

Actividad legislativa y
derechos humanos en Chile

**PRINCIPALES INFORMES DEL INDH
AL CONGRESO NACIONAL
2019-2020**

5

INDH
INSTITUTO NACIONAL DE
DERECHOS HUMANOS 

Actividad legislativa y
derechos humanos en Chile

**PRINCIPALES INFORMES DEL INDH
AL CONGRESO NACIONAL
2019-2020**



Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Sergio Micco Aguayo, Director

Consuelo Contreras Largo

Sebastián Donoso Rodríguez

Carlos Frontaura Rivera

Debbie Guerra Maldonado

Yerko Ljubetic Godoy

Branislav Marelic Rokov

Salvador Millaleo Hernández

Cristián Pertuzé Fariña

Margarita Romero Méndez

Eduardo Saffirio Suárez

Equipo de trabajo INDH

Rodrigo Bustos Bottai

Natalia Arévalo Arévalo

Nicole Lacrampette Polanco

Tania Rojas Muñoz

Julio Cortés Morales

Sebastián del Pino

Natalia Labbé Céspedes

Sònia Lahoz i Ubach

Edición de textos

Eliana Largo Vera

Diseño y diagramación

Michèle Leighton Palma

Impresión

Imprex Impresiones

ISBN: 978-956-6014-29-4

Registro de Propiedad Intelectual: 2020-A-9775

Primera edición

1.500 ejemplares

Santiago de Chile

Diciembre de 2020

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	6
CAPÍTULO 1: Igualdad y no discriminación	9
• Informe sobre el proyecto de ley que modifica y fortalece la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 12.748-17)	10
• Informe sobre el proyecto de ley que modifica diversos textos legales con el objeto de eliminar la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, y consagrar su derecho a la autonomía (Boletín N° 12.441-17)	36
CAPÍTULO 2: Orden público y uso de la fuerza estatal	55
• Informe sobre el derecho de reunión pacífica	56
• Regulación legal del uso de la fuerza pública	61
• Acerca de las nuevas reglas de uso de la fuerza para las Fuerzas Armadas en estados de excepción constitucional	72
• Informe sobre el proyecto de ley que fortalece y moderniza el sistema de inteligencia del Estado (Boletín N° 12.234-02)	84
CAPÍTULO 3: Sanción penal y derechos humanos	115
• Informe sobre el proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años (Boletín N° 11.073-07)	116
• Informe sobre proyecto de ley que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica (Boletín N° 12.345-07)	124

PRESENTACIÓN

Para el INDH, el aporte de conocimientos sobre derechos humanos a través de la incidencia en la labor legislativa es una medida trascendental para lograr una efectiva armonía entre los marcos normativos nacionales y los estándares internacionales de derechos humanos.

En la normativa internacional de protección de los derechos humanos se ha expresado la necesidad de crear las condiciones que permitan a cada persona gozar tanto de sus derechos civiles y políticos, como de sus derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, se ha consagrado a nivel universal y regional el compromiso de los estados por adoptar en su normativa interna las disposiciones que permitan hacer efectivos estos derechos.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972, establece en su artículo 2 el compromiso de los estados de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”. Similar disposición se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Estado de Chile el 10 de agosto de 1990, que señala en su artículo 2 el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, indicando que “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”.

En este ámbito le corresponde al INDH promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales en derechos humanos ratificados por Chile y se encuentren vigentes, a fin de que su aplicación sea efectiva. Para dar cumplimiento a estos fines, se ha desarrollado un área de seguimiento legislativo dedicada a promover la armonía de la labor legislativa con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

De conformidad con los principios de Belgrado que fijan el marco de relación entre las instituciones de derechos humanos y el parlamento, le corresponde cooperar en la formulación de propuestas legislativas con el objetivo de adecuar las normas internas a las normas y principios del derecho internacional, a fin de construir un marco armónico y único de protección de derechos humanos.

Para ello, el INDH a través de su área de seguimiento e incidencia legislativa establece un vínculo estrecho con el trabajo realizado por los y las representantes de la ciudadanía, orientado a incorporar estándares de derechos humanos en la actividad legislativa, pudiendo incidir en la adopción de medidas -legislativas o administrativas- en aras de alcanzar la plena implementación de las normas, estándares y recomendaciones de los órganos de tratados, de los procedimientos especiales, y aquellas formuladas en el marco del Examen Periódico Universal.

El INDH trabaja para influir en la labor legislativa del país, con su presencia permanente en las comisiones y debates legislativos sobre temáticas que digan relación directa con materias de derechos humanos y que sean áreas prioritarias, así como la asesoría a las comisiones de Derechos Humanos del Congreso Nacional y a parlamentarios y parlamentarias involucrados en el debate legislativo que genera interés para la institución. Junto con ello, la entrega de informes que aborden aquellas materias, así como minutas de posición del INDH, son parte fundamental del área de seguimiento legislativo de la Unidad Jurídica Judicial.

Desde su creación el INDH ha realizado esfuerzos para el monitoreo e incidencia en la labor legislativa del país; en esa línea de trabajo se han presentado cuatro ediciones de la publicación titulada *Actividad Legislativa y Derechos Humanos en Chile. Principales informes del INDH al Congreso Nacional*, cuya primera edición comprendió el periodo de 2012 a 2014, la segunda edición el año 2015, la tercera edición los periodos de 2016 a 2017, y su cuarta edición el año 2018.

Al igual que en sus trabajos anteriores, el rol del INDH en la incidencia legislativa ve nuevamente concretada su labor mediante la presente publicación de los principales informes al Parlamento Nacional según las prioridades temáticas definidas por el INDH, las que comprenden el periodo 2019 y que en esta ocasión presenta informes sobre proyectos de ley y también sobre temáticas de especial relevancia para el debate nacional, como es el

caso de las minutas sobre el uso de la fuerza por parte de organismos policiales y el derecho a reunión pacífica.

De esta manera, pone a disposición del público las principales publicaciones, en especial para quienes tienen diversas responsabilidades en la tarea legislativa y para toda persona que pretenda armonizar el marco normativo nacional con los estándares y obligaciones del Estado de Chile en materia de Derechos Humanos.

1

Igualdad y no discriminación

Informe sobre el proyecto de ley que modifica y fortalece la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 12.748-17)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de julio de 2020 - Sesión Ordinaria N° 557.

I. Antecedentes

El proyecto de ley que modifica y fortalece la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, ingresó al Senado por moción de fecha 3 de julio de 2019. A la fecha de elaboración de este informe se encuentra en primer trámite constitucional.

La propuesta legislativa introduce las siguientes modificaciones en la Ley N° 20.609:

- (i) Agrega como objetivo de la ley la prevención de la discriminación arbitraria y la promoción y garantía del principio de igualdad.
- (ii) Modifica la definición legal de discriminación, incorporando las “preferencias” como acciones constitutivas de discriminación, estableciendo que dichas acciones constituirán discriminación “en especial” cuando se funden en categorías sospechosas, agregando “otra condición social” a dichas categorías y eliminando el inciso final del artículo segundo de la ley.
- (iii) Introduce una regla de inversión de la carga de la prueba para los casos en que de los antecedentes aportados por el recurrente resulten indicios suficientes de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación arbitraria.
- (iv) Aumenta a 500 UTM el monto máximo de la multa que puede aplicar el juez civil a las personas responsables de acciones u omisiones discriminatorias e introduce el deber judicial de ordenar el pago de una indemnización en la misma sentencia.
- (v) Elimina la multa que actualmente se contempla para los casos en que la sentencia establezca que la denuncia carece de todo fundamento.

II. El principio de igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos

En términos generales, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra el derecho de las personas a la igualdad ante la ley y en la ley, y como contrapartida, la obligación del Estado de no discriminar. Los tratados generales de derechos humanos consagran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en dos tipos de cláusulas –autónomas y subordinadas–, las cuales, sin embargo, no incluyen una definición de discriminación. Dicha definición ha sido consagrada en algunas convenciones específicas de derechos humanos, a partir de las cuales se ha construido una definición general de discriminación. Asimismo, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos han ido delimitando los elementos que resultan esenciales para efectos de diferenciar las distinciones legítimas (permitidas por el derecho internacional) de las distinciones arbitrarias, es decir, aquellas que carecen de fundamento objetivo y razonable y resultan, por tanto, discriminatorias (prohibidas por el derecho internacional).

A. Obligaciones estatales derivadas del principio de igualdad y no discriminación

Los artículos 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecen la obligación general del Estado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos humanos reconocidos respectivamente en cada convención.

Artículo 1.1 CADH:

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

Artículo 2.1 PIDCP:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción

los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Los citados artículos 1.1 CADH y 2.1 PIDCP constituyen cláusulas subordinadas de discriminación, es decir, prohíben la discriminación únicamente en el contexto de los derechos y libertades contemplados en otros artículos de los respectivos instrumentos internacionales.

Por otra parte, los artículos 24 CADH y 26 PIDCP contemplan cláusulas autónomas de discriminación, es decir, establecen una prohibición general de discriminación cuyo alcance se extiende a toda la legislación nacional y a su aplicación, con independencia de los demás derechos específicamente regulados en ambos instrumentos:

Artículo 24 CADH:

Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 26 PIDCP:

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.

En relación con la diferencia entre las cláusulas autónomas y las cláusulas subordinadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado:

El artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos

garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

Mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención¹.

De modo similar, el Comité de Derechos Humanos de Naciones ha señalado, respecto del PIDCP:

Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En

1 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 271-272. En el mismo sentido: Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 174; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 218; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 262; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 199; Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 333; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 82; Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 209, entre otros.

virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza 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.

[...]

A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto².

Por último, en virtud de la obligación de garantía, el Estado debe adoptar medidas destinadas a prevenir que tanto sus órganos como los particulares incurran en actos de discriminación, pues, como ha señalado la Corte IDH:

[...] la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de dichos derechos, significa que es responsable de la violación de éstos por parte de terceros en el evento de que no haya adoptado las medidas indispensables para impedir su trasgresión o para hacerla cesar, reparando el daño causado. Y todo ello respecto de cualquier persona que se encuentre, por cualquier causa, circunstancia o motivo, bajo su jurisdicción³.

2. Delimitación del concepto de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Si bien tanto la CADH como el PIDCP reconocen el derecho de las personas a la igualdad ante la ley y establecen a los Estados las obligaciones de no discriminar recién referidas,

2. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 1 y 12.

3. Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 87.

ninguno de estos instrumentos define el concepto de discriminación. Tal conceptualización se desarrolló, posteriormente, en los tratados de derechos humanos referidos específicamente a la eliminación de la discriminación, en particular, en el marco de Naciones Unidas, en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (CERD)⁴, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁵ y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁶, y en el Sistema Interamericano, en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad⁷, la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia⁸, la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia⁹ y la

-
4. Artículo 1.1: 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.
 5. 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 resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del 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.
 6. Artículo 2: Por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.
 7. Artículo 2.a: El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.
 8. Artículo 1.1: 1. Discriminación racial 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.
El Estado de Chile no es parte en esta Convención.
 9. Artículo 1.1: 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.

Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores¹⁰.

A partir de los elementos comunes de dichas definiciones, actualmente existe consenso, tanto en el Sistema de Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano, respecto a que el concepto de discriminación se refiere 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 propiedad o 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 personas¹¹.

De conformidad con la definición, el concepto de discriminación comprende los siguientes elementos:

(i) Un tratamiento diferenciado: distinción, exclusión, restricción o preferencia

La discriminación se refiere a una diferencia en el tratamiento otorgado, ya sea en la ley o en su aplicación, a distintas personas o grupos de personas. La igualdad es un concepto necesariamente relacional, que carece de contenido si no se aplica a la comparación entre sujetos o grupos de sujetos.

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 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.

El Estado de Chile no es parte en esta Convención.

10. Artículo 2: "Discriminación": Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.
11. En este sentido se han pronunciado, por ejemplo: Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 7; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017, párr. 62.

En consecuencia, el elemento base de la discriminación es siempre un tratamiento diferenciado, que la definición señala como “distinción”, respecto del cual indica tres formas específicas: exclusión, restricción o preferencia. De este modo, los tratamientos diferenciados que pueden constituir discriminación son tanto aquellos que establecen privilegios para determinados grupos de personas, excluyendo a la generalidad de la población, como aquellos que establecen una determinada carga o desventaja para ciertos grupos de personas, las cuales no son soportadas por el resto.

- (ii) Basado en determinados motivos: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedad o posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Las definiciones convencionales de discriminación y los citados artículos 1.1 CADH, 2.1 PIDCP y 26 PIDCP mencionan una serie de motivos sobre la base de los cuales las personas no pueden ser discriminadas.

Al respecto, cabe precisar que la enumeración de motivos no es taxativa, sino enunciativa. En efecto, tanto en el Sistema Interamericano como en el Sistema de Naciones Unidas, se ha establecido que “cualquier otra condición social” es una categoría abierta que permite la incorporación de otras categorías, no expresamente incluidas, pero que tengan una entidad asimilable¹². De este modo, se han considerado comprendidas dentro de “otra condición social” las categorías de orientación sexual e identidad de género¹³, la condición de refugiado¹⁴, las personas que viven con VIH¹⁵, y la edad en el caso de las personas mayores¹⁶, entre otras.

12. En este sentido, por ejemplo: Corte IDH. Caso Cuscul Pivara y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 129; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 202; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 8, entre otros.

13. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 91.

14. Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 240.

15. Corte IDH. Caso Cuscul Pivara y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 130.

16. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 122.

Según se expone más adelante, las distinciones basadas en alguno de estos motivos son consideradas con una alta probabilidad de resultar discriminatorias, lo que acarrea consecuencias específicas en cuanto a su justificación.

- (iii) Que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos.

Este elemento señala que la intención de discriminar no es necesaria para efectos de calificar un tratamiento diferenciado como discriminatorio, pues la discriminación puede producirse como un efecto no buscado o no previsto al establecer una determinada medida. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que:

[...] el derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria¹⁷.

En este sentido, se ha sostenido que la discriminación puede ser directa o indirecta. La discriminación es directa cuando el tratamiento diferenciado tiene por objeto la anulación o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho. Por otra parte, la discriminación es indirecta cuando una medida aparentemente neutra, sin perseguir o prever ese objeto, produce el mismo resultado o efecto perjudicial:

La Corte [IDH] estima que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Tal concepto de discriminación indirecta también ha sido reconocido, entre otros órganos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha establecido que cuando una política general o medida tiene un

17. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas), párr. 234. En el mismo sentido: Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2011 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 263.

efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo¹⁸.

2. Distinciones permitidas y prohibidas

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite que los Estados establezcan diferencias entre las personas o grupos de personas, siempre que ellas se funden en criterios objetivos y razonables. Solo constituyen discriminación las distinciones arbitrarias, es decir, aquellas que carecen de fundamento objetivo y razonable¹⁹.

De este modo, para que una distinción o tratamiento diferenciado resulte permitido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe cumplir, en primer lugar, con dos requisitos: (i) estar basada en un **criterio objetivo**, es decir, la determinación de quiénes quedarán incluidos y excluidos en la aplicación del criterio no debe obedecer a apreciaciones sujetas interpretación, y (ii) obedecer a una **justificación razonable**, lo que implica que la distinción persiga una finalidad legítima con arreglo a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y sea proporcional para la consecución de dicha finalidad²⁰. Todo tratamiento diferenciado que no cumpla con estos requisitos resultará discriminatorio y, por tanto, prohibido por el Derecho Internacional.

18. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas), párr. 235. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, que ha definido la discriminación indirecta como "una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a discriminación por su efecto adverso exclusivo o desmedido para una categoría de personas" (Derksen v. Países Bajos, CPR/C/80/D/976/2001, párr. 9.3).

19. En este sentido, en el Sistema de Naciones Unidas: Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 13; Aurélio Gonçalves y otros v. Portugal, CCPR/C/98/D/1565/2007, párr. 7.4; Broeks v. Países Bajos, CCPR/C/OP/2 at 196 (1990), párr. 13; L. G. Danning v. Países Bajos, CCPR/C/29/D/180/1984, párr. 13-14; Zwaan-de Vries v. Países Bajos, A/42/40, Anexo VIII, párr. 13; Hendrika S. Vos v. Países Bajos, CCPR/C/35/D/218/1986 (1989), párr. 12-13, entre otros. En el Sistema Interamericano: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017, párr. 66; Opinión Consultiva OC-18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003, párr. 89; Opinión Consultiva OC-17/02: Condición jurídica y derechos humanos del niño. 28 de agosto de 2002, párr. 46; Opinión Consultiva OC-4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. 19 de enero de 1984, párr. 56, entre otros.

20. En este sentido, por ejemplo: Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 125; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 219; Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 285, entre otros.

El examen de objetividad y razonabilidad de las distinciones ha sido complementado en la jurisprudencia internacional con el desarrollo de un test diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en los textos convencionales²¹: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Al respecto, la jurisprudencia interamericana ha señalado que:

[...] no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables. Cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo I.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad²².

De este modo, la Corte IDH ha considerado que un tratamiento diferenciado basado en alguna de estas categorías, que se consideran “sospechosas”, debe ser sometido a un escrutinio más estricto, “que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso”²³.

Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso.

21. Al respecto: Dulitzky, Ariel. “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia Interamericana”. En: *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, p. 20. También: Nash, Claudio y David, Valeska. “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En, Nash, Claudio y Mujica, Ignacio (eds.). *Derechos Humanos y Juicio Justo*. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas, COLAM, Organización Interamericana Universitaria, Lima, 2009, p. 170.

22. Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 240.

23. Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 278. En el mismo sentido: Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 241; Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 256.

El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo²⁴.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que, frente a un tratamiento diferenciado basado en alguna de estas categorías sospechosas,

[...] la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio²⁵.

Por último, cabe precisar que hasta aquí se ha examinado el principio de igualdad y no discriminación en relación con la prohibición general de establecer distinciones que carezcan de justificación objetiva y razonable. Sin perjuicio de lo señalado en este sentido, además de dicha prohibición general, que constituye una obligación negativa, el principio de igualdad y no discriminación requiere que los Estados adopten medidas positivas para garantizar el goce efectivo del derecho de igualdad a todas las personas.

Al respecto, debe considerarse que “el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”²⁶. En determinados casos, el respeto y garantía del principio de igualdad puede hacer necesario o incluso imperativo realizar distinciones entre grupos de personas. En tal sentido, la Corte IDH ha sostenido que:

24. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 24 de noviembre de 2017, párr. 81.

25. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 257. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Sentencia de 22 de junio de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 228.

26. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 8.

[...] el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados²⁷.

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contempla la posibilidad que los Estados adopten medidas especiales encaminadas a eliminar o acelerar la eliminación de la discriminación de ciertos grupos tradicionalmente desaventajados, según se examina a continuación.

4. Medidas especiales de carácter temporal

Como se ha señalado hasta aquí, las obligaciones estatales en materia de igualdad y no discriminación se extienden al respeto y garantía en condiciones de igualdad de los derechos reconocidos convencionalmente, así como a la exigencia de no discriminación en toda medida legislativa, de política pública o prácticas implementadas por el Estado, comprendiendo también el deber de adoptar medidas positivas para eliminar la discriminación y establecer mecanismos efectivos para la protección de las personas frente a la discriminación²⁸.

A lo señalado debe agregarse que, en el marco de la obligación de garantía del derecho a la igualdad, que comprende la exigencia de adoptar medidas positivas, se contemplan adicionalmente las medidas especiales de carácter temporal²⁹, que son medidas destinadas

27. Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 123.

28. En este sentido, por ejemplo, ha señalado el Comité de Derechos Humanos que "el principio de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley garantiza a todos una protección igual y efectiva contra la discriminación; que en cualquier esfera reglamentada y protegida por las autoridades públicas se debe prohibir la discriminación de hecho o de derecho; y que, al aprobar una ley, el Estado parte debe velar por que su contenido no sea discriminatorio" (Aurélio Gonçalves y otros v. Portugal, CCPR/C/98/D/1565/2007, párr. 7.4).

29. En la doctrina se ha señalado: "Estas medidas tienen la particularidad de que se destinan a los miembros de grupos vulnerables o desaventajados que han sido afectados por una situación de discriminación prolongada. [...] El requisito de legitimidad de estas medidas es que deben estar encaminadas a la igualdad efectiva en el goce de derechos que, sin estas, no resultaría posible, debido a la existencia de patrones de exclusión arraigados institucional y culturalmente. Estas medidas tienen un límite cual es su temporalidad, esto es, deben finalizar una vez alcanzado el objetivo de igualdad perseguido" (Nash, Claudio y David, Valeska. "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos". En, Nash, Claudio y Mujica, Ignacio (eds.). *Derechos Humanos y Juicio Justo*, op. cit., p. 181.

a acelerar la igualdad de facto de un determinado grupo de personas, a través del establecimiento de un tratamiento preferencial de dicho grupo, por un plazo de tiempo limitado, sin que dicha distinción resulte contraria a la prohibición general de discriminación.

Las medidas especiales de carácter temporal se encuentran consagradas explícitamente en los tratados especiales de derechos humanos referidos a la eliminación de la discriminación³⁰.

Artículo 4.1 CEDAW³¹:

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 entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

Artículo 1.4 CERD³²:

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

Según se extrae de las normas convencionales, estas medidas se caracterizan por ser especiales, en cuanto están destinadas a alcanzar un objetivo específico, y temporales, es

30. En el Sistema Interamericano, las medidas especiales de carácter temporal se encuentran contempladas en el artículo 1.5 de la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia y en el artículo 1.4 de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. Ambas convenciones han sido firmadas, pero no ratificadas, por el Estado de Chile.

31. Ver: Comité CEDAW. Recomendación general N° 25: Medidas especiales de carácter temporal. 2004.

32. Ver: Comité para la eliminación de la discriminación racial. Recomendación general N° 32: Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. 29 de septiembre de 2009, CERD/C/GC/32.

decir, que en ningún caso tendrán carácter permanente y deberán ser necesariamente retiradas cuando se hayan alcanzado los objetivos para los cuales fueron adoptadas.

Si bien estas medidas están expresamente consagradas en las convenciones citadas, referidas a la eliminación de la discriminación contra las mujeres y la discriminación racial, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado su conformidad con las disposiciones del PIDCP:

[...] 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. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto³³.

5. Reparaciones

La obligación de garantía de los derechos humanos, contemplada en general en los artículos I.1 CADH y 2.1 PIDCP, comprende el deber del Estado de reparar a quienes hayan sufrido violaciones de derechos humanos. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que, como consecuencia de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH, “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”³⁴.

En los casos de vulneraciones al derecho a la igualdad, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido medidas de reparación que contemplan tanto medidas de restitución e indemnización como medidas de no repetición, tales como la implementación de

33. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No Discriminación. 11 de septiembre de 1989, párr. 10.

34. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 166

programas de capacitación en derechos humanos con énfasis en el principio de igualdad³⁵, la elaboración e implementación de políticas públicas orientadas a la erradicación de los actos de discriminación³⁶ y, en general, la adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole, entre otras.

III. Pronunciamientos previos del INDH respecto de la necesidad de reformas a la ley N° 20.609

El INDH ha identificado determinados aspectos de la Ley N° 20.609 que requieren ser reformados a fin de avanzar en la adecuación de la legislación nacional a las obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha adquirido en materia de derechos humanos y en la garantía efectiva de los derechos reconocidos convencionalmente.

Entre las materias de preocupación que ha detectado el INDH, destacan las siguientes:

(i) Formación judicial

En cuanto al mecanismo judicial, la ley establece que la acción de no discriminación arbitraria se puede interponer ante un juez de letras. Esto requerirá un esfuerzo adicional de formación por parte del Estado porque los jueces civiles por lo general no conocen la dogmática en este tipo de cuestiones³⁷.

35. Por ejemplo, en: Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 355; Corte IDH. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 343; Caso I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 342; Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 313, entre otros.

36. Por ejemplo, en: Corte IDH. Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 320.

37. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago, p. III.

(ii) Conflicto de derechos

Respecto de los [desafíos de la ley] 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 materia³⁸.

(iii) Prevención de la discriminación

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 aprobada solo satisface una de estas dimensiones. La norma 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 debilidad³⁹.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

(iv) Medidas especiales de carácter temporal

La mayor deuda de la ley es la ausencia de medidas especiales, tales como las acciones afirmativas, que estando incorporadas en el proyecto inicial fueron eliminadas a lo largo del debate parlamentario. Diversos tratados internacionales establecen como obligación de los Estados adoptar estas acciones bajo dos requisitos: que sean temporales (mientras exista una situación de discriminación) y que no originen una nueva discriminación (que sean proporcionales). La brecha existente entre igualdad formal y sustantiva puede solucionarse en parte con la adopción de medidas de esta naturaleza, ya que permiten que toda persona o grupo discriminado (migrantes, mujeres, diversidad sexual, personas trabajadoras de casa particular, niños y niñas, indígenas, entre otros) pueda ejercer sus derechos en pie de igualdad con aquellos/as que no lo son. Este estándar de derechos humanos no fue incorporado a la ley, aun cuando han sido incorporadas en otras normas de la legislación nacional⁴⁰.

(v) Reparaciones

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 producido. 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 personas⁴¹.

40. Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012). *Informe Anual, op. cit.*, pp. 111-112.

41. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe sobre el proyecto de ley que modifica definiciones y procedimientos de la ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín 10.035-17. 22 de junio de 2015, p. 20.

(vi) Discriminación en contra de las personas LGBTI

En el transcurso de 2019, diversos ataques a personas LGBTI han sido informados por los medios de prensa. Aun cuando el año 2012 se publicó la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, esta ha sido insuficiente para prevenir la violencia y otras afectaciones de derechos contra las personas LGBTI. La normativa se limita a establecer una acción jurisdiccional para sancionar hechos de discriminación arbitraria a través de una multa a beneficio fiscal, sin disponer la obligación para los órganos de la administración del Estado de desarrollar medidas para prevenir la violencia en contra de grupos de especial protección, ni tampoco para reparar a las víctimas. Por otra parte, en el ordenamiento jurídico nacional no se encuentran tipificadas conductas que puedan ser calificadas como crímenes de odio⁴².

(vii) Definición de discriminación y medidas especiales

La Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, instaure una acción jurisdiccional para sancionar hechos de discriminación arbitraria que, de acreditarse, facultan al tribunal para dejar sin efecto el acto discriminatorio u obligar a que se realice el acto omitido, además de la determinación de una multa a beneficio fiscal. La normativa dispone genéricamente sobre la obligación de los órganos de la administración del Estado de desarrollar medidas para prevenir la discriminación, pero no de medidas especiales que garanticen el goce pleno e igual de derechos, ni tampoco disposiciones específicas para reparar a las víctimas. No se han realizado las reformas recomendadas que permitan revisar las categorías de discriminación consideradas como “no arbitrarias” para adecuar la ley a la Convención. El Estado no ha evaluado el impacto que ha tenido la normativa en la prevención y erradicación de la discriminación étnico-racial. Las estadísticas disponibles indican que desde el año 2012 al 2016 se han interpuesto 11 acciones por discriminación basada en la

42. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Datos relevantes para la adopción de la lista de cuestiones previas al séptimo informe periódico de Chile. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 13 de mayo de 2019.

