotejar la existencia de órdenes de detención pendientes. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir y pasaporte, o por cualquier otro medio verosímil que permita establecer positivamente su identidad. El funcionario policial deberá otorgar a la persona las facilidades para identificarse.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, se aplicará lo establecido en los incisos tercero y siguientes del artículo anterior.</p> <p>El abuso en el ejercicio de las facultades establecidas en este artículo por parte de las policías estará sujeto a las sanciones administrativas y penales que correspondan.”</p>

Fuente: Elaboración propia

Cuadro Comparativo N° 7

Artículo 85 modificado por la Ley N°20.253	Artículo 12 autónomo
<p>Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos:”.</p> <p>Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.</p> <p>En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.</p> <p>El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a ocho horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.</p> <p>Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.</p> <p>Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal.</p>	<p>Artículo 12.- En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 del mismo Código podrán controlar la identidad de cualquier persona en el lugar en que se encontrare, por cualquier medio de identificación expedido por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir y pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona las facilidades para identificarse.</p> <p>En la práctica de la identificación se deberán respetar la igualdad de trato y no discriminación arbitraria.</p> <p>En el ejercicio de esta facultad los funcionarios policiales deberán exhibir su placa e identificarse. Si la persona se niega a acreditar su identidad o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación.</p> <p>El conjunto de procedimientos detallados precedentemente no deberá extenderse por más de cuatro horas, transcurridas las cuales deberá ser puesta en libertad. En caso de que la persona mantenga órdenes de detención pendientes, la policía procederá a su detención, de conformidad a lo establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal.</p> <p>Las Policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo para ser implementado en cada unidad policial, que permita a aquellas personas que estimaren haber sido objeto del ejercicio arbitrario del control de identidad del presente artículo, formular su reclamo de conformidad con las normas administrativas, sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediere.</p> <p>Además, dichas instituciones deberán publicar bimensualmente en su página web estadísticas de la cantidad de reclamos formulados en virtud del inciso anterior; desagregada por sexo, edad y nacionalidad. La misma información, además de los avances y resultados de dichos reclamos, deberá ser remitida al Ministerio del Interior y Seguridad Pública.</p> <p>También deberán publicar semestralmente el número de controles de identidad practicados en virtud del presente artículo, desagregados por sexo, edad y nacionalidad.</p> <p>Junto con lo anterior, a lo menos semestralmente las Policías deberán dar cuenta al Ministerio del Interior y Seguridad Pública de la frecuencia y lugares en que se concentra la mayor cantidad de controles de identidad por sexo, edad y nacionalidad. Asimismo, deberán informar la cantidad de detenciones por flagrancia que dieren origen en virtud de su práctica, desagregada por tipo de delito y las variables antes señaladas, de conformidad a lo dispuesto en la ley N°20.502.</p>

Fuente: Elaboración propia

6

Acceso a la información y
memoria histórica

Informe sobre el proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 5.200, de 1929, del Ministerio de Educación Pública, para Suprimir la Eliminación de Archivos y Antecedentes por parte del Ministerio de Defensa Nacional, y de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Boletín N° 9958-17

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 30 de noviembre de 2015 - Sesión 284

Resumen Ejecutivo

El presente informe analiza el proyecto de ley boletín N° 9958-17, iniciativa que plantea modificaciones al decreto con fuerza de ley N° 5.200, de 1929, del Ministerio de Educación Pública que creó y reguló la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos, el régimen de archivo y conservación de la información estatal, y la supervigilancia sobre la misma. El proyecto de ley plantea derogar la excepción al régimen general contenida en el inciso final del artículo 14 del DL 5.200, el cual sustrae en la actualidad, tanto al Ministerio de Defensa Nacional como a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, de la obligación de entrega y archivo de su información en la DIBAM, facultándolos para eliminar y/o archivar sus documentos y antecedentes según su propia normativa.

El informe se efectúa dada la incidencia que tiene esta regulación excepcional sobre la posibilidad de acceder a información relevante para esclarecer la verdad de lo ocurrido durante la dictadura.