“apariencia personal”, pero se carece de antecedentes suficientes para establecer cuántos de estos casos constituyen discriminación contra personas indígenas, migrantes y/o afrodescendientes⁴³.

IV. Observaciones y recomendaciones de órganos internacionales respecto de la ley n° 20.609

En el marco del mecanismo de examen de informes periódicos por parte de los órganos de tratados de Naciones Unidas, se han formulado las siguientes observaciones y recomendaciones en relación con la Ley N° 20.609:

(i) Comité para la eliminación de la discriminación racial (2013):

Si bien nota los avances legislativos para combatir la discriminación racial, preocupa al Comité que la “discriminación arbitraria” contenida en la Ley de no discriminación podría llevar a los jueces a una interpretación que justifique ciertas acciones de discriminación y exima de responsabilidad a los actores de dicha discriminación. El Comité también lamenta que la Ley citada no prevea claramente medidas especiales que garanticen el goce pleno e igual de derechos humanos y libertades fundamentales de todos los grupos en el Estado parte (art. 1, párrs. 1 y 4, y art. 2, párrs. 1 y 2).

El Comité alienta al Estado parte a revisar las categorías de discriminación consideradas “no arbitrarias” para alinear la Ley de no discriminación a la Convención. También recomienda al Estado parte que clarifique que 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 Convención⁴⁴.

(ii) Comité de Derechos Humanos (2014):

43. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe Complementario sobre la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD). Informes periódicos 22° y 23° combinados. 28 de octubre de 2019.

44. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile. 23 de septiembre de 2013, CERD/C/CHL/CO/19-21, párr. 9.

El Comité acoge con satisfacción la aprobación de la nueva ley de no discriminación. Sin embargo, le preocupa que esta ley no haya incluido el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, de conformidad con el artículo 3 del Pacto. Asimismo, el Comité nota con preocupación que prevalecen estereotipos, discriminación y marginación, en particular en contra de las mujeres (arts. 2, 3 y 26).

El Estado parte debe adoptar una legislación que garantice expresamente el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, de conformidad con el artículo 3 del Pacto. Asimismo, debe adoptar un mecanismo efectivo de reparación a las víctimas de discriminación⁴⁵.

(iii) Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (2018):

El Comité encomia al Estado parte por haber aprobado leyes esenciales para promover la igualdad sustantiva entre las mujeres y los hombres. Sin embargo, observa con preocupación que:

- a) La Ley núm. 20.609, de 2012, por la que se establecen medidas contra la discriminación sigue teniendo un ámbito de aplicación limitado y no incluye una definición amplia de la discriminación contra la mujer;
- b) La falta de aplicación de la Ley núm. 20.609 y de un mecanismo judicial para resolver los casos de discriminación contra la mujer han dado lugar a bajas tasas de enjuiciamiento (entre 2012 y 2016, solo el 3% de los casos juzgados en virtud de la Ley estaban relacionados con la discriminación); [...]

De conformidad con las obligaciones del Estado parte en virtud de la Convención y en consonancia con la meta 5.I de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el Comité recuerda sus anteriores observaciones finales (CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 11) y recomienda al Estado parte que:

- a) Apruebe, con carácter prioritario, una definición jurídica exhaustiva de todas las formas de discriminación contra la mujer que abarque las formas directas, indirectas y concomitantes de discriminación en las esferas pública y privada y establezca, en su

45. Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. 13 de agosto de 2014, CCPR/C/CHL/CO/6, párr. 11.

Constitución o en otra ley, el principio de igualdad formal y sustantiva entre mujeres y hombres, de conformidad con el artículo 2 a) de la Convención;

b) Establezca un mecanismo de denuncia judicial específico para los casos de discriminación contra la mujer y vele por que se asignen recursos humanos, financieros y técnicos adecuados para su aplicación, incluida la provisión de capacitación para la judicatura con respecto a la resolución de esos casos⁴⁶.

V. Análisis de la adecuación del proyecto de ley a los estándares internacionales de derechos humanos

I. Incorporación de la prevención de la discriminación arbitraria y la promoción y garantía del principio de igualdad como objetivos de la ley

La obligación de garantía del derecho a la igualdad comprende el deber del Estado de prevenir las vulneraciones a dicho derecho, de modo que la inclusión de la prevención como uno de los objetivos de la ley resulta coherente con las obligaciones internacionales en este sentido.

Sin perjuicio de ello, no se contempla el establecimiento de facultades judiciales para adoptar medidas específicamente orientadas a la prevención de la discriminación ni otros mecanismos concretos para hacer efectivo dicho objetivo, de modo que se mantendría la deficiencia que actualmente existe en esta materia.

2. Modificaciones a la definición legal de discriminación

La incorporación de la expresión “preferencia” en el inciso primero del artículo 2° de la ley resulta acorde con las definiciones de discriminación contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos referidos en este informe, de modo que la norma contribuye a que el alcance de la prohibición de discriminación contenida en esta ley se conforme a los estándares internacionales pertinentes.

46. Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. 14 de marzo de 2018, CEDAW/C/CHL/CO/7, párr. 12-13.

Por otra parte, la inclusión de la categoría “cualquier otra condición social” al catálogo de motivos actualmente contemplados en el artículo 2° constituye un avance significativo en la adecuación de la legislación nacional sobre discriminación a los estándares internacionales que se han expuesto en este Informe. En particular, la inclusión de esta categoría resulta necesaria para otorgar a la definición legal de discriminación el mismo alcance que tienen las prohibiciones convencionales de discriminación y para permitir que a través de la actividad judicial se puedan examinar otros motivos de discriminación no señalados expresamente en la norma.

3. Eliminación del inciso final del artículo 2°

Como ha sostenido previamente el INDH⁴⁷, las posibles colisiones de derechos en casos de discriminación deben resolverse por el juez, ponderando en concreto los derechos involucrados, y no en abstracto por el legislador. Esto, puesto que, de conformidad con los estándares internacionales referidos en ese Informe, las obligaciones estatales en esta materia exigen la adopción de las medidas necesarias para alcanzar la garantía efectiva del derecho a la igualdad en el goce de todos los derechos, sin que sea admisible establecer *a priori* diferencias de jerarquía entre determinados derechos. En este sentido, la propuesta normativa compatibiliza la acción de no discriminación arbitraria con el contenido y alcance del principio de igualdad y no discriminación, en relación con los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

4. Regla de inversión de la carga de la prueba

Como ha sido señalado, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha desarrollado un estándar de escrutinio estricto para evaluar las distinciones basadas en alguno de los motivos o categorías “sospechosas” establecidas en los textos convencionales, el cual involucra la inversión de la carga de la prueba, debiendo el Estado demostrar que el tratamiento diferenciado que ha establecido no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio, en razón de que en dichas distinciones existe un indicio de discriminación. En otras palabras, en estos casos se releva al afectado de la carga de demostrar que el tratamiento diferenciado ha sido discriminatorio, trasladando al Estado la carga de probar la razonabilidad de dicho acto.

47. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012). *Informe anual, op. cit.*

El proyecto de ley, en este sentido, contempla la introducción de una regla que invierte la carga de la prueba, estableciendo que corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, cuando de los antecedentes aportados por el recurrente resulten indicios suficientes de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación arbitraria.

La regla de inversión de la carga de la prueba que se contempla en la iniciativa legal parece seguir una lógica similar que la referida, sin embargo, la aplicación de la regla dependerá de que el recurrente aporte antecedentes de los cuales resulten indicios suficientes de que se ha producido una acción u omisión que importe discriminación, lo que parece implicar que los antecedentes acompañados por aquel deben ser capaces de formar un cierto nivel de convicción en el juez respecto de la verosimilitud de la alegación de discriminación, con lo cual, al no precisarse qué podría constituir “indicios suficientes”, la variación respecto de la situación actual parece bastante restringida, pues la carga de producir tales antecedentes permanece en el recurrente. En este sentido, la propuesta legislativa se aleja de la regla convencional, a la cual subyace la consideración de que las distinciones basadas en las categorías “sospechosas” tienen una alta probabilidad de resultar discriminatorias y, por ello, quien las establece debe probar su legitimidad.

5. Introducción del deber judicial de ordenar el pago de indemnización

La indemnización de la persona que ha sufrido discriminación forma parte de la reparación que el Estado debe otorgar a quienes han sufrido violaciones de derechos humanos. Desde este punto de vista, la incorporación de una indemnización a la víctima resulta positiva para efectos del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. Sin perjuicio de ello, es preciso reiterar que la reparación, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluye tanto la restitución o compensación como la adopción de medidas que aseguren la no repetición de los hechos que provocaron la violación de derechos, de manera tal que la sola indemnización no es suficiente para dar cumplimiento íntegro a la obligación de reparar.

VI. Conclusiones y recomendaciones

El INDH valora la moción parlamentaria como una contribución relevante para la adecuación de la legislación nacional a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile que se encuentran vigentes, y en particular, para avanzar en la garantía efectiva del derecho a la igualdad y no discriminación.

En este sentido, el INDH destaca especialmente la eliminación del inciso final del artículo 2º, la incorporación de la categoría “cualquier otra condición social” a los motivos de discriminación del artículo 2º y la introducción de la indemnización a la víctima, como medidas legislativas que dan cumplimiento concreto a las obligaciones internacionales de derechos humanos del Estado de Chile que han sido expuestas en este Informe.

Por último, sobre la base de los estándares internacionales expuestos en este Informe y de sus pronunciamientos previos en esta materia, el INDH formula las siguientes recomendaciones en relación con el proyecto de ley examinado:

1. Considerar la posibilidad de incorporar en la ley mecanismos concretos para hacer efectivo el objetivo de prevención de la discriminación que se contempla en el proyecto de ley, como por ejemplo, la facultad judicial de adoptar medidas específicamente orientadas a la prevención de la discriminación o el reforzamiento del deber general establecido en el artículo 1º de la ley en materia de prevención.
2. Considerar la posibilidad de revisar durante el debate legislativo, la adecuación de la definición legal de discriminación a los estándares internacionales referidos al principio de igualdad y no discriminación.
3. Considerar la posibilidad de incorporar en la ley la facultad de los órganos estatales competentes para establecer medidas especiales de carácter temporal dentro del ámbito de sus competencias, en los casos en que ello no requiera regulación legal.
4. En relación con las reparaciones:
 - a. Considerar la posibilidad de incorporar la reparación integral de las víctimas de discriminación a los propósitos de la ley enunciados en el artículo 1º.
 - b. Considerar la posibilidad de incorporar en la ley la facultad judicial de dictar medidas

de no repetición, como forma de reparación, en las sentencias que declaren que ha existido discriminación.

5. Considerar la posibilidad de modificar la regla de inversión de la carga de la prueba comprendida en el proyecto de ley, para efectos de que sea el tipo de distinción que se examina lo que determine su aplicación, en lugar de los antecedentes que pueda aportar el recurrente.

Informe sobre el proyecto de ley que modifica diversos textos legales con el objeto de eliminar la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, y consagrar su derecho a la autonomía (Boletín N° 12.441-17)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 10 de junio de 2019 - Sesión Ordinaria N° 485.

I. Resumen ejecutivo

El proyecto de ley que se analiza en el presente informe busca dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas en virtud de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CRPD), especialmente en su artículo 12, que regula el igual reconocimiento de la persona ante la ley, cuestión que comprende la capacidad jurídica o legal de las personas con discapacidad.

Para dichos efectos, los fundamentos del proyecto de ley¹ señalan que este “parte de la base de que reconocer la plena capacidad jurídica es un imperativo ineludible, pero reconoce que no es suficiente para el pleno respeto de los derechos fundamentales de PcDICPS”, y en la misma línea precisa que se requiere de un “sistema de apoyos en el ejercicio de la personalidad jurídica que permita a las PcDICPS expresar sus deseos y preferencias de la forma más clara posible”.

Así, la moción parlamentaria deroga una serie de normas del ordenamiento jurídico interno, especialmente del Código Civil, que actualmente privan a ciertas categorías de personas con discapacidad de ejercer por sí mismas sus derechos; además, introduce un nuevo título en la Ley N° 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, que se orienta a consagrar la figura de los apoyos para el ejercicio de la

1. Al momento de elaboración de la presente minuta, el proyecto de ley se encuentra en primer trámite constitucional, en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados.

capacidad jurídica y el establecimiento de salvaguardias para evitar que las personas que reciben apoyos sean sometidas a influencia indebida por quienes los proveen.

El INDH valora esta iniciativa, sin embargo, también expresa su preocupación relativa a determinados aspectos de su contenido. En primer lugar, dado que el artículo 30 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIPM) establece estándares idénticos a los del artículo 12 de la CRPD, parece conveniente que una reforma al actual sistema de capacidad jurídica realice un tratamiento sistemático e integral de esta materia, a fin de dar satisfacción a las obligaciones adquiridas tanto por la CRPD como por la CIPM, en lo que respecta a la derogación de las normas que limiten el ejercicio de la capacidad legal por razones de discapacidad y/o envejecimiento.

También se advierte la falta de sistematicidad del proyecto en examen, al enunciar determinadas figuras pero no dotarlas de suficiente contenido. A modo de ejemplo, el proyecto carece de un desarrollo suficiente de conceptos como: apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, sistema y planes de apoyo, facilitador/a para el ejercicio de la capacidad jurídica y salvaguardias para evitar la influencia indebida sobre las personas que solicitan y reciben apoyos para la toma de sus decisiones. Por otra parte, el proyecto contempla ciertas normas que no son necesariamente compatibles con los estándares internacionales derivados de la CRPD y la CIPM, como se desarrollará más adelante.

II. Marco jurídico nacional e internacional

A. Marco jurídico nacional

La Constitución Política contempla, en primer lugar, como base de la institucionalidad, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, estableciendo posteriormente como derecho esencial de toda persona -en el artículo 19 N° 2- la igualdad ante la ley, asegurando que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias respecto de ningún habitante de la República.

En ese orden, nuestro sistema de capacidad legal se estructura sobre las normas del Código Civil (en adelante CC). El artículo 1445 de este cuerpo normativo establece, entre

otros requisitos, que las personas deben ser legalmente capaces para celebrar actos jurídicos; a continuación, este mismo artículo, en su inciso final, agrega que “[la] capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

Por regla general, todas las personas son legalmente capaces (artículo 1446 CC). Sin embargo, se admite que determinada categoría de personas, en virtud de ciertas características que les son inherentes, carecen de la aptitud de ejercer por sí mismas los derechos de los que son titulares: las personas dementes, impúberes y sordas o sordomudas que no pueden darse a entender claramente (artículo 1447, inciso primero CC).

Las categorías utilizadas por el artículo 1447 CC, en relación con la discapacidad, son imprecisas en la actualidad, sin embargo, bajo el concepto de demencia se ha entendido que se encuentran comprendidas las personas con discapacidad mental (tanto de origen psicosocial como mental), y las personas que, en sentido estricto, se encuentran afectadas por una demencia en tanto pérdida de memoria y otras habilidades cognitivas de forma suficiente para interferir con la vida diaria, más allá de lo que podría considerarse una consecuencia del envejecimiento normal². Por otra parte, el concepto de “sordomudos” es impropio, ya que la sordera por sí misma no impide el desarrollo del habla; además, debe considerarse que las personas sordas pueden comunicarse mediante lengua de señas (siendo esta su medio de comunicación natural, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley N° 20.422) y/o lengua oral al recibir las ayudas técnicas necesarias para ello.

Como las personas incapaces no pueden actuar por sí mismas en la vida el derecho, el legislador ha dispuesto que estén sujetas a curaduría general (artículo 342 CC). El artículo 338 CC indica que “[las] tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad del padre o madre, que pueda darles la protección debida”. El artículo 340 CC agrega que “[la] tutela y las curadurías generales se extienden no solo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ella”.

2. Organización Mundial de la Salud. (2019). Demencia. Recuperado el 16 de mayo de 2019, de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia>

De acuerdo con el artículo 373 CC, “[toda] tutela o curaduría debe ser discernida”, es decir, autorizada judicialmente, aspecto que se regula en el Título VI del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, denominado “Del nombramiento de tutores y curadores y del discernimiento de estos cargos”. Además de este procedimiento, la Ley N° 18.600, que establece normas sobre deficientes mentales, en su artículo 4, inciso segundo, dispone que “[cuando] la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez o jueza que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad [...] y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador/a definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente”. Además, el artículo 18 bis de la Ley N° 18.600 establece que las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad y que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, serán curadoras provisorias de los bienes de estas, por el solo ministerio de la ley.

Las consecuencias de la declaración de la interdicción y el nombramiento de tutor/a o curador/a van mucho más allá de las meramente patrimoniales. A modo ejemplar se puede citar el artículo 16 N° 1 de la Constitución, que dispone que el derecho a sufragio se suspende por interdicción en caso demencia. A su turno, el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil dispone que no son hábiles para declarar como testigos quienes se hallen en interdicción por causa de demencia. El artículo 10, inciso segundo, de la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los/las pacientes, indica que “[cuando] la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal”.

Finalmente, como parte del marco jurídico aplicable en esta materia, cabe considerar la Ley N° 21.105, que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral, normativa que aborda la baja participación en el mercado laboral y las dificultades de acceso en condiciones de igualdad y no discriminación, incorporando cuotas laborales en el ámbito público y privado para las personas con discapacidad o personas asignatarias de una pensión de invalidez.

Del panorama jurídico descrito en lo que respecta a nuestro sistema de capacidad legal, se puede concluir que este es de carácter binario en el sentido que distingue únicamente entre personas capaces e incapaces, desconociendo las múltiples realidades que de hecho existen entre esos dos extremos. Esta realidad se refleja en múltiples esferas de la vida de la persona que es considerada incapaz, de modo que se le imposibilita de modo absoluto el derecho a desarrollar un plan de vida y ejecutarlo autónomamente.

B. Estándares internacionales de derechos humanos

La temática de la capacidad jurídica ha sido abordada de manera principal por dos convenciones internacionales de reciente data: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³ y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores^{4,5}.

Ambas convenciones establecen a los Estados obligaciones de legislar en materia de los derechos que las mismas reconocen. En particular, el artículo 4 de la CRPD establece las siguientes obligaciones generales de los Estados:

I. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

3. Adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas. La Convención fue ratificada por el Estado de Chile el 29 de julio de 2008, promulgada por decreto N° 201, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicada en el Diario Oficial del 17 de septiembre de 2008. La Convención entró en vigor para Chile el 28 de agosto de 2008.
4. Adoptada el 15 de junio de 2015 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. La Convención fue ratificada por el Estado de Chile el 11 de julio de 2017, promulgada por decreto N° 162, de 2017, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicada en el Diario Oficial del 7 de octubre de 2017. La Convención entró en vigor para Chile el 14 de septiembre de 2017.
5. Asimismo, en el Sistema Interamericano, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, anterior a la CRPD, dispone en su artículo I.2.b. in fine, que “[en] los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar [para la persona con discapacidad], ésta no constituirá discriminación”. No obstante, en 2011, el órgano supervisor de este tratado dictó una observación general mediante la cual se solicitaba a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, armonizar la norma internacional ya citada, con el artículo 12 de la CRPD.

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
 - b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- [...]

La CIPM, por su parte, establece en su artículo 4 los siguientes deberes generales de los Estados:

Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin:

[...]

- c) Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.
- d) Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

Sin perjuicio de las obligaciones de adoptar medidas establecidas en las convenciones específicas en materia de discapacidad, el deber de los Estados de adecuar su ordenamiento interno para garantizar a todas las personas, sin discriminación, existe en los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 22.

Por su parte, tanto el artículo 12 de la CRPD⁶ como el artículo 30 de la CIPM⁷ establecen estándares similares en cuanto al igual reconocimiento como persona ante la ley:

6 Artículo 12 CRPD. Igual reconocimiento como persona ante la ley:

Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

7 Artículo 30 CIPM. Igual reconocimiento como persona ante la ley:

Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria.

- En primer término, se reconoce que las personas con discapacidad y las personas mayores tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Ambas convenciones reconocen que tanto las personas con discapacidad como las personas mayores tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida.
- Los Estados deben adoptar las medidas para proporcionar a las personas con discapacidad y personas mayores el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Los Estados deben proporcionar salvaguardias efectivas y adecuadas para impedir los abusos que afecten a las personas con discapacidad y personas mayores que solicitan y reciben medidas de apoyo. Un primer nivel de estas salvaguardias guarda relación con que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, voluntad y preferencias de las personas destinatarias de dichos apoyos; evitar los conflictos de intereses y las influencias indebidas; que los apoyos sean proporcionales y adecuados a las necesidades de las personas que los solicitan y reciben; que los apoyos sean acotados en el tiempo y sujetos a revisiones periódicas por juzgados independientes e imparciales.
- Ambas convenciones indican que los Estados deben tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad y mayores a ser propietarias, heredar bienes y a no ser privadas arbitrariamente de ellos; controlar sus propios asuntos económicos, y acceder a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.

Los artículos mencionados plantean que las restricciones a la capacidad jurídica no pueden basarse en la discapacidad ni en el envejecimiento. En particular, del artículo 12 de la CRPD se deriva que las personas con discapacidad podrán ejercer su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás. Por su parte, el inciso tercero del artículo I de la CIPM establece:

Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

De la lectura conjunta de los artículos 1 inciso tercero y 30 de la CIPM, en consecuencia, se establece que el Estado podría restringir o limitar el derecho de las personas mayores al igual reconocimiento como persona ante la ley, siempre y cuando dicha restricción cumpla estrictamente con los requisitos dispuestos en la norma citada, esto es, que se establezca por ley, que tenga por objeto preservar el bienestar en una sociedad democrática, y que no contradiga el propósito y razón de dichos derechos.

En este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos consagra la obligación de los Estados de reformar sus ordenamientos jurídicos civiles a fin de permitir que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica de conformidad con la normativa ya citada. Para ello, los Estados deben establecer un sistema de apoyos (comúnmente conocidos como “apoyos en la toma de decisión”) para que las personas con discapacidad puedan tomar sus propias decisiones. A partir del citado artículo 12 de la CRPD, que establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, refiriéndose a los apoyos en la toma de decisiones, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha planteado que:

[e]l apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas⁸.

Asimismo, el Comité ha observado que:

Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o una condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente⁹.

Esta obligación específica se relaciona con la de carácter genérica, dispuesta en el artículo 4.1.a de la CRPD, mediante la cual los Estados se comprometen a “[adoptar] todas las

8. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N° 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11° periodo de sesiones, CRPD/C/GC/1, párr. 17.

9. *Ibid.*, párr. 32.

medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”.

El pleno reconocimiento de la capacidad jurídica guarda relación con otras disposiciones de la CRPD y la CIPM, tales como sus respectivos artículos 19 y 8 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. En este sentido, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Comité CRPD), al interpretar los alcances del indicado artículo 19, ha mencionado que la “[...] personalidad jurídica y la capacidad de obrar son las bases para que las personas con discapacidad logren vivir de forma independiente en la comunidad”¹⁰ y que, en tal sentido, el artículo 19 está vinculado con el reconocimiento y el ejercicio de la personalidad y la capacidad jurídicas establecidas en el artículo 12 de la CRPD.

Asimismo, el Comité CRPD, al interpretar el artículo 12 de la CRPD, ha distinguido entre capacidad jurídica y capacidad mental, señalando que la “capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)”¹¹. Por otro lado, ha precisado que la “capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales [sin embargo] los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”¹².

Un nuevo modelo de capacidad jurídica que supere los supuestos de la sustitución de la voluntad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 de la CRPD y 30 de la CIPM, debe configurarse sobre la base de dos conceptos esenciales: los apoyos y las salvaguardias. A pesar de que las disposiciones internacionales indicadas no proveen un concepto de apoyo, el Comité CRPD ha indicado que esta voz se refiere a un “término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”¹³. Doctrinariamente

10. Comité CRPD. (2017). Observación general número 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Ginebra, párr. 27.

11. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N° 1 (2014), op. cit., párr. 13.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*

se ha planteado que los apoyos para la toma de decisiones pueden ser definidos como una serie de relaciones, prácticas, medidas y acuerdos de mayor o menor intensidad, diseñados para apoyar a una persona a tomar y comunicar a otras personas decisiones sobre su propia vida¹⁴.

El Comité CRPD ha mencionado que algunas medidas de apoyo son que las personas con discapacidad puedan “escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o puedan recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse”¹⁵.

Otras medidas de apoyo pueden guardar relación “con el diseño universal y la accesibilidad –por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas–, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones”¹⁶.

En lo que respecta a las salvaguardias, el Comité CRPD ha señalado que su objetivo principal “debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas”¹⁷.

En términos más específicos, el propósito de las salvaguardias es evitar la influencia indebida sobre las personas que reciben medidas de apoyo para la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica. De conformidad con la interpretación del Comité CRPD¹⁸, “[se]

14. Dinerstein, R. (2012). Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making. Human Rights Brief, 19(2), 8–12. Recuperado de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief>

15. *Ibid.*, p. 17.

16. *Ibid.*

17. Dinerstein, R., *op. cit.*, p. 20.

18.. *Ibid.*, p. 22.

considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”.

En el caso específico de Chile, en el contexto del primer examen de cumplimiento de la CRPD, desarrollado en 2016, el Comité recomendó al Estado que “derogue toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad adultas, y adopte medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, en armonía con el artículo 12 de la Convención y la observación general núm. 1 (2014) del Comité”¹⁹.

III. Análisis de la adecuación del proyecto de ley a los estándares internacionales de derechos humanos

Tal como lo indica el título del proyecto de ley en examen, este se refiere a la eliminación de la discriminación en contra de personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial, y a consagrar su derecho a la autonomía. Para estos efectos, se modifican y derogan múltiples normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil y de la Ley N° 18.600, entre otras, que, de acuerdo se ha visto en las secciones previas de este informe, privan de capacidad legal o jurídica a determinadas categorías de personas con discapacidad y se les prohíbe el ejercicio de una serie de derechos. Además, se pretende introducir un nuevo título en la Ley N° 20.422, relativo a los apoyos, salvaguardias y cuidados para una vida independiente y el ejercicio de la capacidad jurídica.

De conformidad con los estándares de derechos humanos relativos a la regulación de la capacidad jurídica –provenientes de la CRPD y la CIPM– es dable concluir que el Estado está en la obligación de revisar su ordenamiento jurídico para permitir que todas las personas puedan ejercer por sí mismas sus derechos, sin que sean admisibles restricciones basadas

19. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. 15° periodo de sesiones, 2016, CRPD/C/CHL/CO/1, párr. 24.

en la discapacidad y/o el envejecimiento. Al respecto, como fue señalado anteriormente, en el caso de las personas mayores, la CIPM reconoce en su artículo 1° inciso tercero que los Estados podrán restringir o limitar el derecho de las personas mayores al igual reconocimiento como persona ante la ley, siempre y cuando dicha restricción se haga por ley, tenga por objeto preservar el bienestar en una sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de dichos derechos. Dado que los respectivos artículos 12 y 30 de estas convenciones establecen idénticos estándares de cumplimiento, parece necesario que el legislador los aborde con la suficiente amplitud y neutralidad para que una nueva regulación de la capacidad jurídica, incluidas las figuras de los apoyos y las salvaguardias para su ejercicio, sea aplicable a todos los casos por los cuales tradicionalmente se ha cuestionado. En este sentido, el proyecto de ley en análisis plantea una oportunidad para realizar una revisión integral del sistema chileno de capacidad jurídica, a la luz de los estándares internacionales aplicables a esta materia, con miras a consagrar una regulación sistemática del nuevo régimen de capacidad aplicable a las personas con discapacidad y personas adultas mayores.

El título que se pretende introducir a la Ley N° 20.422 por medio de este proyecto de ley, se denomina *Sobre apoyos, salvaguardias y cuidados para una Vida Independiente y el ejercicio de la capacidad jurídica*. En este epígrafe concurren elementos conceptuales que la CRPD ha distinguido en relación a su ámbito de aplicación: por un lado, las medidas de apoyo y las consiguientes salvaguardias relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica (conforme a lo prescrito en el artículo 12 de la CRPD) y, por el otro, las medidas de asistencia personal y cuidados para la realización de actividades de la vida diaria, que son mencionadas en el artículo 19 de la CRPD, de acuerdo al cual, a fin de garantizar el derecho a una vida independiente y a ser incluido en la comunidad, el Estado debe asegurar que las “[...] personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento y separación de esta”. En este sentido, sería conveniente que la regulación que se pretende introducir distinga adecuadamente entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (artículo 12 CRPD y artículo 30 CIPM), por una parte, y las medidas de asistencia personal y cuidados, por otra (artículos 16.2, 28.2.c y 19 CRPD, y artículos 2, 3, 6, 9, 12, 19, 22 y 24 CIPM, entre otros).

El nuevo artículo 83 que se pretende introducir en la Ley N° 20.422, indica como principio general que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, tanto respecto de la titularidad de derechos como en su ejercicio. Este aspecto es esencial para asegurar el cumplimiento de los estándares contenidos en el artículo 12 de la CRPD. Sin perjuicio de esto, el inciso segundo del mismo artículo 83 agrega que “[la] capacidad jurídica de las personas con discapacidad se presumirá y solo podrá restringirse en virtud de una ley”. Al respecto, cabe observar que la CRPD no reconoce la posibilidad de restringir los derechos reconocidos en dicho instrumento, mientras que la CIPM, como ha sido señalado, reconoce dicha posibilidad en su artículo 1 inciso tercero, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, siendo una de ellas el establecimiento por vía legal. En consecuencia, dicha restricción podría resultar legítima para el caso de las personas mayores, pero no de las personas con discapacidad, de conformidad con los instrumentos internacionales citados.

Por otra parte, el artículo 86 que la moción introduce en la Ley N° 20.422 dispone que cualquier “persona mayor de edad podrá establecer para sí misma un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, lo que se entenderá como el conjunto de relaciones, prácticas, medidas y acuerdos, de más o menos formalidad e intensidad, diseñadas para asistirle en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y las consecuencias de estos, y en la manifestación e interpretación de su voluntad, de sus deseos y de sus preferencias”. En el inciso inmediatamente posterior se consagra la figura del “facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica”, quien “no tendrá facultades de representación sino en aquellos que así se establezca expresamente, ya sea por el receptor de apoyos como por el juez en los casos en que este último haya establecido el plan de apoyos”. Luego, en el nuevo inciso primero del artículo 87 se precisa que “[para] efectos del sistema de apoyos, aquel que brinda los apoyos se denominará facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica, y quien los recibe, receptor de apoyos”, y la primera parte del inciso segundo del artículo 87, establece que “[el] plan de apoyos se establecerá libremente por el receptor de los mismos y por el facilitador de apoyos”. A la luz de los estándares de derechos humanos citados en este informe, las normas dispuestas en los artículos 86 y 87 del proyecto de ley son insuficientes por varios sentidos:

- En las normas citadas se establecen importantes conceptos para la configuración de un *sistema de capacidad jurídica*, tales como *sistema de apoyos*, *facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica* y *plan de apoyos*, sin que sean suficientemente definidos.
- De la lectura de los artículos 86 y 87 se deduce que los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica quedan reducidos a la figura del facilitador, sin que se establezca, al menos de un modo genérico, otras medidas de apoyo como la asistencia recíproca entre personas con discapacidad, medidas de accesibilidad y diseño universal, sistemas de lenguaje aumentativo y alternativo, y la obligatoriedad de que los órganos del Estado provean información en formatos accesibles y de lenguaje fácil. Al respecto, los artículos 4 de la CRPD y artículo I inciso segundo CIPM establecen, como obligaciones generales de los Estados, el adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos que ambos reconocen, y en este sentido, deben leerse conjuntamente con los artículos 12.3 CRPD y 30 inciso tercero CIPM, que establecen la obligación del Estado de proporcionar el acceso que las personas con discapacidad y personas adultas mayores requieran para el ejercicio de su capacidad jurídica, los cuales no limitan dichos apoyos a la figura del facilitador o facilitadora.
- La redacción de los artículos 86 y 87 no establecen suficientes garantías para evitar que el facilitador/a para el ejercicio de la capacidad jurídica asuma un rol sustitutivo de la voluntad de la persona que recibe los apoyos, especialmente considerando que el artículo 87, inciso segundo, establece que el plan de apoyos se podrá establecer también por el facilitador o facilitadora.

En relación con las salvaguardias, estas se introducen en el literal c) del artículo 90 de la Ley N° 20.422, en los siguientes términos: “[todo] plan de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica deberá regular al menos las siguientes materias: c) Las salvaguardas que se establecerán para resguardar los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales del receptor de apoyos, indicando de forma precisa las limitaciones que éstas impondrán en el actuar del facilitador”. En este sentido, el proyecto vuelve a carecer de una definición conceptual clara respecto de lo que se entenderá por salvaguardia; además, no se cumple con el estándar dispuesto en la parte final del artículo 12.4 de la CRPD, es decir, que la principal salvaguardia es el examen periódico de los apoyos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Por último, el artículo décimo primero del proyecto de ley establece que “[con] la entrada en vigencia de la presente ley, las personas con discapacidad declaradas en interdicción gozarán de plena capacidad jurídica y su curador se convertirá automáticamente en un facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica”. Aun cuando el propósito de este artículo es evitar las problemáticas de certeza jurídica al modificar normas civiles cardinales como lo son aquellas que regulan la capacidad legal, esta norma del proyecto no cumple con los estándares provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que normalmente en la designación de un tutor/a o curador/a, conforme a las normas actuales, se prescinde por completo de la voluntad de la persona cuya capacidad jurídica se cuestiona.

IV. Conclusiones y recomendaciones

El INDH valora la presentación de este proyecto de ley y su consiguiente discusión, a fin de avanzar en la implementación de la CRPD, aunque también advierte la necesidad de abordar una posible reforma a nuestro sistema de capacidad jurídica de un modo integral, de manera de incluir todas las características inherentes por las cuales se ha restringido la habilidad legal a determinadas personas, las que van más allá de las discapacidades mentales y psicosociales, debiendo abarcar, también, determinadas variables relacionadas con el envejecimiento, tales como la demencia. De este modo, se daría satisfacción a las obligaciones dispuestas en la CRPD y en la CIPM.

El INDH también observa con preocupación la falta de sistematicidad del proyecto, lo que se evidencia principalmente en la ausencia de definiciones en torno a las instituciones cardinales mediante las cuales podría establecerse un nuevo sistema de capacidad jurídica. En este sentido, resulta esencial establecer definiciones claras respecto a qué se entenderá por apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, salvaguardias, sistema y plan de apoyos. La falta de sistematicidad del proyecto se advierte también en la denominación del nuevo título que se pretende introducir en la Ley N° 20.422, donde se entremezclan figuras que son necesarias para asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad legal (apoyos y salvaguardias) y figuras relacionadas con la provisión de servicios y cuidados para la ejecución de actividades de la vida diaria.

Asimismo, el INDH observa con preocupación que la moción contempla determinados aspectos que no se condicen con los estándares de la CRPD y de la CIPM, tales como las siguientes normas que se introducen en la Ley N° 20.422: (i) el artículo 83, inciso segundo, que admite que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad pueda restringirse por ley, posibilidad que, como ha sido señalado, no se encuentra contemplada en la CRPD; y (ii) el artículo 87, inciso segundo, que establece que el facilitador o facilitadora para el ejercicio de la capacidad jurídica pueda formular el plan de apoyos, en circunstancias que la CRPD establece para las personas con discapacidad el principio de la autonomía individual y la libertad de tomar las propias decisiones (artículo 3), así como la obligación de proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar que en el ejercicio de la capacidad jurídica se respete la voluntad y las preferencias de la persona (artículo 12.4), de modo que la formulación del plan de apoyo debiese considerar expresamente dicha voluntad y preferencias. Del mismo modo, el artículo décimo primero del proyecto de ley establece que por el solo ministerio de la ley, tutores/as y curadores/as se constituyan en facilitadores/as para el ejercicio de la capacidad jurídica, lo cual es problemático considerando que dichas personas, bajo el sistema actual, han sido designadas sin considerar la voluntad y preferencias de la persona receptora de apoyos.

También se advierte con preocupación que el proyecto no desarrolla suficientemente otras medidas de apoyo, además de la figura del facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica, y que no se contemple el examen periódico de los apoyos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Por las razones advertidas, el INDH recomienda:

1. Dar un tratamiento integral y sistemático al sistema de capacidad jurídica aplicable a las personas con discapacidad y adultas mayores, de conformidad con los estándares de los artículos 12 y 30 de la CRPD y CIPM, respectivamente, y los demás estándares internacionales que les son aplicables.

2. Un nuevo sistema de capacidad legal, que cumpla con los estándares de los artículos 12 y 30 de la CRPD y CIPM, debe establecer bases conceptuales claras respecto a qué se entenderá por apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y salvaguardias que aseguren el respeto, la voluntad y las preferencias de las personas que reciben medidas de apoyo, a fin de evitar que se ejerza influencia indebida sobre ellas.

3. Ajustar la normativa a las obligaciones adquiridas por el Estado en virtud de la ratificación de la CRPD, conforme a la cual la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe reconocerse en todos los aspectos de la vida, sin que se contemple la posibilidad de restricciones o limitaciones al respecto, mientras que, para el caso de las personas mayores, cualquier restricción debe ser establecida por ley, tener por objeto preservar el bienestar en una sociedad democrática y no debe contradecir el propósito y razón de dichos derechos, debiendo establecerse expresamente tales requisitos, de conformidad con la CIPM.

4. También es necesario establecer las medidas para evitar que la figura del facilitador para el ejercicio de la capacidad jurídica reemplace la voluntad de la persona que solicita y recibe apoyos para la toma de decisiones.

2

Orden público y uso de la fuerza estatal

Informe sobre el derecho de reunión pacífica

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 20 de enero de 2020 - Sesión Ordinaria N° 526.

El derecho de reunión pacífica se encuentra reconocido tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado ha ratificado y se encuentran vigentes.

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho de reunión se encuentra consagrado, en términos generales, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los siguientes términos:

Artículo 15 CADH:

Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 21 PIDCP:

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido que existe una relación instrumental entre el derecho de reunión y el derecho a la libertad de expresión, en relación con el ejercicio de otros derechos reconocidos convencionalmente:

De forma similar, el artículo 15 de la Convención Americana "reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas". Este derecho abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de

expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente [...].

Por otra parte, el derecho internacional reconoce que el derecho de reunión no es absoluto y puede ser objeto de restricciones legítimas. De conformidad con los artículos 15 CADH y 21 PIDCP, los requisitos específicos para establecer restricciones al derecho de reunión son los siguientes:

- (i) La restricción debe estar prevista por ley.
- (ii) La restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática. A la luz de la jurisprudencia interamericana, este requisito implica que la medida restrictiva debe satisfacer una necesidad social imperiosa, es decir, debe estar orientada a satisfacer un interés público imperativo¹.
- (iii) La restricción debe ser necesaria en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

La Corte IDH ha señalado que, además de los requisitos específicos referidos, las restricciones al derecho de reunión deben cumplir con los requisitos generales a toda restricción de derechos, es decir, legalidad, fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad:

No obstante, de acuerdo a la propia Convención, el derecho a participar en política, la libertad de expresión y el derecho de reunión no son derechos absolutos y pueden estar sujetos a restricciones. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad².

1. Corte IDH, Caso Castañeda Gutman Vs. México. Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 187 y siguientes.
2. Corte IDH, Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 167-168.

Por otra parte, en el ámbito interno, el artículo 19 N° 13 de la Constitución dispone:

La Constitución asegura a todas las personas:

13° El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.

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

La remisión constitucional a las disposiciones generales de policía se ha concretado mediante el Decreto Supremo N° 1086, de 1982, del Ministerio del Interior, que regula las reuniones públicas y, en particular, establece las reglas que rigen a las reuniones en plazas, calles y demás lugares de uso público, disponiendo que las personas organizadoras de la reunión o manifestación pública deben dar aviso con dos días hábiles de anticipación al Intendente o Gobernador respectivo, expresando quiénes organizan la reunión, qué objeto tiene, dónde se iniciará, cuál será su recorrido, donde se hará uso de la palabra, qué oradores/as lo harán, y dónde se disolverá. La autoridad podrá no autorizar la reunión en calles de circulación intensa o que perturbe el tránsito público, entre otras circunstancias. El decreto, asimismo, faculta a las Fuerzas de Orden y Seguridad para impedir o disolver cualquier manifestación que no haya sido avisada dentro del plazo y con las formalidades que exige la norma.

Al respecto, las relatorías de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano se han pronunciado sobre la adecuación del Decreto Supremo N° 1086 a los estándares internacionales. Así, la Relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado:

La CIDH y esta Relatoría Especial han expresado su preocupación por la vigencia del Decreto Supremo No. 1086 que—de manera incompatible con estándares interamericanos de protección de derechos humanos y las mejores prácticas— parece confundir en la práctica la exigencia de notificación previa con un régimen de autorizaciones para manifestaciones públicas en calles, plazas y vías principales. Si bien el decreto tiene como objetivo regular el trámite de permiso previo para marchas y manifestaciones en calles y plazas, en los hechos la normativa termina facultando a las autoridades a negar el permiso a manifestaciones públicas lícitas y autoriza a las fuerzas de seguridad a disolver marchas calificadas como “no autorizadas”. En este sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho de Reunión Pacífica y de Asociación, Maina Kiai, afirmó en su informe sobre su Misión a Chile que este marco regulatorio constituía

un “régimen de autorización de facto” que “incluso cuando se expresa como notificación, convierte el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica en un privilegio”.

Esta Relatoría Especial ha afirmado que, en democracia, los Estados deben actuar sobre la base de la licitud de las protestas o manifestaciones públicas y bajo el supuesto de que no constituyen una amenaza al orden público [...].

[...]

Para que el marco jurídico chileno en esta materia pueda ser compatible con la Convención Americana y demás obligaciones internacionales contraídas por Chile, la Relatoría Especial recomienda al Estado derogar el Decreto Supremo No.1086³.

En el mismo sentido, el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, en su misión a Chile, de 2016, señaló respecto del Decreto Supremo N° 1086:

17. El Relator Especial considera que este marco normativo es de facto un régimen de autorización que no solo contradice la Constitución de Chile sino que es incompatible con el derecho internacional y con las mejores prácticas que rigen la libertad de reunión pacífica. En lo esencial, la exigencia de una autorización —incluso cuando se la denomina “notificación”— convierte el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica en un privilegio.

18. Según las mejores prácticas, los Estados pueden, a lo sumo, exigir una notificación previa para las reuniones pacíficas, pero no pueden supeditarlas a la obtención de una autorización. El objetivo de la notificación previa es que las autoridades puedan facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica y adoptar medidas para proteger a los manifestantes, la seguridad y el orden públicos y los derechos de los demás.

Del mismo modo, el INDH ha manifestado su preocupación por la falta de adecuación del Decreto Supremo N° 1086 a las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile en materia de derechos humanos:

El Decreto Supremo 1086, normativa que regula el derecho a reunión, se mantiene vigente. Pese a que ha sido fuertemente criticado por el Relator de Naciones Unidas sobre los Derechos a Reunión y de Asociación y por el INDH en sus informes de función policial, la normativa continúa sometiendo el derecho a reunión al arbitrio de las autoridades, lo que deja

3. CIDH. Relatoría Especial sobre la libertad de expresión. Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Chile, 2016, párr. 163, 164 y 167.

en evidencia la distancia existente entre la regulación interna o nacional y las recomendaciones o directrices internacionales sobre el derecho a manifestación o reunión⁴.

En tal sentido, los informes de Función Policial del INDH han recomendado al Estado en diversas oportunidades avanzar en una regulación sobre el derecho de reunión que se ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos:

Tal como se ha recomendado de forma reiterada en los Informes de Función Policial de años anteriores, y apuntando a que (1) varias distinciones realizadas por Carabineros en sus protocolos tienen su sustento en el Decreto Supremo 1086, (2) Carabineros, como órgano obediente y no deliberante, tiene el deber de hacer cumplir la normativa relativa a las reuniones públicas y, (3) al formar parte del Estado, el actuar de Carabineros debe sujetarse también a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos libremente contraídas por el Estado, “para que este último deber sea efectivo y no siendo el derecho interno una justificación legítima para excusarse de su cumplimiento, es imprescindible que el Gobierno (...) [e]n uso de sus facultades legislativas, envíe al Congreso un proyecto de ley que regule el derecho de reunión en conformidad a los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, y [e]n uso de sus facultades reglamentarias, derogue el Decreto Supremo 1086 dictando una nueva normativa que regule el derecho de reunión de una manera concordante con los referidos estándares internacionales⁵.

4. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2017). *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público*. Santiago, p. 263.

5. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 265

Regulación legal del uso de la fuerza pública

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 20 de abril de 2020 - Sesión Ordinaria N° 541.

En el presente informe se desarrollan los estándares internacionales de derechos humanos aplicables al uso legítimo de la fuerza pública por parte del Estado para efectos del cumplimiento de las funciones que la Constitución y las leyes otorgan a las policías.

Al respecto, en Chile, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública constituyen la fuerza pública y su finalidad es dar eficacia al derecho y garantizar el orden público y la seguridad pública interior. En consecuencia, los estándares que se exponen en este informe resultan aplicables al ejercicio de las funciones que dichos órganos ejecutan en pos de la consecución de los fines señalados. En este sentido, el concepto de “fuerza” que se utiliza en este informe se refiere a la expresión material del poder coactivo que el Estado ejerce, a través de las policías, en el ámbito interno o doméstico, por mandato de la Constitución y las leyes, y exclusivamente para los fines que aquellas prescriben.

Dicho concepto de fuerza se diferencia del concepto de “violencia”, la que ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud¹, como “[e]l uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”.

1. Organización Panamericana de la Salud. “Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen”. Washington, D.C., 2003, p. 5. Disponible en: https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf [Última consulta: 26 de marzo de 2020].

I. Obligaciones internacionales generales del estado en relación con la función policial

Las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, esto es, respetar y garantizar los derechos, se encuentran establecidas en el artículo I.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

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

De modo similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

La Corte IDH se ha referido al contenido y alcance de la obligación de garantía en los siguientes términos:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio

de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos²

En consecuencia, los deberes jurídicos de respeto y garantía de los derechos humanos obligan a todos los órganos del Estado y, en general, a todas las instituciones a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público. En el caso de las policías, al tratarse de los órganos a través de los cuales se manifiesta el poder público, específicamente el uso de la fuerza pública, resulta particularmente relevante que estas instituciones estén organizadas de forma tal que sean capaces de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos en los términos establecidos en la CADH y el PIDCP. Al respecto, cabe formular las siguientes precisiones:

En primer lugar, el actuar de los funcionarios policiales es un ejercicio del poder público que puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Tal como ha señalado la Corte IDH, “es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia”³.

En segundo lugar, el mantenimiento del orden público y la seguridad pública interior es un objetivo fundamental para el fortalecimiento del Estado de Derecho y para el pleno respeto y garantía de los derechos humanos. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

La construcción de una política sobre seguridad ciudadana debe incorporar los estándares de derechos humanos como guía y a la vez como límite infranqueable para las intervenciones del Estado. Estos se encuentran constituidos por el marco jurídico emanado de los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como por los pronunciamientos y la jurisprudencia de los organismos de contralor que integran los diferentes sistemas de protección. Los estándares establecen orientaciones generales, determinando

2. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 166.

3. Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 108; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 111.

mínimos de protección que deben ser necesariamente respetados por el Estado. La Comisión reitera que ha recordado a los Estados Miembros en varias oportunidades su obligación de garantizar la seguridad ciudadana y el Estado de Derecho dentro del pleno respeto de los derechos humanos. Es a partir de esta premisa que los Estados Miembros deben definir y llevar adelante las medidas necesarias para garantizar los derechos más vulnerables frente a contextos críticos de altos niveles de violencia y criminalidad, desde que la Comisión ya ha mencionado que “(...) la violencia y la delincuencia afectan gravemente la vigencia del Estado de Derecho (...)”⁴.

II. Estándares internacionales específicos sobre el uso de la fuerza

A. Regulación legal del uso de la fuerza

El uso de la fuerza por parte del Estado, a través de sus fuerzas de orden y seguridad, ha sido objeto de amplia preocupación por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en razón de la necesidad de conciliar su uso legítimo con el derecho a la vida de las personas, reconocido en el artículo 4 de la CADH y artículo 6 del PIDCP. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que “los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”⁵. En tal sentido, la Corte IDH ha señalado:

La Corte ha reconocido que los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores⁶.

4. CIDH. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. 31 de diciembre de 2009, párr. 50.

5. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 66.

6. Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 262.

Dado que el ejercicio legítimo de la fuerza pública con el objeto de garantizar la seguridad y mantener el orden público implica la afectación de los derechos de las personas sujetas a dicho uso de la fuerza, su regulación legal resulta necesaria para asegurar un ejercicio compatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

Concretamente, el deber de regular por ley el uso de la fuerza puede derivarse de la obligación de garantía de los derechos a la vida (artículos 4.1 CADH y 6.1 PIDCP)⁷, a la integridad personal (artículo 5.1 CADH)⁸ y a no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 5.2 CADH y 7 PIDCP)⁹, específicamente, en cuanto dicha obligación comprende el deber de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos convencionalmente reconocidos (artículos 2 CADH y 2.2 PIDCP)¹⁰. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana IDH ha fallado¹¹ que la falta de una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza constituye un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad, que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

-
7. Artículo 4.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".
Artículo 6.1 PIDCP: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".
8. Artículo 5.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".
9. Artículo 5.2 CADH: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".
Artículo 7 PIDCP: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".
10. Artículo 2 CADH: "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. 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".
Artículo 2.2 PIDCP: "2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".
11. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 82.

B. Principios que deben regir el uso de la fuerza

Respecto de las fuentes del derecho internacional que se refieren al uso de la fuerza por parte de las policías, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado:

A nivel mundial, dos instrumentos principales de “derecho blando” establecen con cierto grado de detalle las condiciones en las que los agentes del orden pueden utilizar la fuerza y los requisitos de rendición de cuentas: el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley [...] y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1990 [...]. El Código viene acompañado de comentarios en los que se ofrece un análisis pormenorizado de sus artículos. Estos dos instrumentos se han elaborado mediante un intenso diálogo entre funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y expertos en derechos humanos, y han sido aprobados por un gran número de Estados. Son ampliamente aceptados como expresiones autorizadas del derecho¹².

Asimismo, y en relación con estas fuentes, el INDH ha recomendado al Estado:

[...] adecuar su legislación nacional a fin de regular el uso de la fuerza, asegurando que los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego y el Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley se incorporen en la legislación. Es necesario que Chile, al igual que otros países como Argentina, México o Perú, regule por ley el uso de la fuerza y empleo armas de fuego por parte de organismos de seguridad del Estado¹³.

En el mismo sentido, y en el contexto del rol que cumplen las policías de cautelar la seguridad democrática, el INDH ha recomendado también:

[...] al Poder Ejecutivo, al Congreso y a las Fuerzas de Orden y Seguridad adoptar y promover una concepción de seguridad democrática con énfasis en la protección de las personas. Tanto

12. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns. 25° periodo de sesiones, I de abril de 2014, A/HRC/26/36, párr. 43-44.

13. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2017). *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público*, p. 265.

la normativa como las políticas que se adopten no deben restringir ilegítimamente el ejercicio de derechos fundamentales¹⁴.

Sobre la base de los instrumentos internacionales señalados y de los derechos reconocidos por los tratados generales de derechos humanos, el derecho internacional ha establecido una serie de límites al uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado, dentro de los cuales generalmente se destacan la legalidad, necesidad y proporcionalidad, como ha sostenido el INDH:

El INDH recuerda que el uso de la fuerza policial no solo debe ser legal o encomendado por autoridad competente, sino que también debe ser conducente para alcanzar un fin legítimo, estrictamente necesario y la alternativa menos lesiva para los derechos humanos¹⁵.

A continuación se examinan estos tres principios.

i. Legalidad

El uso de la fuerza debe estar regulado por un marco legal adecuado y debe tener un objetivo legítimo¹⁶. En este sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado:

Una de las responsabilidades fundamentales del Estado es la de proteger la vida, y la violación de este derecho por los propios agentes estatales representa un incumplimiento particularmente grave de su deber, que suscita dudas en cuanto a que dichos agentes puedan evitar de manera eficaz que otros cometan violaciones. Por consiguiente, un primer paso para salvaguardar el derecho a la vida consiste en establecer un marco jurídico adecuado para el uso de la fuerza por la policía, en el cual se establezcan las condiciones que justifiquen el uso de la fuerza en

14. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012). *Informe Anual 2012, Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, p. 334.

15. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2014). *Estudio exploratorio. Estado de Chile y Pueblo Mapuche: Análisis de tendencias*. Santiago, p. 126.

16. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 85; y Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 265.

nombre del Estado y se prevea un sistema de depuración de responsabilidades para los casos en que se traspasen esos límites¹⁷.

Del mismo modo, en su Informe Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público del año 2015, el INDH expresó que el principio de legalidad implica que es la ley, como garantía fundamental para la regulación del ejercicio de los derechos humanos, la que faculta de manera expresa y bajo determinados criterios objetivos y razonables a hacer uso de la fuerza¹⁸.

ii. Necesidad

De conformidad con este principio, solo cuando sea estrictamente necesario¹⁹. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley²⁰ en los siguientes términos:

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Del mismo modo, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley²¹ establecen:

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto".

17. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns. 25º periodo de sesiones, I de abril de 2014, A/HRC/26/36, párr. 26.

18. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2014). *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público*. Santiago.

19. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 85; y Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 265.

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

21. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

En consecuencia, el uso de la fuerza debe ser excepcional y utilizarse solo como último recurso. La Corte IDH ha sostenido este criterio, haciendo presente que:

[...] es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso²². El Tribunal Europeo ha señalado que no se puede concluir que se acredite el requisito de “absoluta necesidad” para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, “inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura”²³.