El análisis se estructura en torno a una primera sección donde se exponen los antecedentes atinentes al boletín. En una segunda sección el informe desarrolla los estándares internacionales en derechos humanos relacionados al proyecto de ley, entre los que destacan aquellos que se refieren al derecho a la verdad, acceso a la información pública y la protección de datos personales, para luego en una siguiente sección analizar cómo estos estándares resultan aplicables a la materia objeto de regulación. El informe finaliza con unas breves conclusiones atinentes tanto al análisis general del proyecto, como a la necesidad de incorporar ciertas modificaciones dado su actual momento de tramitación legislativa.

I. Antecedentes

El proyecto de ley que se analiza constituye un paso más en el proceso de verdad, justicia y reparación iniciado en Chile a partir de 1990. Se enmarca dentro de las preocupaciones sobre la existencia y accesibilidad de información en manos de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en torno a la comisión de violaciones a los derechos humanos, evidenciando la necesidad de mejorar el acceso a dicha documentación. Lo anterior ha provocado una buena aceptación respecto de este proyecto de ley y generado consenso en cuanto a la necesidad de mejorar el régimen de archivo y conservación de la información que manejan las instituciones ya mencionadas.

Chile cuenta con una normativa interna que establece las características y los requisitos que deben cumplirse para que determinada información pueda ser catalogada como reservada o secreta por agentes estatales; el objeto del proyecto de ley que se estudia no dice relación directamente con ello, sino más bien con la conservación y archivo de antecedentes que actualmente pueden ser eliminados sin previa autorización, y con el posible uso de dicha información bajo ciertas circunstancias.

El proyecto inicia su tramitación el 20 de marzo de 2015 por moción de los diputados señores Claudio Arriagada, Gabriel Boric, Fidel Espinoza, Hugo Gutiérrez, Tucapel Jiménez, Felipe Kast, Felipe Letelier, Sergio Ojeda, Roberto Poblete y Raúl Saldívar; su objetivo es modificar el decreto ley N° 5.200 de 1929, del Ministerio de Educación Pública para suprimir la actual facultad que asiste al Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública para eliminar sus documentos y antecedentes sin necesidad de envío de copia alguna al Archivo Nacional. Como se sabe, esta excepción a las reglas generales existe en virtud de una modificación introducida al inciso final del artículo 14 del mencionado cuerpo legal fines de la dictadura¹, la que permitió la eliminación de los documentos de estas instituciones sin necesidad de autorización previa del Conservador del Archivo Nacional o del Presidente de la República o cualquier otro poder y organismo del Estado.

La moción parlamentaria indica que, en atención a que la dictación y promulgación de la Ley 18.771 se concretó tres meses después de realizado el plebiscito del SI y el NO, es posible deducir que esta medida se adoptó con la finalidad de imposibilitar la revisión —una vez instaurado el nuevo gobierno— de documentación proveniente del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y de los demás organismos dependientes de esa Secretaría de Estado o que se relacionen con el Supremo Gobierno por su intermedio.²

¹ Modificado a través de la ley 18.771, publicada en el Diario Oficial el 17 de Enero de 1989

² Boletín 9958-17, página 5.

II. Estándares de Derechos Humanos

a) Derecho a la verdad

Las sociedades democráticas surgidas después de regímenes autocráticos, como es el caso chileno, han buscado formas de avanzar en verdad, justicia y reparación respecto de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. Esto se ha efectuado tanto desde una perspectiva individual, buscando enjuiciar y sancionar a los responsables de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, como desde una perspectiva colectiva, construyendo un relato común respecto a las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos, a través del establecimiento de comisiones de verdad. Mientras que el enjuiciamiento individual a los responsables de crímenes durante la dictadura chilena exhibe grados disímiles de avances, con condenas siendo efectivamente cumplidas mientras otros tantos juicios siguen aún abiertos, los resultados de las comisiones de verdad han contribuido en mayor medida al establecimiento de una verdad oficial que, en palabras del INDH, constituyen “una forma de reconocimiento de la responsabilidad estatal en lo ocurrido y, en este sentido, tienen un efecto revelador sobre las víctimas y sus familiares, al develar y esclarecer los hechos y reivindicar su dignidad. Asimismo, contribuyen a identificar y a decidir cuáles son las medidas que requieren las víctimas”, para de este modo cumplir “un rol central en la construcción de una verdad oficial incuestionable, acompañando y abriendo paso, lentamente, a procesos de justicia y reparación”³.