Asimismo, la Corte se ha referido expresamente al carácter excepcional del uso de la fuerza:

El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control. En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria²⁴.

iii. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad consagra una regla general para toda acción que pueda resultar en la afectación de un derecho, en cuanto a que debe existir una adecuada relación entre dicha afectación y el objetivo legítimo buscado. Tratándose del uso de la fuerza, el principio de proporcionalidad exige que el nivel de fuerza utilizado sea acorde con el nivel

22. Principios sobre el empleo de la fuerza, Principio N° 4.

23. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 85.

24. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 67-68.

de resistencia ofrecido o, en otras palabras, que el empleo de la fuerza no puede producir un daño mayor al que se intentaba prevenir.

Al respecto, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley establecen:

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

De conformidad con las reglas y estándares reseñados, el Estado debe prevenir la ocurrencia de excesos en el uso de la fuerza policial y, si estos se producen, investigar y sancionar a los culpables cuando corresponda. En este sentido, el INDH ha señalado que:

[...] todo acto de violencia o exceso en el uso de la fuerza por parte de Carabineros debe ser investigado en forma seria e imparcial para establecer las correspondientes responsabilidades administrativas y/o penales. Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos vinculan a la institución uniformada en el respeto y garantía de los derechos de todas las personas [...]²⁵.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado, en relación con Chile:

El Comité observa con preocupación que siguen dándose denuncias de torturas y malos tratos por parte de funcionarios del Estado. En particular, al Comité le preocupa el excesivo uso de la fuerza en el marco de protestas ciudadanas, así como casos de tortura durante el traslado y detención de personas, incluidas denuncias de violencia sexual policial en contra de niñas y mujeres, en el contexto de protestas estudiantiles (art. 7).

25. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio Exploratorio*, op. cit., p. 125.

El Estado parte debe redoblar sus esfuerzos para prevenir y eliminar la tortura y los malos tratos, entre otras cosas reforzando la formación en derechos humanos de las fuerzas del orden y de seguridad y revisando los protocolos de actuación del personal encargado de hacer cumplir la ley, a la luz de los estándares internacionales en la materia. Asimismo, el Estado parte debe velar por que todas las denuncias de tortura o malos tratos sean investigadas de manera rápida, completa e independiente, que los responsables de esos actos comparezcan ante la justicia y que las víctimas reciban una reparación adecuada que incluya servicios de salud y de rehabilitación”²⁶.

Por su parte, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha formulado las siguientes recomendaciones al Estado de Chile:

El Estado parte debe:

- a) Velar por que se lleven a cabo investigaciones prontas, imparciales y efectivas de todas las denuncias relativas al uso excesivo de la fuerza por agentes de las fuerzas del orden y seguridad pública, asegurarse de que se enjuicie a los presuntos autores, y que, de ser declarados culpables, se les impongan penas acordes con la gravedad de sus actos y se indemnice adecuadamente a las víctimas;
- b) Velar por que un organismo independiente investigue de manera pronta e imparcial todas las denuncias de uso excesivo de la fuerza y otros abusos policiales, que no haya relación institucional o jerárquica entre los investigadores de ese órgano y los presuntos autores de los hechos;
- c) Redoblar sus esfuerzos por impartir capacitación de forma sistemática a todos los agentes del orden sobre el uso de la fuerza en el contexto de manifestaciones, teniendo debidamente en cuenta los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley;
- d) Recopilar información detallada sobre el número de denuncias, investigaciones, enjuiciamientos, condenas y penas impuestas en los casos de uso excesivo de la fuerza y brutalidad policial²⁷.

26. Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 13 de agosto de 2014, U.N.Doc. CCPR/C/CHL/CO/6, párr. 19

27. Comité contra la Tortura. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 28 de agosto de 2018, CAT/C/CHL/CO/6, párr. 23.

Acerca de las nuevas Reglas de uso de la fuerza para las Fuerzas Armadas en estados de excepción constitucional

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 20 de abril de 2020 - Sesión Ordinaria N° 541

I. Antecedentes

El 22 de febrero de 2020 se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 8 del Ministerio de Defensa Nacional, que contiene las nuevas “Reglas de Uso de la Fuerza para las Fuerzas Armadas en los estados de excepción que indica”, aprobadas por dicho Ministerio el 21 de enero de 2020.

La regulación previa estaba contenida en las “Reglas de Uso de las Fuerzas (RUF) para estado de excepción de emergencia o catástrofe”, incluidas en el Anexo N° 3 del Plan de Gestión del riesgo de desastres del mismo Ministerio, aprobado en febrero de 2019.

Las nuevas reglas son aplicables para los estados de sitio, emergencia y catástrofe.

II. Estándares de derechos humanos sobre uso de la fuerza

El uso de la fuerza por parte del Estado ha sido objeto de amplia preocupación por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en razón de la necesidad de conciliar su uso legítimo con el derecho a la vida de las personas, reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte IDH ha sostenido que “los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”¹.

I. Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 66.

En otra sentencia, la misma Corte señaló:

“Los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores”².

Dado que el ejercicio legítimo de la fuerza pública con el objeto de garantizar la seguridad y mantener el orden público implica la afectación de los derechos de las personas sujetas a dicho uso de la fuerza, resulta necesaria su regulación a nivel legal para asegurar que su ejercicio sea compatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

El deber de regular por ley el uso de la fuerza puede derivarse de la obligación de garantía de los derechos a la vida (artículos 4.1 CADH y 6.1 PIDCP)³, a la integridad personal (artículo 5.1 CADH)⁴, y a no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 5.2 CADH y 7 PIDCP)⁵, específicamente, en cuanto dicha obligación comprende el deber de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos convencionalmente reconocidos (artículos 2 CADH y 2.2 PIDCP)⁶.

-
2. Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 262.
 3. Artículo 4.1 CADH: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.
Artículo 6.1 PIDCP: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.
 4. Artículo 5.1 CADH: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.
 5. Artículo 5.2 CADH: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.
Artículo 7 PIDCP: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.
 6. Artículo 2 CADH: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. 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

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana IDH ha fallado⁷ que la falta de una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza constituye un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad, que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

III. Contenido de las nuevas reglas

Dentro del marco normativo referido al inicio del Decreto N° 8 se incluye un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Además, se mencionan los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley⁸.

Luego, en los vistos y considerandos de estas nuevas reglas, se señala que “conforme al artículo quinto de la Constitución, el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que es deber del Estado respetar tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados y que se encuentran vigentes en la materia”.

Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Artículo 2.2 PIDCP: “2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

7. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 82.
8. Adoptados en 1990 por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

En cuanto al uso de la fuerza, el artículo 1 señala que durante estos estados de excepción, para “velar por el orden público y reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional”, son los jefes de la Defensa Nacional quienes “dictarán instrucciones que precisen el uso de la fuerza por parte de las unidades militares”. La precisión del “empleo de armamento y otros dispositivos” deberán hacerla en conformidad a las RUF que describe el artículo 3.

El artículo 2 señala y describe brevemente los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad, además de los deberes de advertencia y de evitar daño colateral, y el derecho al ejercicio de la legítima defensa por parte del personal de las Fuerzas Armada (FFAA), en estos términos:

- a) Principio de legalidad: La acción que realice la fuerza militar debe efectuarse dentro del marco de la ley, debe estar previamente definida, efectuarse en conformidad al ordenamiento jurídico y atendiendo un objetivo legítimo.
- b) Principio de necesidad: En el cumplimiento del deber de velar por el orden público y reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional, se puede utilizar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesaria para cumplir el objetivo de la consigna.
- c) Principio de proporcionalidad: El tipo y nivel de fuerza empleada y el daño que puede razonablemente resultar, debe considerar la gravedad de la ofensa y ser proporcional al objetivo de la consigna.
- d) Principio de gradualidad: Siempre que la situación operativa lo permita, se deben realizar todos los esfuerzos procedentes para resolver situaciones potenciales de confrontación, a través de la comunicación, persuasión, negociación, disuasión y empleo de medios disuasivos y, en última instancia, armas de fuego.
- e) Principio de responsabilidad: El uso de la fuerza, fuera de los parámetros permitidos por la ley, no sólo conlleva las responsabilidades individuales por las acciones y omisiones incurridas, sino, cuando corresponda, también las demás establecidas en el ordenamiento jurídico.
- f) Deber de advertencia: En el cumplimiento del deber de velar por el orden público y reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional, antes de recurrir al uso de la fuerza o empleo del arma de fuego, se deben tomar todas las medidas razonables para disuadir a toda persona o grupo de cometer una agresión que atente contra algún integrante de la fuerza, contra la fuerza en su totalidad, contra el objetivo de la consigna, o que altere el orden y seguridad pública, o que producto de ello afecte a otras personas o sus derechos.
- g) Deber de evitar daño colateral: Cuando se recurra al uso de la fuerza, se deben tomar las medidas necesarias para evitar daños colaterales, en particular respecto de la vida e integridad

física de las personas. Se procurará la debida asistencia de primeros auxilios a las personas afectadas.

h) Legítima defensa: Ninguna de las disposiciones del presente decreto limita el derecho al ejercicio de la legítima defensa por parte del personal de las Fuerzas Armadas, en los términos establecidos en el Código Penal y Código de Justicia Militar.

Las RUF propiamente tales están en el artículo 3, de manera muy sintética (y por ello es que los jefes de la Defensa Nacional deben basarse en ellas para precisarlas de acuerdo a las circunstancias. Estas son:

Regla N° 1. Empleo disuasivo de vehículos militares, porte de armas y despliegue de fuerzas.

Regla N° 2. Efectuar negociación, demostración visual, advertencias verbales.

Regla N° 3. Empleo disuasivo de fumígenos (granadas de humo, gas pimienta o lacrimógeno, entre otros), sistemas de sonido, luz o agua.

Regla N° 4. Empleo disuasivo de dispositivos o armamentos no letales: bastones, dispositivos eléctricos, proyectiles de pintura, de gas pimienta y lacrimógeno, y otros análogos.

Regla N° 5. Empleo de armamento antidisturbios, sin disparar a quemarropa ni apuntar directo al rostro.

Regla N° 6. Preparar el arma de fuego con clara intención de utilizarla.

Regla N° 7. Efectuar disparos de advertencia con el arma de fuego, sin apuntar a personas.

Regla N° 8. Usar armas de fuego en legítima defensa, de acuerdo a lo establecido en el Código Penal y el Código de Justicia Militar.

Regla N° 9. Usar armas de fuego como último recurso, cuando las medidas anteriormente señaladas resultaren insuficientes, conforme al artículo 5, numeral 5 de la ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción y al artículo 208 del Código de Justicia Militar, y sólo en el caso de enfrentamiento con personas que utilicen o se apresten a utilizar armas de fuego u otras armas letales, en los siguientes casos:

- En un ataque actual o inminente a un recinto militar.
- En la protección de las instalaciones, sistemas o componentes de empresas o servicios, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública cuya perturbación en su funcionamiento o destrucción tendría un grave impacto sobre la población.

Finalmente, el artículo 4 contempla normas relativas a detención, control y registro.

Las FFAA están autorizadas para realizar detenciones “por delitos flagrantes y por las faltas que excepcionalmente facultan una detención”, remitiéndose al Código Penal, de Justicia Militar y Procesal Penal (artículos 129, 130 y 134). De este modo, hay que destacar que no están facultadas para detener personas por desórdenes simples (artículo 495 N° 1), dado que no están incluidos dentro de las faltas en que el CPP autoriza a realizar detenciones.

En la letra c) del art. 4 se autoriza a realizar “control y registro de persona y vehículos”, lo que “deberá efectuarse conforme a la legislación vigente”.

Adicionalmente, se agregan consideraciones nuevas sobre:

- prohibición de someter a las personas detenidas a actos de humillación, maltrato o abuso
- obligación de informar el motivo de detención
- necesidad de limitar el empleo de la fuerza al mínimo necesario en el caso de niños, niñas y adolescentes, debiendo tener en cuenta el “interés superior del niño”
- deber de brindar primeros auxilios y traslado a unidades médicas de personas heridas
- respeto a la integridad física y psicológica de las personas lesionadas, al momento de ingresarlas a una unidad médica
- prohibición absoluta de “ejercer cualquier acto constitutivo de tortura, tratos inhumanos o degradantes en contra de las personas que se encuentren sometidas en cualquier condición, al control o actuar del personal de las Fuerzas Armadas”.

IV. Comentarios

a) En cuanto al procedimiento de reformulación de las reglas de uso de la fuerza

Cabe destacar que a pesar de la importancia del hecho de actualizar esta regulación, sobre todo a la luz de los hechos ocurridos en Chile a contar del 18 de octubre de 2019, el estado de emergencia decretado en varias regiones y las numerosas denuncias en contra de personal de las Fuerzas Armadas por violaciones a los derechos humanos que motivaron la presentación de 96 acciones judiciales⁹, el Instituto Nacional de Derechos Humanos no fue

9. Información de acciones judiciales (constitucionales y querellas) presentadas por el INDH en todo el país por hechos en que aparecen involucrados funcionarios del Ejército y Armada de Chile, actualizada a marzo de 2020. De esas 96

invitado a participar en este proceso ni tuvo conocimiento de los contenidos de esta nueva regulación hasta que fue publicada en el Diario Oficial el 22 de febrero de 2020.

De tal modo se dificulta considerablemente poder cumplir con la función legal del INDH relativa a “promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva” (artículo 3 N°4 de la Ley 20.405). Esta situación contrasta con lo que ha ocurrido en relación a la Reforma de Carabineros y las modificaciones proyectadas al Protocolo de uso de la escopeta antidisturbios, en que el INDH ha sido convocado y ha participado activamente.

b) En cuanto a los contenidos de la nueva regulación

Es positivo que se haya incluido en los considerandos la disposición constitucional relativa a los derechos humanos y que se hayan mencionado expresamente tratados internacionales de derechos humanos y los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

Con todo, y tal como hemos señalado en numerosos informes, estimamos que el uso de la fuerza por parte de agentes del Estado debiera ser materia de regulación legal, al menos en sus aspectos medulares. En efecto, se trata de actuaciones concebidas como excepcionales, que tienen la aptitud de afectar derechos fundamentales de las personas, incluyendo el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y por eso es que su regulación por decreto en normas de rango inferior al legal no cumple con el principio de reserva legal contemplado en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, que dispone que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”,

acciones judiciales, 95 se dirigen contra integrantes del Ejército y 1 contra miembros de la Armada. En el capítulo III sobre “Violaciones a los derechos humanos” del Informe Anual 2019, el INDH señala que de las 6 querellas por homicidio consumado que habían sido presentadas por hechos ocurridos entre el 18 de octubre y el 30 de noviembre del 2019, tres se dirigieron contra miembros del Ejército y una contra personal de la Armada. De las 20 querellas por homicidio frustrado en el mismo período, dos estaban dirigidas contra personal del Ejército. Por su parte, de las 476 querellas por tortura y otros malos tratos en el mismo lapso referido en el Informe Anual, 33 se referían a hechos cometidos por personal de las Fuerzas Armadas.

ni con lo señalado al respecto en el apartado sobre estándares internacionales de derechos humanos.

Por contrario, lo que tenemos aquí es una regulación infralegal bastante escueta, con el agravante que a su vez esta normativa solo contiene orientaciones generales que en definitiva tendrán que concretarse mediante instrucciones dictadas por los jefes de la Defensa Nacional, una vez que ya ha sido decretado el respectivo estado de excepción constitucional.

Sin perjuicio de ello, resulta valorable que se señale un marco detallado de normas nacionales e internacionales junto con principios y reglas claras, que servirán de base a las instrucciones que cada jefe de Defensa deberá elaborar de acuerdo a su realidad territorial.

No obstante, resultará imposible conocer su contenido para evaluar previamente si se ajusta a toda la normativa nacional e internacional referida en los Vistos y Considerandos de este Decreto N° 8. Además, de este modo tampoco se garantiza que las instrucciones dictadas por diversos jefes sean coherentes entre sí.

En cuanto a principios, llama la atención que al referirse al de Responsabilidad solo se señala que el uso de la fuerza fuera de los parámetros permitidos por la ley conlleva responsabilidades individuales por las acciones y omisiones en que se haya incurrido, y además “cuando corresponda, también las demás establecidas en el ordenamiento jurídico”.

No se indica expresamente la responsabilidad del mando, a diferencia de la Circular N° 1832 de Carabineros que cuando contempla este principio agrega que se extiende también a “la responsabilidad de los mandos llamados a dictar órdenes, supervisar y/o controlar la legalidad, necesidad y proporcionalidad en el ejercicio por parte de los subalternos”¹⁰.

No se contiene en estas nuevas RUF algo que sí estaba en las anteriores: la definición de “actos o intentos hostiles”, en los que se autorizaba el uso de la fuerza (incluyendo fuerza letal para el caso de actos hostiles). En el apéndice sobre definiciones, se señalaba que el acto hostil es “un acto perpetrado con la intención de causar muerte o daño físico

10. Carabineros de Chile. Circular N° 1.832, 1 de marzo de 2019. Encabezado Parte III. Principios para el uso de la fuerza, p. 2.

importante”. A su vez el intento hostil consistía en “la amenaza del uso inminente de la fuerza, que se demuestra a través de una actitud o acción que pudiese aparentemente en algún momento derivar en un acto hostil”¹¹.

Estas definiciones daban concreción a lo señalado en la introducción a las RUF anteriores, en cuanto a que no deben entenderse como Reglas de Enfrentamiento pues “se parte de la premisa que no debería existir ningún oponente o adversario armado y previamente identificado”¹². Sin ella, no queda claro en las nuevas Reglas cuáles son los supuestos que autorizan el uso de la fuerza, a pesar de que a propósito del Principio de legalidad se señala que “la acción que realice la fuerza militar debe efectuarse dentro del marco de la ley [y] debe estar previamente definida”¹³. Como ya se señaló, en ausencia de una ley que regule el uso de la fuerza, lo que existe es este nuevo Decreto N° 8 dictado por el Ministerio de Defensa, que en definitiva deja entregada la regulación del tema a las instrucciones que en el momento de haber sido decretado el estado de excepción cada jefe de Defensa Nacional proceda a dictar, y por eso es que definiciones mínimas como las señaladas resultan claves para limitar los supuestos de uso de la fuerza.

Tampoco se incluyó una regla clara que existía en la versión previa de las RUF, y que de acuerdo a lo observado en octubre y noviembre de 2019 no siempre se cumplió: la prohibición de “apuntar con armas de fuego en dirección de cualquier persona o en caso que no sea necesario para el cumplimiento de la misión o tarea”¹⁴.

Se valora positivamente el que estas reglas contemplen claramente la idea de proporcionalidad, partiendo desde las formas menos intensas de intervención, y reservando como último recurso el empleo de armas de fuego. Hay que destacar que de acuerdo a la Regla 9 no bastaría para su uso con que existan manifestaciones o ataques en contra de recintos militares o contra el tipo de instalaciones señaladas –como en efecto ocurrió en algunas ocasiones durante octubre y noviembre del 2019–, sino que además debe tratarse de enfrentamientos “con personas que utilicen o se apresten a utilizar armas de fuego u otras armas letales”.

11. Ministerio de Defensa Nacional. Plan de Gestión del Riesgo de Desastres. Reglas del Uso de la Fuerza. 4 de febrero de 2019. Anexo 3.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

En la Regla 5, en cuanto al uso de armamento antidisturbios, se señala que no se debe “disparar a quemarropa ni apuntar directo al rostro”. Son criterios genéricos pero relevantes, que resultan más claros que el actual Protocolo 2.8 de Carabineros sobre uso de la escopeta antidisturbios (que no señala expresamente criterios concretos en cuanto a distancia y dirección del disparo). Con todo, resultaría necesario incluir en estas Reglas una alusión directa al nuevo instrumento internacional de Naciones Unidas en la materia: la Guía sobre Utilización de Armamento Menos Letal en Procedimientos para mantener el Orden Público, de 2019¹⁵.

La Regla 3 habla del empleo disuasivo de ciertos medios entre los que se incluyen “sistemas de sonido, luz o agua”. Ignoramos en qué parte del ordenamiento jurídico se autoriza y regula el uso de esos medios, y sin ello, no se puede afirmar que estas formas y procedimientos de acción respeten el principio de legalidad.

En el propósito de limitar el uso de la fuerza, sobre todo letal, a los casos estrictamente indispensables, hubiera sido adecuado agregar una referencia como la que tiene la Circular de Uso de la Fuerza de Carabineros (N° 1.832, de 1 de marzo de 2019), cuando tras señalar los niveles de resistencia y uso de la fuerza, agrega que “se debe tener presente que este cuadro presenta un esquema de niveles de uso de la fuerza que puede aumentar o disminuir de acuerdo a la oposición o resistencia” que se enfrente, y además que “no se trata de una escala lineal e inevitablemente ascendente”, que “se debe considerar siempre que la fuerza debe disminuir si la resistencia de la persona sujeta al control o actuar policial también decrece”, y que se debe “mantener un diálogo permanente que le permita manejar la situación en cada uno de los niveles”¹⁶.

En relación a las facultades de detención de personas por personal de las FFAA, habrá que tener en cuenta que en octubre de 2019 se realizaron detenciones con medidas de

15. Esta Guía incluye principios adicionales que no están señalados en la normativa interna: principio de precaución, y principio de no-discriminación. Además, regula distintos tipos de situaciones y de armamento: desde bastones policiales a irritantes portátiles y lacrimógenas usadas a distancia, armas eléctricas, proyectiles de impacto cinético, lanza-aguas, armas acústicas y de luz. En cada una de ellas se señalan las circunstancias en que su uso es legal, los riesgos específicos asociados, y las circunstancias de uso potencialmente ilegal.

16. Carabineros de Chile. Circular N° 1.832, 1 de marzo de 2019. Encabezado Parte III. Principios para el uso de la fuerza. N° IV. Uso diferenciado y gradual de la fuerza

seguridad (esposas) de personas que solo habían infringido el toque de queda, a pesar de que no existe un delito específico al respecto más allá de la falta ya señalada del art. 495 N° 1⁷.

A la luz de esta nueva regulación podría llegar a entenderse que este tipo de detenciones ya no parecerían justificadas, pues la remisión expresa al artículo 134 del Código Procesal Penal indica que solo es posible detener personas por las faltas determinadas que en dicho artículo se señalan¹⁸.

V. Conclusiones

Resulta valorable que se hayan actualizado estas reglas, y que su contenido refleje en principio una adecuada incorporación de criterios y reglas que emanan del nivel internacional y que son citadas al inicio (sobre todo los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, además de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos en general, y sobre la prohibición de la tortura). Todo ello forma parte del marco que tendría que ser considerado por los jefes de Defensa Nacional al momento de dictar sus instrucciones.

A pesar de eso, hay varios aspectos de estas nuevas reglas que resultan preocupantes:

- No se cumpliría con la obligación de regular este tema a nivel legal.
- No obstante el señalamiento claro de normas, principios y reglas que se hace en este Decreto N° 8, en definitiva se delega en los jefes de la Defensa Nacional para el momento de declaración del estado de excepción la concreción de los mismos a nivel de instrucciones detalladas. De este modo, no se podría conocer de antemano si estas instrucciones respetan o no la normativa nacional e internacional pertinente, pudiendo incluso haber diferencias o problemas de coherencia en las instrucciones que se den en distintos lugares declarados en excepción constitucional.

17. Art. 495: "Serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual:

El que contraviniere a las reglas que la autoridad dictare para conservar el orden público o evitar que se altere, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito".

18. A saber, las que señala el Código Penal en los artículos 494 N°s 4, 5 y 19 (excluyendo en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233), 494 bis, 495 N° 21, y 496 N°s 3, 5 y 26.

- Como ya se señaló en la parte sobre estándares, la falta de una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza constituiría un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad, que podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.
- No se incorporaron algunos aspectos, como la definición de los supuestos de actos o intentos hostiles, o la prohibición de apuntar a las personas cuando ello no resulte necesario, que estaban incluidos en las RUF anteriores, y sin los cuales no se cumpliría adecuadamente con la obligación de señalar los supuestos para el uso de la fuerza y armas de fuego.
- Las nuevas reglas permitirían el uso de armas (“sistemas de sonido, luz o agua”) cuyo uso no está regulado a nivel interno, lo cual se alejaría también del señalado principio de legalidad.
- Faltó incluir expresamente en lo relativo al Principio de responsabilidad aquella que tienen los mandos, que son los encargados de dictar órdenes, supervisar y/o controlar la legalidad, necesidad y proporcionalidad en el ejercicio de la fuerza por parte del personal subalterno, junto con incluir una referencia al carácter dinámico y no lineal de la aplicación de las reglas o niveles de uso de la fuerza.

Informe sobre el proyecto de ley que fortalece y moderniza el sistema de inteligencia del Estado (Boletín N° 12.234-02)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de julio de 2020 - Sesión Ordinaria N° 559.

I. Antecedentes

El Boletín 12.234-02 fue presentado al Senado por Mensaje Presidencial el 13 de noviembre de 2018. Su objetivo declarado es fortalecer y modernizar el Sistema de Inteligencia del Estado (SIE), mediante modificaciones a la Ley N° 19.974, de 2004, que creó dicho sistema y la Agencia Nacional de Inteligencia, actual marco normativo vigente en el país sobre sistema de inteligencia¹.

Tras un largo debate en la comisión de Defensa Nacional del Senado, fueron ingresados boletines de indicaciones en mayo y noviembre de 2019, y desde el 23 de enero de 2020 está en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, con suma urgencia².

En el Mensaje del proyecto, el presidente Sebastián Piñera hace un diagnóstico de la situación actual del Sistema de Inteligencia del Estado, el que “obedece a premisas que no responden adecuadamente a las necesidades actuales”, teniendo en cuenta el riesgo de “amenazas y ataques” a la seguridad externa e interna, entre ellos el crimen organizado y el espionaje internacional. Por ello se haría necesario contar con “un sistema funcional y coordinado de inteligencia, capaz de recolectar, reunir, producir y sistematizar información de inteligencia,

1. La ANI es definida como un “servicio público centralizado, de carácter técnico y especializado, que estará sometido a la dependencia del Presidente de la República a través del Ministro del Interior; cuyo objetivo será producir inteligencia para asesorar al Presidente de la República y a los diversos niveles superiores de conducción del Estado” (art. 7 de la Ley N° 19.974).

2. Información disponible en <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>

para ser puesta a disposición de la autoridad central que tiene a su cargo el resguardo de la infraestructura crítica del Estado, y finalmente, el bienestar de las personas”³.

Esta dimensión de las políticas públicas fue abordada en el Acuerdo Nacional por la Seguridad Pública, presente en la agenda de Gobierno del actual mandatario, en que se planteó la necesidad de “reformular el SIE en su organización y funcionamiento para avanzar hacia un sistema moderno, integrado y funcional, que reúna a diversos actores en servicio de la protección de la soberanía nacional, la seguridad pública y el bienestar de los chilenos”⁴.

El actual sistema de inteligencia se encuentra regulado en la Ley N° 19.974, de 2 de octubre de 2004, definiendo a la “inteligencia” como “el proceso sistemático de recolección, evaluación y análisis de información, cuya finalidad es producir conocimiento útil para la toma de decisiones” (art. 2). A su vez, se define el actual sistema de inteligencia como “el conjunto de entidades de inteligencia que gozan de autonomía, colabora entre sí y están interrelacionadas, conduciendo y aplicando acciones particulares de inteligencia y contrainteligencia, en orden a asistir al Presidente de la República y a los distintos niveles superiores de conducción del estado, con el fin último de cautelar *la soberanía y mantener el orden constitucional*” (art. 4).

La estructura del sistema actual de inteligencia concibe un esquema integrado por la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI); la Dirección de Inteligencia de la Defensa, del Estado Mayor de la Defensa Nacional –actual Estado Mayor Conjunto (EMCO)–; las direcciones de inteligencia de las Fuerzas Armadas, y las direcciones de inteligencia de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (art. 5). Se dispone en la orgánica interna, la interrelación de dichos organismos a través del Comité de Inteligencia, instancia que funciona como coordinación técnica con el objetivo de “optimizar, regular, revisar y evaluar el flujo e intercambio de información e inteligencia, y de facilitar la cooperación mutua” (art. 6).

3. Mensaje Presidencial N° 192-366, p. 1.

4. Mensaje Presidencial N° 192-366, p. 2.

El actual artículo 8 de la ley⁵, entrega un listado de facultades y atribuciones a la ANI, núcleo central del sistema de inteligencia. Para el caso de no obtener la información requerida mediante fuentes abiertas (art. 23 y 24), se otorga la posibilidad de recurrir a procedimientos especiales de obtención de datos tales como: intervención de correspondencia, de comunicaciones telefónicas, informáticas y radiales, intrusión de sistemas informáticos, la escucha y grabación electrónica, y la intervención de sistemas tecnológicos dirigidos a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de datos. Ello, previa autorización judicial, limitado a las actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo “la seguridad nacional de las amenazas del terrorismo, crimen organizado y narcotráfico”.

Resta informar la referencia que existe en la actual normativa a la inteligencia militar y policial, la cual recae de manera exclusiva en los servicios de inteligencia de las ramas castrenses⁶, que considera la función de “detectar, neutralizar y contrarrestar, dentro y fuera del país, las actividades que puedan afectar la defensa nacional” (art. 20).

-
5. Art. 8: “Corresponderán a la Agencia Nacional de Inteligencia, en adelante la Agencia, las siguientes funciones:
- a) Recolectar y procesar información de todos los ámbitos del nivel nacional e internacional, con el fin de producir inteligencia y de efectuar apreciaciones globales y sectoriales, de acuerdo con los requerimientos efectuados por el Presidente de la República.
 - b) Elaborar informes periódicos de inteligencia, de carácter secreto, que se remitirán al Presidente de la República y a los ministerios u organismos que él determine.
 - c) Proponer normas y procedimientos de protección de los sistemas de información crítica del Estado.
 - d) Requerir de los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, así como de la Dirección Nacional de Gendarmería, la información que sea del ámbito de responsabilidad de estas instituciones y que sea de competencia de la Agencia, a través del canal técnico correspondiente. Los mencionados organismos estarán obligados a suministrar los antecedentes e informes en los mismos términos en que les sean solicitados.
 - e) Requerir de los servicios de la Administración del Estado comprendidos en el artículo 1º de la ley N° 18.575 los antecedentes e informes que estime necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, como asimismo, de las empresas o instituciones en que el Estado tenga aportes, participación o representación mayoritarios. Los mencionados organismos estarán obligados a suministrar los antecedentes e informes en los mismos términos en que les sean solicitados, a través de la respectiva jefatura superior u órgano de dirección, según corresponda.
 - f) Disponer la aplicación de medidas de inteligencia, con objeto de detectar, neutralizar y contrarrestar las acciones de grupos terroristas, nacionales o internacionales, y de organizaciones criminales transnacionales.
 - g) Disponer la aplicación de medidas de contrainteligencia, con el propósito de detectar, neutralizar y contrarrestar las actividades de inteligencia desarrolladas por grupos nacionales o extranjeros, o sus agentes, excluyendo las del inciso segundo del artículo 20”.
6. Dirección de Inteligencia del Ejército (DINE), Dirección de Inteligencia de la Armada (DINA), Dirección de Inteligencia de la Fuerza Aérea (DIFA), y Dirección de Inteligencia de la Defensa, del EMCO.

Sobre la inteligencia policial, señala la ley, “es una función que únicamente puede efectuar Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones (PDI), incluyendo mecanismos de procesamiento de datos de personas, grupos y organizaciones que pudiesen amenazar el orden y la seguridad pública interior” (art. 22).

En el contexto actual, después de la crisis social de octubre de 2019, esta iniciativa legal forma parte de una agenda gubernamental en materia de seguridad pública estructural del Gobierno, que incluye otros proyectos, como el de resguardo de infraestructura crítica y la Reforma de Carabineros. No obstante, ha sido objeto de fuertes críticas, principalmente por las facultades que comprende sobre monitoreo y seguimiento de actividades perfectamente lícitas. Así, distintas organizaciones sociales, políticas, gremiales y prensa han presentado reparos a la actual normativa, especialmente a propósito de la filtración de información sobre actividad de inteligencia policial, específicamente aquella obtenida de fuentes abiertas por parte de Carabineros de Chile en el seguimiento de diversos actores sociales vinculados a movimientos sociales, medioambientales y sindicales, como son dirigentes y voceros o voceras de la ANEF, No + AFP y organizaciones estudiantiles, entre otros⁷.

A raíz de lo anterior, y considerando la discusión en torno al “límite de la actividad de inteligencia del Estado”, fue promovida por un grupo de diputadas y diputados (70) una comisión investigadora en la Cámara⁸, cuyo fundamento refiere los hechos ocurridos el pasado “1 de noviembre, a través de una filtración de datos, se reveló que Carabineros posee fichas personales de distintas personas representantes y vinculadas a organizaciones de carácter social y política, en las cuales se reflejan labores de seguimiento por parte de la institución.

Por ello, se estima necesario establecer, para el cuidado de la democracia, las causas y motivaciones que justificaron un proceso de seguimiento de organizaciones sociales, sindicales y gremiales”⁹.

7. Información disponible en <https://interferencia.cl/articulos/pacoleaks-estos-son-los-nombres-y-organizaciones-que-han-sido-vigiladas-por-carabineros-en>

8. Comisión Especial Investigadora del proceso de recolección, evaluación y análisis de información de organizaciones sociales, políticas y actores sociales relevantes por parte de Carabineros de Chile en los últimos 5 años. Información disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/comisiones/integrantes.aspx?prmlD=2642>

9. Ver en <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2019/11/14/sala-de-la-camara-de-diputados-aprobo-comision-que-indagara-sobre-investigaciones-de-carabineros-a-dirigentes-y-actores-sociales/>

Más recientemente, causó un profundo impacto el conocimiento de un Acuerdo entre la ANI y el Servicio Nacional de Menores, que finalmente fue dejado sin efecto.

II. Contenidos del Proyecto de Ley

El Mensaje Presidencial 192-366 y las indicaciones que se han aprobado hasta diciembre de 2019 introducen un conjunto de modificaciones al SIE estructurado en el 2004 mediante la Ley N° 19.974¹⁰.

Aunque no estaba contemplado en el Mensaje, fue incorporada la redefinición de los conceptos de inteligencia y contrainteligencia mediante una indicación del Ejecutivo aprobada en las Comisiones Unidas del Senado.

La indicación I propuso incluir dentro del concepto de inteligencia dos nuevas actividades definidas en la Ley N° 19.628¹¹: el almacenamiento y tratamiento de datos e información. En la discusión en que fue aprobada, el Ejecutivo subrayó que la Agencia no tiene por misión recabar información, sino que “producir inteligencia” a partir de ella, y se aprobó una nueva definición que incluye: “búsqueda, obtención, recolección, evaluación, integración, análisis, tratamiento y almacenamiento de datos e información”¹².

La indicación 7, también del Ejecutivo, propuso ampliar en la letra b) –que define la contrainteligencia como aquella parte de la actividad de inteligencia cuya finalidad es detectar, localizar y neutralizar las acciones de inteligencia desarrolladas por otros Estados o por personas, organizaciones o grupos extranjeros, o por sus agentes locales, dirigidas contra la seguridad del Estado y la defensa nacional–, la referencia a grupos “tanto nacionales como extranjeros, o por sus agentes locales en el caso de éstos últimos”. La explicación dada fue que fenómenos como el crimen organizado y el terrorismo han demostrado que

10. El SIE está compuesto por la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI), más la Dirección de Inteligencia de Defensa del Estado Mayor de la Defensa Nacional, las Direcciones de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, y las Direcciones o Jefaturas de Inteligencia de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (Carabineros y Policía de Investigaciones).

11. Sobre protección de la vida privada.

12. La versión actual solo hablaba de “recolección, evaluación y análisis de información” (art. 2 a).

las labores de inteligencia que ponen en peligro la seguridad de Chile no solo pueden provenir de fuentes extranjeras, sino que también de personas, organizaciones o grupos nacionales¹³.

En cuanto a aspectos orgánicos, el proyecto contempla la creación de un Consejo Asesor de Inteligencia para asesorar al Presidente de la República, manteniendo reuniones a lo menos semestrales. Estaría integrado por los ministros del Interior y Seguridad Pública, y de Defensa Nacional, el Subsecretario del Interior y los jefes de los organismos que conforman el SIE (nuevo artículo 6 bis). Una indicación aprobada por las comisiones unidas de Seguridad Pública y Defensa Nacional del Senado incorporó al Ministro de Relaciones Exteriores¹⁴.

Mediante una nueva letra e) en el artículo 5 se incorporan al SIE los departamentos o unidades de inteligencia de Gendarmería de Chile y del Servicio Nacional de Aduanas, y en un nuevo inciso final se dispone que la Unidad de Análisis Financiera (UAF) y el Servicio de Impuestos Internos (SII) también formen parte del Sistema, “para el solo efecto de aportar información o análisis de inteligencia”.

Se crea el cargo de Subdirector de la ANI como segunda autoridad de la institución, de manera de poder hacerse cargo de la gestión interna de la Agencia en contextos de emergencia tales como el estallido social de octubre de 2019.

El nuevo artículo 6 ter propuesto, establece la obligación de que el Director de la ANI elabore cada cuatro años una Estrategia Nacional de Inteligencia (coincidiendo con los cuatro años de cada mandato presidencial), con la aquiescencia de los ministros del Interior y Seguridad Pública, de Defensa Nacional y de Relaciones Exteriores, que deberá ser aprobada por el Presidente de la República. Además, la ANI deberá elaborar una Planificación de Inteligencia con el carácter de secreta, con la colaboración del Comité de Inteligencia del Estado.

13. Hubo discusión en torno a los conceptos, pues tradicionalmente se entendía que la contrainteligencia está destinada a neutralizar la actividad de inteligencia proveniente de otros Estados o personas o grupos del exterior, pero acá se opta por incluir amenazas internas, de las que se dan ejemplos como el de “células terroristas” dentro del país que intenten infiltrar la policía u otros organismos estatales.

14. Teniendo en cuenta la institucionalidad comparada: el *Secret Intelligence Service* o MI6 y el *Government Communications Headquarters* (GCHQ) en Reino Unido, que dependen de la Cancillería.

El Director deberá informar semestralmente a las comisiones unidas (Defensa Nacional y Seguridad Pública) del Senado de la República sobre el cumplimiento de la Estrategia Nacional de Inteligencia del Estado, en sesión secreta.

Las facultades del Director de la ANI son reforzadas, incluyendo la de exigir información a los órganos del SIE y de los demás servicios de la Administración del Estado, en las materias de su competencia. El Director deberá informar al Presidente de la República el nivel de cumplimiento, y se establecen sanciones administrativas para los casos de incumplimiento injustificado en la entrega de información o en la aplicación de medidas de inteligencia y contrainteligencia (artículo 12 a) y e)).

La nueva letra f) del artículo 12 agrega entre sus funciones: “Disponer de los demás servicios de la Administración del Estado comprendidos en el artículo 1° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, con excepción de aquellos que por mandato constitucional gozan de autonomía, la entrega oportuna e íntegra de los antecedentes e informes que estime necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, como asimismo, de las empresas o instituciones en que el Estado tenga aportes, participación o representación mayoritarios. Los mencionados organismos estarán obligados a suministrar los antecedentes e informes en los mismos términos en que les sean solicitados, a través de la respectiva jefatura superior u órgano de dirección, según corresponda”.

Se faculta al Director para establecer la organización interna de la Agencia y determinar las denominaciones y funciones que correspondan a cada una de las unidades establecidas (artículo 15, inciso final), y además se dispone el desarrollo de planes y programas de estudio y de formación de inteligencia, a fin de potenciar la competencia de los funcionarios del SIE (artículo 15 bis). Sobre este tema hubo bastante debate en las Comisiones Unidas del Senado, en el que se discutía la posibilidad de contar con agentes de la ANI que realicen trabajo operativo.

En el Capítulo I del Título IV, referidos a los Servicios de Inteligencia Militar, se incorpora en el inciso segundo del artículo 20 la expresión “los servicios de inteligencia militar deberán aportar a la Agencia la información residual que obtengan en el cumplimiento de sus funciones. Para estos efectos, se entenderá por información residual toda aquella que diga

relación con la seguridad interior del Estado". Y además se reemplaza el inciso final por este: "La conducción de los servicios de inteligencia militar corresponde al mando superior de las instituciones de las cuales dependen; los que velarán por el cumplimiento de los deberes y obligaciones establecidos en esta ley, persiguiendo las responsabilidades administrativas y criminales cuando corresponda"¹⁵.

Las Comisiones Unidas trabajaron por acotar el concepto de información residual, aprobando la indicación 20 del Ejecutivo, que señala que "para estos efectos, se entenderá por información residual toda aquella que, en el marco de sus labores propias, obtengan los servicios de inteligencia militar y que afecten o puedan afectar las condiciones del orden público y de la seguridad pública interior del Estado". En el debate se señaló que a partir de los datos residuales podría tomarse conocimiento de la comisión de algún delito, por lo cual habrá que disponer de un mecanismo para recibir las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público, y que si bien la información de inteligencia no constituye evidencia, sí podría dar origen a una investigación penal, por lo que resulta importante alinear las actuaciones del SIE y de la Fiscalía.

Se propone agregar el siguiente inciso en el artículo 21: "Los objetivos de la inteligencia militar de las Fuerzas Armadas y de la Dirección de Inteligencia de la Defensa, serán fijados por las comandancias en jefe y el Jefe del Estado Mayor Conjunto respectivamente, de acuerdo con los criterios de la política, planes y objetivos de inteligencia de la defensa nacional, establecidos por el Ministro de Defensa Nacional"¹⁶.

En el capítulo sobre Inteligencia Policial se agrega al artículo 22 un nuevo inciso primero que dispone que "los objetivos de la inteligencia policial de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile serán fijados por sus mandos superiores respectivos, de acuerdo con los criterios de la Política Nacional de Seguridad Pública Interior, establecidos por el Ministro del Interior y Seguridad Pública".

15. La versión vigente de este inciso se limita a señalar: "La conducción de los servicios de inteligencia militar corresponde al mando de las instituciones de las cuales dependen".

16. Actualmente dicha disposición señala que "los objetivos de la inteligencia militar de las Fuerzas Armadas serán fijados por las comandancias en jefe respectivas, de acuerdo con los criterios de la política de defensa nacional, establecidos por el Ministro de Defensa Nacional", y que "los objetivos de la inteligencia militar de la Dirección de Inteligencia del Estado Mayor de la Defensa Nacional serán fijados por el Ministro de Defensa Nacional".

Se agrega un tercer capítulo, sobre “Los otros servicios”, con el artículo 22 bis como única disposición:

Los departamentos o unidades de inteligencia de Gendarmería de Chile y del Servicio Nacional de Aduanas, son organismos del Sistema que, sin formar parte de los servicios de inteligencia militar o policial, realizan labores de procesamiento de información relacionada con las actividades de personas, grupos y organizaciones que de cualquier manera afecten o puedan afectar la defensa nacional o el orden y la seguridad pública interior.

La conducción de los organismos señalados en el inciso anterior, corresponde al jefe superior del respectivo Servicio.

El Mensaje no contemplaba modificaciones a los “procedimientos especiales para obtención de información” (Título V, arts. 23 a 32), pero la indicación 22 del senador Insulza propuso modificar el artículo 31 de la Ley 19.947. Esta disposición en su versión actual permite a los directores y jefes de organismos militares y policiales de inteligencia disponer que sus funcionarios y funcionarias oculten su identidad oficial “con el fin de obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia a que se refiere esta ley”, para lo cual “podrá introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales”. Estos procedimientos deben enmarcarse en el ejercicio de las funciones señaladas en el artículo 23 inciso segundo, es decir, “estarán limitados exclusivamente a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico”.

La indicación 22 proponía excluir la expresión “militares y policiales”, para así abrirse a la posibilidad de que la ANI tenga su propia capacidad operativa con agentes propios encargados de estas funciones, en vez de delegarlas en militares o policías¹⁷. El Ministro del Interior se comprometió a presentar una indicación que recoge parcialmente la propuesta del senador Insulza, y así surge la indicación 22 A, discutida y aprobada conjuntamente con la 22, suprimiendo la expresión “militares y policiales” y agregando dos incisos nuevos al art. 31:

17. Se señala como ejemplo exitoso en este sentido a “la Oficina” de comienzos de los años noventa. Esta parte del debate se declara reservado y no consta en acta.

El Director de la Agencia podrá requerir de los jefes o directores de la inteligencia policial, la obtención de información y la recopilación de antecedentes que sirvan de base al proceso de inteligencia y contrainteligencia en los términos del inciso anterior. El jefe o director del servicio dará cuenta en la forma y con la periodicidad que disponga el respectivo requerimiento de la ejecución de la medida y sus resultados.

Igualmente, mediante resolución fundada de carácter reservado, el Director de la Agencia podrá requerir la destinación a la misma de funcionarios pertenecientes a los organismos de inteligencia policial en comisión de servicio, con el objeto de que se desempeñen como agentes encubiertos a fin de obtener información y recabar antecedentes en el ámbito de las competencias propias de la Agencia, en ejercicio de las actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 23. La comisión de servicio antes referida no estará sujeta a limitación temporal, y la evaluación y calificación del funcionario respectivo será realizada por el Director de la Agencia. El Director de la Agencia, en idénticos términos, podrá requerir la destinación en comisión de servicio de funcionarios pertenecientes a las unidades de inteligencia de Gendarmería y de funcionarios de la inteligencia naval con el fin de obtener, en este último caso, información y recabar antecedentes en el ámbito de sus funciones de policía marítima.

Algunas de las consideraciones relevantes durante el debate apuntan a las fallas del SIE actual, sobre todo en materia de capacitación de sus agentes¹⁸, a la necesidad de dotar a la ANI de mayor autonomía operativa y sentar las bases para formar capital humano propio de la Agencia. Sobre la duración de las comisiones de servicio a que se refiere, se optó por no señalar límite alguno, señalando el Ministro de Defensa que “las intervenciones de los agentes encubiertos no deben estar sujetas a un determinado período, debido a que en ocasiones pueden extenderse por años”^{19,20}.

18. Segundo informe de las comisiones de defensa nacional y de seguridad pública, unidas, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que fortalece y moderniza el sistema de inteligencia del Estado. Boletín N° 12.234-02, p. 63. El Ministro de Defensa señaló que “el gran defecto de la Agencia Nacional de Inteligencia no está en la información de que dispone, sino en la tarea de análisis de esos antecedentes”, por lo que “las insuficiencias de la ANI no se solucionarían con la incorporación de agentes propios para recabar una mayor cantidad de datos -que ya es gigantesca-, sino que potenciando a los especialistas encargados de su examen”.

19. *Ibid.*, p. 65.

20. En el artículo 17 actual el límite de las comisiones de servicio de personal militar o policía en la ANI es de 4 años.

En lo relativo al Control de los Organismos de Inteligencia (Título VI), se establece ahora en el artículo 37 la obligación semestral (ya no anual) del Director de la ANI de entregar el informe pertinente a la Comisión especial de la Cámara de Diputados encargada de recibir los antecedentes de la actividad del SIE. Además se contempla que podrán por las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio (cuórum que no se exige en la versión vigente de esta ley), citar al Director de la Agencia Nacional de Inteligencia para que informe respecto de la gestión del servicio y el funcionamiento del sistema.

El nuevo artículo 37 bis contempla además que el Director deberá informar semestralmente en sesión secreta a las Comisiones Unidas del Senado de la República, sobre el cumplimiento de la Estrategia Nacional de Inteligencia.

En el Título VII, sobre la obligación de guardar secreto, se agregan luego del artículo 44²¹ dos nuevos artículos: el 44 bis, que sanciona al funcionario que maliciosamente cometiere falsedad en la información entregada en virtud de lo dispuesto en los literales e) y f) del artículo 12 con la pena de presidio o reclusión mayor en sus grados mínimo a medio, y la inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a perpetua para ejercer cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares; y el 44 ter, que sanciona al Diputado o Senador que viole los deberes de guardar secreto de los informes o antecedentes obtenidos en virtud de lo dispuesto en los artículos 37 y 37 bis con presidio mayor en sus grados mínimo a medio e inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares.

III. Estándares de derechos humanos relacionados con el proyecto

El artículo 3 de la Ley N° 19.974 actual dispone que “los organismos y servicios de inteligencia y sus integrantes deberán sujetarse siempre, en el cumplimiento de sus objetivos y funciones, a la Constitución Política y a las leyes de la República”. El artículo 5 de la Constitución incorpora a los tratados internacionales de derechos humanos al “bloque de constitucionalidad”; por esa vía hay que entender que la actividad de inteligencia, tanto en su regulación legal como en su ejecución, se encuentra limitada por las obligaciones estatales y principios que emanan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

21. Que estipula pena de reclusión menor en grado mínimo a medio y multas de 10 a 20 UTM para quien viole la obligación de guardar secreto señalada en los artículos 39 y 40.

I. La aplicación de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos a las actividades de inteligencia y contrainteligencia del Estado

En términos generales, los artículos 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecen la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en ambos instrumentos a todas las personas sujetas a su jurisdicción. La obligación de respeto exige que el Estado y sus agentes no violen dichos derechos humanos, mientras que la obligación de garantía, de alcance más amplio, “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”²².

Si bien en los tratados generales sobre derechos humanos no existen alusiones directas a las actividades de inteligencia del Estado, las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos resultan plenamente aplicables a estas actividades, en tanto son ejercidas por órganos del Estado, y resultan más necesarias aún respecto a una actividad que contempla importantes niveles de secreto y que incluye la posibilidad de restringir derechos fundamentales tales como los señalados en los numerales 4 (respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia) y 5 (inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada) del artículo 19 de la Constitución, incluyendo la protección de datos personales incorporada al numeral 4 mediante la Ley N° 21.096, de 2018, agregando que el tratamiento y protección de estos datos deberá efectuarse en la forma y condiciones que determine la ley.

Como se señaló, en el contexto español al regularse por ley la actividad de inteligencia (Ley 11/2002), poniendo fin a décadas de falta de regulación legal y controles adecuados, estos servicios “trabajan para el Estado, son Estado, y colaboran con el Gobierno suministrando inteligencia para garantizar una seguridad que, al fin y al cabo, es garantía de nuestros

22. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 166.

derechos y libertades”. Por ello, “deben estar democratizados, lo que significa regularlos legalmente, a través de una Ley, concreta y concisa, que establezca un adecuado y completo control de los mismos, tanto parlamentario como judicial”²³. Así, ya no se trataría de actividades ejercidas a la sombra del Estado, sino que deben formar parte del Estado de Derecho, pues se entienden incluidas en las funciones que la Constitución entrega a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública (art. 101 de la Constitución chilena).

En relación con lo señalado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en ejercicio de su competencia contenciosa, ha señalado que los órganos de inteligencia del Estado deben sujetarse rigurosamente a las normas del orden constitucional democrático y a los tratados internacionales de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario, precisando:

Estos organismos deben, *inter alia*: a) ser respetuosos, en todo momento, de los derechos fundamentales de las personas, y b) estar sujetos al control de las autoridades civiles, incluyendo no solo las de la rama ejecutiva, sino también las de los otros poderes públicos, en lo pertinente. Las medidas tendientes a controlar las labores de inteligencia deben ser especialmente rigurosas, puesto que, dadas las condiciones de reserva bajo las que se realizan esas actividades, pueden derivar hacia la comisión de violaciones de los derechos humanos y de ilícitos penales [...]”²⁴.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos (CIDH) se ha referido al tema de las actividades de inteligencia en su Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, señalando que “una política pública sobre seguridad ciudadana, que se constituya en una herramienta eficiente para que los Estados Miembros cumplan adecuadamente sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas que habitan en su territorio, debe contar con una institucionalidad y una estructura operativa profesional adecuadas a esos fines”. Esta política debe incluir una “distinción entre las funciones que le competen a las fuerzas armadas, limitadas a la defensa de la soberanía nacional, y las que le competen a las fuerzas policiales, como responsables exclusivas de

23. Ana Aba Catoira, “El secreto de Estado y los servicios de inteligencia”, en: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrice Furió Ceriol* N° 38/39, Valencia, 2002. Mediante la Ley 11/2002, el CESID (fundado en 1977) fue sustituido por el Centro Nacional de Inteligencia, agencia independiente adscrita orgánicamente al Ministerio de Defensa.

24. Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 284.

la seguridad ciudadana, resulta un punto de partida esencial que no puede obviarse en el diseño e implementación de esa política pública”²⁵.

Por el contrario, la CIDH señala que resulta grave el hecho de que “la participación de las fuerzas armadas en asuntos de seguridad interior no se limita al despliegue territorial, mediante la implementación de planes operativos que tienen como objetivo central incrementar la visibilidad de los efectivos mediante técnicas de patrullaje preventivo o disuasivo, sino que esa participación se verifica en actividades de investigación criminal e inteligencia”. La Comisión señala que, “en ciertos casos, las fuerzas armadas continúan participando en la investigación de los delitos –en particular en los casos relacionados con narcotráfico y crimen organizado– en funciones de control migratorio y en tareas de inteligencia civil, actividades que, para el buen funcionamiento de un sistema democrático, deben corresponder a fuerzas policiales civiles, sometidas a los correspondientes controles por parte del parlamento y, en su caso, del sistema judicial”²⁶.

2. El derecho a la privacidad y a la protección de datos frente a la actividad de inteligencia

Como fue enunciado antes, las actividades de inteligencia del Estado tienen la potencialidad de afectar el derecho a la privacidad de las personas. Al respecto, cabe señalar que tanto la CADH como el PIDCP contienen una provisión específica que prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales del Estado en la vida privada de las personas, su familia, domicilio y correspondencia, y establecen el derecho a la protección de la ley frente a tales injerencias:

Artículo II CADH:

2. 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 de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

25. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II., 31 de diciembre de 2009, párrafo 102.

26. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 104.

Artículo 17 PIDCP:

1. 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.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

En consecuencia, de conformidad con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 de la CADH y 2.1 del PIDCP, los Estados deben abstenerse de interferir ilegal o arbitrariamente en la vida de privada de las personas y, además, deben establecer mecanismos legales que ofrezcan protección efectiva frente a tales injerencias. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su competencia contenciosa, ha sostenido:

El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública [...]. El artículo 11.2 de la Convención Americana protege al individuo frente a la posible interferencia arbitraria o abusiva del Estado. Sin embargo, eso no significa que el Estado cumpla sus obligaciones convencionales con el solo hecho de abstenerse de realizar tales interferencias. Además, el artículo 11.3 de la Convención impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra aquellas injerencias. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas [...]²⁷.