Bajo esta perspectiva, el derecho a la verdad en tanto construcción propia del derecho internacional de los derechos humanos se configura como un derecho autónomo que impone obligaciones positivas a los Estados, los que deben adoptar medidas que remuevan los obstáculos de cualquier naturaleza para proteger su ejercicio. Por lo mismo, el derecho a la verdad se vincula con la obligación que tienen los Estados de adoptar mecanismos que permitan la lucha contra la impunidad en casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. Entre dichos mecanismos se cuenta, por cierto, el acceso a la información pública.

El Derecho Internacional Humanitario fue el primero en referirse al derecho a la verdad. El artículo 32 del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra (vigente desde diciembre de 1977), a propósito de la sección sobre personas desaparecidas y fallecidas, dispone que “las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo, deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”. Posteriormente, desde el derecho internacional de los derechos humanos, el artículo 24.2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas ha incluido

³ INDH, Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2011. Página 249.

expresamente el concepto del “derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”.

Tanto el Sistema Universal como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han reforzado la importancia del derecho a la verdad, principalmente en experiencias de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas. En 2005, la hoy extinta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas –reemplazada por el actual Consejo de Derechos Humanos– planteó en su resolución 2005/66 “la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos”.⁴ Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su resolución 9/11 adoptada en septiembre de 2008, destaca expresamente “la importancia de que la comunidad internacional reconozca el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a sus familias y a la sociedad en su conjunto, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en la máxima medida posible, en particular la identidad de los autores, las causas y los hechos, y las circunstancias en que se produjeron [esas violaciones]”⁵.

Por su parte, la Corte IDH ha planteado el derecho a la verdad y el acceso a la información como elementos claves para investigar y sancionar a las personas responsables de violaciones a los derechos humanos. En el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentó el criterio según el cual, “en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación de procesos pendientes”.⁶ Mecanismos de esta índole constituyen obstáculos ilegítimos que impiden al Estado cumplir con su obligación de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, creando escenarios de impunidad que no constituyen una garantía de no repetición de tales violaciones en el futuro. Por lo mismo, todo estado debe “garantizar que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de dichos actos y, en su caso, la sanción de los responsables”⁷.

Para la Corte IDH, “toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad, deben ser informados de todo lo sucedido con

⁴ Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2005/66, 59ª sesión, 20 de abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.17.

⁵ Consejo de Derechos Humanos, 21º período de sesiones, 2012, A/67/53/Add.1, p. 29.

⁶ Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 180.

⁷ Corte IDH, caso *Gomes Lund (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 109.

relación a dichas violaciones”⁸. En este sentido, la Corte reitera que el acceso a la información pública es necesario para esclarecer la verdad de los hechos y, por lo mismo, “en casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes. Asimismo, cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito. De igual modo, tampoco puede quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada”⁹.

Sobre esta materia, en sus recomendaciones al Estado chileno de 2009 el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT), lo instó “a que facilite a los tribunales de justicia toda la información pertinente que obre en su poder para facilitar la labor de impartir justicia. El Comité insta igualmente al Estado parte a que derogue la disposición de la Ley 19.992 mediante la cual se establece el secreto durante 50 años de información relativa a la práctica de la tortura durante la dictadura”¹⁰. Por su parte, a raíz de las observaciones finales al sexto informe periódico de Chile respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos recomendó en 2014 al Estado a “... [c]ontinuar desplegando un esfuerzo riguroso para impulsar activamente las investigaciones respecto de todas las violaciones de derechos humanos, velando porque en estas investigaciones se identifique a los responsables, se los enjuicie y se les impongan sanciones apropiadas y proporcionales a la gravedad de los crímenes. Debe también hacer públicos los documentos de la Comisión de Verdad y Reconciliación y la CNPPT”¹¹.

Por otra parte, el derecho a la verdad implica no solamente el derecho de las familias y de la sociedad a conocer lo ocurrido, sino que requiere también que el Estado desarrolle políticas públicas que garanticen la elaboración de las memorias sobre el pasado y que promuevan una cultura de respeto a los derechos humanos. En este sentido, la construcción y preservación de los archivos en esta materia opera como una garantía de no repetición. Acorde a los principios orientadores para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad¹², el Estado debe “preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario

⁸ Ibídem, párr. 200.

⁹ Corte IDH, caso Gomes Lund (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 202.

¹⁰ Comité contra la Tortura, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 19 de la Convención: Chile, CAT/C/CHL/CO/5, 23 de junio de 2009, párr. 19.

¹¹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*. CCPR/C/CHL/CO/6, aprobadas por el Comité en su 111º período de sesiones, 7 – 25 de julio de 2014.

¹² Orentlicher, D. (8 de febrero de 2005). Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/ CN.4/2005/102/Add.1

para facilitar el conocimiento de tales violaciones" (Principio 3). Además de adoptar las medidas técnicas y eventuales sanciones para impedir la alteración o destrucción de los archivos (Principio 14), el Estado debe facilitar la consulta de los mismos en interés de las víctimas y de sus familiares, e incluso para la investigación histórica salvaguardando la integridad de las víctimas y de otras personas (Principio 15). Respecto de las normas técnicas para la conservación de los archivos existen los estándares elaborados por el Consejo Internacional de Archivos, plasmados en la Norma internacional general para la descripción archivística –ISAD(G)–, que contiene medidas para garantizar las condiciones de acceso a los archivos y la preservación de los materiales (International Council on Archives, 2011). Este organismo adecuó los estándares ISAD(G) a los archivos en derechos humanos (International Council on Archives, 2012).

b) Derecho de acceso a la información pública

Si bien el derecho a acceder a la información pública no está expresamente reconocido en los tratados internacionales, el derecho internacional de los derechos humanos lo ha concebido como parte de la libertad de expresión. La Corte IDH, en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, señaló que "el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto"¹³.

Tal como agrega la Corte, "para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad"¹⁴. Así, el principio de máxima divulgación de la información pública debe considerarse la norma, y su restricción, solo una excepción. Para la Corte IDH, "en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones"¹⁵. De este

¹³ Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006, párr. 77. El artículo 13 de la CADH, en su párrafo primero, señala que "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".

¹⁴ Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006, párr. 87.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 92.

modo, para la Corte IDH todo régimen de excepciones a la publicidad de la información debe estar restringido a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad¹⁶.

En este mismo sentido, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión IDH señala que “el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”¹⁷. Por su parte, los Principios de Johannesburgo, en su numeral 19, señalan que “ninguna restricción sobre el libre flujo de información podrá ser de tal naturaleza como para estorbar los propósitos de los derechos humanos y el derecho humanitario”¹⁸. En este sentido, para la Relatoría Especial para la libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA), “excepciones como “Seguridad del Estado”, “Defensa nacional” u “Orden público” deben ser definidas e interpretadas de conformidad con el marco jurídico interamericano y, en particular, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ningún caso puede mantenerse secreta y reservada a los órganos de administración de justicia o de esclarecimiento histórico, la información sobre graves violaciones de derechos humanos imputadas a las agencias del Estado”¹⁹. Y es que “en los procesos transicionales, el respeto pleno por el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información contribuye como pocos a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”²⁰.

Datos personales

El derecho de acceso a la información pública eventualmente podría vincularse con derechos de terceras personas, por lo tanto es necesario tener en cuenta que las personas e instituciones, públicas o privadas, que trabajan con documentos y archivos que puedan contener datos personales deben tener especial precaución, ya que puede contener información privada respecto de terceras personas. Los datos personales son una manifestación

¹⁶ Ver Corte IDH, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 89 a 91. Esto es lo que la Corte IDH denomina el “test de convencionalidad”, el cual determina la legitimidad de la restricción a un derecho.

¹⁷ CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, principio 4, adoptada en su 108º período ordinario de sesiones, 2000.

¹⁸ Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, Principio N° 19: Acceso a áreas restringidas. Estos principios fueron elaborados y aprobados en 1995 por un conjunto de expertos/as en Derecho Internacional, Seguridad Nacional y Derechos Humanos.