Del texto de los citados artículos 11.2 CADH y 17.1 PIDCP se observa que el derecho a la privacidad no es un derecho absoluto, pues lo que ambas normas internacionales prohíben son las injerencias ilegales o arbitrarias en la vida privada. En consecuencia, los Estados pueden establecer restricciones legítimas a este derecho. Para que una injerencia estatal en la privacidad de las personas no sea arbitraria y resulte legítima, de conformidad con las obligaciones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos, debe cumplir con los requisitos de legalidad, fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad:

- (i) *Legalidad*: los casos en que el Estado puede injerirse en la vida privada de las personas deben estar expresamente previstos en la ley.

27. Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 48-49.

(ii) *Perseguir un fin legítimo de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos*: la causa que se invoque para justificar la restricción debe ser compatible con las normas y objetivos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

(iii) *La restricción debe ser idónea, necesaria y proporcional*: a) La idoneidad se refiere a que debe existir una relación lógica de causalidad entre el establecimiento de la medida y la consecución del fin legítimo para el cual ha sido establecida. b) La necesidad de la medida implica que su establecimiento responde a una necesidad social apremiante y que tales intereses públicos no pueden alcanzarse por medio de una medida menos restrictiva de derechos que la propuesta. c) La proporcionalidad, por último, exige que la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado, afectando en la menor medida el goce o ejercicio del derecho que se restringe, lo que implica que si existe una alternativa menos gravosa, debe preferirse aquella²⁸.

Por otra parte, como fue señalado, la CADH y el PIDCP prohíben no solo las injerencias ilegales en la vida privada de las personas, sino también las injerencias arbitrarias. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que:

[...] la expresión “injerencias arbitrarias” puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso²⁹.

Incluso con respecto a las injerencias que sean conformes al Pacto, en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias. La decisión correspondiente competirá sólo a la autoridad designada por la ley a ese efecto, que dará la autorización necesaria tras examinar cada caso en particular. El cumplimiento del artículo 17 exige que la integridad y el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos de *jure* y de *facto*³⁰.

28. Nash, Claudio. (2009). *El sistema Interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México: Editorial Porrúa, pp. 41-42. Ver también: Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N° 177, párrafos 54 a 83.

29. Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 16: derecho a la intimidad, 1988, párr. 4.

30. Comité de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 8.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en el 2014 la resolución 69/166 sobre el derecho a la privacidad en la era digital. En ella, tal como sintetiza el Relator Especial para el derecho a la privacidad, “instó a los Estados a que establecieran o mantuvieran mecanismos nacionales de supervisión, de índole judicial, administrativa o parlamentaria, que contasen con los recursos necesarios y fuesen independientes, efectivos e imparciales, así como capaces de asegurar la transparencia, cuando procediera, y la rendición de cuentas por las actividades de vigilancia de las comunicaciones y la interceptación y recopilación de datos personales que realice el Estado”³¹.

A nivel del sistema europeo hay que destacar la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Roman Zakharov c. Rusia*, de 4 de diciembre de 2015³², que se pronuncia sobre el régimen legal de interceptaciones telefónicas móviles en ese país como violatorio en sí mismo del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Lo más llamativo de este caso es que la Corte no consideró necesario que el solicitante haya tenido que ser objeto de una medida en concreto, pues: “dada la naturaleza secreta de las medidas de vigilancia proveídas por la legislación, su amplio alcance [...] y la falta de recursos efectivos para impugnarlos a nivel nacional [...], la corte considera que estaba justificado el examinar la legislación relevante no desde el punto de vista específico del caso de la vigilancia, sino del abstracto. Además, la corte considera que el señor Zakharov no tenía que probar que él estaba siquiera en riesgo de tener interceptadas sus comunicaciones. De hecho, dado que el sistema interno no permite una solución efectiva a la persona que sospeche que está siendo objeto de vigilancia, la misma existencia de la cuestionada legislación equivale en sí a una interferencia con los derechos del señor Zakharov recogidos en el artículo 8”³³.

Antes de eso, en el caso *Szabó and Vissy v. Hungría*³⁴, se analizó la compatibilidad del derecho al respeto a la correspondencia y a la vida privada amparado en el art. 8 del Convenio con la legislación antiterrorista húngara que permitía someter a las y los ciudadanos a vigilancia secreta. En esta sentencia de 2014 el TEDH refiere una sentencia del Tribunal de Justicia

31. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, A/HRC/34/60, 6 de septiembre de 2017, párrafo 13.

32. Appl. no. 47143/06.

33. CEDH, “Arbitrary and abusive secret surveillance of mobile telephone communications in Russia”, *Press Release*, 4.12.2015.

34. TEDH. Caso *Szabó and Vissy v. Hungary*, núm. 37138/14.

de la Unión Europea que señala que “la protección [del derecho a la intimidad] exige en cualquier caso, conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, que las excepciones a la protección de los datos personales y las restricciones a dicha protección se establezcan sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario”³⁵.

3. El impacto de las actividades de inteligencia del Estado en los defensores y defensoras de derechos humanos

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha examinado específicamente la situación de las personas defensoras de derechos humanos en relación con los servicios de inteligencia del Estado. Al respecto, la CIDH identificó en 2006 a las actividades de inteligencia dirigidas contra las defensoras y defensores de derechos humanos como uno de los principales obstáculos que enfrentan estas personas en la región³⁶, observando que “las actividades ilegales de inteligencia dirigidas contra defensoras y defensores son mecanismos utilizados para impedir o dificultar su labor, y constituyen una realidad cotidiana en el quehacer de estos actores”³⁷.

En su segundo Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos, de 2011, la CIDH señaló que:

[...] cualquier clase de injerencia arbitraria o abusiva que afecte la privacidad de las y los defensores de derechos humanos y sus organizaciones, se encuentra prohibida por la Declaración y la Convención Americanas. El artículo 11 de la Convención incluye la protección estatal contra actos de intervención de correspondencia y de comunicaciones telefónicas y electrónicas y actividades de inteligencia ilegales³⁸.

35. *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*, C-293/12, ECLI: EU: C: 2014: 238, aptdo. 51. Referido en: Marta Cabrera Martín, Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, enero-abril 2016.

36. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. 7 de marzo de 2006, párr. 185 y ss.

37. *Ibid.*, párr. 332.

38. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. 31 de diciembre de 2011, párr. 58.

En particular, respecto de la interceptación de comunicaciones privadas de defensores y defensoras de derechos humanos, la CIDH sostuvo:

Siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo, la CIDH ha señalado que las injerencias sobre las comunicaciones privadas “sólo podrán tener lugar cuando existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave”, o bien, existan “buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse”. La Comisión ha estimado, por ejemplo, que no sería compatible con los fines de la Convención tanto la intervención, como el monitoreo y grabación de las comunicaciones telefónicas de los integrantes de una organización, que se llevan a cabo con el objeto de ejercer un control sobre sus actividades, así como la publicación de dichas comunicaciones, resguardadas por secreto de justicia, efectuada expresamente para deslegitimar el trabajo de las asociaciones que integran las víctimas³⁹.

Asimismo, la CIDH ha señalado que los defensores y defensoras de derechos humanos tienen derecho a conocer la información de inteligencia que se haya recogido sobre ellos/as, y que contar con acciones (*habeas data*) que les permitan obtener acceso a datos sobre su persona que obren en archivos estatales es “fundamental como mecanismo de control de las entidades de seguridad e inteligencia, pues permite verificar la legalidad en la recopilación de datos sobre las personas y posibilitar la corrección, actualización y eliminación de información que pueda tener efectos directos en el derecho a la privacidad, el honor, la identidad personal, la propiedad y la rendición de cuentas”⁴⁰.

En relación con la actividad de inteligencia y los defensores y defensoras de derechos humanos, la CIDH ha recomendado a los Estados:

Abstenerse de incurrir en cualquier tipo de injerencia arbitraria o abusiva en el domicilio o sedes de organizaciones de derechos humanos, así como en la correspondencia y las comunicaciones telefónicas y electrónicas de éstos. Instruir a las autoridades adscritas a los organismos de seguridad del Estado sobre el respeto de estos derechos y sancionar disciplinaria y penalmente a quienes incurran en estas prácticas.

Revisar los fundamentos y procedimientos de las actividades de recolección de inteligencia dirigidas a las defensoras y defensores de derechos humanos y sus organizaciones de manera

39. *Ibid.*, párr. 62.

40. *Ibid.*, párr. 213 y 214.

de asegurar la debida protección a sus derechos. Para tal fin, se recomienda la implementación de un mecanismo que permita efectuar una revisión periódica e independiente de dichos archivos⁴¹.

4. Las obligaciones de derechos humanos en el marco de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado transnacional

Dado que la Ley N° 19.974 autoriza procedimientos especiales para obtener información de fuentes cerradas, en el marco de las actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico, hay que tener en cuenta algunos estándares y obligaciones estatales señaladas en instrumentos especialmente referidos a dichos temas, que van más allá de los requisitos contemplados de manera general para las restricciones de derechos fundamentales en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴².

Así, el artículo 15 de la Convención Americana contra el Terrorismo⁴³ se refiere a los derechos humanos, y dispone que “las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”. El numeral 2 agrega que:

[...] nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.

41. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo informe, *op. cit.*, párr. 541, recomendaciones 15 y 16. También en: CIDH. Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos, *op. cit.*, párr. 342, recomendaciones 13 y 14.

42. Esta disposición señala que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana “no pueden sino ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Un análisis detallado de sus implicancias se encuentra en la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte IDH, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la CADH”.

43. Promulgada en Chile por Decreto N° 263, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 25 de noviembre de 2004.

De modo similar, el artículo 17 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo⁴⁴ y el artículo 12 del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear⁴⁵, establecen que:

Toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo al presente Convenio gozará de un trato equitativo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y con las disposiciones pertinentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional en materia de derechos humanos.

En el mismo sentido, la Resolución N° 2465, de 28 de marzo de 2019, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, referida a la prevención y lucha contra la financiación del terrorismo, reafirma en su preámbulo que:

[...] los Estados Miembros deben garantizar que todas las medidas que adopten contra el terrorismo sean compatibles con todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, recalcando que el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el estado de derecho son complementarios y se refuerzan mutuamente y que, junto con las medidas eficaces contra el terrorismo, son esenciales para el éxito de la lucha contra el terrorismo, observando la importancia del respeto del estado de derecho para poder prevenir y combatir eficazmente el terrorismo, y señalando que el incumplimiento de esas y otras obligaciones internacionales, incluidas las impuestas en la Carta de las Naciones Unidas, es uno de los factores que contribuyen a aumentar la radicalización conducente a la violencia y a crear una sensación de impunidad.

En la misma resolución, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad exige a los Estados que:

[...] se cercioren de que todas las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo, incluidas las medidas encaminadas a contrarrestar la financiación del terrorismo dispuestas en la presente resolución, estén en consonancia con las obligaciones que les incumben en

44. Promulgado en Chile por Decreto N° 163, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 3 de julio de 2002.

45. Promulgado en Chile por Decreto N° 252, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 13 de octubre de 2010.

virtud del derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.

En relación con el imperativo de compatibilizar las acciones de inteligencia dirigidas a la prevención y represión del terrorismo con las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, constató en 2009 un aumento “en la vigilancia de las comunicaciones a través de la interceptación de comunicaciones por las fuerzas de seguridad y los servicios de inteligencia”⁴⁶, refiriendo que “[e]n nombre de la lucha contra el terrorismo, los Estados han aumentado las iniciativas para identificar, examinar y controlar al público en general mediante el uso de una multitud de técnicas que podrían violar el derecho del individuo a la intimidad”⁴⁷. Al respecto, el Relator observó que ciertas medidas de vigilancia de los ciudadanos tienen “un efecto disuasorio sobre los usuarios, que temen entrar en Internet, expresar sus opiniones o establecer comunicaciones con otras personas por temor a sanciones. Esto se aplica especialmente a los individuos disidentes, a los que se puede disuadir de ejercer su derecho democrático de protesta contra la política del Gobierno”⁴⁸.

Asimismo, el Relator se refirió al efecto de las medidas de vigilancia en otros derechos humanos:

“Los regímenes de vigilancia adoptados como medidas antiterroristas han ejercido un profundo efecto de inhibición en otros derechos humanos fundamentales. Además de constituir en sí un derecho, la intimidad es la base de otros derechos cuyo disfrute efectivo sería imposible sin ella. La intimidad es necesaria para crear zonas que permitan a las personas y grupos de personas pensar y desarrollar ideas y relaciones. Otros derechos como la libertad de expresión, asociación y circulación necesitan la intimidad para su disfrute efectivo. La vigilancia se ha traducido también en errores judiciales, en inobservancia de las garantías procesales y en detenciones ilegales”⁴⁹.

46. Asamblea General de Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin. 28 de diciembre de 2009, A/HRC/13/37, párr. 21.

47. *Ibid.*, párr. 22.

48. Asamblea General de Naciones Unidas. Informe del Relator Especial, *op. cit.*, párr. 34.

49. *Ibid.*, párr. 33.

“Los derechos a la libertad de asociación y reunión se ven también amenazados por la vigilancia. Estas libertades suelen requerir reuniones y comunicaciones privadas que permitan a las personas organizarse frente a los gobiernos u otros actores poderosos. El aumento de la vigilancia ha llevado en algunas ocasiones a una “desvirtuación de funciones”, cuando la policía o los organismos de inteligencia han calificado de terroristas a otros grupos a fin de permitir la utilización de los poderes de vigilancia concedidos únicamente para la lucha contra el terrorismo⁵⁰.

Frente a la situación observada, el Relator recomendó a los Estados, y en particular a los poderes legislativos:

[...] que toda injerencia en la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia sea autorizada en virtud de disposiciones legislativas que sean de conocimiento público, particularmente precisas y proporcionales a la amenaza contra la seguridad y por otras garantías efectivas contra el abuso. Los Estados deben asegurarse de que las autoridades competentes aplican métodos de investigación menos intrusivos si dichos métodos permiten detectar, prevenir o perseguir con eficacia suficiente los delitos de terrorismo. Las autoridades decisorias deben estar estructuradas de forma que cuanto mayor sea la invasión de la intimidad más alto sea el nivel de autorización necesario.

La adhesión a las normas internacionales de protección de la intimidad y de derechos humanos debe ser un principio del derecho interno. Por consiguiente, es necesaria una ley general de la intimidad y la protección de datos que garantice la existencia de disposiciones legislativas claras de protección del individuo que impidan la obtención excesiva de información personal, asegure la existencia de medidas que garanticen la veracidad de la información, establezca límites sobre el uso, almacenamiento e intercambio de la información y prescriba que se notifique a los individuos la forma en que se utiliza la información sobre ellos y su derecho de acceso y reparación, con independencia de su nacionalidad y jurisdicción.

Se deben establecer mandatos de supervisión estrictos e independientes para examinar las políticas y prácticas a fin de garantizar la existencia de una rigurosa supervisión del uso de técnicas intrusivas de vigilancia y del procesamiento de la información personal. Por consiguiente no debe haber ningún sistema secreto de vigilancia que no se encuentre sometido al examen de un órgano de supervisión efectivo y todas las injerencias deben ser autorizadas por un órgano independiente⁵¹.

50. *Ibid.*, párr. 36.

51. Asamblea General de Naciones Unidas, 2009, op. cit., párr. 60-62.

Por último, respecto de la criminalidad organizada existen instrumentos del Derecho Penal Internacional que obligan a los Estados a determinadas actividades de criminalización (de las organizaciones criminales, el blanqueo de los productos del delito, la corrupción y la obstrucción a la justicia), las que necesariamente se ven limitadas por los principios y garantías propias del derecho penal moderno. Así, en el artículo 20 de la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁵² se señala que los Estados deben adoptar técnicas especiales de investigación, entre la que menciona las entregas vigiladas, vigilancia electrónica y operaciones encubiertas, “siempre que lo permitan los principios fundamentales de su derecho interno”.

IV. Comentarios al proyecto

El proyecto para modificar el Sistema de Inteligencia del Estado surge en medio de fuertes críticas a su labor en relación a diversas situaciones y conflictos sociales, y se reactiva luego de la crisis de octubre de 2019, donde se evidenciaron desde ataques incendiarios que afectaron a la infraestructura pública y privada, hasta legítimas manifestaciones pacíficas. De este modo, lo que se pretende es fortalecerlo, otorgando más poderes a la Agencia Nacional de Inteligencia en tanto órgano asesor del Gobierno que debe dirigir y coordinar todo el sistema.

En este mismo contexto se entiende la propuesta surgida durante la tramitación en el Senado, en orden a ampliar las definiciones de inteligencia y contrainteligencia, así como la incorporación de nuevos servicios y la asignación de nuevas funciones a las Fuerzas Armadas, de forma tal que esta propuesta debe entenderse en relación a otros aspectos de la agenda de orden público que el Ejecutivo ha impulsado o profundizado después de la crisis de octubre, que incluye desde nuevas penalizaciones de delitos, ya aprobadas⁵³, hasta la Reforma de Carabineros propuesta por el Gobierno y la Comisión de Seguridad del Senado.

52. Promulgada en Chile mediante Decreto N° 342, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 20 de diciembre de 2004, junto a los Protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres, niñas y niños.

53. La Ley 21.208 actualizó la decimonónica tipificación de los desórdenes públicos en el Código Penal incorporando el artículo 268 septies -Ley *antibarricadas*-, y se incorporaron los artículos 449 ter y quáter -Ley *antisaqueos*- que agrava las penas de los robos y hurtos con ocasión de calamidad o alteración del orden público.

La ampliación de facultades del SIE plantea algunos problemas que se han ido verificando en la práctica, pues como se señaló, se ha tomado conocimiento de que en la práctica la actividad de estos órganos no necesariamente se acota a lo que indican los artículos 2 y 4 de la Ley 19.974 actualmente vigente, sino que se han extendido al monitoreo y seguimiento de actividades perfectamente lícitas por parte de organizaciones sociales, políticas y gremiales, como también a profesionales o personas pertenecientes o ligadas a estas organizaciones⁵⁴, e incluso a actividades político-electorales⁵⁵. Más recientemente, causó un profundo impacto el conocimiento de un Acuerdo entre la ANI y el Servicio Nacional de Menores, que finalmente fue dejado sin efecto, y cuyos problemas desde el punto de vista de los derechos humanos fueron señalados por el INDH en un Oficio al Ministerio del Interior y Seguridad Pública⁵⁶.

Esto implica un cambio radical en el trabajo de la inteligencia nacional que se señala hoy como “procesamiento de información”, pero que el proyecto de ley amplía incorporando la recolección de información, lo que implica obtención de datos e información: búsqueda, obtención, evaluación, integración, tratamiento y almacenamiento, términos que tienen definiciones y alcances complejos tratándose de actividades de inteligencia.

Resultaría necesario establecer mecanismos de autorización judicial previa para acceder, procesar y comunicar datos personales, teniendo en cuenta la reforma constitucional que agregó la protección de datos personales al art. 19 N° 4 de la Constitución, estableciendo que “el tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

54. Como se ha revelado en la filtración de documentos por el grupo Anonymous conocida como “paco leaks” (ver: <https://interferencia.cl/articulos/pacoleaks-estos-son-los-nombres-y-organizaciones-que-han-sido-vigiladas-por-carabineros-en>), y el seguimiento e interceptación telefónica por parte de la Inteligencia del Ejército al periodista Mauricio Weibel, que investigaba casos de corrupción en las Fuerzas Armadas, además del “caso Topógrafos”.

55. Como el Informe N° 1362, conocido como 190902GI496I91GA, en que se solicita información sobre eventuales candidatos/as a alcaldes y alcaldesas para el año 2020, a fin de evaluar conflictos, problemáticas y/o controversias. Ver: Sofía Bustos, ¿Quién vigila a los vigilantes? Comentario sobre la nueva Ley de Inteligencia que se tramita en el Congreso. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/proyectos-de-ley/2020/05/18/reportaje-quien-vigila-a-los-vigilantes/>

56. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Oficio 302, de 28 de abril de 2020.

El proyecto de ley en comento no incluye normas que sirvan para acotar el ámbito de las actividades monitoreadas. La única indicación en ese sentido fue rechazada en consideración a que tal como dijo el Subsecretario del Interior, “la definición de inteligencia es amplia y, por lo tanto, no corresponde establecer restricciones en la dirección recomendada por la indicación”⁵⁷.

Esto plantea preocupaciones importantes, sobre todo si consideramos que además se amplió la definición de contrainteligencia haciéndola aplicable a la actividad de grupos internos, lo cual ha generado inquietud pues podría servir para incrementar este tipo de actividad, a pesar de que se aparta de los objetivos del sistema señalados en la Ley 19.974.

Adicionalmente en este contexto cabe manifestar preocupación por la posibilidad de que la incorporación de las Fuerzas Armadas a las labores internas de inteligencia, aunque se limite en principio a la llamada “información residual”, lo que iría en contra de lo señalado por la CIDH en cuanto a distinguir entre las funciones policiales y militares, evitando la participación de militares “en actividades de investigación criminal e inteligencia”⁵⁸, con el consiguiente riesgo de “politización” de las Fuerzas Armadas.

Estimamos que resulta necesario un señalamiento explícito de que la actividad de inteligencia del Estado está limitada por el respeto a los derechos fundamentales de las personas, tal como se explicó en la parte relativa a estándares de derechos humanos, y que en efecto la actividad de inteligencia en un Estado de Derecho se justifica en la medida que sirve para proveer al Estado de información útil para proteger libertades y derechos fundamentales. Si bien esto podría ser predicado de cualquier tipo de actividad estatal, su clara explicitación resulta más necesaria en un sector de la actividad del Estado que por definición es secreta y que tiene la aptitud de producir elevados riesgos de vulneración de los derechos de las personas.

57. Indicación 6, del Senador Insulza: “Se deben excluir de las actividades de inteligencias las acciones dirigidas contra los ciudadanos nacionales o extranjeros que se justifiquen en razones políticas, religiosas, raciales o culturales o sobre cualquier otra condición social”. **Segundo informe de las comisiones de Defensa Nacional y de Seguridad Pública, Unidas**, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que fortalece y moderniza el sistema de inteligencia del Estado, página 10 y ss.

58. Ana Aba Catoira, *op.cit.*

También resulta necesario incorporar nociones básicas y avanzadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la formación continua de los diversos tipos de agentes de este sistema, máxime si la idea es dotar a largo plazo a la ANI de “autonomía operativa”. Este diseño debiera ser parte de iniciativas como la señalada en el programa del actual gobierno, donde se indicaba como objetivo “conformar la Escuela Nacional de Inteligencia, que genere una comunidad de inteligencia robusta entre todas las instituciones que tengan accesos a información útil”⁵⁹.

En este sentido es importante también tener en cuenta lo señalado por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos al Estado de Colombia con ocasión de la realización de reformas legales efectuadas al sistema de inteligencia de dicho país: “es necesario que se adopten otras medidas para lograr reformar integralmente el sector de inteligencia y transformar la cultura institucional que ha resultado en la comisión de violaciones de derechos humanos”, dentro de las cuales destaca que “es importante adelantar un riguroso proceso de examen del personal de los organismos de inteligencia, con estrictos criterios de derechos humanos”⁶⁰.

El sistema de inteligencia de un Estado de Derecho debe estar sujeto a control judicial y del Congreso. En relación al control judicial esta iniciativa de reforma legal no contempla modificaciones. Cabe señalar que en la Ley 19.974 este control se ejerce mediante autorizaciones que otorga un Ministro de la respectiva Corte de Apelaciones. En los hechos, considerando las graves irregularidades e ilegalidades detectadas en casos como la “Operación Huracán”, en que miembros de la Inteligencia de Carabineros incurrieron en manipulación, adulteración e implantación de pruebas para acusar, en septiembre de 2017, a diez comuneros mapuche de ser miembros de una asociación ilícita terrorista que cometía incendios terroristas, ocho de los cuales permanecieron en prisión preventiva por 26 días⁶¹. Tales casos podrán ser indicios de que este sistema de control es demasiado laxo y no ha protegido adecuadamente los derechos y garantías de los ciudadanos y ciudadanas.

59. Programa de Gobierno de Chile (2018-2022), “4.- Inteligencia al servicio de la seguridad pública”, págs. 137-8.

60. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, A/HRC/19/21/Add.3, 31 de enero de 2012, Párr. 26.

61. Ver: Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público*, pág. 141 y ss.

En este marco hay que destacar que incluso ocurrió que se otorgaron autorizaciones judiciales del artículo 25 de la Ley 19.974 con efecto retroactivo⁶². Como se señala en el Informe de Función Policial de 2018, “la solicitud de autorización habría sido realizada por funcionarios/as de inteligencia de Carabineros y fue concedida por el ministro Padilla alcanzando: *incluso aquellas comunicaciones e informaciones relevantes a las que se tenga acceso o se puedan obtener, y que se hayan producido o generado con una antelación máxima de 30 días, contados desde esta fecha y hora*”⁶³. Esto, a pesar de que se entendería del tenor literal de los artículos 25 y 28 que esta autorización debe ser previa⁶⁴.

Como se señaló en la parte relativa a estándares, la causa que se invoque para justificar la restricción a un derecho fundamental debe ser compatible con las normas y objetivos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos. En la práctica, cuando los tribunales superiores se han referido a la legalidad de autorizaciones como la indicada o al seguimiento de actividades de dirigentes sociales y reporteros/as independientes, ha predominado una consideración formal de la legalidad de tales actuaciones, sin entrar por lo general a hacer este análisis de fondo⁶⁵.

Por ello es que resulta necesario garantizar que estos controles operen de manera previa, tal cual señala por ejemplo la legislación española, que en el artículo 12 de la 11/2002, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, se refiere al “control judicial previo”, regulado

62. Urzúa, Malú. (2 de mayo de 2019). Huracán: Ministro validó interceptación después de realizada. *La Segunda*. Disponible en bit.ly/2Z5GkhB

63. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe Programa de Derechos Humanos, op. cit.*, p. 178.

64. “La resolución que autorice el empleo de los mencionados procedimientos deberá incluir la especificación de los medios que se emplearán, la individualización de la o las personas a quienes se aplicará la medida y el plazo por el cual se decreta, que no podrá ser superior a noventa días, prorrogable por una sola vez hasta por igual período”.