¹⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Acceso a la información sobre violaciones de Derechos Humanos, 2009, párr. 23.

²⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Acceso a la información sobre violaciones de Derechos Humanos, 2009, párr. 16. Al respecto también se ha planteado que “desde la perspectiva de la transparencia y el acceso a la información, la literatura coincide en señalar (y ofrece múltiples ejemplos) que con frecuencia se reserva injustificadamente información pública porque presumiblemente su divulgación causaría un daño a la seguridad nacional” (Guerrero, 2010, p. 14).

de la vida privada de las personas, bien jurídico protegido por el artículo 11 de la CADH, al señalar que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación”. Asimismo, en una redacción muy similar, el artículo 17 del PIDCP señala que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

Sobre este derecho, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 16, planteó que “la recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y porque nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación”²¹.

III. Proyecto de ley

La moción mediante la cual se presentó este proyecto de ley tenía por objeto derogar la Ley 18.771, publicada en 1989 por la dictadura militar luego de la derrota en el plebiscito de 1988 y un año antes de hacer abandono del poder y de la instauración del régimen democrático chileno. La Ley 18.771 dispuso la modificación del decreto con fuerza de ley N° 5.200, de 1929 del Ministerio de Educación Pública, agregando un inciso final a su artículo 14 que, en líneas gruesas: (i) Eximió del ingreso anual al Archivo Nacional de la documentación y archivos de más de cinco años de antigüedad provenientes del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y de los demás organismos dependientes de esa Secretaría de Estado o que se relacionen con el Supremo Gobierno por su intermedio; (ii) Estableció asimismo que tal información se archivaría y eliminaría conforme a lo dispuesto por la reglamentación ministerial e institucional respectiva; y, (iii) Exceptuó a las mismas instituciones respecto de la facultad del Conservador del Archivo Nacional para visitar sus archivos.

²¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 16. Artículo 17: Derecho a la intimidad, 1988, párr. 10.

Durante el primer trámite constitucional el proyecto en análisis fue objeto de estudio y discusión en una primera instancia ante la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados y en una segunda instancia ante la Comisión de Defensa Nacional, siendo objeto de indicaciones en ambas comisiones.

En la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios el proyecto fue objeto de una indicación que lo reemplaza por un texto con dos numerales. Mediante el primero se suprime el inciso final del artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley No 5.200, incorporado mediante la ley 18.771 de 1989; y el segundo prescribe, mediante un artículo transitorio, que toda la documentación del ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y de los organismos dependientes de esa secretaría de Estado, o que se relacionen con el gobierno por su intermedio, y que no haya sido eliminada en conformidad con el artículo 14 inciso final, deberá ser remitida inmediatamente al Archivo Nacional. La indicación sustitutiva fue votada y aprobada por unanimidad en dicha comisión.

Durante el análisis del proyecto de ley ante la Comisión de Defensa Nacional se presentaron dos indicaciones de carácter complementario. La primera de ellas para sustituir el inciso final del artículo 14 del DFL No. 5.200, en el sentido de establecer que la documentación del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Armadas y de los demás organismos dependientes de esa Secretaría de Estado o que se relacionen con el Supremo Gobierno por su intermedio, así como de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, en que consten actos que hayan sido declarados secretos o reservados, será custodiada y conservada en las dependencias que dichas instituciones señalen, mientras los efectos de dicha declaración se encuentre vigentes. Se estableció que la custodia, conservación y ordenación de estos documentos se regulará a través de reglamentos. Se estipula que a estos documentos no les será aplicable lo establecido en el artículo 18 de esta ley, el cual establece a su vez la facultad del Conservador del Archivo Nacional para visitar los archivos, atribución que se ejerce en otras reparticiones para uniformar las normas de conservación y ordenación de los documentos.

En relación al artículo transitorio se estableció un plazo de 60 días para la remisión de los antecedentes o documentos que no revistan el carácter de secreta o reservada al Archivo Nacional.

La segunda indicación presentada dice relación con establecer explícitamente que las causales de secreto o reserva no podrán ser invocadas tratándose de información relacionada con violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad. Ambas indicaciones fueron aprobadas por unanimidad.

El 19 de noviembre se votó el proyecto en la sala de la Cámara de Diputados siendo aprobado por 84 votos a favor, habiendo una abstención, y remitiéndose el correspondiente informe al Senado de la República.

IV. Análisis del proyecto de ley

El proyecto de ley en análisis avanza hacia un régimen de acceso a la información más amplio y democrático, salvaguardando el acceso a información valiosa relacionada con violaciones a los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, inclusive en casos en que dicha documentación haya sido catalogada como secreta o reservada.

a) Derecho a la verdad

El proyecto de ley se preocupa de resguardar los antecedentes y documentación que haya sido catalogada como reservada o secreta, en base a aquello ya definido por la legislación vigente. A la vez amplía el espectro de protección que los y las ciudadanas tienen respecto del derecho a acceso a la información y consecuentemente, al derecho a la verdad.

El derecho a la verdad es un derecho que detentan tanto las víctimas directas e indirectas como la sociedad completa, tal como reconoció la Corte IDH, por ejemplo en el caso *Gomes Lund vs. Brasil* previamente citado. De ahí que la relevancia de este proyecto de ley radique en el derecho de la sociedad a conocer la historia reciente de Chile y con esos antecedentes, satisfacer las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, particularmente la garantía de no repetición.

En los términos redactados el proyecto, desde un enfoque preventivo implica un desincentivo a la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, en tanto sobrepone el derecho a la verdad —en materias relacionadas con violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad— al carácter secreto o reservado que se le haya atribuido a determinados documentos o información. Asimismo, contribuye a satisfacer la obligación de sancionar este tipo de crímenes, abriendo las posibilidades de acceder a información que pudiera ser importante para la justicia. En términos de la obligación de reparación, el acceso a la verdad es determinante para enmendar el daño causado no sólo respecto de las víctimas directas sino también de las indirectas y en general, contribuye a la reparación del daño que socialmente generan las violaciones a los derechos humanos.

b) Derecho de acceso a la información pública

En caso de mantener la normativa actualmente vigente, es decir en caso que se rechace el proyecto de ley, se atenta contra el derecho de toda persona a acceder a la información pública, pues se deja a criterio exclusivo del Ministerio de Defensa, Fuerzas Armadas y de orden la mantención o eliminación de determinados archivos, sin que puedan ser objeto de control por parte de un tercero imparcial, los actos de autoridad administrativa que así lo dispongan, a diferencia de lo que sucede con el régimen general que radica tal facultad de supervigilancia en el Archivo Nacional. La falta de acceso a la información

clave respecto de las fuerzas armadas y de orden, como parte integrante de un atentado amplio y sistemático a la libertad de opinión y expresión, ha buscado inhibir el ejercicio del control democrático en función de una sociedad que demanda mayor verdad y justicia respecto de las violaciones masivas y sistemáticas cometidas durante la dictadura, crímenes que constituyeron parte de una política estatal de represión y eliminación de la disidencia al régimen de facto. El hecho de que la Ley 18.771 haya sido adoptada poco tiempo después del triunfo de la opción "No" en el plebiscito del año 1988 da cuenta de la intención deliberada de ocultar información sensible para el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido. La moción parlamentaria original generaba un cambio respecto de las atribuciones con que cuenta el Conservador del Archivo Nacional para visitar los archivos del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad, atribución que se ejerce actualmente en las restantes reparticiones públicas con el fin de uniformar normas de conservación y ordenación de los documentos, y que está establecida en el artículo 18 del DFL N°5.200. El artículo que se pretende modificar varía dichas atribuciones en cuanto el artículo original lo excluía de cumplir esta función respecto del Ministerio de Defensa y las instituciones u organismos referidos en el inciso final del artículo 14.

Por su parte, el texto aprobado en primer trámite por la Cámara de Diputados estipula que respecto de los documentos señalados en el inciso final del artículo 14 no será aplicable lo establecido en el artículo 18, es decir, el ejercicio de las facultades del Conservador del Archivo Nacional.