65. Ver por ejemplo las sentencias 2682-2019 y 2844-2019 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Cabe destacar el voto en contra de Lidia Pozo en dichas sentencias, señalando en su considerando quinto “que resulta equivocado (...) considerar que las expresiones ‘de cualquier manera afecten o puedan afectar las condiciones del orden público y la seguridad pública interior’ habilitan con una extensión ilimitada las facultades policiales de inteligencia y que ellas carezcan de otras limitaciones que no sean la diferenciación de la obtención de la información de fuentes abiertas o cerradas como se indica en el artículo 23. Que, en efecto, es la propia ley la que en sus artículos 2 y 4 establece con toda claridad que la recopilación de información policial tiene como único interés proteger la soberanía nacional y el orden constitucional en su variante interna de orden público”. Sentencias referidas en: Sofía Bustos, ¿Quién vigila a los vigilantes?, *op.cit.*

específicamente en una ley complementaria: la Ley Orgánica 2/2002⁶⁶. En su Exposición de Motivos dice: “Para las actividades que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, la Constitución española exige en su artículo 18 autorización judicial, y el artículo 8 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales exige que esta injerencia esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

También parece necesario, a la luz de lo señalado, regular con motivo de esta reforma legislativa el derecho a una tutela judicial efectiva por parte de quienes se hayan visto afectados por intromisiones ilegítimas en su privacidad, mediante actuaciones no ajustadas a este marco normativo, además de una regulación adecuada de la protección de datos, tal como ha recomendado el Relator Especial sobre derecho a la privacidad en su Informe de 2017⁶⁷.

En cuanto al control del Congreso, no se contemplan cambios significativos, aunque se establece una exigencia de cuórum de 2/3 de la Comisión para solicitar informaciones. De este modo, se puede concluir que al mantener sin modificación un control judicial que se ha mostrado insuficiente, e instalar exigencias adicionales al control parlamentario, se debilita el control del sistema en vez de fortalecerlo para garantizar así su sujeción al poder político.

El proyecto no aborda un problema que se ha detectado en la práctica, cual es la tendencia a usar información de inteligencia como prueba para sostener imputaciones en juicios penales.

66. En un artículo único dicha ley regula los requisitos de la autorización que el Centro debe solicitar a un Magistrado del Tribunal Supremo para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

67. Citando una sentencia europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Tele2 Sverige AB c. la autoridad sueca de control de los servicios de correos y telecomunicaciones*, sentencia de 21 de diciembre de 2016), el Relator señala que “las personas afectadas necesitaban medidas de salvaguardia y reparación y que debía haber mecanismos de supervisión efectivos que conllevaran un sistema de control”. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, A/HRC/34/60, 6 de septiembre de 2017, párr. 17.

La reforma propuesta explícita y refuerza el rol de la ANI como ente rector del sistema de inteligencia, a cargo del respectivo gobierno. Así es como se señala que la planificación de la Estrategia Nacional de Inteligencia debe hacerse por periodos de cuatro años, de manera de coincidir con cada mandato presidencial. Si bien la ANI está concebida como inteligencia gubernamental, se hace necesario contar con una visión y estrategia que la asuman como un asunto que requiere de una política de Estado.

V. Conclusiones

- Este proyecto de ley busca modernizar y fortalecer el Sistema de Inteligencia del Estado mediante modificaciones a la Ley N° 19.947, del año 2004, adecuándolo a los desafíos que en materia de seguridad enfrenta la sociedad actual.
- Con todo, no se realizan modificaciones que apunten a dotar a Chile de una política de Estado en esta materia, sino que más bien se consolida el modelo de una inteligencia que depende de cada gobierno, aunque mediante nuevas definiciones de inteligencia y contrainteligencia se intenta pasar a un modelo más proactivo en la búsqueda de información.
- Resulta necesario en una regulación como la que se propone destacar que el diseño de la estrategia y actividad estatal en esta materia debe incorporar expresamente los estándares de derechos humanos aplicables, teniendo en cuenta que las actividades de inteligencia del Estado por definición afectan los derechos y libertades de las personas, y que las restricciones a los mismos deben ser justificables a la luz de estándares de derechos humanos.
- Dentro de los límites señalados desde los estándares de derechos humanos a la actividad de inteligencia y contrainteligencia de los Estados está la necesidad de reforzar los controles judiciales previos de las actuaciones que potencialmente afecten derechos fundamentales, y el control del Congreso respecto de la planificación y actividades de todo el sistema. Esto resulta más necesario aún en la medida que el proyecto amplía los ámbitos de actuación del sistema al incorporar nuevos conceptos de inteligencia y contrainteligencia.

- Estos controles ya existen en la legislación vigente y el proyecto los mantiene sin mayor modificación, debilitando el control parlamentario al exigirle un cuórum especial. Resulta necesario reforzarlos, teniendo en cuenta que en la práctica no han logrado prevenir actuaciones ilegales y/o arbitrarias, y la necesidad que el control judicial previo se ajuste a los estándares actuales de protección de datos personales, en sintonía con una nueva regulación legal en la materia, como la que se propone en el Boletín 11144-07⁶⁸.
- También es necesario reforzar y complementar las iniciativas de modernización del sistema de inteligencia con medidas que tiendan a transformar la cultura institucional de los distintos componentes del mismo, desde la capacitación de sus profesionales en materia de derechos humanos hasta la remoción de los distintos factores que han incidido en irregularidades e ilegalidades en esta materia.
- Resulta motivo de preocupación la incorporación de las Fuerzas Armadas a la labor de inteligencia interna, aunque por de pronto se limite a aportar información residual a la ANI, pues como ha señalado la CIDH, las FFAA cumplen funciones distintas relacionadas con la seguridad exterior.

68. Actualmente en la Comisión de Hacienda del Senado: https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11144-07

3

Sanción penal y derechos humanos

Informe sobre el proyecto de ley que modifica el código procesal penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años (boletín n° 11.073-07)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 12 de agosto de 2019 - Sesión Ordinaria N° 496.

I. Resumen ejecutivo

El proyecto de ley que se analiza establece, por una parte, la improcedencia de la prisión preventiva respecto de mujeres imputadas que se encuentren embarazadas o tengan un hijo o hija menor de tres años de edad, y por otra, establece que cuando la persona condenada por sentencia penal sea una mujer en alguna de estas situaciones, se diferirá el cumplimiento de la sentencia hasta que el hijo o hija cumpla tres años de edad.

Los estándares internacionales de derechos humanos aplicables en esta materia establecen, en términos generales, el respeto a la dignidad inherente de las personas privadas de libertad, la protección especial de las mujeres embarazadas, y la consideración primordial del interés superior de los niños y niñas tanto en la legislación como en las decisiones judiciales referidas a la aplicación de sanciones penales a sus progenitoras.

El presente informe expone los principales estándares internacionales de derechos humanos que resultan aplicables a la situación de mujeres que se encuentren embarazadas o tengan hijos o hijas menores de edad y se vean enfrentadas a la prisión preventiva o a penas privativas de libertad, para luego analizar el proyecto de ley a la luz de dichos estándares.

II. Marco jurídico nacional e internacional

A. Marco jurídico nacional

El artículo I de la Constitución consagra, como una base de la institucionalidad nacional, que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. A su vez, el inciso segundo del artículo 5 de la Carta Fundamental establece:

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

En relación con las materias que aborda el proyecto de ley en estudio, la ejecución de las sentencias condenatorias penales se encuentra regulada en el Título VIII del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Penal (artículos 466 a 482). El mismo cuerpo legal regula en el párrafo 4° del Título V del Libro Primero la medida cautelar de prisión preventiva (artículos 139 a 153). Asimismo, resulta relevante para el análisis de la iniciativa legal la Ley N° 18.216, que establece las penas que indica como sustitutivas de las penas privativas o restrictivas de libertad.

B. Estándares internacionales de derechos humanos

En materia de mujeres privadas de libertad que se encuentren embarazadas o tienen hijos o hijas menores de tres años, resultan particularmente relevantes el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)² y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³.

-
1. El PIDCP fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Fue ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972, promulgado por decreto N° 778, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.
 2. La CADH fue adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Fue ratificada por el Estado de Chile el 10 de agosto de 1990, promulgada por decreto N° 873, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.
 3. La CDN fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Fue ratificada por el Estado de Chile el 13 de agosto de 1990, promulgada por decreto N° 830, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990.

En cuanto a las reglas generales sobre el tratamiento de las personas privadas de libertad, los artículos 10.1 PIDCP y 5.2 CADH establecen que toda persona privada de libertad deberá ser tratada “con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha precisado que “debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión”⁴.

En relación con las mujeres embarazadas privadas de libertad, el mismo Comité ha señalado que “[l]as mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos”⁵. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en términos generales, que “[l]a maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” (artículo 25.2).

La situación de las mujeres privadas de libertad en Chile fue abordada en el marco del último examen periódico del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al Estado de Chile, ocasión en que el Comité manifestó su preocupación por los riesgos que enfrentan las mujeres embarazadas en los centros de reclusión, y recomendó al Estado:

[...] que la reforma del sistema penitenciario incorpore una perspectiva de género y que el Estado parte considere la posibilidad de hacer un mayor uso de sanciones y medidas no privativas de libertad para las mujeres en lugar de la prisión. También recomienda que se aceleren los procedimientos judiciales para evitar el uso excesivo de la prisión preventiva. [...]⁶.

-
4. Comité de Derechos Humanos, “Observación General N° 21: Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10)”, 1992, párr. 3.
 5. Comité de Derechos Humanos, “Observación General N° 2: Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, 2000, párr. 15.
 6. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile”, 2018, UN, Doc. CEDAW/C/CHL/CO/7, párr. 49.

Por otra parte, en relación con el caso de las mujeres que tienen hijas o hijos menores de edad, la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos implica que la consideración primordial en cualquier tipo de decisión que afecte a dichos niños y niñas debe ser el resguardo de su interés superior. En este sentido, en particular, el artículo 3 de la CDN dispone:

Artículo 3.

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

[...].

A su vez, el artículo 9.1 CDN establece que los niños y niñas no deberán ser separados de sus padres y/o madres contra la voluntad de estos, salvo cuando las autoridades competentes determinen que ello es necesario en el interés superior del niño o niña. El artículo 20 CDN agrega que los niños y niñas que sean temporal o permanentemente privados de su medio familiar “tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”. En consecuencia, cualquier medida que importe la separación de un niño o niña de sus madres y/o padres, debe adoptarse mirando su interés superior y, a la vez, esos niños y niñas deberán ser especialmente protegidos por el Estado.

Lo señalado tiene particular relevancia en el caso de niños y niñas cuyas madres se encuentran privadas de libertad y ella es su cuidadora principal. Aplicando las normas señaladas de la CDN, debe concluirse que tanto la legislación como las decisiones judiciales en esta materia debiesen tomar en consideración el impacto que la privación de libertad de la madre tendrá sobre sus hijos e hijas, y las formas de resguardar el interés superior de los niños y niñas en tal situación. Así lo ha sostenido el Comité de los Derechos del Niño, señalando que uno de los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño o niña, es la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares, y que dentro de este criterio debe considerarse que:

Cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados⁷.

En el mismo sentido se pronunció la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 63/241, de 2008, en la cual:

Exhorta también a todos los Estados a que tengan en cuenta los efectos de la detención y encarcelamiento de los padres en los niños, y en particular a que:

a) Den consideración prioritaria a las medidas no privativas de libertad al dictar sentencias o decidir medidas previas al juicio respecto de la persona única o principal que cuida al niño, condicionadas a la necesidad de proteger al público y al niño y habida cuenta de la gravedad del delito; [...] ⁸.

Asimismo, el preámbulo de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), señala:

[...] al dictar sentencia o decidir medidas previas al juicio respecto de una mujer embarazada o de una persona que sea la fuente primaria o única de cuidados de un niño, se debería dar preferencia a medidas no privativas de la libertad, de ser posible y apropiado, e imponer condenas que supongan privación de la libertad cuando se trate de delitos graves o violentos⁹.

Por otra parte, la CDN establece para los Estados las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos reconocidos en ella, sin discriminación (artículo 2.1), así como la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole

-
7. Comité de los Derechos del Niño, "Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)", 62° periodo de sesiones, 2013, UN, Doc. CRC/C/GC/14, párr. 69.
 8. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución N° 63/241, "Derechos del niño", 63° periodo de sesiones, 24 de diciembre de 2008, UN, Doc. A/RES/63/241, párr. 47. Aprobada con el voto favorable de Chile.
 9. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución N° 65/229, "Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)", 65° periodo de sesiones, 21 de diciembre de 2010, UN, Doc. A/RES/65/229.

para dar efectividad a dichos derechos (artículo 4). En particular, la Convención establece específicamente el deber de los Estados de tomar “todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares” (artículo 2.2). En este sentido, cabe considerar que la separación de un niño o niña menor de tres años de su madre (cuando ella es la cuidadora principal) con motivo del cumplimiento de una condena penal, así como el hecho de que, por el mismo motivo, un niño o niña viva los primeros años de su vida en un establecimiento carcelario, dadas las condiciones carcelarias actuales en Chile, pueden constituir una discriminación en razón de la condición o actividades de sus padres y/o madres, expresamente prohibida por el artículo 2.2 de la CDN.

III. Análisis de la adecuación del proyecto de ley a los estándares internacionales de derechos humanos

El proyecto de ley en análisis introduce dos modificaciones legales. Por una parte, incorpora un nuevo caso de improcedencia de la prisión preventiva en el artículo 141 del Código de Procedimiento Penal (CPP), referido al hecho de encontrarse la imputada embarazada o tener un hijo o hija menor de tres años de edad, y por otra, agrega un artículo 468 bis, nuevo, al CPP, que establece que cuando la persona condenada por sentencia penal sea una mujer embarazada o madre de un hijo o hija menor de tres años, se diferirá el cumplimiento de la sentencia hasta que el hijo o hija cumpla tres años de edad.

En relación con la propuesta legislativa, en primer lugar, cabe señalar que los estándares internacionales referidos a la consideración primordial del interés superior del niño o niña admiten una amplia gama de medidas que los Estados pueden adoptar en el ejercicio de las funciones públicas, para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en esta materia. La moción que se analiza, en opinión del INDH, constituye una de las medidas que resultan adecuadas para dar cumplimiento a dichas obligaciones internacionales, pues, en cuanto el proyecto de ley se orienta a que las mujeres embarazadas y aquellas con hijos o hijas menores de tres años no cumplan condenas penales ni prisión preventiva mientras se encuentren en tales situaciones, la iniciativa se adecúa a los estándares internacionales ya referidos. En este sentido, el INDH valora positivamente la moción y considera que

constituye una medida efectiva en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en cuanto al resguardo del interés superior de las niñas y los niños, en los términos de la CDN.

Sin perjuicio de lo anterior, el INDH considera que resultaría conveniente evaluar la aplicación de la suspensión del cumplimiento de la pena no solo a las mujeres madres de niños o niñas menores de tres años, sino que a la persona que sea su cuidador o cuidadora principal y sea condenada a una pena privativa de libertad, puesto que, como ha sido indicado, la consideración primordial en estos casos debe ser el interés superior de los niños y las niñas. Al respecto, cabe considerar lo señalado por la Excm. Corte Suprema en el sentido que “la opción tomada por el proyecto obliga también a preguntarse si una modificación como la propuesta no contribuiría, acaso, a perpetuar el rol socialmente asignado a la mujer como única o exclusiva cuidadora de sus hijos, excluyendo la participación de los hombres en el ejercicio de su rol parental y la corresponsabilidad en la crianza de los hijos, que han potenciado las últimas reformas introducidas al Código Civil por la ley 20.680”¹⁰.

Por otra parte, preocupa al INDH que el proyecto de ley utilice el concepto de que “se diferirá el cumplimiento de la sentencia” en los casos que contempla la norma, pues la legislación nacional no considera una regulación específica sobre el aplazamiento del cumplimiento de sanciones penales. Asimismo, como ha hecho presente la Corte Suprema, “la suspensión de la condena sujeta a la mujer a un régimen de control innominado, que no especifica detalladamente sus implicancias ni refiere a algún estatuto legal o reglamentario que defina claramente sus consecuencias, no precisándose si la sujeción al control de la mujer corresponde a una pena, o a alguna otra medida”¹¹. Ambos factores podrían generar problemas de interpretación y aplicación de la norma que afecten su efectividad y, con ello, el resguardo efectivo de los derechos que se busca proteger con esta normativa.

Por último, en directa relación con lo señalado en el párrafo anterior, el INDH considera que podría resultar útil, en el contexto de este proyecto de ley, evaluar la conveniencia de, en lugar de aplazar el cumplimiento de la condena, sustituir la pena privativa de libertad por una no privativa de libertad, o bien, incorporar una modalidad de cumplimiento alternativo de la misma, como se ha hecho en la legislación extranjera con el establecimiento del

10. Corte Suprema, Oficio N° 25-2017: Informe proyecto de ley N° 11.073-07, 13 de febrero de 2017.

11. *Ibid.*

arresto o prisión domiciliaria¹². Con ello se daría cumplimiento a los estándares referidos en el apartado anterior en relación con preferir medidas no privativas de libertad en el caso de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de edad.

IV. Conclusiones y recomendaciones

- El INDH valora positivamente el proyecto de ley, en cuanto es una alternativa que se adecúa a los estándares internacionales de derechos humanos y permite resguardar efectivamente el interés superior de los niños y niñas.
- Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo a las observaciones expresadas anteriormente, el INDH considera pertinente formular las siguientes recomendaciones respecto del proyecto de ley:
- Evaluar la pertinencia de extender la aplicación de la regla de suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad a la persona que sea la cuidadora principal del hijo o hija.
- Se sugiere al Congreso Nacional que evalúe la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por una no privativa de libertad y/o incorporar una modalidad de cumplimiento alternativo de la misma.

12. En este sentido, por ejemplo, en Argentina el artículo 32 de la Ley N° 24.660 sobre ejecución de pena privativa de libertad, establece que “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: [...] (e) A la mujer embarazada; (f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”. En Ecuador, el artículo 624 del Código Orgánico Integral Penal dispone: “Oportunidad para ejecutar la pena. [...]. Ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia, sino noventa días después del parto. Durante este periodo, la o el juzgador ordenará que se le imponga o que continúe el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónico para garantizar el cumplimiento de la pena”.

Informe sobre proyecto de ley que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica (Boletín N° 12.345-07)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 25 de mayo de 2020 - Sesión Ordinaria N° 550.

I. Resumen ejecutivo

El proyecto de ley que se analiza, iniciado por Mensaje Presidencial de 28 de diciembre de 2018, establece la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad por la de reclusión domiciliaria total a las personas privadas de libertad que se encuentren en alguno de los siguientes casos: (i) personas diagnosticadas con una enfermedad en fase terminal; (ii) personas que tengan un menoscabo físico grave e irrecurable que les provoque una dependencia severa; (iii) personas mayores de 75 años que hayan cumplido a lo menos la mitad de su condena, salvo las condenadas a presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, quienes deberán tener cumplidos veinte o cuarenta años de privación de libertad efectiva, respectivamente.

De conformidad con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, las personas privadas de libertad deben ser tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y gozan de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, de modo que solo resultan legítimas, a su respecto, las restricciones de derechos inevitables en condiciones de reclusión. En particular, sobre el derecho a la integridad personal, el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para satisfacer los requerimientos de salud de las personas privadas de libertad que pertenecen a grupos de alto riesgo, tales como las personas mayores y aquellas que padecen de enfermedades graves o en fase terminal, siendo el beneficio que se crea con este proyecto de ley una de las medidas que el Estado puede tomar en el sentido señalado. Dichas medidas, sin embargo, deben resultar compatibles con las demás obligaciones internacionales en esta materia, entre las cuales se encuentra la obligación de investigar diligentemente y sancionar con penas efectivas las violaciones de derechos humanos, deber que adquiere un carácter

reforzado en los casos de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, a fin de evitar la impunidad. Para lograr dicha compatibilidad, el Estado puede establecer reglas que supongan exclusiones sobre la base de criterios objetivos y razonables.

Este informe analiza el proyecto de ley a la luz de las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de derechos humanos. Sobre la base de dicho análisis, se recomienda al legislador el establecimiento de criterios diferenciados para la concesión de la sustitución de penas respecto de las personas condenadas por delitos de violaciones graves de derechos humanos.

II. Antecedentes

La condición de las personas privadas de libertad en Chile ha sido una preocupación en el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Asimismo, desde el año 2012 el INDH publica periódicamente su Estudio sobre Condiciones Carcelarias donde, en base a la normativa aplicable, evalúa y recomienda acciones concretas para la mejora de la situación de las personas privadas de libertad.

Al 31 de diciembre de 2019 en Chile existían aproximadamente 49.554 personas privadas de libertad en 83 establecimientos penitenciarios. En ese contexto, el tránsito por el encierro suele traer aparejado un deterioro de la salud psicofísica de dichas personas, existiendo numerosos factores que contribuyen a una mayor prevalencia e incidencia de ciertas enfermedades y problemas de salud al interior de las cárceles.

En los últimos años el INDH viene advirtiendo las deficiencias de las condiciones de privación de libertad en cuanto al hacinamiento, atenciones de salud, y la profundización de las malas condiciones materiales en que se desarrolla la privación de la libertad, de lo que ha dejado constancia tanto en sus informes anuales como en los diversos Estudios de Condiciones Carcelarias emitidos a la fecha.

Así, una preocupación que fue compartida por el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera fue la de "garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas, cualquiera sea su edad, origen, sexo o condición, así como también avanzar hacia una sociedad más compasiva y humanitaria, especialmente con las personas que se

encuentran en especiales condiciones de vulnerabilidad". Por ello, el día 28 de diciembre del 2018 fue ingresado por el actual Gobierno mediante mensaje presidencial el proyecto de ley que "regula la sustitución de penas privativas por razones humanitarias para las personas que indica", conocido comúnmente como "Ley Humanitaria" (Boletín 12345-07)¹, el cual considera como idea matriz que "los condenados por cualquier delito que se encuentren con una enfermedad en fase terminal, que sean mayores de 75 años y que hayan cumplido a lo menos la mitad de su condena, puedan terminarla con arresto domiciliario. El proyecto establece que este beneficio sea otorgado por los tribunales de justicia"².

Los antecedentes de la tramitación legislativa registran como cámara de origen el Senado de la República. Por decisión de la Sala del Senado, fue acordado que el proyecto sea informado en primer lugar por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, instancia reglamentaria que estuvo desde el 02 de enero de 2019 –fecha de remisión– hasta el 13 de abril del 2020, fecha última en la cual fue sometida a votación la idea de legislar, tras la discusión inmediata puesta por el Gobierno el pasado 8 de abril de 2020. No obstante, en votación realizada el día 13 de abril en la comisión técnica señalada, fue rechazada la idea de legislar por cuanto el punto más controvertido fue la posibilidad de incluir en este beneficio carcelario a personas condenadas por delitos de lesa humanidad³, votación dividida que no fue apoyada por la mayoría de los miembros de la comisión. El mensaje presidencial en primer trámite constitucional, fue remitido a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, para discutir y debatir la iniciativa legislativa y pronunciarse sobre las ideas matrices⁴. Cabe señalar que el ejecutivo, con fecha 14 de abril de 2020, retira la discusión inmediata del proyecto y hace presente la urgencia suma.

Según antecedentes entregados por el Ejecutivo, en presentación realizada ante la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado el 14 de abril, de ser aprobado

1. Mensaje Presidencial N° 212-366.

2. Ver en:

<https://www.senado.cl/proyecto-de-ley-humanitaria-pasa-a-comision-de-constitucion/senado/2020-04-13/160425.html>

3. Información disponible en: <<https://www.senado.cl/proyecto-de-ley-humanitaria-pasa-a-comision-de-constitucion/senado/2020-04-13/160425.html>> [Consulta: 22 de abril de 2020].

4. A la fecha de elaboración del presente informe, aún sigue en discusión legislativa el proyecto de ley en la comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

el mensaje presidencial, se beneficiaría a personas condenadas con enfermedades en fase terminal, dependencia severa o mayores de 75 años con la mitad de la pena cumplida, siendo este último punto el que ha generado controversia, pues se trataría de un total de 122 reclusos que podrían postular al beneficio, de los cuales 83 están condenados por delitos de derechos humanos y 39 por delitos comunes⁵.

Finalmente, cabe tener presente el informe N° 4-2019 al proyecto de ley (Boletín 12.345-07) remitido por la Ilustrísima Corte Suprema mediante oficio N° 22-2019, de fecha 07 de febrero de 2019, al tenor de lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política de la Republica y el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, emitiendo opinión sobre la normativa del proyecto de ley que regula la *sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica* específicamente. Al respecto, informan favorablemente valorando las “modificaciones legales indispensables para velar por el satisfactorio cumplimiento de la prevención especial como fin especial, [que] debieron haberse adoptado hace mucho tiempo”. Sin embargo, realizan algunas otras reflexiones en torno al contenido del proyecto de ley, destacando: a) realizar precisiones de carácter procesal, tales como: definir órgano jurisdiccional que estará involucrado, debiendo corresponder al juez de ejecución, como juez especializado; b) definir *enfermedad en fase terminal*; c) no establecer la exclusividad del peritaje de salud al Servicio Médico Legal, pudiendo ampliarse a otros establecimientos públicos, y d) se recomienda fijar un plazo de apelación a la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de sustitución en un plazo normal de cinco días.

III. Estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias

En cuanto a las reglas generales sobre el tratamiento de las personas privadas de libertad, los artículos 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen que toda persona privada de libertad deberá ser tratada “con el respeto debido a la dignidad inherente

5. Senado. Nota de prensa: Ejecutivo retira discusión inmediata a proyecto de ley humanitaria. 14 de abril de 2020. Disponible en: <<https://www.senado.cl/ejecutivo-retira-discusion-inmediata-a-proyecto-de-ley-humanitariasdo/2020-04-14/122526.html>> [Consulta: 22 de abril de 2020].

al ser humano". Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha precisado que "debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión"⁶.

A continuación, se examinan los estándares específicos sobre integridad personal, igualdad y no discriminación, y verdad, justicia, reparación y no repetición, que resultan relevantes en relación con la propuesta legislativa.

A. El derecho a la integridad personal en relación con la privación de libertad

El derecho a la integridad personal se encuentra consagrado tanto en la Constitución Política de la República como en diversos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tales como el PIDCP⁷ y la CADH⁸.

-
6. Comité de Derechos Humanos, "Observación General N° 21: Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10)", 1992, párr. 3. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/I_Global/INT_CCPR_GEC_4731_S.doc [Consulta: 22 de abril de 2020].
 7. Artículo 7 PIDCP: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".
Artículo 10 PIDCP:
"1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
2.
a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;
b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica".
 8. Artículo 5 CADH:
"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

Además de dichas fuentes normativas, diversos órganos internacionales se han pronunciado respecto del derecho a la integridad personal de las personas privadas de libertad. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su interpretación del artículo 5 de la CADH, ha sostenido:

De conformidad con ese precepto [Artículo 5] toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal.

[..]

A su vez, la Corte Interamericana entiende que, conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal⁹.

La Corte ha señalado también que, en el contexto de la privación de libertad, el Estado en su posición de garante debe asumir obligaciones específicas para evitar restricciones ilegítimas a otros derechos:

Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar¹⁰.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

9. Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 150 y 156.

10. Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 153.

Así, hay derechos que resulta legítimo restringir como consecuencia de la privación de libertad y otros que no, entre ellos, el derecho a la vida:

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática.

La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad¹¹.

Como ha hecho presente el INDH en un informe anterior¹², en relación con la condición jurídica de las personas privadas de libertad, el Estado posee diferentes obligaciones, las cuales han sido destacadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas¹³, al señalar los principios que se exponen a continuación.

1. Posición de garante del Estado sobre las personas bajo su custodia:

“[E]l Estado, al privar de libertad a una persona, se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad; y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias que debe observar”¹⁴. Además, es importante señalar que “[e]sta posición de garante en la que se coloca el Estado es el fundamento de todas aquellas

11. *Ibid.*, párr. 154 y 155.

12. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Opinión INDH Sobre Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal o Neurodegenerativas. Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos en Sesión N° 365, del 12 de junio de 2017.

13. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 2011. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppi/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>> [Consulta: 16 de abril de 2020].

14. *Ibid.*, párr. 49.

medidas, que, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, aquel debe adoptar con el fin de respetar y garantizar los derechos de las personas privadas de libertad”¹⁵.

2. Principio de trato humano:

De acuerdo con los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, este principio obliga al Estado a tratar a toda persona privada de libertad “humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”¹⁶.

3. El control judicial de la detención como garantía de los derechos a la vida e integridad personal de las personas detenidas:

En palabras de la Corte IDH, “el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial que controvierte la legalidad de la privación de libertad no puede reducirse a una mera formalidad, sino debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana”¹⁷.

4. El principio de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana:

[E]sto significa, que el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad no está en conflicto con los fines de la seguridad ciudadana, sino que por el contrario es un elemento esencial para su realización. La seguridad ciudadana es una de las dimensiones de la seguridad humana, y por lo tanto, del desarrollo humano, e involucra la interrelación de múltiples actores, condiciones y factores¹⁸.

15. *Ibid.*, párr. 50.

16. *Ibid.*, párr. 68.

17. Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 96.

18. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. 2009. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/seguridad%20ciudadana%202009%20esp.pdf>> [Consulta: 20 de abril de 2020]. También: CIDH, Informe sobre los derechos humanos, 2011, *op. cit.*

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos¹⁹, llamadas “Reglas Nelson Mandela”, contienen provisiones relacionadas con la integridad personal:

Regla 1. Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.

Regla 3. La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.

Regla 24

1. La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica.

2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia.

Regla 109

1. No deberán permanecer en prisión las personas a quienes no se considere penalmente responsables o a quienes se diagnostique una discapacidad o enfermedad mental grave, cuyo estado pudiera agravarse en prisión, y se procurará trasladar a esas personas a centros de salud mental lo antes posible.

19. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 70/175, aprobada el 17 de diciembre de 2015. U.N. Doc. A/RES/70/175. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/RES/70/175>> [Consulta: 16 de abril de 2020].

2. En caso necesario, otros reclusos con discapacidades o enfermedades mentales podrán ser observados y tratados en centros especializados bajo la supervisión de profesionales de la salud competentes.

Por otra parte, la CIDH, en su Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas²⁰, destacó en general la necesidad de que los Estados adopten medidas en cuanto al goce del derecho a la salud -íntimamente ligado a la protección de la integridad personal- de personas privadas de libertad:

Asimismo, la CIDH reitera que los Estados deben adoptar medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos de alto riesgo como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, los jóvenes y adolescentes, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH/SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. Sin embargo, un análisis comprensivo de las obligaciones de los Estados con respecto a estos grupos amerita un estudio mucho más extenso y pormenorizado que excede los objetivos del presente informe²¹.

Dicho lo anterior, y en concreto, las medidas especiales -siempre razonadas- que pueden ser otorgadas a personas privadas de libertad, en razón de una condición propia, pueden ir desde adecuaciones de celdas como hasta formas alternativas de cumplimiento de condenas.

En el caso de las medidas alternativas de cumplimiento, por ejemplo, la CIDH, en su Informe sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras, del año 2013, advirtió la existencia de una ley en dicho país “para Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal y Enfermedades Degenerativas del Sistema Nervioso”²², que contempla un procedimiento administrativo y judicial de “desinternamiento” para personas gravemente enfermas²³.

20. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, *op. cit.*

21. *Ibid.*, párr. 535.

22. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras. 2013. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppi/docs/pdf/honduras-ppl-2013esp.pdf>> [Consulta: 22 de abril de 2020].

23. Decreto 5 – 2007: Ley Especial para Personas Privadas de Libertad con Enfermedades en Fase Terminal y Enfermedades Degenerativas del Sistema Nervioso. Disponible en: <<http://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/117-ley-especial-para-personas-privadas-de-libertad>> [Consulta: 20 de abril de 2020].

En relación con el caso de las personas adultas mayores privadas de libertad, la recientemente aprobada Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²⁴ establece en su artículo 10 que la persona mayor “tiene derecho a no ser sometida a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, y que los Estados parte “tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para prevenir, investigar, sancionar y erradicar todo tipo de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hacia la persona mayor”.

El artículo 13 de dicha Convención, al referirse a la libertad personal de las personas mayores, señala:

[...]

Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención.

Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos.

A nivel de la normativa nacional de origen interno, no existen regulaciones específicas acerca de las formas de ejecución de penas de personas con enfermedades terminales. No obstante, el artículo 16 de la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, dispone que las personas que han sido informadas de su estado de salud terminal “tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte”, y que en consecuencia “tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual”.

24. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2015. La Convención fue ratificada por Chile el 11 de julio de 2017, promulgada por decreto N° 162, de 2017, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial del 7 de octubre de 2017.

B. Estándares sobre igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado, en términos generales, en los artículos 1.I de la CADH y 2.I del PIDCP, que consagran la obligación general de respetar y garantizar los derechos reconocidos convencionalmente a todas las personas sin discriminación, y los artículos 24 de la CADH y 26 del PIDCP, que consagran el principio de igualdad ante la ley y el derecho de todas las personas a la igual protección de la ley.

Al respecto, la jurisprudencia interamericana ha precisado que el principio de igualdad y no discriminación no impide que los Estados realicen diferencias objetivas y razonables entre grupos de personas, pues dichas diferenciaciones resultan legítimas e incluso, en algunas circunstancias, necesarias para garantizar la observancia de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. De este modo, lo que se prohíbe son las diferenciaciones que carecen de una justificación objetiva y razonable, las cuales constituyen discriminación²⁵.

En este sentido, una diferencia de trato será discriminatoria “cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”²⁶.

En relación con la aplicación del principio de igualdad y no discriminación respecto de las personas privadas de libertad, el INDH ha señalado:

Las normas relativas al principio de igualdad y no discriminación contenidas en diversos tratados, y en otros instrumentos –Declaraciones o Buenas Prácticas– propios del ámbito de la privación de la libertad, señalan que las diferencias de trato que podrías establecerse en virtud de las necesidades especiales de grupo específicos no constituirán medidas discriminatorias

25. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha afirmado que “la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos”. (Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 285.

26. Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 219.

respecto del resto, en caso que cumplan con determinados estándares. La situación anterior, en palabras de la doctrina, se puede sintetizar en que “[...] el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente [...]”^{27,28}.

Por otra parte, las Reglas Nelson Mandela²⁹ se refieren expresamente a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a las personas privadas de libertad, señalando:

Regla 2.2.

Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.

En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia interamericana y de la Regla Mandela 2.2, es posible concluir que el establecimiento de un tratamiento diferenciado respecto de los grupos de personas que, en razón de su edad o condición de salud, estén situadas en una especial situación de vulnerabilidad dentro del grupo de personas privadas de libertad, no será discriminatorio en la medida en que se funde en dicha situación de vulnerabilidad, tenga una finalidad legítima con arreglo a las obligaciones internacionales del Estado, como podría ser la protección y promoción de los derechos de las personas privadas de libertad más vulnerables, y resulte razonable para tales fines. Asimismo, para que la adopción de una medida como la que se comenta resulte legítima a la luz de las obligaciones convencionales del Estado, debe resultar compatible con las demás obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, y con el respeto y garantía efectiva de los derechos de otras personas que pudiesen verse afectadas con tales medidas.

Por último, cabe señalar que los estándares internacionales referidos específicamente a personas privadas de libertad con enfermedades en fase terminal son escasas, de carácter

27. Bayefsky, Anne. The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990. Disponible en español en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>> [Consulta: 22 de abril de 2020].

28. Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2017, *op. cit.*

29. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 70/175, *op. cit.*

general y se enmarcan a menudo en la discusión sobre el respeto del derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación. En este sentido, se establece que las medidas extraordinarias que adopte un Estado para proteger los derechos de diversos colectivos –niños, niñas y adolescentes; mujeres; personas con discapacidad física, mental o sensorial; personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; migrantes; personas adultas mayores, etc.– no se considerarán discriminatorias en relación al resto de las personas privadas de libertad y estarán siempre sujetas a revisión de un juez o jueza, u otra autoridad competente, independiente e imparcial³⁰.

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se refiere expresamente a la situación de las personas privadas de libertad con enfermedades en fase terminal o neurodegenerativas, dejando amplias las posibilidades a los Estados para abordar estos asuntos³¹.

C. Estándares sobre verdad, justicia, reparación y no repetición

Los crímenes contra la humanidad constituyen una afrenta a la conciencia de la humanidad, conductas que por su especial gravedad resultan imprescriptibles e inamnistiables.

Los crímenes de lesa humanidad son un tipo de crimen internacional que se concibe, por una parte, como un ataque contra la humanidad y contra la condición de los individuos como seres humanos, y por otra, como una amenaza a la paz y la seguridad de la comunidad internacional en su conjunto. Por tratarse de crímenes internacionales, su punibilidad emana del Derecho Internacional y pueden ser perseguidos criminalmente conforme a aquel, con independencia de su penalización en el ámbito doméstico. Una de las ofensas incluidas en los crímenes de lesa humanidad, concurriendo determinados elementos de contexto, es la tortura, la cual, además, reviste la particularidad de que la prohibición de la tortura tiene el

30. Principio II Igualdad y no discriminación, de los Principios y buenas prácticas sobre las personas privadas de libertad en las Américas, Principio 5.2 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Regla 2.2 de las Reglas Nelson Mandela de Naciones Unidas.

31. Las Directrices de la OMS sobre la infección por el VIH-SIDA en las cárceles sugiere, cuando ello sea compatible con las consideraciones relativas a la seguridad y los procedimientos judiciales, conceder la liberación anticipada a los presos con SIDA en fase avanzada, por razones humanitarias, a fin de facilitarles el contacto con sus familiares y amigos y permitirles la muerte con dignidad y en libertad. Programa Mundial sobre el SIDA, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1993.

carácter de norma imperativa de derecho internacional general o *ius cogens*, es decir, “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”³².

Ante la comisión de estas graves conductas, los Estados se ven obligados a investigar y sancionar los crímenes de lesa humanidad, a reparar a sus víctimas y a adoptar medidas conducentes a la no repetición de tales delitos³³, obligaciones que no solamente se basan en la normativa nacional, sino que son reguladas y exigidas también por normas internacionales asentadas en el Derecho Internacional.

Dichas obligaciones incumben al Poder Judicial y a todos los órganos del Estado, que debe cooperar e impulsar acciones tendientes a la investigación eficaz de los hechos, junto con las medidas de promoción y educación que reparen y permitan a los Estados avanzar en un respeto y garantía de derechos para todos y todas.

Las obligaciones estatales en esta materia están expresamente establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes³⁴ establece:

Artículo 4.

1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.
2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

32. Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

33. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2010). *Informe Anual 2010, Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, p. 155.

34. La Convención fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. La Convención fue ratificada por el Estado de Chile el 30 de septiembre de 1988, fue promulgada por decreto N° 808, de 1988, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial de 26 de noviembre de 1988.

A su vez, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas refuerza un estándar similar, señalando en su artículo III que los Estados partes:

[...] se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad^{35.36.37}.

Por otro lado, a nivel regional, la jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado, en cuanto a la obligación de investigar estos delitos, que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna”³⁸.

Sin perjuicio de que la postura del Derecho Internacional es clara en sostener que los crímenes deben ser perseguidos eficazmente y todos los responsables sancionados, como medidas para combatir la impunidad y reparar a las víctimas y a la sociedad, lo cierto es que los criminales condenados, como cualquier persona privada de libertad, son sujetos de protección por parte del Estado en todos sus derechos humanos convencionalmente garantizados.

35. Artículo 3: Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.

36. En el mismo sentido la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas (artículo 7°) y Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículo 6°).

37. Citado en: Instituto Nacional de Derechos Humanos. Opinión de INDH sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por crímenes de Guerra y/o delitos de Lesa Humanidad. Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013 (Sesión 153), p. 4. Disponible en: <<https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/530>> [Consulta: 22 de abril de 2020].

38. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 114. En párrafos previos, la Corte se refiere a los crímenes de lesa humanidad señalando que: “incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, agregando que “basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad” (párr. 96). Además, recuerda que “según el corpus iuris del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda” (párr. 105).

Así, también es posible sostener que dichos criminales pueden acceder a diversas formas de alteración de sus condenas o modalidades de cumplimiento, de acuerdo con la normativa nacional, siempre que ello se haga de manera compatible con las normas internacionales en la materia. No sería aceptable bajo el Derecho Internacional que, producto de beneficios carcelarios, las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad hagan de sus condenas penas ilusorias.

Es un desafío de los Estados poder no solo investigar y sancionar eficazmente los graves crímenes, sino que asegurar compatibilidad de las alternativas de cumplimiento de penas con la lucha contra la impunidad.

Así, ciertamente la población penal sujeta a penas por crímenes contra la humanidad, no pueden someterse al mismo régimen de beneficios o cumplimiento alternativo que la población penal general, atendida la naturaleza del ilícito por el cual fueron condenados.

Diversos pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos aportan elementos útiles para compatibilizar las medidas de cumplimiento alternativo con la sanción eficaz de estos crímenes. Así, por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de Personas de Naciones Unidas, en su informe de 2013 sobre su visita a Chile³⁹, recomendó tres elementos indispensables que deben ser considerados al momento de emitirse un pronunciamiento sobre algún beneficio o medida que modifique la duración y/o modalidad de cumplimiento de las penas impuestas a personas condenadas por violaciones de derechos humanos, las cuales, en su conjunto, constituyen lo que podemos llamar el “estándar del otorgamiento debido”. De esta forma, el Grupo recomienda:

1. Que debe existir un debido control judicial de la concesión de cualquier tipo de beneficio.
2. Debe considerarse la especial gravedad del crimen al momento de evaluar la concesión de estos beneficios.
3. Debe existir un proceso transparente y que asegure la debida información pública acerca de los criterios utilizados para la concesión de estos beneficios y los motivos particulares de la concesión en cada caso concreto.

39. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. Misión a Chile. 29 de enero de 2013. U.N. Doc. A/HRC/22/45/Add.1, párr. 32. Disponible en: <https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=A/HRC/22/45/Add.1> [Consulta: 16 de abril de 2020].

En el mismo sentido, desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existe una preocupación constante por asegurar que los beneficios o cumplimientos alternativos de las condenas impuestas por crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra no se trasformen en una forma de impunidad.

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido:

En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, *tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado*⁴⁰.

En específico, respecto a las desapariciones forzadas de personas, la jurisprudencia Interamericana ha afirmado que:

[...] el Estado debe sancionar efectivamente y dentro de un plazo razonable a los responsables de las desapariciones forzadas que ocurran dentro de su jurisdicción, *asegurando que se cumpla la naturaleza misma de la sanción y evitando la impunidad*⁴¹.

Por otra parte, y a modo de ejemplo, pues estas reglas se aplican exclusivamente a las sentencias pronunciadas por la Corte Penal Internacional, en el marco del Derecho Penal Internacional, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional regula expresamente la facultad de la Corte de revisar y eventualmente reducir una pena impuesta por dicho

40 Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 150; Caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 1 de septiembre de 2001 (Excepciones Preliminares), párr. 103, 106 y 108; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 203; Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 50; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 196; Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Sentencia de 6 de febrero de 2006 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 81; y Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 108. En el mismo sentido: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983: Restricciones a la pena de muerte. Párr. 55.

41 Corte IDH. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 85. En el mismo sentido: Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 200.

tribunal. La revisión de la pena procede cuando el recluso ha cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua. De conformidad con lo establecido en el artículo 110.4 del Estatuto, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:

- a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;
- b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a esta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o
- c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte agregan, en su artículo 223, los siguientes criterios que deberán tenerse en cuenta al examinar una reducción de pena:

- a) la conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen;
- b) las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado;
- c) si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;
- d) cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias y;
- e) las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.

De esta forma, la Corte Penal Internacional evalúa como posible en sus normas procesales, la reducción de condena por razones de deterioro en la salud, incluso a criminales internacionales.

De esta manera, de un análisis integrado de los elementos que nos brinda el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, con respecto a personas condenadas por crímenes de lesa humanidad se exige a los Estados una evaluación estricta, con requisitos diferenciados, para la adopción de cualquier medida que pudiere implicar la modificación de la pena impuesta en términos de su reducción, cambios en su modalidad de cumplimiento, libertad anticipada u otros beneficios.

Entre dichos requisitos destacan asegurar el “estándar del otorgamiento debido”, o sea, examinando la conducta que el condenado haya tenido antes y después de su condena vinculada a la cooperación en las investigaciones, por hechos de similar naturaleza o en su propio proceso, y los efectos que estas medidas puedan tener en las víctimas, todo ello a fin de impedir que la medida adoptada conduzca eventualmente a una forma de impunidad, lo que importa un análisis caso a caso del cumplimiento de dichos estándares.

IV. Análisis de la adecuación del proyecto de ley a los estándares internacionales de derechos humanos

La posición de garante que asume el Estado en relación a las personas que están bajo su custodia y el principio del trato humano que debe dar a las mismas, implican la obligación estatal de velar porque las condiciones en que se lleva a cabo la privación de libertad no restrinjan ilegítimamente otros derechos, entre los que destacan la vida y la integridad personal.

Por lo general las obligaciones estatales consisten en adoptar medidas que eviten que las condiciones carcelarias vulneren adicionalmente otros derechos, puesto que deben “tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible”⁴².

El proyecto de ley en análisis intenta dar cuenta de estas obligaciones al proponer que en determinados casos se sustituya la pena privativa de libertad por la de reclusión domiciliaria

42. Corte IDH. Caso “Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 153.

total, lo que se relaciona con lo señalado en la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que en su artículo 13 señala que contempla la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas mayores privadas de libertad “a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos”. Para armonizar estas obligaciones con otras que existen en el ordenamiento jurídico interno, resulta necesario compatibilizar los criterios de la concesión de medidas alternativas con las obligaciones específicas que el Estado tiene en materia de crímenes de lesa humanidad.

Al respecto, en la actualidad no existe un marco normativo nacional que regule la modificación de condenas a personas con enfermedades terminales o neurodegenerativas, y que se encuentren privadas de libertad por crímenes contra la humanidad.

El proyecto de ley en comento tampoco aborda la situación en que se encuentran aquellas personas condenadas por estos crímenes, sino que, por el contrario, no plantea distinción alguna entre aquellos y los condenados por delitos comunes.

En ese sentido, y tal como se expuso *supra*, el Estado de Chile debe velar por el cumplimiento efectivo de una pena proporcional a la gravedad de los delitos, en caso contrario, estas pudieran transformar en ilusorias el castigo impuesto. Así, el castigo de los crímenes de lesa humanidad, además de proporcional, debe ser efectivo.

En relación con la necesidad de compatibilizar las consideraciones humanitarias con la sanción efectiva de las violaciones graves de derechos humanos, cabe mencionar que la CIDH ha expresado su preocupación por esta iniciativa legislativa⁴³, recordando al Estado de Chile “evitar que la obligación internacional de sancionar a los responsables de crímenes de tal gravedad se puede volver ilusoria debido a la aplicación de beneficios carcelarios que reproducirían una impresión de impunidad” y, al respecto, señalando:

43. Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa preocupación por iniciativa legislativa en Chile que autorizaría la prisión domiciliaria a determinados condenados por graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico militar. Comunicado de prensa N° 087/20, de 22 de abril de 2020. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/087.asp>> [Consulta: 23 de abril de 2020].

[...] la CIDH ha afirmado reiteradamente la obligación estatal de 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 la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. En particular, en los casos Almonacid Arellano y otros y García Lucero y otras, la CIDH resaltó que, con relación a las graves violaciones de los derechos humanos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, el indulto, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria. En ese sentido, los Estados deben asegurar el cumplimiento efectivo de la sanción que adopten los tribunales internos, considerando que la imposición de las penas debe contribuir verdaderamente a prevenir la impunidad como mecanismo que impida la repetición de los ilícitos de esa gravedad.

Específicamente sobre el otorgamiento de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión a personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad en Chile, la CIDH señaló anteriormente que tales circunstancias requieren un análisis y requisitos más exigentes en función del bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos, y la obligación que tienen los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad.

[...]

La Comisión valora los avances alcanzados en Chile en materia de justicia por las graves violaciones cometidas en su pasado reciente y destaca la ejecución de la pena como un aspecto importante de su obligación internacional de sancionar a sus perpetradores. La CIDH llama al Estado de Chile a tener en cuenta la gravedad de **tales delitos en la concesión de beneficios carcelarios a personas que hayan sido condenadas por ellos**⁴⁴.

La modificación del Proyecto de Ley propuesto no estaría compatibilizando adecuadamente el objetivo de otorgar formas alternativas al cumplimiento de la pena, con la obligación de verdad, justicia, reparación y no repetición de las violaciones a derechos humanos, esto es, considerando que las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos, evitando que estas pudieran transformar en ilusorio el castigo impuesto.

En ese sentido, el INDH advierte que las personas privadas de libertad por crímenes contra la humanidad con enfermedades terminales o neurodegenerativas pueden acceder a formas alternativas de cumplimiento de condena, aunque en estos casos existen requisitos diferenciados que es deber de los poderes colegisladores regular adecuadamente.

44. *Ibid.*

Entre estos requisitos, el INDH ha afirmado que debe considerarse la especial gravedad del delito⁴⁵, haber escuchado a las víctimas o sus familiares⁴⁶, también que el condenado haya expresado su voluntad de cooperar con la investigación⁴⁷, y que la conducta del condenado durante su detención revele un auténtico arrepentimiento y en ningún caso conlleven impunidad⁴⁸.

De este modo, en opinión del INDH, este proyecto de ley debiese considerar lo relativo al castigo efectivo de los crímenes de lesa humanidad, de manera proporcional a su gravedad y a la responsabilidad de la persona condenada.

En relación con lo anterior y con los estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación, debe recordarse que el derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe toda distinción entre personas o grupos de personas, sino solo aquellas que carecen de una justificación objetiva y razonable y que resultan, por ello, discriminatorias. En consecuencia, el establecimiento de criterios diferenciados para hacer aplicable la sustitución de la pena respecto de personas condenadas por una determinada categoría de delitos, debe analizarse a la luz de su razonabilidad. Al respecto, en primer lugar, la finalidad perseguida con el establecimiento de criterios diferenciados, como fue señalado, es compatibilizar las razones humanitarias en las que se funda el proyecto con las obligaciones del Estado en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición de las violaciones de derechos humanos. Se trata, en consecuencia, de un fin legítimo con arreglo a los tratados

45. El requisito particular de gravedad de la pena ha sido abordado por el INDH en las siguientes oportunidades: (i) *Informe Anual 2011*, p. 253; (ii) *Informe Anual 2012*, p. 284; (iii) INDH. Respuesta a consulta formulada por el H. Senador Baldo Prokurica, 2016, en base a: Instrumento para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add. (2000); (iv) Opinión del INDH sobre beneficios carcelarios a condenados por crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad, citado *supra*, nota 36.

46. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Opinión del INDH sobre beneficios carcelarios, *op. cit.*, p. 16.

47. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Respuesta a consulta formulada por el H. Senador Baldo Prokurica, 2016, *op. cit.*

48. Estos requisitos han sido abordados en su conjunto por el INDH en las siguientes oportunidades: (i) Intervención mediante alegatos ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional, requerimiento de Inconstitucionalidad respecto del artículo 3 bis del Proyecto de Ley que modifica el DL 321 de 1925 sobre libertades condicionales; (ii) INDH, *Informe Anual 2013*, p. 263; (iii) Declaración Consejo INDH sobre concesión de beneficios a personas condenadas por graves masivas y sistemáticas violaciones a los DDHH. 6 de agosto de 2018. Disponible en: <<https://www.indh.cl/declaracion-consejo-indh-sobre-concesion-de-beneficios-a-personas-condenadas-por-graves-masivas-y-sistematicas-violaciones-a-los-ddhh/>> [Consulta: 24 de abril de 2020] y; (iv) INDH, *Informe Anual, 2015*, p. 216.

de derechos humanos suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, pues apunta al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado tanto en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición, como en el imperativo de otorgar la debida consideración a la integridad personal y otros derechos de las personas privadas de libertad. En segundo lugar, para resultar conforme con las obligaciones del Estado en materia de igualdad y no discriminación, el establecimiento de criterios diferenciados debe resultar proporcional para alcanzar el fin señalado, es decir, debe tratarse de una medida idónea, conducente y la alternativa menos lesiva de derechos para obtener el fin perseguido.

Para dar cumplimiento a lo señalado, el establecimiento de requisitos diferenciados debe realizarse en función de la especial gravedad de determinados delitos –los cuales deben determinarse en razón de un criterio objetivo, como el carácter de crímenes de lesa humanidad o delitos cometidos como parte de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos–, y de manera tal que aseguren un equilibrio entre las razones humanitarias que fundamentan el beneficio y el cumplimiento de las obligaciones estatales referidas a la sanción efectiva de las violaciones de derechos humanos.

V. Conclusiones y recomendaciones

- A la luz de los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, el Estado debe adoptar medidas para garantizar que las condiciones en que se lleva a cabo la privación de libertad de personas no pongan en riesgo de afectación su derecho a la vida y a la integridad personal, ni supongan restricciones adicionales de derechos que están prohibidas por el derecho internacional. Para lograr ese objetivo, el Estado debe intervenir sobre las condiciones carcelarias de manera de adecuarlas efectivamente a los estándares de derechos humanos pertinentes.
- Una de las medidas que el Estado puede adoptar para prevenir el riesgo de afectación del derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es el establecimiento de la posibilidad de cumplimiento de la pena mediante medidas alternativas. El proyecto de ley incorpora medidas en este sentido, basado en el principio de trato humano y teniendo en cuenta el marco normativo internacional (artículos 10.1 del PIDCP y 5.2 de la CADH), además de recomendaciones de la CIDH.

- El establecimiento de un beneficio tal como la sustitución de la pena privativa de libertad por la reclusión domiciliaria, sobre la base de consideraciones humanitarias, debe compatibilizarse con el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de verdad, justicia y reparación de las violaciones de derechos humanos.
- En atención a lo expuesto, el INDH recomienda al legislador que el proyecto de ley aborde en particular lo relativo al castigo efectivo de los crímenes de lesa humanidad, de manera proporcional a su gravedad y a la responsabilidad de la persona condenada, estableciendo requisitos diferenciados para la concesión de alternativas al cumplimiento de la pena respecto de este tipo de delitos, considerando, junto con la especial gravedad del delito, haber escuchado a las víctimas o a sus familiares previo a la concesión del beneficio, constatar que el condenado haya cooperado o expresado su voluntad de cooperar con la investigación y que la conducta del condenado revele arrepentimiento.