Lo anteriormente señalado es contrario al objetivo planteado en la moción parlamentaria y además, establece limitaciones al acceso a la información que se escapan de aquellos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos; en cuanto el ejercicio de las facultades del Conservador del Archivo Nacional no dicen relación con la publicidad de la información contenida en los documentos, sino con la verificación del cumplimiento de estándares en materia de archivo y registro. Por lo demás, el cumplimiento cabal de las facultades del Conservador del Archivo Nacional respecto de estos documentos se puede considerar un resguardo interno y adecuado para verificar que efectivamente los documentos declarados secretos o reservados cumplen con los requisitos legales para ello. Por tales motivos, el INDH considera oportuno que en segundo trámite constitucional se corrija este defecto y se permita el ejercicio de las facultades generales de visita que ostenta el Conservador del Archivo Nacional según el artículo 18 del DL 5200. Ello, sin perjuicio de que tal funcionario quedaría igualmente sujeto a guardar secreto sobre el contenido de los documentos reservados a los que tuviera acceso, según las reglas generales.

Por otro lado, si bien de acuerdo al artículo 2° de la Ley 20285, Ley sobre Acceso a la Información Pública, las normas sobre transparencia de la información de los actos de la administración del Estado resultan aplicables, entre otros, a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, subsiste en opinión del INDH la inquietud de si el artículo 23 de la

misma ley²² resultará suficiente a los efectos de cumplir con el propósito del proyecto de ley en análisis, esto es discernir que la materia calificada como reservada o secreta no involucre antecedentes relativos a violaciones a los derechos humanos, o de delitos de lesa humanidad. Es importante destacar que el resguardo de la información no es sólo relevante desde una perspectiva funcional a procesos judiciales pendientes relacionados con el pasado dictatorial reciente de nuestro país, sino que también dice relación con la necesidad de preservar documentos importantes que permitan conservar tanto la identidad cultural como patrimonial de nuestro país, y de esta manera posibilitar posterior desclasificación que permita el estudio de los investigadores en materias sumamente diversas.

El INDH se permite recordar que Chile debe garantizar el acceso a la información que esté relacionada con violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, y en ese sentido aún falta la adopción de diversas medidas para lograrlo. Vale la pena recordar la recomendación contenida en el Informe Anual 2014 sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, en el sentido de eliminar la cláusula de secreto de la ley 19.992 a los fines de que los tribunales de justicia tengan acceso a los antecedentes necesarios, siempre que con ello no se afecten derechos de terceros. Y en este mismo sentido hace falta el establecimiento de una política pública de archivos que sea capaz de garantizar la integridad y el acceso público a los documentos asociados a violaciones a los derechos humanos.

V. Conclusiones

- I.- El INDH recuerda a los órganos del Estado, incluyendo el Poder Legislativo, su deber general de garantía y su obligación de ofrecer protección frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros. En este sentido el proyecto de ley que se analiza es considerado un avance que acerca a nuestra sociedad al ejercicio pleno del derecho a la verdad y del derecho de acceso a la información pública. Este proyecto de ley es, desde esa perspectiva, una valiosa oportunidad para sentar las bases de una nueva forma de manejo y resguardo de información relevante tanto en materia de derechos humanos, como también de seguridad nacional y de la ciudadanía.

²² El artículo 23 de la Ley 20285 señala lo siguiente: "Los órganos de la Administración del Estado deberán mantener un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, en las oficinas de información o atención del público usuario de la Administración del Estado, establecidas en el decreto supremo N° 680, de 1990, del Ministerio del Interior:

El índice incluirá la denominación de los actos, documentos e informaciones que sean calificados como secretos o reservados de conformidad a esta ley, y la individualización del acto o resolución en que conste tal calificación."

2.- El INDH manifiesta su preocupación por la limitación que se establece en el proyecto de ley respecto del ejercicio de las facultades del Conservador del Archivo Nacional en relación a la documentación en que consten actos que hayan sido declarados secretos o reservados, entendiendo que las atribuciones de dicho Conservador no implican publicidad sino la adopción de medidas para el adecuado resguardo y mantención de la documentación, como asimismo, una medida que apunta a la transparencia y control en la adecuada calificación de la reserva o secreto.

